



HAL
open science

L'action collective des groupements privés en droit public français

Benjamin Pouchoux

► **To cite this version:**

Benjamin Pouchoux. L'action collective des groupements privés en droit public français. Sciences de l'Homme et Société. Université paris 1 Panthéon-La Sorbonne, 2020. Français. NNT: . hal-03279162v2

HAL Id: hal-03279162

<https://hal.science/hal-03279162v2>

Submitted on 24 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



École Doctorale de Droit de la Sorbonne-Département de droit public et fiscal
Thèse de doctorat en droit public

**L'ACTION COLLECTIVE DES GROUPEMENTS PRIVÉS EN DROIT PUBLIC
FRANÇAIS**

Présentée par

M. Benjamin POUCHOUX

Dirigée par

Mme la Professeure Catherine TEITGEN-COLLY

Soutenue publiquement le
11 décembre 2020

Devant un jury composé de :

Mme Catherine TEITGEN-COLLY

Professeure émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, directrice de recherche

Mme Virginie DONIER

Professeure à l'Université de Toulon, rapporteure

M. Thomas PERROUD

Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

M. Florian POULET

Professeur à l'Université d'Évry-Val-d'Essonne (Paris-Saclay), rapporteur

Mme Agnès ROBLOT-TROIZIER

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

AVERTISSEMENT

L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur

Résumé :

Depuis la fin du XIX^e siècle, l'action collective des associations et des syndicats connaît une extension continue en droit français et celle-ci s'est même accélérée depuis 2014 avec la mise en place de nouvelles actions collectives devant les juridictions administratives et judiciaires. Par là même, c'est la capacité d'intervention de ces groupements dans les rapports de droit public qui s'en trouve renforcée. De prime abord, une telle dynamique est surprenante. D'une part, elle heurte la tradition française de méfiance à l'égard des corps intermédiaires. D'autre part, elle semble aller à contre-courant d'un autre mouvement concomitant qui est la promotion d'un modèle individualiste de l'action en justice. Il faut donc étudier les textes et la jurisprudence encadrant l'action collective des groupements pour comprendre les ressorts d'une telle extension. En dépit des évolutions législatives et jurisprudentielles les plus récentes, il apparaît alors que la méfiance à l'égard des groupements n'a pas disparu et que cette dynamique demeure sous contrôle. Leur action collective n'est admise que comme un soutien, et non comme un substitut, aux actions personnelles privées et aux actions collectives publiques. L'action collective des groupements privés se présente même comme un levier à la disposition du législateur et des juges pour leur permettre de concilier des impératifs *a priori* contradictoires. La promotion de cette action leur permet d'assurer la protection d'intérêts diffus ou même personnels tout en canalisant le flux contentieux. L'étude des différentes actions collectives, et notamment des nouvelles actions collectives, tend toutefois à montrer que la protection annoncée reste à parfaire.

Mots clés : action collective – action de groupe – action en déclaration de droits – action en justice – associations-intérêt collectif-ONG-syndicats

Summary :

Since the end of the XIXth century, there is a continuous extension of the collective action of associations and trade unions in french law. Since 2014, there is even an acceleration of this movement with the adoption of new collective actions in civil courts and administrative courts. By doing so, there is a strengthening of the ability of associations and trade-unions to interfere in public relations. Nevertheless, such a dynamic is surprising. On the one hand, it seems to challenge the traditional french hostility toward these groupments. On the other hand, it seems to contradict a concomitant trend which is the promotion of an individualist model of the legal action. Aims at understanding this movement, it is necessary to study texts and jurisprudences framing the collective action of private groupments in french law. In spite of recent legal évolutions, there is still a mistrust of these groupments and the extension of the collective action remain a dynamic under control. Their collective action is accepted as a support but not as a substitute of personal actions or collective actions of public authority. It appears that collective action of private groupments can even be instrumentalized by the legislator and judges as a way to conciliate different obligations. The promotion of the collective action enable them to strengthen the protection of diffuse and personal interests while regulating the number of litigations. The analysis of the different collective actions in french law, mainly the new collective actions, shows that this protection is still deficient.

Key words : associations-collective action - class action- déclarative action – collective interest- legal action- NGO – trade-union.

REMERCIEMENTS

Je tiens avant tout à remercier Mme la Professeure Catherine Teitgen-Colly tant pour avoir accepté de diriger cette thèse que pour sa direction. Sans ses conseils, sa présence, sa bienveillance, ses nombreuses - et sans doute souvent pénibles – relectures, l'exercice de la thèse aurait été plus éprouvant et son résultat bien plus imparfait.

Je tiens aussi à remercier les membres du jury, Mmes les Professeures Virginie Donier et Agnès Roblot-Troizier et MM. les Professeurs Thomas Perroud et Florian Poulet, qui ont accepté, malgré les circonstances, de lire et de juger ce travail.

Mes remerciements vont aussi à mes proches et à toutes celles et ceux qui, de près ou de loin et sans doute parfois sans le savoir, ont rendu la thèse moins solitaire et fait avancer ma réflexion. Je remercie donc – à titre non-exhaustif et dans l'ordre alphabétique – Adja, Anne-Sophie, Arianne, Armand, Bertrand-Léo, Brice, Guy-Fabrice, Louise, Marie, Marie-Caroline, Paolo, Theo, Thibaud, Thomas.

Enfin, je ne tiens pas seulement à remercier mais à rendre hommage à Nuria qui m'a autant soutenu que supporté durant toutes ces années et qui, malgré la distance imposée par le confinement, fut présente jusque dans les derniers instants. Ainsi qu'elle me l'a expliqué : « on ne finit jamais une thèse, on l'abandonne toujours à moment ». Que ce travail, même inachevé, lui soit donc dédié.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

aff.	affaire
AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJFP	Actualité juridique du droit de la fonction publique
al.	alinéa
art.	article(s)
art.précit	l'article précité
Ass.	Assemblée du contentieux
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BJDU	Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation
Bull. com	Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de Cassation
Bull. cons. sup. pêche	Bulletin du Conseil supérieur de la pêche
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation
Bull. soc	Bulletin des arrêts de la chambre sociale de la Cour de Cassation
c.	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDHLF	Convention européenne de sauvegarde des droits l'Homme et des libertés fondamentales
Ch. Réunies	Chambres réunies de la Cour de Cassation
Chron.	Chronique
Civ.1	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justices des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation

coll.	Collection
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
concl.	Conclusions
conclusions.précit.	les conclusions précitées
cons.	considérant(s)
coord.	coordinateur(s)
D.	Recueil Dalloz
DD	Défenseur des droits
Dir.	Sous la direction
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
Dr. adm.	Revue Droit administratif
Dr. fisc	La revue de droit fiscal
Dr. ouv	Le droit ouvrier
Dr. pén.	Revue droit pénal
Dr. rural	Revue de droit rural
Dr. soc.	Revue du droit social
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GACA	Les grands arrêts du contentieux administratif
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. pal.	Gazette du Palais
Ibid.	au même endroit
Jcl.	Encyclopédie JurisClasseur
JCP A	Juris-Classeur périodique – Édition Administrations et Collectivités territoriales
JCP E	Juris-Classeur périodique - Édition Entreprise et Affaires
JCP G	Juris-Classeur périodique - Édition générale
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JORF	Journal officiel de la République française
La Doc. fr.	La Documentation française
LGDJ	Librairie générale du droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
n°	numéro
n°s	numéros
ndbp	note de bas de page
op.cit.	ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
Par ex.	Par exemple
plén.	plénière
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
rapport.précit.	le rapport précité
RBDC	Revue belge de droit constitutionnel
RBDI	Revue belge de droit international
RDI	Revue de droit immobilier
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rec. Lebon	Recueil Lebon
Rec. T. Lebon	Tables du Recueil Lebon
Rev. dr. pén. crim.	Revue de droit pénal et de criminologie
Rev. jur. soc	Revue de jurisprudence sociale
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
Rev. trav.	Revue de droit du travail
RFSP	Revue française de sciences politiques
RFDA	Revue française de droit administratif
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJE	Revue juridique de l'environnement
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RRJ	Revue de la recherche juridique et de droit prospectif
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
Sect.	Section du contentieux
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
Thèse. dactyl.	Thèse dactylographiée
thèse.précit.	thèse précitée
TPI	Tribunal de première instance
V.	voir
Vol.	volume(s)

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIERE PARTIE : L'ESSOR DE L'ACTION COLLECTIVE DES GROUPEMENTS PRIVES EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS : UNE DYNAMIQUE SOUS CONTROLE

TITRE 1 : L'UTILITE D'UNE ACTION ATYPIQUE POUR LE JURISLATEUR FRANÇAIS

Chapitre 1 : L'action collective des groupements privés : une action en justice atypique

Chapitre 2 : La révélation des vertus correctrices de l'action collective des groupements privés

TITRE 2 : LE DEVELOPPEMENT CONTRAIRE DE L'ACTION COLLECTIVE DES GROUPEMENTS PRIVES

Chapitre 1 : Une protection équilibrée des intérêts collectifs

Chapitre 2 : Une protection des intérêts collectifs marquée par l'individualisme juridique

SECONDE PARTIE : L'ACCELERATION DE LA DYNAMIQUE : L'ESSOR DE NOUVELLES FORMES D' ACTIONS COLLECTIVES

TITRE 1 : LA MISE EN PLACE DES NOUVELLES ACTIONS COLLECTIVES

Chapitre 1 : La nécessité de nouvelles actions collectives

Chapitre 2 : L'utilité toute relative des nouvelles actions collectives pour la défense des intérêts collectifs et personnels

TITRE 2 : LES PROCEDURES DES NOUVELLES ACTIONS COLLECTIVES : LA RUPTURE DANS LA CONTINUITE

Chapitre 1 : Des procédures réservées à quelques groupements privés

Chapitre 2 : Les nouvelles actions collectives à l'épreuve du cadre supra-législatif de l'action collective

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Les actions juridictionnelles grâce auxquelles les associations ou les syndicats peuvent imposer le respect des intérêts collectifs visés par leurs statuts n'avaient pas encore donné lieu à une étude d'ensemble en droit public français alors qu'elles l'intéressent au premier chef.

2. Certes, l'action qui sera désignée ici comme l'action collective des groupements privés avait retenu l'attention de la doctrine et avait même déjà donné lieu à une pléthore de commentaires et de publications depuis plus d'un siècle, y compris d'ailleurs de la part d'auteurs publicistes. Toutefois, cette action était alors abordée soit au détour d'études portant sur d'autres notions juridiques ou plus largement sur les modalités d'expression des associations et des syndicats, soit dans le cadre d'études qui, quoique lui étant spécifiquement dédiées, demeuraient sectorielles puisqu'elles n'envisageaient que certaines de ses formes ou certains de ses champs d'intervention. Quant aux quelques études doctorales qui furent réalisées avec l'ambition de brosser un tableau synoptique de l'action collective des associations et des syndicats en droit français, elles souffraient en réalité d'un tropisme privatiste de leurs auteurs et offraient une vision monolithique, et finalement réductrice, des contentieux publics portés devant les juridictions administratives¹. L'action collective des associations de protection de l'environnement et celle des syndicats de fonctionnaires, pour ne prendre que ces deux exemples, font effectivement l'objet d'un traitement différent devant les juridictions administratives. Il n'était donc possible que d'avoir une vision partielle et éclatée du développement de l'action collective des associations et des syndicats, de cette dynamique qui traverse l'ensemble du droit public et y présente un intérêt singulier.

3. En effet, en lui-même, le développement, en France, d'actions juridictionnelles permettant à des associations ou des syndicats, au nom des intérêts collectifs qu'ils prétendent défendre, d'interférer dans les rapports de droit public a de quoi surprendre. Il vient remettre en cause ce « tête-à-tête Etat citoyens »² autour duquel le droit public français s'était historiquement bâti et interroge sur les rapports que l'institution juridictionnelle entretient avec les autres pouvoirs. L'action collective des groupements est en outre un indicateur de la pression sociale s'exerçant sur les institutions. Les tensions qui travaillent la société que le droit public prétend régir se reflètent ainsi dans le champ d'intervention de ces requérants

¹ Benoît GABORIAU, *L'action collective en droit processuel français*, Thèse. dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1996, 305 p. ; Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997, 507 p. ; Gildas BABELA, *La défense des intérêts collectifs. Les actions en justice à caractère collectif*, Paris, Éditions universitaires européennes, 2011, 256 p.

² Jacques CHEVALLIER, « L'association entre public et privé », *RDP*, 1981, p. 887. Cette thématique de recherche recoupe alors en partie celle relative au « droit des groupes », sujet qui « sent la poudre » en droit public français (Hugues MOUTOUH, « Contribution juridique à l'étude juridique du droit des groupes », *RDP*, 2007, p. 479) et même, plus largement, semble remettre en cause le « principe constitutif » de la philosophie moderne du droit (Thomas BERNIS, « Présentation » in Thomas BERNIS (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droits, territoires, cultures, 2004, p. 7 ; V. aussi, Guy HAARSCHER, « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH*, 1990, p. 231).

qui n'a cessé de se diversifier au fil du temps. Ainsi, après avoir accompagné l'émergence du syndicalisme³, l'action collective a pris un nouvel essor grâce au mouvement consumériste et à la montée en puissance des préoccupations environnementales qui invitent même à repenser les rapports entre les pouvoirs publics et ce qu'il est convenu d'appeler la « société civile »⁴. L'action de ces groupements se présente comme une forme de mobilisation collective en dehors de la tutelle étatique à l'instar de ces formes de gestion ou d'usage collectif de ressources - pas nécessairement naturelles d'ailleurs - par des communautés qui suscitent aujourd'hui une foule de travaux transdisciplinaires sur les « biens communs », les « communs » voire le « commun »⁵.

4. De manière générale, le développement de l'action collective des associations et des syndicats ne peut pas être déconnecté d'une réflexion sur le rôle et la place de l'Etat comme instance de régulation ou de protection des différents intérêts collectifs émanant de la société qu'il surplombe. L'activisme contentieux des associations et des syndicats, qui éprouve parfois les limites de l'office du juge, constitue alors une source intarissable de commentaires. Les associations de protection de l'environnement sont aujourd'hui des éléments moteurs de ce qui est présenté comme une « révolution judiciaire mondiale »⁶, à savoir la multiplication des contentieux consistant, notamment, dans la mise en cause de l'inaction des Etats face au changement climatique devant les juridictions nationales. Ce phénomène n'a pas épargné la France et trouve son illustration la plus médiatique dans l'« affaire du siècle » qui se présente comme une action indemnitaire que quatre associations de protection de l'environnement, fortes du soutien d'une pétition signée en ligne par plus de deux millions de personnes, introduisirent le 14 mars 2019 devant le tribunal administratif de Paris pour obtenir « la réparation des préjudices subis en raison des fautes de l'État en matière de lutte contre le changement climatique et, d'autre part, à ce qu'il soit enjoint à l'État

³ Pour une approche historique des différentes relations qu'ont pu entretenir les syndicats et le pouvoir en France, V. Marie-Geneviève DEZES, « Les relations entre les syndicats et le pouvoir en France Essai d'analyse historique (1880-1980) », *Pouvoirs*, 1983, p. 31.

⁴ Ainsi que le résume M. Michel Prieur : « l'introduction de l'environnement dans les politiques publiques, résultat d'une forte demande sociale de l'opinion publique, va être à l'origine d'une redéfinition des relations du citoyen avec le pouvoir politique et administratif. Parce que l'environnement concerne tout le monde quand il s'agit de partager les ressources naturelles communes, sa gestion doit être réalisée pour tous et par tous. La démocratisation de la gestion des biens communs est inhérente à la qualité commune de ces biens » (Michel PRIEUR, « La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », *RJE*, numéro spécial, 1999, p. 9). S'agissant de cette notion de « société civile », un peu floue et parfois « gadget » (Danièle LOCHAK, « La société civile : du concept au gadget », in CURAPP, *La société civile*, Paris, PUF, coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1986, p. 44 ; sur l'évolution de la notion, V. aussi, Gautier PIROTTE, *La notion de société civile*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2007, 122 p.). Il est possible de retenir la définition qu'en donne Mme Adélie Pomade en droit de l'environnement, à savoir « le produit d'un ensemble de personnes physiques, de personnes morales et de groupements de fait, dont l'unité est reconnue par le droit de l'environnement. Ces éléments constitutifs qui présentent des caractéristiques communes agissent, seuls ou collectivement mais toujours au nom de l'ensemble qu'ils constituent et dont ils tirent leur renommée, dans l'objectif principal de protéger l'environnement » (Adélie POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement - Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, Paris LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 523, 2010, 716 p.) .

⁵ Pour un aperçu de la structuration de la réflexion sur les communs et les problèmes définitionnelles au sein de ce champ d'étude, V. Marie CORNU, Fabienne ORSI, Judith ROCHFELD, « Introduction » in Fabienne ORSI, Judith ROCHFELD, Marie CORNU-VOLATRON (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 4; V. aussi Pierre DARDOT, Christian LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, 400 p.

⁶ Christian HUGLO, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2018, 396 p.

de mettre un terme à l'ensemble de ses carences en matière de lutte contre le changement climatique »⁷. Ces « procès » ou « contentieux » « climatiques » menés par des groupements érigés en porte-parole de la « société civile », qui posent en eux-mêmes de nombreuses questions tant sur le plan procédural que substantiel⁸, ne représentent que la face émergée d'un iceberg qui, lui, ne semble pas prêt de disparaître. Cet activisme juridictionnel d'associations ou syndicats qui, voyant dans l'action en justice une simple continuation de la politique par d'autres moyens, se servent ainsi de l'« arme du droit »⁹ comme d'un levier pour infléchir le sens des politiques publiques n'est pas en soi nouveau. Il s'appuie en outre sur un mouvement plus profond qui est la promotion de la figure du juge dans les sociétés démocratiques. Il s'est d'ailleurs encore illustré récemment durant la période du « premier confinement » qui vit se multiplier tous azimuts les initiatives contentieuses de groupements réclamant au juge tantôt un durcissement¹⁰, tantôt un allègement¹¹ des mesures prises pour faire face à la pandémie.

5. Le choix d'une telle thématique de recherche n'était toutefois pas seulement motivé par la volonté de porter un autre regard sur un objet qui pouvait déjà sembler familier. Il était aussi commandé par l'actualité législative qui, si elle confirmait l'intérêt qu'il pouvait y avoir à s'intéresser de nouveaux à telles actions, n'en rendait que plus difficile la recherche.

6. En effet, de nouvelles formes d'actions collectives permettant aux associations et aux syndicats d'intervenir dans les rapports de droit du public sont apparues en droit français à partir de 2014. Ainsi, lorsque la présente étude fut entamée, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation venait tout juste d'instituer une « action de groupe » en matière de consommation et de concurrence permettant à certaines associations d'engager une action en réparation des préjudices individuels de plusieurs consommateurs en l'absence de mandat préalable de leur part. Cela ne concernait alors qu'à la marge le droit public. Toutefois, au cours de l'étude, de nouvelles formes d'actions collectives se sont ensuite rapidement multipliées. D'autres procédures d'« action de groupe » devant les juridictions judiciaires mais aussi administratives furent mises en place par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 dite de « modernisation de notre système de santé » en matière de santé¹², puis par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dite de « modernisation de la justice du XXI^e siècle » en matière d'environnement¹³, de

⁷ Dossier de presse du 14 mars 2019 (disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2019/05/Dossier-de-presse-complet-14-mars-1.pdf>).

⁸ V. sur ce point, notamment, le dossier thématique qui fut consacré aux « procès climatiques » dans le numéro 32 de l'*Actualité juridique de droit administratif* du 30 septembre 2019 et le rapport final de recherche sur « les dynamiques du contentieux climatique » qui fut réalisé dans le cadre de la Mission de recherche Droit et Justice (Marta TORRE-SCHAUB (dir.), *Rapport final. Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, 2019, 244 p.).

⁹ Liora ISRAEL, *L'arme du droit*, Paris, Presse de Sciences Po, coll. Contester, 2009, 142 p.

¹⁰ CE, ord., 22 mars 2020, *Syndicat Jeunes médecins*, n° 439674.

¹¹ CE, ord., 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057.

¹² Art. L. 1143-1 et suivants du code de la santé publique.

¹³ Art. L. 142-3-1 du code de l'environnement.

lutte contre les discriminations¹⁴, de protection des données personnelles¹⁵. Enfin, la loi du 17 mars 2014 n'a pas seulement fourni la matrice de nouvelles actions de groupe, elle a aussi ouvert la voie à la mise en place, par cette même loi de modernisation de la justice, d'une autre nouvelle forme d'action collective applicable exclusivement devant les juridictions administratives : l'action en reconnaissance de droits individuels¹⁶.

7. La dynamique des actions collectives semble donc connaître un nouvel essor en France depuis 2014. Avant même d'apparaître comme un point de départ, cette loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 représentait d'ailleurs un aboutissement puisqu'elle faisait enfin taire ce qui apparaissait comme une « rengaine »¹⁷. Elle conjurait cette malédiction que représentait une litanie de travaux demeurés stériles et d'initiatives avortées, notamment, en droit de la consommation, mais aussi dans le cadre des relations avec l'administration. En effet, il fut envisagé, lors des débats sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits, de permettre à ce dernier d'exercer devant le juge administratif l'« action collective » qui avait été imaginée par le groupe de travail que M. Philippe Bélaval avait présidé en 2009 et qui devint finalement l'action en reconnaissance de droits individuels en 2016. Les opposants à l'action de groupe étaient jusqu'alors parvenus à la réduire au rang d'arlésienne tout juste bonne à nourrir les spéculations doctrinales, craignant que ce « greffon »¹⁸ venu d'ailleurs mît en péril notamment la santé économique des entreprises et apportât dans ses bagages les excès qui avaient aussi fait sa renommée de l'autre côté de l'Atlantique. C'est effectivement la « *class action* » existant aux Etats-Unis, telle qu'organisée au niveau fédéral par la règle n° 23 des « *Federal Rules of Civil Procedure* », qui apparaît comme la figure archétypale de ce type d'actions collectives. Celle-ci permet alors à un requérant d'introduire, sous certaines conditions, une action aux fins d'indemnisation ou aux fins de cessation dont le résultat liera les membres d'un groupe sans qu'il soit besoin de recueillir leur accord au préalable. Si l'adoption de l'action de groupe semble marquer une rupture en France, un rapide exercice de droit comparé montre toutefois que la mise en place d'une procédure similaire à la *class action* américaine dans un pays de culture juridique romano-germanique ou dans un pays européen n'a elle-même rien d'extraordinaire et donne à voir un phénomène d'une ampleur plus large dont les associations et les syndicats peuvent tirer parti en France.

8. En effet, lorsque la loi n° 2014-344 fut adoptée en France, la greffe avait déjà pris depuis longtemps dans des systèmes juridiques influencés par la culture romano-germanique, comme le montre

¹⁴ Art. 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; art. L. 1134-6 et suivants du code du travail ; art. L. 77-11-1 et suivants du code de justice administrative.

¹⁵ Art. 37, anciennement 43 *ter*, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁶ Art. L. 77-12-1 et suivants du code de justice administrative.

¹⁷ Soraya AMRANI-MEKKI, « La rengaine de l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 252, p. 3.

¹⁸ Serge GUINCHARD, « Entre identité nationale et universalisme du droit : l'idée et le processus d'introduction d'un recours collectif en droit français », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, 2008, p. 297.

le « recours collectif » mis en place par le législateur québécois dès 1978¹⁹. De plus, sans qu'il soit besoin ici de remonter jusqu'aux actions populaires romaines, force aussi est de constater que l'action collective n'était pas une idée neuve en Europe. La *class action* organisée au niveau fédéral aux Etats-Unis n'est ainsi elle-même qu'un produit d'importation puisqu'elle puise ses racines dans l'Angleterre médiévale²⁰ où elle bénéficia ensuite du développement de la procédure de *Bill of Peace* devant les juridictions d'« *Equity* » au XVII^e siècle qui permettait de trancher au cours d'une même instance une question commune à plusieurs parties dont certaines pouvaient être représentées. Le juge Story, qui siégea à la Cour suprême de 1811 à 1845, en fit ensuite la promotion aux Etats-Unis au début du XIX^e siècle²¹. Ce n'est que progressivement que les procédures de « *class action* » se développèrent après au niveau fédéral avec la « *Federal Rule of Equity 48* » de 1842, l'« *Equity Rule 38* » de 1912 admettant que le jugement puisse lier des membres du groupe pourtant absents²², puis la règle 23 des « *Federal Rules of Civil Procédure* » de 1938 qui opéra la fusion du « *Common law* » et de l'« *Equity* » et fut ensuite elle-même substantiellement modifiée en 1966 pour donner à ces procédures une physionomie que les modifications apportées en 1998, 2003 et 2005 n'ont pas bouleversée²³.

9. En outre, cela fait près de vingt ans que l'Union européenne s'est elle-même intéressée à ce type de mécanismes procéduraux dans les matières relevant de sa compétence²⁴. Elle a ainsi imposé aux Etats membres la mise en place de recours collectif en cessation d'atteintes aux intérêts collectifs des consommateurs²⁵, mais aussi implicitement en cas d'atteinte à l'environnement et aux droits des travailleurs²⁶. L'Union a aussi lancé plusieurs travaux de réflexion sur des recours collectifs en réparation des préjudices individuels subis collectivement avec l'adoption par la Commission d'un livre vert en

¹⁹ Sur le recours collectif québécois, V. Noël-Jean MAZEN, « Le recours collectif : réalité québécoise et projet français », *RIDC*, 1987, p. 373 ; Jacques HERON, Thierry LEBARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit privé, 5^e édition 2012, n° 100 et s.

²⁰ Stephen C. YEAZELL, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, Yale University Press, 1987, 306 p.

²¹ *West v. Randall*, 29 F. Cas. 718, 2 [CCRI Mason] 181 [1820] [Non. 17, 424]

²² Ce que la Cour suprême ne s'était toutefois pas privée de faire auparavant (*Smith v. Swormstedt* (1853) 57 U.S. 288).

²³ Pour une présentation en langue française de cette évolution et, plus largement, de la *class action* aux Etats-Unis, V. notamment, Maria José AZAR-BAUD, *thèse.précit.* p. 18-19.

²⁴ Pour une réflexion sur cette question, V. Philippe ICARD, « Recours collectifs : proposition pour un modèle européen », in Virginie DONIER, Béatrice LAPEROU-SCHNEIDER (dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires Actes, 2013, p. 81.

²⁵ Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs remplacée depuis lors par la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs

²⁶ Le recours collectif en cessation d'un manquement est effectivement couvert par les dispositions des différentes directives ayant repris les stipulations de la Convention d'Aarhus relative à l'accès à la justice en matière d'environnement (art. 25 de la directive n° 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution ; art. 11 de la directive n° 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ; art. 23 de la directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil), mais aussi par celle relative aux droits des travailleurs (§2 de l'article 3 de la directive 2014/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs)

2005²⁷ et d'un livre blanc en 2008²⁸ sur l'indemnisation des préjudices subis par les victimes d'infractions à la législation communautaire sur les ententes et les abus de position dominante ainsi qu'en 2008 un autre livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs²⁹. Plutôt que de continuer ainsi à multiplier les initiatives en ordre dispersé au détriment éventuellement de leur cohérence, la Commission décida en 2011 d'opter pour une approche « horizontale » en lançant une consultation publique intitulée « Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs » et visant notamment à dégager des principes juridiques communs en matière de recours collectif, à laquelle le Parlement européen participa par la formulation d'une résolution³⁰, mais qui n'aboutit toutefois qu'à la formulation en 2013 d'une recommandation « relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union »³¹. L'idée européenne d'un « recours collectif » en réparation ne fut toutefois pas abandonnée, au moins au profit des consommateurs³². « La nouvelle donne pour les consommateurs » présentée par la Commission le 11 avril 2018, à la suite de l'évaluation qu'elle réalisa en 2017 sur les règles de protection des consommateurs³³, de l'adoption de son rapport concernant la mise en œuvre de la recommandation qu'elle avait formulée en 2013³⁴ mais aussi de l'affaire dite du « *Dieseltgate* », contient notamment une proposition de directive appelée à remplacer la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection de protection des intérêts des consommateurs jugée encore trop lacunaire. Cette nouvelle directive aurait alors pour objet de mettre en place un cadre commun et de donner aussi une dimension transfrontalière aux « actions représentatives » que des « entités qualifiées » doivent pouvoir exercer devant les juridictions nationales en réparation des infractions au droit de l'Union pouvant nuire aux intérêts collectifs des consommateurs³⁵.

²⁷ Livre vert du 19 décembre 2005 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante [COM (2005) 672 final].

²⁸ Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante [COM (2008) 165 final].

²⁹ Livre vert du 27 novembre 2008 sur les recours collectifs pour les consommateurs [COM (2008) 794 final].

³⁰ Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif » (2011/2089(INI)).

³¹ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union

³² Le quinzième considérant de la directive 2014/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 invitait seulement les États membres « à se pencher sur la mise en œuvre de principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation ». L'objectif avancé était alors « d'assurer une protection juridique efficace, et sans préjudice des mécanismes de défense collective dont disposent les partenaires sociaux ainsi que du droit national ou des pratiques nationales ».

³³ Consultable à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332.

³⁴ Commission européenne, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, et au Comité économique et social européen du 25 janvier 2018 concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE)* [COM (2018) 40 final].

³⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE. En revanche, l'action en

10. Au niveau européen, les Etats membres n'avaient pas non plus tous attendu l'Union pour mettre en place des mécanismes procéduraux permettant d'introduire des recours collectifs, et en particulier des recours en réparation similaires à l'« action de groupe » française en matière de consommation et de concurrence, ou d'obtenir un effet d'équivalent³⁶. Tel est le cas du Portugal où l'« *action populaire* » prévue par la Constitution³⁷ fut concrétisée dès le milieu des années 1990 par une loi d'application générale et plusieurs lois spéciales, notamment en matière de consommation³⁸. À partir des années 2000, le mouvement s'est amplifié et ce type de mécanismes procéduraux se sont multipliés au sein des Etats de l'Union, avec un champ d'application à vocation générale - comme en Angleterre et au Pays de Galles³⁹,

représentation des « personnes concernées » prévue par l'article 80 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, qui sera évoquée plus avant, ne saurait être regardée, à proprement parler, comme un « recours collectif » au sens que la Commission a donné à cette notion dans sa recommandation de 2013. Toutefois, les infractions commises par les professionnels aux dispositions dudit règlement et susceptibles de porter atteinte aux intérêts des consommateurs sont parmi celles qui, visées par l'annexe I de la directive, sont susceptibles de donner lieu à une « action représentative ».

³⁶ Sont visés ici les mécanismes fonctionnant sur le principe de « l'affaire pilote », qui correspondent à ce que Mme Alexia Pato désigne dans son étude comparative comme le « *Test case Model* » (Alexia PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress. A European Private International Law Perspective*, Bloomsbury Publishing, 2019, p. 67). Dans cette hypothèse, les juridictions ne sont pas saisies d'une requête de la part d'une personne prétendant agir au nom d'un groupe de victimes auquel elle appartient ou non, ce qui correspond pour l'auteur respectivement au « *Class action Model* » au « *Representative Model* ». Dans le cadre des « *Test case Model* », elles sont saisies d'une multitude de requêtes individuelles similaires et, afin d'assurer un traitement plus rapide et cohérent, les juridictions décident d'en sélectionner une pour trancher les questions de droit et de fait communes à l'ensemble d'entre elles avec une décision qui servira donc de modèle aux autres dont le traitement avait été suspendu.

³⁷ Le troisième paragraphe de l'article 52 de la Constitution du 2 avril 1976 dispose ainsi que « le droit d'action populaire est reconnu à tous, personnellement ou par l'intermédiaire des associations de défense des intérêts en cause, dans les cas et selon les formes prévues par la loi, ainsi que le droit pour la ou les victimes de réclamer une juste indemnisation, notamment dans les buts suivants: a) œuvrer pour la prévention, la cessation ou la poursuite judiciaire des infractions contre la santé publique, les droits des consommateurs, la qualité de la vie, la conservation de l'environnement et du patrimoine culturel ; b) assurer la défense des biens de l'État, des régions autonomes et des collectivités locales ». Ce n'est d'ailleurs pas le seul pays à prévoir l'existence d'une telle action dans sa Constitution en Europe ou même dans le monde. Ainsi, elle est prévue en matière pénale par l'article 125 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 et elle est mentionnée aussi dans la Constitution d'autres pays lusophones (Par ex., LXXIII de l'article 5 de la Constitution de la République fédérative du Brésil du 5 octobre 1988 ; art. 74 de la Constitution de la République d'Angola du 21 janvier 2010 ; art. 81 de la Constitution de la République du Mozambique du 21 décembre 2004) et hispanophones (Par ex., art. 88 de la Constitution de la République de Colombie du 4 juillet 1991 ; art. 43 de la Constitution de la République d'Argentine du 22 août 1994).

³⁸ Loi 83/95 du 31 août 1995 sur le droit de participation procédurale et d'action populaire ; loi 24/96 du 31 juillet 1996 sur la protection des consommateurs ; décret-loi 486/99 du 13 novembre 1999 approuvant le Code des valeurs mobilières ; loi 107/2001 du 8 septembre 2001 sur le patrimoine culturel ; loi 19/2014 du 14 avril 2014 sur la politique environnementale ; loi 23/2018 du 5 juin 2018 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence.

³⁹ Sur le *Group Litigation Order*, V. Mélanie LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Larcier, coll. Europe, 2012, n° 378-403

au Danemark⁴⁰, en Suède⁴¹, en Bulgarie⁴², en Lituanie⁴³ ou encore plus récemment au Pays-Bas⁴⁴ en Italie⁴⁵ - ou sectorielle - comme c'est le cas en Allemagne pour la défense des investisseurs⁴⁶ ou encore pour la défense des consommateurs, en Belgique⁴⁷, Espagne⁴⁸, Pologne⁴⁹ et Finlande⁵⁰.

11. Quoique que ce fussent des motifs conjoncturels et propres à chaque pays qui présidèrent à la mise en place de tels mécanismes procéduraux⁵¹, leur développement est bien un phénomène d'ampleur mondiale⁵² qui semble répondre à un besoin, à un motif structurel commun, à savoir obtenir une gestion rationalisée du traitement des préjudices de masse. En France, ce phénomène profita alors

⁴⁰ Loi n° 181 du 28 février 2007.

⁴¹ La loi 2002 : 99 du 30 mai 2002 relative aux procédures judiciaires collectives introduit trois types de recours collectifs : une « action privée » ouverte à tout justiciable ayant un intérêt personnel pour introduire toute demande en matière civile, une action « organisationnelle » réservée à des associations en matière de protection de l'environnement ou de défense des intérêts des consommateurs et une action « publique » ouverte à un organisme public spécialement habilité par le gouvernement. Le rapport du 1^{er} janvier 2018 de la Commission ne classe toutefois pas la Suède parmi les Etats membres ayant retenu « une approche législative horizontale, autorisant les procédures collectives en réparation dans tous les domaines » (Commission européenne, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, et au Comité économique et social européen du 25 janvier 2018 concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE)* [COM (2018) 40 final], p. 4).

⁴² Art. 339 à 388 du Chapitre 33 du code de procédure civile adoptés le 6 juillet 2007.

⁴³ Loi n° XII-771 du 13 mars 2014 (texte disponible en version anglaise à l'adresse suivante : http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Class_Action_Lithuania.pdf).

⁴⁴ Loi du 20 mars 2019 modifiant le code civil et le code de procédure civile afin de permettre le règlement des dommages collectifs dans une action collective (*Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie*) qui vient ainsi combler les lacunes de l'action en cessation et en déclaration ainsi que du système des transactions collectives homologuées qui avait été mis en place par la loi du 23 juin 2005.

⁴⁵ La loi du 12 avril 2019 a étendu le champ des normes pouvant être sanctionnées dans le cadre du recours collectif en indemnisation, de l'« *azione di classe* » qui, telle qu'elle était jusqu'alors organisée par l'article 140 *bis* du code de la consommation créé par la loi n° 99 du 23 juillet 2009, ne permettait que de défendre les « droits homogènes » des « consommateurs » et « utilisateurs », éventuellement d'ailleurs des usagers d'un service public. Désormais prévu aux articles 840 bis à quinquièmes du code de procédure civile, le recours collectif général en cessation étant prévu lui à l'article 840 *sexies decies*, elle permet de défendre les « droits homogènes » de n'importe quelle classe de sujets qui auraient été atteints par une société ou une personne morale publique ou privée gérant un service public.

⁴⁶ Loi du 1^{er} novembre 2005 sur le recours collectif en cas de litige sur les valeurs mobilières (« *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* »).

⁴⁷ Loi du 28 mars 2014 portant insertion d'un titre 2 « De l'action en réparation collective » au livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre 1^{er} du Code de droit économique.

⁴⁸ Art. 11 de la loi n° 1/2000 du 7 janvier 2000 relative à la procédure civile. Toutefois, l'article 11 *bis* prévoit aussi une action similaire pour la défense du droit à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

⁴⁹ Loi du 17 décembre 2009.

⁵⁰ Loi n° 444/2007 du 13 avril 2007 sur les actions de groupe (« *Ryhmäkannelaki* »).

⁵¹ Ainsi, la mise en place du mécanisme du *Group Litigation Order* en Angleterre et au Pays de Galle n'est que la formalisation dans les *Civil Procedure Rules* de la pratique des juridictions qui durent innover sur le plan procédural lorsqu'elles furent confrontées à la question de la réparation des préjudices de masse à la fin des années 1980, notamment dans le cadre de scandales sanitaires comme celui du Benzodiazépine (Sur cette affaire et son traitement, V. Mélanie LECLERC, *thèse.précit.*, n° 380-384). Dans le même ordre d'idées, en Allemagne, l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 2005 répondait aux carences constatées dans le traitement de l'affaire « *Deutsche Telekom* » au début des années 2000 dans laquelle des milliers d'actionnaires avaient assigné l'entreprise devant le tribunal de première instance de Francfort pour obtenir la réparation des préjudices qu'ils estimaient avoir subis en raison de campagnes trompeuses de la part de celle-ci qui avaient conduit à surévaluer la valeur de ses actions de près de 2 milliards d'euros (Mélanie LECLERC, *thèse.précit.*, n° 405-406 ; V. aussi Dietmar BAETEGE, « Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation - German », *The Globalization of class actions*, Conférence internationale co-sponsorisée par la Stanford Law School et le Centre for socio-legal studies, Oxford University, 13 et 14 décembre 2007, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf).

⁵² Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter les différents rapports nationaux, régulièrement mis à jour, sur le site du « *Global Class Actions Exchange* » (<http://globalclassactions.stanford.edu/>)

aux associations et aux syndicats, ou du moins certains d'entre eux, qui ont pour objet de défendre les intérêts des groupes auxquels appartiennent les victimes de ces lésions de masse puisque le législateur leur a confié un monopole pour la mise en œuvre de ces nouvelles voies de droit devant les juridictions administratives et judiciaires. Rien n'imposait pourtant qu'il en fût ainsi. Un bref tour d'horizon des dispositifs similaires existant à l'étranger montre bien que la faculté de déclencher ce type d'action peut être partagée entre ce type de groupements et d'autres catégories de requérants, voire réservée à d'autres⁵³.

12. Si elle représente une nouvelle étape dans le développement des actions collectives en droit français, la mise en place de ces actions de groupe et de l'action en reconnaissance de droits peut aussi être rattachée à un mouvement plus large et plus profond de promotion de l'action juridictionnelle des groupements privés. Celui-ci est particulièrement prégnant en droit du travail pour les syndicats professionnels mais aussi en droit de l'environnement pour les associations, ainsi qu'en témoignent, entre autres, les conditions posées par la Cour de cassation, puis le législateur pour l'exercice de l'action en réparation du « préjudice écologique pur ». D'ailleurs si la mise en place de telles actions permettait de combler un manque en droit français, il y a néanmoins bien longtemps que les justiciables ne sont plus nécessairement cantonnés à la défense de leurs intérêts personnels et que les associations ou syndicats peuvent exercer des actions juridictionnelles pour défendre les intérêts des groupes visés par leurs statuts. À certains égards, le système juridique français pouvait même sembler plus favorable à l'égard de telles actions en justice que celui de certains de ses voisins, notamment grâce à ce qui apparaît comme le « parangon du contrôle objectif de légalité des actes administratifs »⁵⁴ : le recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives qui put d'ailleurs même être présenté comme une « action de groupe »⁵⁵. En effet, telles que ses conditions de recevabilité furent organisées au début du siècle dernier par un Conseil d'État qui, désireux d'assurer avant tout le respect du principe de légalité, admit notamment qu'un requérant qui n'allèguerait qu'une atteinte à un intérêt suffisamment spécial puisse se voir reconnaître un intérêt donnant qualité pour agir, le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs était déjà pour ces groupements une voie de droit propice à la défense des intérêts collectifs visés par leurs statuts. Il l'était bien plus que ne peuvent l'être les recours en annulation qui, tels qu'ils existent par exemple en Allemagne, s'inscrivent eux dans un modèle de contrôle sous-tendu par

⁵³ Tel est le cas, par exemple, en Finlande où seul l'« *Ombudsman* » compétent en matière de consommation peut exercer le recours collectif indemnitaire ou encore en Pologne où le recours ne peut être introduit que par l'un des membres du groupe de consommateurs lésés ou bien par l'un des « *Ombudsman* » locaux qui est compétent en matière de consommation.

⁵⁴ Karine ABDEREMANE, Antoine CLAEYS, Elise LANGELIER, Yseult MARIQUE, Thomas PERROUD, *Manuel de droit comparé des administrations européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. Pratique du droit européen, 2019, n° 1160.

⁵⁵ Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 7^e édition, 2005, p. 146 ; Bernard PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} édition, 2006, p. 118. L'auteur, qui ne reprend pas ce terme dans les éditions suivantes de son *Manuel de contentieux administratif*, désignait ici le recours pour excès de pouvoir des groupements privés contre un acte réglementaire.

une logique présentée comme « subjective ». De tels recours en annulation sont alors avant tout destinés à assurer la protection des « droits subjectifs » des administrés⁵⁶.

13. Le sens et les ressorts d'une telle dynamique en France pouvaient toutefois laisser perplexe. Ainsi, en dépit de ces évolutions législatives et jurisprudentielles, il était possible de se demander si ces actions juridictionnelles grâce auxquelles les associations ou les syndicats peuvent intervenir dans les rapports de droit public pour imposer le respect des intérêts collectifs visés par leurs statuts n'étaient pas en réalité des espèces d'actions en justice menacées d'extinction en droit français. En effet, en se tournant justement du côté des juridictions administratives, le statut des actions collectives en droit français, et en particulier de celles menées par les associations et les syndicats, se révèle plus équivoque qu'il n'y paraît. Alors que les rapports entre l'administration et les administrés évoluent dans le sens d'un rééquilibrage en faveur des seconds, les actions collectives des associations et des syndicats voient se dégrader ce qui semblait constituer jusqu'alors leur habitat naturel. Elles apparaissent même parfois aux yeux du juge et du législateur comme des nuisibles dont la prolifération doit être contenue.

14. Les actions de groupe et l'action en reconnaissance de droits individuels sont effectivement arrivées devant les juridictions administratives alors que la question de l'intérêt pour agir était en « pleine effervescence »⁵⁷, en particulier dans le contentieux de l'excès de pouvoir où le Conseil d'État et le législateur exercent une forme de droit d'inventaire sur l'héritage jurisprudentiel du « moment 1900 »⁵⁸, de cette politique jurisprudentielle dont les associations et les syndicats surent justement tirer parti pour défendre en justice les intérêts collectifs visés par leurs statuts. Ce qui peut alors apparaître comme un « moment 2000 », c'est-à-dire cette tendance au resserrement de l'intérêt donnant qualité pour agir autour de la lésion de droits propres au requérant, gagnant de proche en proche différentes branches du contentieux des actes de l'administration, n'est que l'avatar procédural d'un mouvement plus large de « subjectivisation » du droit administratif français qui interroge donc sur l'avenir de ce reliquat d'objectivisme que constitueraient les actions collectives des associations et des syndicats. En effet, rien ne garantit qu'elles puissent sortir totalement indemnes de ce basculement d'une logique « objective » à une logique « subjective ».

15. Ainsi, peu de temps avant que le législateur ne permette aux seules associations et syndicats d'agir au moyen de l'action de groupe et de l'action en reconnaissance de droits individuels devant le juge administratif, le Conseil d'État n'avait lui pas jugé utile de leur ménager un statut de requérant privilégié pour mettre en œuvre le recours de pleine juridiction en contestation de la validité des contrats

⁵⁶ Sur le modèle allemand de contrôle de la légalité des actes administratifs, V. Ioannis MICHALIS, *L'intérêt à agir dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs. Etude comparée des droits français et allemand*, Thèse. dactyl, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, 619 p.

⁵⁷ Olivier RENAUDIE, « Avant-propos », in Olivier RENAUDIE (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Boulogne-Billancourt, Berger Levrault, coll. Au fil du débat, 2015, p. 15.

⁵⁸ Fabrice MELLERAY, « Le moment 1900 et ses suites », in Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Grands colloques, 2016, p. 9

administratifs qu'il ouvrait aux tiers desdits contrats dans son arrêt *Tarn-et-Garonne*⁵⁹. Pourtant, alors qu'il optait pour une appréciation de l'intérêt pour agir plus stricte que dans le contentieux de l'excès de pouvoir, il décidait justement de préserver le recours de certains tiers contre les contrats conclus par les collectivités territoriales ou leurs groupements, en l'occurrence celui des membres des assemblées délibérantes des collectivités ou groupements concernés et du représentant de l'Etat dans le département. L'arrêt *OFPRA c. Mme Edosa Felix* du 25 juillet 2013⁶⁰, qui concernait l'intérêt pour intervenir d'associations de défense des droits des étrangers dans le contentieux de l'asile, montre aussi que la place qu'il convient de réserver à l'activité contentieuse des associations est loin de faire consensus au sein des juridictions. En effet, si le Conseil d'État décida alors d'aligner les conditions de recevabilité de la tierce intervention volontaire en plein contentieux sur celles du contentieux de l'excès de pouvoir qui sont plus libérales, l'arrêt fut rendu aux conclusions contraires du rapporteur public. Ce dernier, tout en reconnaissant l'importance de l'activité de certaines associations dans ce type de contentieux, estimait qu'il n'était pas opportun de modifier ainsi les conditions de recevabilité de l'intervention volontaire en plein contentieux pour leur permettre d'agir au soutien d'actions individuelles⁶¹.

16. Il est donc possible d'observer deux mouvements qui viennent se télescoper sur la question de l'action juridictionnelle des groupements défendant des intérêts collectifs. D'un côté, un mouvement qui, porté par la volonté d'assurer la réparation de préjudices de masse et la protection effective de certains intérêts collectifs, peut impliquer de promouvoir leur action juridictionnelle, quitte alors à assouplir les conditions de recevabilité de voies de droit qui, comme l'action en responsabilité extracontractuelle, sont d'ordinaire sous-tendues par une logique subjective y compris devant les juridictions administratives. De l'autre côté, un mouvement qui, porté lui par volonté d'assurer avant tout la protection d'intérêt personnels, conduit à remettre en cause la logique objective qui sous-tendaient l'organisation de voies de droit qui étaient traditionnellement propices à de telles actions.

17. Tel est le constat qui a déterminé l'objet ainsi que la méthode de cette recherche sur les actions collectives des groupements privés en droit public français (Section 1). Toutefois, avant de présenter plus précisément les différents problèmes que posent l'introduction de ces nouvelles actions collectives et plus largement les actions collectives en droit public français (Section 3) et qui ont imposé l'orientation de la présente étude (Section 4), il convient évidemment de définir chacun de ces termes (Section 2).

SECTION 1 : Objet de la recherche et méthode retenue

18. La présente étude ne sera pas centrée exclusivement sur les actions de groupe mises en place depuis 2014 et l'action en reconnaissance de droits. Ces nouvelles actions ne sont effectivement qu'un

⁵⁹ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

⁶⁰ CE, Sect., 25 juillet 2013, *OFPRA c. Mme Edosa Felix*, n° 350661.

⁶¹ Edouard CREPEY, Conclusions inédites sur CE, Sect., 25 juillet 2013, *OFPRA c. Mme Edosa Felix*, n° 350661.

prétexte pour s'interroger plus largement sur le traitement que le législateur français, le pouvoir réglementaire et les juges nationaux - qui seront désignés, rassemblés ici sous le terme de « *jurislateur* »⁶² - réservent à l'action collective des groupements privés en droit public.

19. En outre, même si cette question y occupera évidemment une place importante, cette étude ne se focalisera pas non plus sur cette condition de recevabilité qu'est la reconnaissance de la qualité pour agir des associations et des syndicats, entendue ici comme l'habilitation à saisir une juridiction⁶³, celle-ci pouvant procéder de la reconnaissance de leur intérêt pour agir⁶⁴ ou, comme c'est le cas avec les actions attitrées, d'une norme qui les habilite spécialement à agir en justice sans exiger d'eux qu'ils fassent la preuve d'un tel intérêt. Il faudra s'intéresser, plus largement, aux conditions dans lesquelles ils peuvent saisir les juridictions administratives et judiciaires pour défendre les intérêts collectifs visés par leur statut, en somme sur la mise en œuvre de leur droit d'accès au juge⁶⁵.

20. Il n'est donc pas question ici de voir la place que l'action juridictionnelle occupe dans le répertoire d'actions de ces groupements, dans quelle mesure elles peuvent être mises au service d'une stratégie de

⁶² Ce terme désignant « l'autorité créatrice de la norme » (René CHAPUS, *Droit administratif général. Tome I*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, 15^e édition, p. 27) et en l'occurrence ici les autorités créatrices de la norme juridique.

⁶³ Comme le relevait René Chapus, l'expression peut prêter à la confusion en raison de son caractère polysémique. Ainsi, cette qualité pour agir du requérant doit être distinguée de « la qualité en laquelle le requérant agit » : celle, par exemple, de propriétaire, de voisin, de commerçant, de contribuable, d'électeur, d'usager d'un service public, de membre d'un organisme », en somme de l'intérêt substantiel dont il se prévaut et dont la lésion permet éventuellement de lui reconnaître un intérêt processuel lui donnant qualité pour agir (René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éditions, 2008, n° 569, p. 476). Enfin, il faut aussi la distinguer de la qualité telle qu'elle est entendue dans l'expression « avoir qualité à agir pour le compte d'autrui ». Elle désigne alors le fait d'« être habilité à décider qu'un tribunal sera saisi en demande ou en défense) au nom et pour le compte d'autrui » ou « tout simplement avoir été régulièrement chargé de représenter le requérant devant le tribunal, en le saisissant et en accomplissant les actes de la procédure » (René CHAPUS, *op.cit.*, n° 551, p. 452-453) (en italique dans le texte) (V. aussi, sur cette distinction entre intérêt et qualité, Marcel LALIGANT, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP*, 1971, p. 43 ; Georges BOLARD, « Qualité ou intérêt à agir ? », *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 597 Francis KERNALEGUEN, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », *op.cit.*, p. 771)

⁶⁴ Le requérant a intérêt et par suite qualité pour agir, l'intérêt processuel en question devant être réel, personnel, certain et direct. Les expressions « intérêt à agir » et « intérêt pour agir », comme d'ailleurs « qualité à agir » et « qualité pour agir », sont utilisées indifféremment par les auteurs et les juridictions et il semble qu'il n'y a effectivement pas lieu de les distinguer. Les auteurs ne font pas la différence en ces deux prépositions, sauf semble-t-il Mme Marie-Caroline Arreto qui, pour sa part, estime qu'il conviendrait plutôt de parler d'intérêt et de qualité « pour » agir. En effet, selon elle, les expressions avoir intérêt ou qualité « à » agir, serait une confusion de la forme « être habilité à » qui peut sembler proche de celle « avoir le titre juridique pour ». Néanmoins, si l'auxiliaire « être » traduit un état, l'auxiliaire avoir traduit lui une « action ». Ce faisant, le choix de l'une ou l'autre de ces prépositions ne serait pas neutre pour l'auteure puisqu'elle traduirait une différence de conception entre l'état de « l'ayant » et celui de « l'étant » (Marie-Caroline ARRETO, *Les recours individuels directs devant la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne). Contribution à une approche processuelle de contentieux constitutionnel*, Thèse dactyl. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2018, ndbp n°1, p. 51). Sans suivre l'auteure jusque-là, il est aussi possible d'exprimer une préférence pour la préposition « pour » qui exprime mieux le but que la préposition « à ».

⁶⁵ Le questionnement sur la mise en œuvre de ce droit conduit « à l'analyse des conditions permettant un accès effectif au juge, qu'il s'agisse de conditions matérielles ou procédurales » (Virginie DONIER, Nicolas GERBAY, Fabrice HOURQUEBIE, Philippe ICARD, Béatrice LEPEROU-SCHENEIDER, « Propos introductifs », in Virginie DONIER, Béatrice LEPEROU-SCHENEIDER (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 35). Certes, même s'ils paraissent proches et partagent des fondements juridiques, le droit d'accès au juge doit donc être distingué tant du « droit à un recours juridictionnel effectif » que du « droit au juge ». Le « droit à un recours juridictionnel effectif », qui n'est d'ailleurs lui-même qu'une composante du droit à un recours effectif tel qu'il peut être garanti par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est ainsi plus large. En effet, il ne garantit pas seulement la possibilité de saisir un juge, mais « il inclut également des considérations liées à l'exécution des jugements » (*Ibid*). Le droit d'accès au juge n'est aussi qu'un aspect du « droit au juge », de cette « notion doctrinale qui rassemble à la fois le droit à un tribunal et par certains aspects, le droit à un recours effectif (au sens de droit à un recours juridictionnel effectif) » (*ibid*).

« lobbying »⁶⁶ ou encore les stratégies contentieuses qu'ils ont pu développer grâce aux différentes voies de droit mises à leur disposition. Il ne s'agira pas non plus de vérifier si les prédictions que le doyen Hauriou avait faites au début du siècle dernier dans sa note sous l'arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey Tivoli* se sont révélées exactes⁶⁷, c'est-à-dire de mesurer - si tant est d'ailleurs que cela soit possible - leur contribution réelle à la formation du droit positif.

21. Ce faisant, l'action collective ne devra pas être abordée ici au travers d'une enquête de terrain en partant du point de vue de ses utilisateurs, des associations et des syndicats ou même de certains d'entre eux, mais en partant de celui des autorités normatrices qui en déterminent les conditions de recevabilité et, plus largement, encadre ses conditions d'accès au juge. Il faudra en revanche partir des textes de loi, de la jurisprudence pour tenter de dessiner, au terme d'une démarche inductive et en s'aidant au besoin des travaux préparatoires ou encore des conclusions des rapporteurs publics devant les juridictions administratives, le cadre juridique de cette action en droit public français. Pour autant, tout en optant pour une approche positiviste et inscrivant cette recherche dans un cadre épistémologique d'inspiration normativiste, il ne s'agira pas non plus de couper totalement les textes de leur contexte d'élaboration ou d'application, ni de se priver de l'apport d'autres disciplines pour éclairer ce contexte.

SECTION 2 : Définitions des termes du sujet

22. Pour délimiter clairement le sujet de la présente étude, il convient de lever le flou qui entoure aussi bien les expressions « action collective » (§1), « groupements privés » (§2) que « droit public français » (§3).

§1- L'action collective

23. L'action en justice, cette faculté de saisir un organe juridictionnel, peut être qualifiée de « collective » en raison de son mode d'exercice, c'est-à-dire lorsqu'elle est exercée par plusieurs requérants, ou, ce qui est différent mais n'est pas antinomique, de la nature de l'intérêt qu'elle permet de défendre. C'est ce dernier critère, plus large, qui sera retenu ici. Cela impose toutefois de définir la notion d'« intérêt collectif » (A), mais aussi les rapports qu'elle peut entretenir avec l'action en justice, l'expression « action en défense d'un intérêt collectif » étant finalement assez imprécise (B).

⁶⁶ Le « lobbying » qui peut, avec M. Grégory Houillon, être défini comme « une action spontanée ayant pour finalité d'obtenir l'intégration, sans contrepartie directement liée à cet objectif, d'un intérêt particulier par une autorité investie d'un pouvoir décisionnel au sein des dispositions ayant vocation à devenir impératives d'un acte juridique en cours d'élaboration ou spécifiquement élaboré à cet effet » (Grégory HOUILLON, *Le lobbying en droit public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif-Administrative law, 2012, p. 8).

⁶⁷ « Des associations de défense ou des syndicats montreront plus de hardiesse et plus d'esprit de suite dans les réclamations contentieuses ; ils auront moins à redouter les risques pécuniaires d'un procès ; ils feront juger des questions qui ne l'ont jamais été » (Maurice HAURIOU, « Note sous Conseil d'État, 3 février 1905, *Storch* et Conseil d'État, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* », S., 1907, 3, p. 41).

A- L'intérêt collectif

24. Si l'« intérêt » est déjà une notion fuyante (1), l'adjectif « collectif » qu'il est possible de lui accoler est quant à lui équivoque (2).

1- L'intérêt

25. En dépit de son omniprésence dans le discours du droit et dans le discours sur le droit, la notion d'« intérêt » peut passer pour un corps étranger dans cette discipline. Voyant dans l'évocation de cette notion, l'adoption d'un point de vue économique, le doyen Hauriou, dans sa note sous l'arrêt *Syndicat agricole d'Herblay* du Conseil d'État, écrivait ainsi qu'il serait erroné de ne voir que des intérêts dans les droits puisque ces derniers ne sont que des « modes d'activité » et que le droit, la « technique juridique » ne s'intéresse qu'aux « activités » tandis que si l'intérêt « produit des effets juridiques », il n'est lui finalement « qu'une possibilité d'action »⁶⁸. Notion parfois présentée comme « pré-juridique »⁶⁹, l'intérêt est d'ordinaire associé à l'économie, à l'amour du gain, à cette pulsion égoïste qui eut au moins le mérite de dompter les « passions destructrices » de l'homme⁷⁰ et qui, érigée en paradigme des comportements humains à compter du XVI^e siècle, était censée faire entrer le monde dans une ère de « prévisibilité et de constance »⁷¹. Partant de là, en considérant que l'intérêt, associé à un sentiment égoïste, est intrinsèquement personnel, l'expression intérêt « collectif » pourrait d'ailleurs aussi sembler oxymorique. Ce n'est toutefois que l'une des nombreuses acceptions que l'intérêt, concept « équivoque »⁷² s'il en est, put recevoir successivement et parfois concomitamment au cours du temps. Il ne fut effectivement pas toujours enchaîné à la recherche du lucre et ainsi chargé d'une connotation péjorative. Comme le rappelle M. Gaston Braive, lorsque l'intérêt est apparu en langue française au milieu du XIII^e siècle, il était dérivé du verbe latin « *interesse* », signifiant « intervenir, se trouver interposé ou être séparé », et ne renvoyait alors qu'au dommage, qu'à ce qui sépare deux personnes⁷³, puis il fut employé pour désigner la réparation dudit dommage, confusion dont témoigne encore aujourd'hui l'expression « dommages et intérêts ». Ce ne serait qu'à partir de la seconde moitié du XV^e siècle que l'intérêt fut chargé d'une

⁶⁸ Maurice HAURIUO, « Note sous Conseil d'État, 29 juin 1900, *Syndicat agricole d'Herblay* », *S.*, 1903.3.1

⁶⁹ François OST, *Droit et intérêt. Volume 2. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 9.

⁷⁰ Albert O. HIRSCHMAN, *Les passions et les intérêts. Justifications du capitalisme avant son apogée*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 5^e édition, 2014, 135 p.

⁷¹ Albert O. HIRSCHMAN, *op.cit.*, p. 48-55.

⁷² Gaston BRAIVE, « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt. Aspects critiques et sémantiques », in Philippe GERARD, François OST, Michel VAN de KERCHOVE, *Droit et intérêt. Vol. 1 : approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1990, p. 19.

⁷³ Origine qu'Hirschman n'évoquait d'ailleurs lui que très brièvement en note infrapaginale dans son ouvrage (Albert O. HIRSCHMAN, *op.cit.*, p. 34, ndbp n°1).

signification économique, qui s'est répandue en Europe jusqu'à la première moitié du XVI^e siècle, en désignant le « dédommagement dû pour le prêt d'une somme d'argent »⁷⁴, glissant vers le profit qu'il est possible de tirer d'une telle opération économique, voire le sentiment l'accompagnant. Il prit aussi un « contenu anthropologique et social avec l'apparition d'expressions comme l'« intérêt de l'État » ou l'« intérêt de la personne » lorsqu'il fut employé par la littérature politique à partir du XVI^e siècle⁷⁵. Le sens de ce mot s'est donc enrichi au fil du temps sans que ses origines latines ne soient pour autant oubliées⁷⁶ et ce n'est finalement que vers la fin du XVII^e siècle que l'« intérêt » fut usuellement associé à l'égoïsme de l'*homo economicus*⁷⁷. Dès lors, l'« intérêt » - au sens qui est aujourd'hui couramment donné à ce mot, c'est-à-dire entendu comme ce qui importe, est avantageux ou bénéfique⁷⁸ - n'a pas toujours stagné dans les « eaux glacées du calcul égoïste » en dépit de l'exercice de calcul rationnel que sa détermination implique et son évocation dans une étude juridique peut apparaître finalement comme un retour aux sources⁷⁹ pour une notion dont le contenu s'est transformé en voyageant à travers les siècles et les disciplines et traversant différents courants de pensée.

26. C'est d'ailleurs au sens de « ce qui importe » au titulaire d'une prérogative, que l'intérêt est généralement employé en droit puisqu'il sert à rendre compte de la finalité d'une action⁸⁰ au travers de l'avantage que l'exercice de cette prérogative tend à satisfaire, de l'objet que prend la volonté mettant en mouvement cette faculté. Ce faisant, l'intérêt ne saurait d'ailleurs être confondu avec cette prérogative en dépit de ce que pourrait laisser penser une définition courante du droit subjectif, qui n'est lui-même qu'un type de prérogative, de faculté d'agir, le présentant comme un « intérêt juridiquement protégé ». Tout au

⁷⁴ M. Gaston Braive, pour sa part, date en 1462 la première apparition de ce sens en France (Gaston BRAIVE, *art.précit.*, § 23).

⁷⁵ Gaston BRAIVE, *art.précit.*, § 35. Le premier ouvrage en langue française employant l'intérêt dans son titre serait d'ailleurs l'ouvrage du duc Henri II de Rohan, *De l'intérêt des princes et Estais de la Chrestienté*, publié en 1638.

⁷⁶ Le substantif « intéressé », au sens de « lésé », d'infirmes, serait ainsi apparu en 1547 (Gaston BRAIVE, *art.précit.*, § 420). Dans le même ordre d'idées, près d'un siècle plus tard, Corneille fit dire à Chimène : « Rodrigue m'est bien cher, son intérêt m'afflige » (Pierre CORNEILLE, *Le Cid*, acte III, scène III).

⁷⁷ « Comment s'explique en fait ce déplacement de sens ? C'est peut-être en raison du lien traditionnel entre l'intérêt et le prêt d'argent (...). Il se peut aussi que l'affinité entre l'élément de calcul rationnel inhérent à la notion d'intérêt et la nature même de toute activité économique soit à l'origine d'un processus qui finira par vider la notion de toute connotation autre qu'économique. Enfin, si l'on revient à la France du XVII^e siècle, il est également permis de conjecturer qu'en présence d'un pouvoir politique si concentré et apparemment si stable, le champ des aspirations reste, pour le commun des mortels, étroitement limité : le seul domaine où il peut espérer ou craindre un changement significatif de situation est celui des intérêts économiques » (Albert O. HIRSCHMAN, *op.cit.*, p. 40). S'agissant de la connotation péjorative qui put par ailleurs être associée à l'intérêt, et qui l'est même parfois encore, M. Gaston Braive, pour sa part, relève que c'est au cours du XVII^e siècle - avec en point d'orgue la querelle autour du « pur amour » qui vit s'opposer la doctrine d'inspiration quiétiste de Fénelon à celle d'inspiration eudémoniste de Bossuet (Sur la querelle du « pur amour », V. notamment, Michel TERESTCHENKO, « La querelle sur le pur amour au XVII^e siècle entre Fénelon et Bossuet », *Revue du MAUSS*, vol. n° 32, 2008, p. 173) - que l'intérêt s'est ainsi vu affubler d'une acception dépréciative, ce qui suscita d'ailleurs ensuite en réaction une tentative de réhabilitation utilitariste de « l'intérêt bien entendu » (Gaston BRAIVE, *art.précit.*, §40-44)

⁷⁸ A cet égard, bien que l'intérêt général ou public soit souvent confondu avec l'utilité publique, il conviendrait de les distinguer car, comme le note Mme Maryse Deguerge, si « l'intérêt est ce qui importe », « l'utilité », en revanche, « est ce qui sert » (Maryse DEGUERGUE, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2015, p. 132).

⁷⁹ Encore que, à l'origine, « le mot peut donc avoir, mais non nécessairement, un contenu juridique » (Gaston BRAIVE, *art.précit.*, § 15).

⁸⁰ Catherine TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Paris, Economica, coll. Recherches Panthéon Sorbonne Université de Paris I, 1981, p. 1 ; Frédéric ALHAMA, *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 171, 2018, n° 1, p. 2.

plus, et selon d'ailleurs la définition qui est retenue du droit subjectif, l'intérêt peut être regardé comme l'une de ses composantes et il peut être admis qu'il existe un lien, un « *continuum* »⁸¹ entre les deux, étant entendu que tout intérêt n'est pas associé à un droit subjectif et que le respect d'un droit subjectif, d'une faculté d'agir tournée vers la satisfaction d'un intérêt personnel, peut lui-même être regardé comme un autre intérêt de son titulaire.

2- L'intérêt collectif

27. En première analyse, l'intérêt collectif peut-être simplement défini comme l'intérêt d'une « collectivité », c'est-à-dire comme ce qui importe donc à un « ensemble d'individus rassemblés par une communauté d'intérêts, une proximité d'habitat, des activités similaires ou complémentaires »⁸². Il pourrait alors être pris comme synonyme de l'intérêt « commun », encore que, comme le relève M. Florent Masson, là où « l'adjectif « collectif » sous-entend que le groupe [est] considéré comme un tout », que « la pluralité est ramenée à une forme d'unité », le terme « commun » lui « constate l'existence d'une chose ou d'une qualité partagée entre plusieurs objets ». Ce ne serait en réalité qu'une question de point de vue c'est-à-dire que, dès lorsqu'il existe un groupe, une collectivité, il est possible de dégager un intérêt collectif qui n'est qu'un intérêt commun à l'ensemble de ses composantes. Associé à une collectivité, l'intérêt collectif se distinguerait donc de l'intérêt individuel, c'est-à-dire de celui qui propre à un individu en particulier et qui est parfois pris comme synonyme d'intérêt « personnel ». À cet égard, il faut toutefois déjà relever qu'une telle assimilation entre « individu » et « personne », discutée en philosophie et en théologie, est discutable en droit. En effet, à la différence de l'« individu », de cet « être concret formant une unité distincte et identifiable, et qui ne peut être divisé sans être détruit »⁸³, la « personne » recouvre une signification précise en droit où elle désigne alors « l'être qui jouit de la personnalité juridique »⁸⁴, de cette « aptitude à être titulaire de droits et d'obligations »⁸⁵ et, lorsque le premier est assimilé à l'être humain, il ne saurait être confondu avec la seconde puisqu'au sein des personnes juridiques coexistent des personnes physiques et morales⁸⁶. C'est alors en tant qu'il est associé à une collectivité qui, dépourvue la personnalité juridique, ne peut être le point d'imputation de normes conférant des droits ou imposant des obligations, que l'intérêt collectif peut être classé parmi les intérêts impersonnels et opposé aux

⁸¹ François OST, *Droit et intérêt. Volume 2. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 38.

⁸² « Collectivité », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition,

⁸³ « Individu », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition.

⁸⁴ « Personne », Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 10^e édition, 2014, p. 759. Sur la personnalité juridique V. Xavier BIOY (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, coll. Travaux de l'IFR | 14, 2013, 334 p.

⁸⁵ « Personnalité », Gérard CORNU (dir.), *op.cit.*, p. 758.

⁸⁶ En réservant ici le terme « *individu* » pour les personnes physiques, il serait possible de considérer que l'intérêt individuel n'est qu'une espèce d'intérêt personnel.

intérêts qui sont associés à des personnes juridiques identifiées, la notion de personnalité morale permettant néanmoins d'envisager la personnalisation de certains intérêts collectifs *a priori* impersonnels.

28. En se tournant du côté des classifications des droits et intérêts réalisés par les droits et les doctrines étrangères, et plus spécialement italiens, lusophones et hispanophones qui sont particulièrement prolifiques sur ce thème⁸⁷, il apparaît que la consistance de « l'intérêt collectif », tel qu'il a été préalablement défini de façon assez large, est sans doute moins aisée à saisir qu'il n'y paraît. Il est effectivement aussi bien question d'intérêts - ou même de droits - « collectifs », « diffus »⁸⁸, « méta-individuels »⁸⁹, « trans-individuels », « supra-individuels », « individuels homogènes », « multi-subjectifs ». En outre, les relations qu'entretiennent ces différentes notions et les critères permettant de les distinguer sont variables.

29. L'intérêt « collectif » fut ainsi distingué de l'intérêt « diffus » par une partie de la doctrine italienne au cours des années 1970⁹⁰ et le législateur brésilien, s'inspirant de ces travaux, reprit cette distinction dans le code de défense des consommateurs de 1990, en l'insérant toutefois dans une classe plus large, celle des intérêts « trans-individuels » qui est opposée à celle des intérêts « individuels homogènes »⁹¹. Le code modèle des procès collectifs pour l'Ibéro-Amérique, élaboré par l'Institut Ibéro-Américain de droit processuel et adopté en 2004, s'est ensuite inspiré de cette classification mais n'a pas repris cette subdivision entre les intérêts « collectifs » et « diffus » au sein des intérêts « trans-individuels », opposant seulement les « intérêts ou droits » qualifiés de « diffus » - et qui correspondent en réalité aux intérêts « trans-individuels » brésiliens – à ceux qualifiés d'« individuels homogènes »⁹².

⁸⁷ Dont il est possible de trouver une étude comparée dans les travaux de Mme Maite Aguirrezábal Grünstein (Maite AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, « Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales : colectivos y difusos », *Revista Chilena de Derecho*, v. 33, n. 1. 2006, p. 69) et, en langue française, de Mme Maria José Azar-Baud (Maria José AZAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation : étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, n° 25-30, p. 59-71 V. aussi de la même auteure, « L'action de groupe, une valeur ajoutée pour l'environnement ? », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 21 avril 2016).

⁸⁸ Notion à laquelle fait allusion le vingt-cinquième considérant de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

⁸⁹ Mauro CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC*, 1975, p. 571.

⁹⁰ Chiara ANGIOLINI, « Intérêt diffus », in Fabienne ORSI, Judith ROCHFELD, Marie CORNU-VOLATRON (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 852 ; Chiara CUDIA, « Interessi diffusi e collettivi [dir. amm.] » (disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/)

⁹¹ Sur la genèse de cette législation et son inspiration italienne, V. Antonio GIDI, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 17-23).

⁹² Son article 1^{er} dispose ainsi que : « L'action collective sera exercée pour faire valoir des prétentions liées à la protection des : I - intérêts ou droits diffus, entendus comme des intérêts supra-individuels, de nature indivisible, dont est titulaire un groupe, une catégorie ou une classe de personnes liées entre elles ou avec la partie adverse par des circonstances de fait ou liées par une relation juridique ; II - intérêts ou droits individuels homogènes, entendus comme l'ensemble des droits subjectifs individuels, ayant une origine commune, dont sont titulaires les membres d'un groupe, d'une catégorie ou d'une classe » (traduit in Maria José AZAR-BAUD, *thèse.précit.*, p. 693). C'est cet « intérêt diffus » que Mme Maria José AZAR-BAUD qualifie d'« intérêt collectif strict » en les opposant, au sein des « droits collectifs *lato sensu* », aux « intérêts individuels homogènes ».

30. Mme Maite Aguirrezábal Grünstein recense ainsi trois types de critères ayant été utilisés pour spécifier les intérêts qu'elles présentent comme « supra-individuels »⁹³. Elle évoque un premier critère qu'elle nomme « objectif », en ce qu'il s'attache à l'objet de l'intérêt en question et plus précisément à ce qui est pourtant présenté comme une caractéristique à part de la trans-individualité dans la législation brésilienne et le Code modèle : son caractère indivisible, que ce soit sur le plan factuel ou juridique, de telle sorte qu'il ne puisse donner lieu à l'attribution de « quotes-parts » aux membres du groupes et qu'une atteinte à cet intérêt constitue une lésion concomitante et similaire pour l'ensemble des membres de la collectivité⁹⁴. Le deuxième critère est lui « subjectif » et consiste à mettre en avant que personne n'est titulaire de ce type d'intérêt mais tous les membres d'un groupe ou d'une catégorie déterminée en même temps. Enfin, le troisième est « normatif » et décrit l'intérêt « supra-individuel » comme ne bénéficiant pas d'une quelconque consécration normative, comme étant purement factuel⁹⁵.

31. Le critère subjectif précédemment évoqué, qui serait celui retenu majoritairement par la doctrine, se présente en réalité comme le versant du critère objectif : si un bien collectif est indivisible, il ne peut faire l'objet d'une appropriation individuelle et l'intérêt en question est donc partagé entre les membres du groupe⁹⁶. Tels sont les critères qui permettraient de distinguer ces intérêts « supra » ou « trans » individuels des intérêts individuels qui, faisant l'objet d'une appropriation exclusive par leurs titulaires peuvent néanmoins être défendus collectivement et être substantiellement « homogènes » en raison d'une « origine commune » et qui, soulevant donc des questions de droit ou de fait identiques ou similaires, justifient alors une protection collective devant les juridictions⁹⁷. Partant de là, l'intérêt « supra individuel »

⁹³ Maite AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, *art.précit.*, p. 76-78. Toutefois, l'auteure ne semble alors pas évoquer seulement la catégorie des intérêts « trans-individuels », quoiqu'ils soient parfois présentés comme synonyme par des auteurs brésiliens (V. Antonio GIDI, *op.cit.*, p. 53) et qu'elle les oppose ensuite aux « droits individuels homogènes ou pluri-subjectifs » en s'appuyant sur la doctrine brésilienne (Maite AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, *art.précit.*, p. 87). En effet, certaines publications auxquelles Mme Maite Aguirrezábal Grünstein se réfère et certaines positions doctrinales qu'elle rapporte concernent en réalité la distinction entre les intérêts « diffus » et « collectifs » (Par ex., Nicolo TROCKER « Gli interessi difussi nell 'opera della giurisprudenza », *Rivista Trimestrale di Diritto Procesuale*, 1987, p. 1112) que l'auteure prend pourtant soin de présenter à part comme deux espèces de ce genre que sont les « intérêts supra-individuels ».

⁹⁴ V. Antonio GIDI, *op.cit.*, p. 54-55. Il s'agit, par exemple, de la qualité de l'air, de la propreté d'un fleuve, de la véracité d'une publicité ou encore de la sécurité d'un produit.

⁹⁵ Ce critère, qui n'est guère opératoire pour l'auteure, se retrouve ensuite pour distinguer les intérêts « collectifs » et « diffus » (cf. *Infra*, n° 32).

⁹⁶ Ces deux caractéristiques subjective et objective sont ainsi liées dans la présentation que M. Antonio Gidi fait des « droits et intérêts trans-individuels » brésiliens (Antonio GIDI, *op.cit.*, p. 53-54).

⁹⁷ Antonio GIDI, *op.cit.*, 62. Ce critère de l'homogénéité est toutefois équivoque car, tel qu'il est formulé, il s'attache en réalité moins à la substance des intérêts individuels qu'à celle des lésions qu'ils peuvent subir. Ce n'est effectivement pas l'origine commune des intérêts qui est alors évoquée, comme ce serait par exemple le cas des droits que des consommateurs tiennent individuellement de contrats rédigés à partir d'un modèle type, mais bien celle du dommage qu'ils peuvent subir. Mme Maria José Azar-Baud parle ainsi indifféremment de la « même origine du préjudice » et de « l'origine commune des droits » (Maria José AZAR-BAUD, *thèse.précit.*, n° 184-188, p. 234-238), ce qui ne peut alors s'entendre qu'en considérant qu'il s'agit, par exemple, des « droits » à l'indemnisation des préjudices causés par un même fait dommageable ou un fait dommageable similaire ou identique. M. Antonio Gidi explique alors que cette exigence d'une origine « commune » est entendue de façon assez souple puisqu'elle ne signifie pas que l'origine de la lésion - et par là même des prétentions - soit nécessairement un événement unique à l'origine de lésions concomitantes pour plusieurs personnes comme cela peut être le cas avec une explosion, un accident d'avion ou la destruction d'un édifice. L'événement donnant cette origine « commune » peut être espacé dans le temps et dans l'espace, constitué par une succession de faits qui, étant si étroitement liés entre eux, peuvent être regardés comme ne formant qu'un. Il prend alors l'exemple de la contamination d'une baie qui est un dommage qui a pu être

put être présenté comme étant plus que la somme des intérêts individuels des membres du groupe auquel il est associé, en somme comme un intérêt collectif « transcendantal »⁹⁸. C'est cette caractéristique que Mme Maria José-Azar Baud, par exemple, reprend pour définir l'intérêt « diffus » ou « collectif *stricto sensu* ». Ce caractère transcendantal ne fait toutefois pas l'unanimité et l'intérêt « supra-individuel » put être aussi présentée comme une simple somme d'intérêts individuels selon une conception libérale et individualiste⁹⁹. L'intérêt supra-individuel peut donc faire l'objet, comme l'intérêt général, d'une conception « utilitariste » ou bien « volontariste » pour reprendre les termes utilisés par le Conseil d'État dans son rapport de 1999, expliquant que celui-ci peut alors être présenté soit comme un intérêt immanent aux intérêts particuliers, c'est-à-dire « la somme arithmétique des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques », soit comme transcendantal, dans la conception dite « volontariste » qui « ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société » et présente donc comme nécessaire l'arbitrage de la puissance étatique pour dégager un intérêt qui, objet de la « volonté générale », les transcende et s'impose à eux. Mme Maite Aguirrezabal Grünstein rapporte aussi une conception qu'elle présente comme intermédiaire¹⁰⁰, voyant dans cet intérêt « supra individuel » la qualification d'intérêts individuels s'élevant au-delà de leur dimension strictement individuel¹⁰¹. En réalité, l'intérêt supra-individuel achoppe ici sur la difficulté qu'il peut y avoir à concevoir la notion d'intérêt collectif dans un paradigme individualiste faisant de l'individu le fondement et la mesure de toute

causé par le déversement durant plusieurs années de déchets toxiques et non par un acte isolé ou encore d'une publicité trompeuse dont il importe peu qu'elle ait été vue par certains consommateurs à l'occasion d'une émission télévisée et par d'autres grâce à des panneaux disposés dans telle ou telle ville. (Antonio GIDI, *op.cit.*, p. 62). Néanmoins, dans les exemples donnés par l'auteur, il est tout de même possible considérer que ces multiples faits dommageables ont une origine commune unique. Ainsi, dans le cadre de la pollution diffuse de la baie qui affecte tant l'environnement que la santé des individus, il est possible de considérer qu'elle procède en réalité de la carence ou de l'incurie des autorités chargées d'empêcher cette pollution. Enfin, si l'origine commune s'attache ainsi à la source des lésions, il est tout de même possible d'envisager qu'il existe aussi une homogénéité des situations individuelles sur le plan substantiel que le dommage ne fait finalement que révéler, c'est-à-dire de considérer qu'elles ont autre chose en commun que d'être victimes d'une lésion similaire ou identique. En effet, pour que des intérêts individuels puissent être ainsi lésés de façon similaire par un fait ayant une « origine commune », leurs titulaires doivent tout de même se trouver dans une position identique ou similaire à l'égard de celui-ci, par exemple, en raison de leur proximité géographique à l'égard de la source d'une pollution ou de leur fréquentation du site pollué. En somme, avant le fait dommageable ayant constitué un groupe de victimes d'une lésion similaire ou identique, il est possible de considérer qu'il existait déjà un groupe.

⁹⁸ Ce que fait Mme Maria José AZAR-BAUD en retenant l'indivisibilité comme premier critère de distinction (Maria José AZAR-BAUD, *thèse.précit.*, n° 14, p. 33), rejoignant ainsi M. Louis Boré qui, dans sa thèse, adopte aussi une conception duale de l'intérêt collectif mais part directement de la distinction entre le caractère transcendantal ou immanent de celui-ci (Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997, n° 10, p. 7 ; V. aussi Antonio GIDI, *op.cit.*, p. 53). V. toutefois pour une distinction entre l'intérêt collectif et l'intérêt général faisant de la transcendance une qualité propre au second, Meryem DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Paris, Institut de recherche juridique de la Sorbonne, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2015, n° 922-925, p. 584-587.

⁹⁹ L'auteure se réfère alors à l'ouvrage de Guido Alpa qui évoquait en néanmoins l'intérêt « diffus » (Guido ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'Impresa*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 283). Il est toutefois possible d'extrapoler son propos à une classe d'intérêts plus généraux qui, comme celle des intérêts « trans-individuels », comprend les intérêts « diffus » et « collectifs » et fait de leur indivisibilité un dénominateur commun.

¹⁰⁰ Qui est celle de M. Pablo Gutiérrez de Cabiedes (Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra, Aranzadi, 1999, p. 78)

¹⁰¹ Maite AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, *art.précit.*, p. 78-79.

choses. C'est ce qui explique d'ailleurs que la solidité même de cette distinction ait pu être discutée s'agissant de l'intérêt général¹⁰². En effet, comme le rappelle M. Guylain Clamour, les conceptions de l'intérêt général - et le propos pourrait évidemment être transposé à l'intérêt supra-individuel - ont en commun d'être l'une comme l'autre un sous-produit de la modernité qui érigea la Raison et l'intérêt humain au rang paradigmatique. À ce titre, même la pensée rousseauiste à laquelle est rattachée la conception volontariste, insiste sur le fondement humain de l'intérêt devant gouverner la société¹⁰³. Néanmoins, au-delà de cette convergence heuristique que note l'auteur, il n'en demeure pas moins qu'il existe une réelle divergence ontologique entre ces deux formes d'intérêts quant à la place et au rôle accordés aux intérêts particuliers dans la formation de l'intérêt général, le doute quant à la possibilité d'obtenir naturellement une harmonie des intérêts individuels qui puisse être constatée par simple calcul arithmétique conduisant alors à présenter comme nécessaire l'intervention d'une volonté surplombante mue par des considérations qui lui sont propres¹⁰⁴, cette différence ayant été ensuite, il est vrai, sans doute exagérée par une conception dogmatique de l'intérêt général plus soucieuse de trouver un principe de légitimation de l'action de l'Etat que de rendre compte de la complexité du réel¹⁰⁵. Même en concédant qu'il ne s'agit finalement que d'un certain intérêt commun aux individus appartenant au groupe, cet intérêt ne saurait être regardé comme une somme d'intérêts individuels exclusifs. À cet égard, la composition réelle de cette collectivité, la consistance des différents intérêts individuels exclusifs de ses membres, importent donc peu pour le déterminer.

¹⁰² Cette gêne se retrouve, par exemple, dans la classification des intérêts collectifs à laquelle procède M. Louis Boré puisque, tout en cherchant dans l'opposition entre immanence et transcendance une base solide de distinction, il concède que l'intérêt peut être aussi bien immanent que transcendant (Louis BORE, *thèse.précit.*, n° 10-11, p. 7-10), ce qui revient à ruiner l'intérêt de la distinction ou à la remplacer par une autre opposant des intérêts collectifs exclusivement « immanents » et des intérêts collectifs « à la fois immanents et transcendants ». Elle expliquerait aussi que, s'agissant de l'intérêt collectif susceptible de servir de *substratum* à une personne morale et en principe distinct de l'intérêt individuel de ses membres, Michoud ait fini par admettre qu'il ne constituait que la « synthèse de *certain*s intérêts communs aux membres du groupe » (Léon MICHOU, *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, Paris, LGDJ, t.1, 1924, réimp. 1998, n° 71, p. 173-174) (en italique dans le texte).

¹⁰³ « La première et la plus importante conséquence des principes ci-devant établis est que la volonté générale peut seule diriger les forces de l'Etat selon la fin de son institution, qui est le bien commun : car si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible. C'est ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts qui forme le lien social, et s'il n'y avait pas quelque point dans lequel tous les intérêts s'accordent, nulle société ne saurait exister. Or c'est uniquement sur cet intérêt commun que la société doit être gouvernée » (Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou principe du droit politique*, Paris, Librairie de la bibliothèque nationale, 1880, p. 40; sur le statut paradoxal de l'intérêt particulier chez Rousseau, à la fois fondement et antagoniste de l'intérêt général, V. François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, coll. Politique comparée, 1999, p. 119).

¹⁰⁴ C'est alors le regard porté sur le rôle de la décision politique, de l'Etat par rapport au marché et, plus largement, sur les rapports entre une sphère privée qui serait travaillée par des intérêts particuliers potentiellement conflictuels et une sphère publique autonome qui s'en trouve changé (Conseil d'Etat, *Conseil d'Etat, Étude annuelle - L'intérêt général*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'Etat, 1999, p.)

¹⁰⁵ Guylain CLAMOUR, *thèse.précit.*, n° 306-321, p. 169-178, Au point sans doute de décrédibiliser cette distinction, faisant croire que l'intérêt général transcendantal serait une chimère ou bien qu'il serait atteint dans sa pureté, et par là même dans son essence, dès lors qu'il s'ouvre à des intérêts particuliers et, ce faisant, que la conception « utilitariste » l'aurait aujourd'hui emporté en France, nourrissant ainsi les discours sur la déliquescence de l'Etat et du politique que la conception volontariste magnifiait.

32. Lorsque les intérêts « collectifs » sont distingués des intérêts « diffus », éventuellement alors au sein d'une classe plus large opposée à celle des intérêts individuels homogènes¹⁰⁶, les critères de distinction entre ces deux notions sont aussi variables. Il est ainsi déjà possible de retenir au moins neuf critères de distinction en partant de l'étude de droit comparé réalisé par Mme Maite Aguirrezabal Grünstein¹⁰⁷, à savoir le caractère factuel et non-juridique du lien unissant les membres du groupe¹⁰⁸, l'intérêt diffus se différencierait de l'intérêt collectif en raison, notamment, de l'absence d'un porteur¹⁰⁹, de l'impossibilité de les unifier au sein d'une collectivité, de la non-reconnaissance par une norme¹¹⁰, de l'absence d'une organisation, du caractère plus extensif ou - ce qui s'en rapproche - le caractère général et non catégoriel, le caractère indéterminé de la composition du groupe¹¹¹, auxquels il serait possible d'ajouter - à partir de

¹⁰⁶ Ainsi, s'agissant du recours collectif en défense des consommateurs, l'article 11 de la loi espagnole sur le recours collectif se contente d'une dichotomie entre intérêts « *diffus* » et « *collectifs* ».

¹⁰⁷ Maite AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, *art.précit.*, p. 84-86. Mme Maria José AZAR-BAUD, pour sa part, n'en retient que quatre lorsqu'elle évoque la « distinction entre les intérêt diffus et collectifs », en l'occurrence « la possibilité de détermination des membres », « l'organisation du groupe », « le nombre de consommateurs et la condition de « *numerosity* » », « l'origine de la relation des droits à protéger » et la « divisibilité de l'objet » (Maria José AZAR-BAUD, *thèse.précit.*, n° 27-30, p. 61-71). Toutefois, tous ces critères ne relèvent en réalité pas de la distinction entre intérêt « diffus » et « collectif ». Tel est le cas de la « divisibilité » - que l'auteure n'envisage d'ailleurs pas seulement sous l'angle des droits substantiels, mais aussi « de la prétention ou, plus précisément, du remède recherché en justice » - qui relèvent en réalité de la distinction entre les intérêts « individuels homogènes » et les « trans-individuels » ou « diffus » au sens du Code modèle des procès collectifs pour l'Ibéro-Amérique qu'elle tient pour des « intérêts collectifs *stricto sensu* ». En réalité, la présentation des différents critères est équivoque car elle intervient après que Mme Maria José Azar-Baud annonce « passer en revue les critères ayant servi d'amorce des classifications actuelles » (Maria José AZAR-BAUD, *thèse.précit.*, n° 26, p. 61) et, plus précisément, présenter cette « dualité de droits collectifs *lato sensu* » qui, pour rappel, se réduit justement pour elle à l'opposition entre intérêts « individuels homogènes » et intérêts « trans-individuels » ou « diffus » au sens de l'article 1^{er} du code modèle des procès collectifs pour l'Ibéro-Amérique. Quant au « nombre de consommateurs » - ou plus largement le nombre de membres dans le groupe - « la condition de « *numerosity* » », il ne s'agit pas à proprement parler d'un critère d'identification d'un type intérêt collectif mais d'une condition de recevabilité d'actions permettant de les défendre. Cette condition est, comme le rappelle d'ailleurs l'auteure, notamment prévue par la Règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* pour la certification des *class actions* aux Etats-Unis d'Amérique. Il s'agit alors d'une condition visant à subsidiariser l'usage de telles actions en ne les permettant que dès lors que le nombre de personnes dont les intérêts sont concernés est trop important pour que la simple jonction des affaires soit viable sur le plan pratique.

¹⁰⁸ L'auteure évoque en réalité deux fois ce critère dans sa liste. Une première fois explicitement au début et une seconde fois à la fin lorsqu'elle présente les critères retenus par le droit brésilien pour distinguer les intérêts diffus et collectifs. Au reste, la définition n'est pas complète puisque, s'agissant de l'intérêt « collectif », le II de l'article 81 du code évoque le caractère juridique du lien unissant les membres du groupe entre eux ou bien avec la partie adverse : « *interessados ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base* ».

¹⁰⁹ Ce qui est le critère qui était employé par Massimo Severo Giannini (Massimo Severo GIANNINI, « La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi », *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1974, p. 101) et, dans le cas des intérêts « collectifs », le fait que le porteur soit une « entité exponentielle d'un groupe non occasionnel » ne retire rien au caractère supra-individuel de l'intérêt en question selon le critère subjectif, mais, bien au contraire, viendrait même l'illustrer (Maite AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, *art.précit.*, p. 77, ndbp n° 28).

¹¹⁰ Que Mme Maite Aguirrezabal Grünstein mentionne pourtant comme l'un des trois critères ayant pu être employé pour différencier l'intérêt « supra-individuel » et les « intérêts collectifs homogènes ».

¹¹¹ Ce faisant, c'est néanmoins l'indivisibilité même de l'intérêt, censée pourtant caractériser l'intérêt diffus comme collectif en tant qu'intérêt « trans-individuel » qui fut questionnée. Ainsi, M. Rodolfo de Camargo Mancuso estime qu'en raison de cette indétermination de la composition du groupe auquel il est associé, l'indivisibilité serait absolue pour les intérêts « diffus » mais relative dans le cas des intérêts « collectifs » dans la mesure où les membres du groupe seraient déterminés ou facilement déterminables (Rodolfo de CAMARGO MANCUSO, *Comentários ao código de proteção do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 276). Or, l'indivisibilité passe plutôt pour une qualité absolue qui se saurait donc être sujet à gradation. Le fait que le nombre susceptible de servir de dénominateur soit connu ou susceptible de l'être ne permet pas de savoir si l'avantage, qui fait donc office de numérateur, peut être effectivement divisé.

l'exemple espagnol - la difficulté d'identifier les membres de ce groupe¹¹², ce qui ce n'est pas exactement la même chose. Il ressort alors de ces différents critères, qui sont parfois combinés et présentés comme entretenant entre eux des relations d'implication, que l'intérêt « diffus » serait plus évanescent que l'intérêt « collectif ». Il reste que, dans tous les cas, ces intérêts « collectifs », « diffus », « individuels homogènes », « trans » ou « supra » individuels, peuvent être qualifiés de collectifs dans le sens courant qui fut donné précédemment, c'est-à-dire dans la mesure où ils sont associés à une collectivité. Ce bref passage en revue a néanmoins le mérite de souligner la polysémie de l'expression « intérêt collectif » et il faut en tenir compte pour affiner la définition qui sera utilisée ici.

33. A cet égard, c'est bien le critère de la divisibilité – qu'elle soit juridique ou non – ou l'absence de titularité exclusive qui apparaît non seulement comme la base de distinction la plus solide, mais aussi la plus intéressante pour mener une étude sur les conditions d'exercice d'actions juridictionnelles destinées à défendre des intérêts collectifs. En effet, un tel intérêt est d'une nature différente des intérêts personnels que l'action en justice permet traditionnellement de défendre dans la mesure où il ne peut faire alors l'objet d'une appropriation exclusive de la part de l'un des membres du groupe, ni en principe par une quelconque personne juridique disposant de la faculté d'agir en justice¹¹³. Il s'agit alors de l'intérêt du groupe, de la collectivité pris en elle-même et un tel intérêt collectif doit alors effectivement être considéré comme transcendant les intérêts personnels et propres aux membres du groupe dans la mesure où, bien qu'il ne soit finalement qu'un certain intérêt commun aux membres de la collectivité en tant qu'ils y appartiennent, que ceux-ci soient identifiés à un « instant T » ou plus ou moins facilement identifiables, que la prise en compte de leurs intérêts propres puissent éventuellement avoir une influence sur sa définition concrète, il ne saurait précisément correspondre à une simple somme d'intérêts personnels exclusifs qui elle pourrait être divisée. Ce faisant, l'intérêt collectif correspond alors à un intérêt supra-individuel ou plutôt, pour le traduire juridiquement, à un intérêt supra-personnel qui, associé à un avantage indivisible pour les membres du groupe, transcende, surplombe l'ensemble de leurs intérêts personnels. Néanmoins, une simple agglomération d'intérêts personnels forme aussi un groupe, une collectivité et l'intérêt qui lui est associé peut alors aussi être qualifié de collectif. Il s'agit toutefois d'un intérêt collectif divisible, immanent aux intérêts de ce groupe, qui peut être alors qualifié lui de pluri-personnel¹¹⁴.

¹¹² Ainsi, l'article 11 de la loi n° 1/2000 du 7 janvier 2000 sur la procédure civile relatif à la légitimation pour la défense des consommateurs et des utilisateurs distingue, d'une part, la défense de l'intérêt « collectif » des consommateurs et utilisateurs, qui correspond à un groupe dont les composantes sont parfaitement déterminées ou déterminables, et, d'autre part, l'intérêt « diffus » des consommateurs et utilisateurs qui correspond à une pluralité indéterminée ou difficile à déterminer.

¹¹³ Même si, comme cela sera vu par la suite, la théorie dite de la « réalité technique de la personnalité morale » peut permettre de normaliser ce genre de situation.

¹¹⁴ Cela rejoint donc la distinction que Mme Maria José Azar Baud fait dans sa thèse entre « l'intérêt diffus » ou « collectif *stricto sensu* » et la « somme des intérêts individuels » ou les « droits ou intérêts individuels homogènes ». En revanche, à la différence de Mme Maria José Azar Baud, le qualificatif « homogène », qu'elle semble reprendre directement du Code modèle et de la classification brésilienne, ne sera pas retenu ici pour décrire ce type d'intérêt. En effet, l'ajout de cette caractéristique, qui n'a aucun lien avec la divisibilité puisqu'il est après tout possible d'envisager le rassemblement d'intérêts hétérogènes au sens où

34. L'intérêt collectif supra-personnel est alors celui d'une collectivité, d'un groupe ou – ce qui sera entendu ici comme synonyme – d'une catégorie de personnes, c'est-à-dire d'un « agrégat » d'individus, ou plus largement de personnes, « ayant au moins en commun une spécificité »¹¹⁵ et d'un groupe considéré seulement en lui-même. Il peut alors, éventuellement, constituer aussi une catégorie juridique dans un système juridique donné dès lors qu'une norme en vigueur dans ce système attache des conséquences juridiques au fait d'y appartenir. En fonction du critère de délimitation retenu, ledit groupe ou ladite catégorie pourrait alors être présentée ouverte ou fermée, pour reprendre une distinction esquissée par Guy Carcassonne et approfondie par Mme Olivia Bui-Xuan à propos des catégories juridiques, c'est-à-dire qu'elles peuvent être délimitées en fonction de ce que leurs membres font ou bien fonction de ce qu'ils sont ce qui renvoie à un trait commun permanent ou non permanent pour Mme Olivia Bui-Xuan¹¹⁶. Toutefois, si elle est intuitivement séduisante, cette dichotomie, élaborée en référence aux distinctions interdites en France par la Constitution au nom du principe d'égalité¹¹⁷, s'avère parfois d'un maniement délicat et elle prend en réalité pour base des critères de distinction différents. En témoigne l'idée

ils n'auraient pas une « origine commune », fait perdre à cette classification des intérêts collectifs son caractère exhaustif. L'intérêt collectif pluri-individuel homogène doit être regardé simplement comme une espèce d'intérêt collectif pluri-individuel. Cela rejoint aussi peu ou prou la distinction que faisait M. Louis Boré dans sa thèse entre intérêts collectifs « altruistes » et « égoïstes » qui sera présentée plus avant, même si, d'une part, l'auteur n'évoquait pas cette question de la divisibilité et retenait directement comme critère de distinction les liens qu'entretiennent l'intérêt de la collectivité avec les intérêts propres de ceux qui la composent et que, d'autre part, il n'évoquait en réalité que les intérêts collectifs pluri-individuels de personnes appartenant à un groupement associatif au travers de sa notion d'intérêts collectifs « égoïstes » puisqu'il s'en servait pour décrire et expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'action des « ligues de défense » qui engagent des actions en défense des intérêts personnels de leurs membres. En outre, ce que l'auteur entend par « altruisme » et « égoïsme », ainsi que les conséquences qu'il en tire sur le traitement des actions différenciées des actions des groupements défendant des intérêts collectifs est discutable (cf. *Infra*, n° 159-177).

¹¹⁵ Yaël ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 237, 2004, p. 3. L'auteure conteste néanmoins la synonymie entre « catégorie » et « groupe » en estimant que le dernier se caractérise par son institutionnalisation et, ce qui est pour elle associé, l'existence d'un intérêt collectif (Yaël ATTAL-GALY, *thèse.précit.*, p. 16). Ici, l'institutionnalisation permet seulement de différencier le groupe du « groupement », l'intérêt collectif du premier pouvant exister indépendamment de l'intervention du second qui ne fait en réalité qu'en donner une représentation.

¹¹⁶ Les catégories ouvertes sont ainsi présentées par l'auteure comme étant compatibles avec la logique universaliste « pour plusieurs raisons » : « en premier lieu, [la création de telles catégories] est effectuée à des fins gestionnaires : elle vise en effet, soit à soumettre certains individus à des règles de droit particulières du fait de leur état temporaire (les détenus, les personnes hospitalisées) ou de leur statut, soit à leur accorder des droits en relation avec leur situation (droit au secret médical par exemple) ; ces règles sont indispensables au bon fonctionnement des services publics. En second lieu, si l'on reprend la distinction de Guy Carcassonne, ces catégories juridiques sont déterminées en fonction de ce que les citoyens font ; elles sont larges, transversales, ouvertes : toute personne peut, à un moment de sa vie, être hospitalisée ou emprisonnée et, plus largement, être appréhendée à travers les différents types de statuts d'usagers ; de même, un fonctionnaire peut changer de corps et, par là même, être soumis à d'autres règles » (Olivia BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, coll. Corpus/Essais, 2004, p. 8). En revanche, les catégories fermées, pour lesquelles l'auteure réserve le terme de « groupes » et qu'elles présentent comme étant « *a priori* totalement incompatible avec la tradition universaliste », correspondent elles « à des agrégats d'individus possédant un marqueur identitaire commun », l'auteur précisant que « si l'on reprend la typologie de Guy Carcassonne, le groupe constitue le type même de catégorie déterminée à partir de ce que les citoyens sont : il est composé d'individus ayant un même trait de caractère permanent qui participe à leur identité, comme le sexe, l'orientation sexuelle, un handicap, une religion, une langue, une culture, une origine ethnique » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 9).

¹¹⁷ C'est effectivement à ce propos que, dans son commentaire sous l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 disposant notamment que la France assure « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », Guy Carcassonne écrivait que « parce que les hommes naissent et demeurent égaux, la conception française de la démocratie peut éventuellement admettre des différences en fonction de ce que les citoyens font (métier, situation, statut agissement, etc.), jamais en fonction de ce qu'ils sont » (Guy CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, Editions du Seuil, 1996, p. 43 cité in Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 8).

qu'introduit l'auteure de « degrés » de permanence¹¹⁸ et celle de « catégories transitoires »¹¹⁹ qui montrent qu'une distinction entre « ce que les individus sont » et « ce qu'ils font » ne correspond pas nécessairement à une distinction entre catégories fermées et ouvertes, du moins entre catégories totalement fermées et non totalement fermées. Sans que cela ne recouvre exactement les critères de discrimination prohibés et autorisés, compatibles ou non compatibles avec la logique universaliste, ce sera donc une distinction opposant les catégories totalement fermées pour leurs membres une fois qu'ils s'y sont rentrés, c'est-à-dire délimitées à partir d'un critère renvoyant à un marqueur d'une permanence absolue qu'ils ont pu éventuellement acquérir au cours de leur vie, et ouverte qui sera plutôt retenue ici¹²⁰. C'est alors en tant que les individus appartiennent à ce groupe du genre humain ou l'un de ses sous-groupes¹²¹ que les normes réglementaires, législatives, conventionnelles, constitutionnelles leur reconnaissent et leur garantissent, explicitement ou implicitement, directement ou indirectement, des prérogatives et, par là même, la licéité d'un certain type d'avantages, d'intérêts, qu'ils peuvent espérer en retirer en l'exerçant. Un même individu peut ainsi se voir reconnaître une pluralité d'intérêts licites qui sont plus ou moins précis et partagés avec un nombre plus ou moins important d'autres individus selon la dimension personnelle et matérielle des différentes normes encadrant l'activité humaine. Il peut ainsi être envisagé au travers des prérogatives qui lui sont reconnues en tant que travailleur, membre d'une profession ou d'un corps en particulier, consommateur, locataire, propriétaire, usager d'un service public, contribuable, citoyen ou encore de celles qui lui sont reconnus indépendamment de toute appartenance à une

¹¹⁸ L'auteure écrit ainsi que « le degré de permanence du marqueur identitaire peut être plus moins permanent ; on peut ainsi en distinguer deux types : ceux dont la permanence est absolue (l'origine, le sexe, l'appartenance ethnique, un handicap lourd...) et ceux dont la permanence est relative, dans la mesure où les individus peuvent en changer au cours de leur vie (la religion, la langue...) » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 9). Si cette idée de permanence « relative » permet de faire des catégories délimitées à partir de la religion de leurs membres l'une de ces catégories fermées que l'auteure présente comme étant *a priori* incompatibles avec la « logique universaliste » et, par là même, de faire correspondre cette classe de catégories avec les catégories prohibées par la Constitution au nom du principe d'égalité, elle fragilise néanmoins le critère de distinction entre les deux grandes classes de catégories. Quant au second critère de distinction de ces catégories fermées à savoir « que la caractéristique commune aux membres d'un groupe a en outre pour eux une importance particulière, en ce sens qu'ils la considèrent comme un trait fondamental, essentiel, de leur identité », qui se présente en fait comme un implication du premier puisque c'est la pérennité de cette caractéristique et les expériences individuelles similaires qu'elles va engendrer qui sont censées pourvoir une identité collective aux membres du groupe, il se retrouve aussi dans des catégories présentées comme ouvertes comme les catégories socio-professionnelles (V. notamment, Alain SUPIOT, « L'identité professionnelle », *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 409), ce que du reste reconnaît l'auteure même si elle souligne alors que ce n'est qu'une exception et renvoie à la permanence - mais qui peut être finalement relative - du marqueur identitaire commun (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 9-10).

¹¹⁹ « Entre les catégories perméables et les groupes fermés, on peut par ailleurs noter l'existence d'agrégats d'individus d'un type particulier, construits en fonction des tranches d'âge. Si l'octroi de droits différents aux majeurs et aux mineurs reste compatible avec la logique universaliste dans la mesure où l'exercice de la citoyenneté nécessite un niveau de maturité minimum, l'attribution de droits particuliers à des individus majeurs en fonction de leur âge semble *a priori* contraire à cette logique. Cependant, ces catégories que l'on peut qualifier de « transitoires » ne possèdent pas les caractères figés de groupe : sauf accident ou maladie, tous les individus ont été jeunes et seront âgés ; de surcroît on ne reste pas jeune ou vieux toute sa vie... » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 13).

¹²⁰ Les catégories de personnes qui enferment ainsi leurs membres en faisant appel à un caractère que l'individu ne peut abandonner au cours de sa vie sont donc finalement assez rares puisque, outre celle correspondant au genre humain, il n'y aurait que celles délimitées à partir de leur ascendance ou d'un handicap physique ou mental permanent, les progrès de la science pouvant d'ailleurs rendre aléatoire cette permanence absolue.

¹²¹ Ce qui permet de donner au principe de la dignité de la personne humaine un caractère matriciel par rapport à l'ensemble des droits et libertés.

quelconque sous-catégorie d'êtres humains comme l'intérêt associé au droit de vivre dans un environnement sain¹²² ou tous les types d'intérêts qu'il pourrait retirer de la possibilité qui est donnée à chacun d'exercer sans entrave toute activité ne nuisant pas à autrui¹²³.

35. Si l'intérêt type que différentes normes impersonnelles consacrent et protègent ainsi peut alors correspondre à un avantage divisible dont chaque membre du groupe bénéficiaire, pris ensuite individuellement, peut jouir à titre personnel et exclusif, c'est-à-dire sans que l'atteinte personnelle subi par l'un d'eux ne corresponde automatiquement à une atteinte personnelle similaire pour les autres¹²⁴, il n'en demeure pas moins qu'il existe alors tout de même un intérêt collectif supra personnel pour le groupe des bénéficiaires pris dans son ensemble. De cet intérêt type lié à l'exercice d'une prérogative en particulier par les membres du groupe bénéficiaire, il faut distinguer - outre l'intérêt général qu'est censée poursuivre *in fine* toute norme édictée par les organes réglementaires et législatifs dans l'exercice de leurs compétences - celui qui s'attache au respect de ladite norme et qui lui représente bien un avantage indivisible notamment pour les membres de ce groupe considéré de façon anonyme. En effet, ce respect intéresse toute personne appartenant à la collectivité au nom de laquelle elle fut adoptée dans un système démocratique ou, plus largement, toutes les personnes qui, rentrant dans le champ d'application personnelle des normes de ce système, ne peuvent bâtir de prévisions personnelles si leur respect des différentes normes susceptibles d'encadrer leurs activités semble incertain, mais aussi, pour les mêmes raisons mais plus spécialement, une autre catégorie de personnes, ne recouvrant pas nécessairement la première évoquée sur le plan numérique, à savoir celle des bénéficiaires de ladite norme dont un certain type d'intérêts est ainsi spécialement protégé. Autrement dit, tous les membres du groupe bénéficiaire jouissent de manière collective et indivisible du bénéfice qu'il est possible de retirer de l'effectivité d'une norme les protégeant spécialement¹²⁵, de la sécurité qu'elle implique pour eux du point de vue juridique.

36. Il reste encore à situer l'intérêt collectif ainsi défini par rapport à cette notion d'« intérêt général » qui, après avoir supplanté celle de « bien commun » à partir du XVIII^e siècle, est devenue la « clef de voûte » du droit public, et celle - qui est parfois aussi distinguée - d'« intérêt public ». Rien n'est toutefois

¹²² Ce qui correspond à l'intérêt associé à la protection de l'environnement qui se présente en réalité comme un intérêt collectif humain dans le cadre d'un « anthropocentrisme écosystémisé » : « L'approche proposée permet de sortir de l'individualisme et de l'égoïsme humain sans se détourner de l'anthropocentrisme fondateur du droit (civil). Elle maintient l'homme au cœur du système juridique. En revanche, elle associe étroitement cet anthropocentrisme inhérent au droit à une conception socio-écosystémique de l'environnement et au paramètre biologique relatif à l'éco-dépendance de l'être humain. Autrement dit, « l'éco-centrisme est la condition de l'anthropocentrisme élargi à l'humanité future ». La nature est alors « considérée comme un ensemble dont fait partie l'homme tout en cessant d'en être le centre ». (Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRENE, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 03 février 2020. disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/vertigo/16320>, § 37, p. 5-6).

¹²³ L'article 4 de la Déclaration de 1789, en posant le principe de non-nuisance, peut alors être regardé comme une « *norme-balais* » dans l'ordre juridique interne qui permet de reconnaître la licéité de tout type d'intérêt qui, ne correspondant pas à l'exercice d'une prérogative qui soit nuisible pour autrui, ne serait pas placée sous l'égide d'une norme spéciale.

¹²⁴ Il en va ainsi autrement lorsque ce qui est garanti aux membres du groupe c'est le bénéfice qu'il est possible de tirer de l'usage collectif d'une chose commune, inappropriée et inappropriable, comme par exemple l'environnement.

¹²⁵ Ainsi, par exemple, le respect d'une norme garantissant l'intérêt personnel que chaque individu peut poursuivre en qualité de consommateur représente un avantage indivisible pour l'ensemble des consommateurs pris de façon anonyme.

moins évident. Le statut des intérêts collectifs est effectivement ambigu dans les différentes classifications d'intérêts qui ont pu être élaborées par la doctrine. Pour les distinguer de l'intérêt général et de l'intérêt public, il put être fait appel aussi bien à un critère d'ordre quantitatif¹²⁶, qualitatif¹²⁷ ou encore procédural¹²⁸ et, dans le cadre de classification plus étendues, l'intérêt collectif fut parfois présenté comme un tiers intérêt, c'est-à-dire un intérêt intermédiaire, à « mi-chemin entre l'intérêt général et les intérêts individuels »¹²⁹ ou « particuliers » par des auteurs qui s'appuient alors éventuellement sur ce passage du discours que Le Chapelier prononça devant la Constituante le 14 juin 1791¹³⁰ et qui proclamait qu'« il n'y a plus de corporations dans l'État ; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu, et l'intérêt général » - ce qui pouvait alors laisser entendre qu'il pouvait exister des intérêts particuliers autres qu'individuels - ajoutant ensuite immédiatement qu'« il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation »¹³¹. Si ces présentations ont alors le mérite de montrer que les intérêts collectifs, et plus précisément ceux que peuvent défendre les syndicats et les associations, perturbent les schémas de pensée des juristes rompus à la binarité, elles ne sont toutefois guère satisfaisantes sur le plan logique puisqu'elles contredisent frontalement le principe du tiers exclu. En réalité, ces classifications font appel à deux distinctions différentes, d'une part, celle opposant l'intérêt collectif à l'intérêt individuel ou personnel et, d'autre part, celle opposant l'intérêt général à l'intérêt particulier.

¹²⁶ C'est, par exemple, à partir d'un critère d'ordre quantitatif que Corneille semblait considérer les différences pouvant exister entre un intérêt « collectif » et « l'intérêt général » lorsqu'il s'interrogeait sur les critères de qualification du « travail public » dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Monségur* (Louis CORNEILLE, Conclusions sur CE, 10 juin 1921, *commune de Monségur*, n° 45681, RDP, 1921, p. 373).

¹²⁷ C'est une distinction d'ordre qualitatif à laquelle procédait Hauriou dans sa célèbre note sous la décision du Tribunal des conflits « *Canal de Gignac* », distinguant les intérêts publics de nature politique et les intérêts collectifs de nature économique.

¹²⁸ C'est à partir de l'autorité habilitée à le défendre devant les juridictions judiciaires, en l'occurrence le ministère public, que M. Louis Boré, par exemple, définit l'intérêt général et le distingue de l'intérêt collectif. C'est aussi ce critère qui se retrouve chez Mme Alexandra Araújo pour distinguer dans sa classification les intérêts « transindividuels » - c'est-à-dire pour elle « diffus » et « collectifs » - et les « intérêts publics » puisqu'elle évoque une différence au niveau des « porteurs de l'action ». Elle estime ainsi que les intérêts « publics » sont ceux dont la poursuite appartient « à des personnes collectives publiques, comme l'État, les régions autonomes ou les entités administratives locales » et, plus précisément, dont la poursuite leur appartient « sous monopole », ce que ne précise pas nécessairement les autres auteurs recourant à ce critère procédural (Alexandra ARAGAO, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [Online], Hors-série 22 | septembre 2015, § 14-15 : Online since 10 September 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284>; pour une reprise de cette classification, V. Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRENE, « L'accès au juge civil français en cas d'atteintes à l'environnement : une diversité d'actions pour répondre à la diversité des préjudices », in Julien BÉTAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, coll. Actes de colloques de l'IFR | 26, 2016, p. 203).

¹²⁹ Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE, Malo DEPINCE, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020, 10^e édition, n° 680, p. 719, V. aussi Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRENE, *art.précit.*, §12, p. 2-3. Maryvonne Hecquard-Theron, par exemple, le rattache ainsi à un « ordre collectif privé » qui se distingue tant de l'ordre « individuel » que de l'ordre « étatique » (Maryvonne HECQUARD-THERON, « De l'intérêt collectif... », *AJDA*, 1986, p. 65).

¹³⁰ V. ainsi, Laurence BOY, « Intérêt(s) collectif(s) » in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, coll. Grands dictionnaires, 2004, p. 634 ; Béatrice PARANCE, « Introduction », in Béatrice PARANCE (dir.), *La défense de l'intérêt par les associations. Intérêt général versus intérêts collectifs*, Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p.1.

¹³¹ Philippe-Joseph-Benjamin BUCHEZ, Pierre-Célestin ROUX-LAVERGNE, *Histoire parlementaire de la Révolution française, ou Journal des Assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815*, Paris, Paulin, 1834, tome 10, p. 194.

37. Or, l'intérêt général, quelle que soit la définition qui en est retenue, ne saurait être totalement dissocié de l'intérêt collectif. En effet, si le général renvoie à une « totalité », et notamment une totalité d'individus, l'intérêt qui lui est associé est nécessairement collectif et celui associé à l'une des parties seulement de cette totalité, et qui doit donc être qualifié de particulier, peut-être individuel, personnel ou collectif, et alors pluri-personnel ou supra-personnel. Rien n'est donc plus relatif que le caractère général ou particulier d'un intérêt puisqu'il s'apprécie toujours à partir d'une collectivité de référence. A ce titre, la philosophie politique a offert aux juristes la société politique, prise dans sa forme étatique, comme collectivité de référence pour appréhender l'intérêt général, en leur permettant d'ailleurs de le présenter soit comme un intérêt pluri-personnel soit comme intérêt supra-personnel au travers des conceptions « utilitariste » ou « volontariste » de l'intérêt général. Ce n'est que donc que dans une perspective stato-centrée que l'intérêt général, en tant qu'intérêt qui est commun à l'ensemble des membres de la collectivité étatique, peut apparaître comme l'intérêt du « plus grand nombre », ce qui permet alors de ranger du côté des intérêts particuliers une partie des intérêts collectifs correspondant seulement à certains segments de la population mais rend les frontières incertaines dans d'autres hypothèses lorsque l'intérêt défendu apparaît aussi comme un caractère commun à l'ensemble de la population, comme c'est le cas en matière de consommation¹³² ou d'environnement¹³³.

38. Même ramené à la conception volontariste qui est celle retenue en France, l'intérêt général ne se laisse pas aisément saisir pour le distinguer d'autres intérêts supra-personnels puisqu'il se présente comme

¹³² La position de Mme Elise Poillot est à cet égard assez illustrative lorsqu'elle écrit que « la défense de l'intérêt général n'est jamais très loin » en droit de la consommation car « elle s'inscrit en toile de fond d'une discipline qui ne se déploie véritablement qu'au sein d'ordres juridiques s'inscrivant dans le cadre de systèmes politiques de type capitaliste. Dans ces systèmes, la standardisation et la massification de la consommation opèrent des rapprochements entre les notions qu'il est difficile de nier tant il est vrai que, selon le mot du président Kennedy, « nous sommes tous des consommateurs » » (Elise POILLOT, « Le phénomène en droit de la consommation », in Béatrice PARANCE (dir.), *op.cit.*, p. 38). C'est peu ou prou la même vision qui sous-tend la distinction que fait Laurence Boy dans sa thèse de doctorat, quoiqu'elle semble se placer sur plan qualitatif et non quantitatif. En effet, elle définit ainsi l'intérêt collectif « comme un intérêt relatif à une qualité possible ou à une fonction sociale de l'homme » et précise ensuite qu'il « se distingue de l'intérêt individuel puisqu'il concerne toujours un groupe, et de l'intérêt général puisqu'il est confronté à un intérêt antagoniste (consommateurs- producteurs, hommes-femmes...) » (Laurence BOY, *L'intérêt collectif en Droit français: réflexions sur la collectivisation du Droit*, Thèse.dactyl., Université de Nice, 1979, p. XVII). Il faudrait donc en déduire que l'intérêt général ne se rattacherait lui à aucun groupe ou qu'un groupe ne serait qu'infra-étatique, ce qui est discutable. Il pourrait aussi être répliqué que l'intérêt général peut de toute façon être aussi confronté à un intérêt antagoniste qui est, précisément, l'intérêt particulier.

¹³³ D'autant plus que « la protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent » furent justement élevés au rang d'intérêt général par l'article 1^{er} de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. Cet intérêt environnemental peut d'ailleurs apparaître plus général que l'intérêt général étatique et national dans la mesure où il invite à se placer à une échelle géographique supra-nationale et que « l'intérêt général, dont l'État se trouve le gardien, représenté par le ministère public dans le contentieux judiciaire, est limité spatialement par ses frontières politico-juridiques » (Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRENE, *art.précit.*, §12, p. 3).

une notion multiple¹³⁴ et évolutive au point qu'elle put être même présentée comme fonctionnelle¹³⁵. Il est néanmoins possible de trouver un trait, un dénominateur commun au-delà du multiple et une constante au-delà de ces évolutions, en somme « ce qui reste à travers ce qui change dans le contenu de l'intérêt général »¹³⁶. C'est dans le caractère transcendant de l'intérêt général qu'il est possible de trouver cette constante, en dépit de la prise en compte d'intérêts particuliers qui n'est pas synonyme d'assimilation¹³⁷. Ce caractère transcendant n'est d'ailleurs lui-même que le reflet de la puissance souveraine exercée par l'État qu'il permet de légitimer¹³⁸. C'est donc moins le contenu concret de l'intérêt général que l'origine de la volonté, en l'occurrence la volonté souveraine, qui, en le définissant et le labellisant comme tel, lui donne son caractère transcendant, permet de le singulariser¹³⁹ et, par là même, de le distinguer d'autres formes d'intérêts collectifs aussi supra-personnels. Dès lors, au regard du critère de définition retenu, il n'est pas exclu que coexistent plusieurs intérêts collectifs supra-personnels labellisés comme généraux, que ceux-ci se télescopent parfois en imposant de les concilier et de les hiérarchiser, qu'ils convergent avec des intérêts particuliers voire - cette labellisation n'impliquant alors pas nécessairement un monopole dans la défense contentieuse et pouvant simplement dans la reconnaissance d'une initiative privée préexistante - qu'ils recourent matériellement, en tout ou partie, des intérêts collectifs supra-personnels que des groupements privés, par exemple, auraient choisi de défendre dans leur objet statutaire. Les autorités habilitées à définir le contenu concret de l'intérêt général peuvent alors être concurrencées, contestées dans le choix qu'elles font au nom du souverain, notamment lorsque cet intérêt public, « marqué du sceau de la performance », ne semble plus tout à fait coïncider avec « l'intérêt du public »¹⁴⁰.

39. L'intérêt général sera donc appréhendé ici comme un avantage pour l'ensemble des membres d'une collectivité qui, ne correspondant pas à la somme de leur intérêts particuliers, est définie par un

¹³⁴ En droit positif, il est effectivement aussi bien question d'intérêt général « prééminent », « suffisant », « impérieux » ou encore « constitutionnel » et dans le cadre de la technique du bilan, qui apparut dans le contentieux de l'expropriation pour utilité publique et essaima dans la jurisprudence administrative pour le contrôle d'autres activités de l'administration ou l'appréciation de conditions de recevabilité comme l'urgence en référé, l'intérêt général peut même être assimilé à l'« utilité publique » et opposé notamment à d'autres intérêts « publics ». Pourtant, l'utilité n'est pas exactement la même chose que l'intérêt (cf. *Supra*, n° 25).

¹³⁵ Sur l'analyse des fonctions de l'intérêt général, V. Didier TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1977, 394 p.

¹³⁶ Véronique COQ, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, n° 933, p. 440.

¹³⁷ Cf. *Infra*, n° 98.

¹³⁸ Ainsi que le note Mme Véronique Coq, « si l'intérêt matériel n'est pas doté d'un contenu matériel fixe, il est néanmoins, contrairement à ce qui est souvent avancé, ontologiquement prédéterminé. Cette prédétermination s'exprime par sa transcendance qui le lie, par essence, au pouvoir politique. Ce pouvoir politique est en effet lié à la satisfaction des besoins collectifs qui reflètent la supériorité concrète du pouvoir étatique. Plus précisément, cette idée repose sur une théorie de l'État selon laquelle l'idée de puissance publique représente le pouvoir de commandement unilatéral qui permet à l'État d'imposer ses décisions aux sujets de droits. Ce pouvoir de commandement constitue l'un des attributs essentiels de la nation et révèle indirectement la souveraineté cachée de l'État » (Véronique COQ, *thèse.précit.*, n° 945, p. 452 ; V. aussi Benoît PLESSIX, « Intérêt général et souveraineté », *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2015, p. 519).

¹³⁹ Benoît PLESSIX, *art.précit.*, p. 523.

¹⁴⁰ Maryse DEGUERGUE, *art.précit.*, p. 14.

organe agissant au nom du titulaire du pouvoir souverain. Cela ne veut alors évidemment pas dire que seuls seraient d'intérêt général les objets que le titulaire de la souveraineté - c'est-à-dire en France le peuple constituant – ou l'organe qui serait chargé de lui imputer une volonté aurait directement désigné comme tels mais que ce n'est qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire tant qu'elle ne heurte pas la volonté du souverain, que les corps constitués peuvent définir la substance de l'intérêt qui est censé guider leur action, l'usage des prérogatives qu'ils exercent en son nom¹⁴¹. L'intérêt général peut donc être défini comme un intérêt public dans le sens où il s'agit de l'intérêt d'une collectivité qui, bénéficiant d'une représentation par une personne morale de droit public, se rapporte à une chose qui fut considérée comme publique. En revanche, compte tenu du critère qui est retenu ici, l'intérêt général doit être regardé comme n'étant qu'une forme d'intérêt public, celui qui est défini au nom du souverain et, par là même, par une volonté exprimée au niveau de la collectivité nationale. Il faut donc considérer comme particuliers les intérêts collectifs supra-personnels publics définis au niveau de collectivités publiques infra-étatiques, alors même qu'ils peuvent effectivement passer pour généraux à l'échelle locale et que la jurisprudence du Conseil d'État tend à confondre les notions d'intérêt public et d'intérêt général et il admet que des activités exercées par des collectivités locales dans leur champ de compétence puissent être qualifiées d'intérêt général. En effet, si les organes de ces collectivités peuvent aussi définir des intérêts publics qui transcendent et s'imposent à des intérêts particuliers au moyen de prérogatives concédées par le titulaire du pouvoir souverain, celles-ci ne sont toutefois pas exercées au nom de ce dernier.

B- Les rapports entre l'action en justice et les intérêts collectifs

40. Face à l'omniprésence de l'intérêt collectif, ou plutôt des intérêts collectifs dans n'importe quel type de litige¹⁴² (1), il est préférable de s'intéresser au processus de formation de l'acte conduisant à saisir le juge d'un litige pour cerner de ce qui peut faire la spécificité d'action collective (2).

¹⁴¹ Cette volonté s'exprime à travers la norme constitutionnelle et c'est ce principe d'une définition subsidiaire de l'intérêt général qu'il est possible de trouver dans le 27^e considérant de sa fameuse décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* qui énonce que la « loi votée » « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». (Philippe BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, 246 p.).

¹⁴² Souvent employé comme synonyme de « procès » (V. par exemple, le premier sens retenu par le dictionnaire de l'association Henri Capitant (« litige », Gérard CORNU (dir.), *op.cit.*, p. 617) et celui de Mme Catherine Puigelier (Catherine PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2^e édition, 2017, n° 3409, p. 616), le « litige » s'en distingue toutefois en ce qu'il en constitue l'objet, la matière (Soraya AMRANI-MEKKI, « Procès » in Loïc CADIET (dir.), *op.cit.*, p. 1083). Pour Mme Morgane Reverchon-Billot, l'étymologie plaiderait plutôt pour son antériorité par rapport au procès : *lis, litem* signifiant bien le procès mais *agere, ago* faisant référence à la mise en mouvement (Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 169, 2017, n° 10, p. 13), ce qui ne contredit pas réellement les définitions précédentes, la matière du procès pouvant lui précéder. Le litige suppose, d'une part, un élément « subjectif » qui est le conflit entre deux volontés et, d'autre part, un élément juridique qui est la juridicité des prétentions, c'est-à-dire des prétentions dont l'objet visé est susceptible d'être fourni par le juge (Georges DECOCQ, « Les sentences déclaratoires », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, p. 830). Bien que le droit positif emploie ces termes indistinctement, le « litige », ainsi défini, se différencierait du « conflit », dont il serait la traduction - ou plutôt la « trahison » - juridique, et du « différend » qui serait « un désaccord juridique non encore porté, formalisé devant une juridiction par un acte » (V. Antoine JEAMMEAUD,

1- L'omniprésence des intérêts collectifs dans les actions juridictionnelles

41. Comme le montre notamment M. Olivier de Schutter dans son analyse tri-dimensionnelle des litiges dans les contentieux des droits¹⁴³, toute action juridictionnelle conduit la juridiction qui en est saisie à trancher un litige qui revêt un intérêt collectif supra-personnel et même plusieurs intérêts de ce type, y compris une action qui peut sembler aussi insignifiante que celle qu'une personne privée exerce devant une juridiction judiciaire de première instance pour obtenir sur le fondement de l'article 1240 du code civil la réparation d'un préjudice qu'une autre personne privée lui a causé. L'auteur invite à distinguer trois dimensions – subjective, objective et jurisprudentielle – qu'il est toutefois possible de répartir ici en deux : la dimension individuelle et la dimension collective.

42. Les droits individuels - que d'aucuns pourraient qualifier de « droits subjectifs » - que le requérant cherche éventuellement à protéger, et qui représentent cette dimension « subjective » ou individuelle du litige, sont effectivement eux-mêmes garantis par des normes impersonnelles dont le respect, ainsi que cela fut dit précédemment, intéresse différents groupes, ce qui représente la dimension objective du litige. Ce qui importe alors à ces différents groupes, ce n'est d'ailleurs pas seulement que la juridiction saisie garantisse le respect de ces normes à travers le dispositif de sa décision mais aussi l'interprétation qu'elle en donnera dans les motifs de cette dernière, ce qui représente là l'autre volet collectif du litige, sa dimension jurisprudentielle.

« Conflit/litige » in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Grands dictionnaires, 2003, p. 255). Dès lors, « dire d'un litige qu'il n'est pas né, c'est constater au jour où l'action est exercée soit l'absence des éléments sociologiques du litige (l'absence de conflit d'intérêt, et/ou l'absence de volonté d'imposer à autrui sa solution) soit estimer que le juge ne peut accorder à l'auteur d'une prétention ce qu'il demande (absence de l'élément juridique du litige ou absence d'intérêt judiciaire à l'exercice de l'action). L'exigence du droit français d'un litige né pour agir prend aussi la forme de l'irrecevabilité de l'action au motif que l'intérêt n'est pas né et actuel » (Georges DECOQ, *art.précit.*). Toutefois, certains auteurs adoptent une définition extensive du litige en faisant disparaître l'élément subjectif précédemment évoquée, ou du moins le dépersonnifie en faisant disparaître l'élément volitif. Certes, le litige reste une espèce de conflit « juridiquement révélant » (Loïc CADIET, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI-MEKKI, *op.cit.*, n° 134, p. 284). Néanmoins, le conflit justifiant l'intervention du juge n'est pas nécessairement un conflit de « personnes », il peut être simplement un conflit d'intérêts comme en matière pénale ou dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. En revanche, lorsqu'il y a un désaccord entre plusieurs volontés dont l'objet est juridique, il y a un « différend » qui ne constitue donc plus qu'une variété de conflit (Loïc CADIET, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI-MEKKI, *op.cit.*, n° 134, p. 285). Dans la mesure où, pour qu'il y ait un litige, il suffit qu'il y ait une « incertitude juridique », cela permet d'englober aussi bien les actions aux fins de faire constater une situation juridique que la matière gracieuse, alors même que c'est « l'absence de litige » qui est censée caractériser cette dernière (art. 25 du code de procédure civile). Sur ce dernier point, les auteurs soulignent que dans sa version précédente, cette disposition mettait l'accent non pas sur l'absence de « litige » mais sur l'absence de contestation, d'un adversaire, et, par là même d'un « différend » (Loïc CADIET, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI-MEKKI, *op.cit.*, n° 134, p. 286). Cette définition du litige *lato sensu*, purgé de tout élément volitif, ne convainc toutefois pas. En effet, dans les exemples que donnent les auteurs, l'antagonisme suppose que ces intérêts aient reçu, en amont du procès, une définition par l'imputation d'une volonté. Ainsi, dans le recours pour excès de pouvoir, cette volonté se manifeste avec la décision administrative permettant de lier le contentieux et, dans le procès pénal, par le déclenchement et l'exercice de l'action publique. Finalement, sans aller jusqu'à inclure la situation d'incertitude juridique, le litige sera simplement entendu ici comme la situation donnant à voir un antagonisme antérieur au procès, relativement à l'application d'une norme, dont il constitue l'objet.

¹⁴³ Sur cette idée d'une pluralité d'objets du litige dans les contentieux des droits : V. Olivier de SCHUTTER, « Les cadres du jugement juridique », *Annales de droit de Louvain*, 1998, p. 177 ; Susan A. BANDES, « The Idea of a Case ». *Stanford Law Review*, Vol. 42, n° 2, 1990, p. 227.

43. Si cette dimension collective est toujours sous-jacente dans n'importe quel litige, que ce soit dans son volet objectif ou jurisprudentiel¹⁴⁴, elle peut toutefois être plus ou moins prononcée selon les circonstances dans lesquelles l'action est menée. La physionomie du litige peut ainsi être modifiée et la dimension collective peut l'emporter sur la dimension individuelle selon les conclusions du requérant¹⁴⁵, les moyens qui sont soulevés par les parties¹⁴⁶ ou encore la juridiction qui est saisie du litige¹⁴⁷. Cette imbrication se vérifie aussi dans le cadre de litiges qui ne présentent, du moins en apparence, qu'une dimension collective comme, par exemple, celui que demande à trancher une requête en annulation d'un acte administratif impersonnel portée devant le Conseil d'État. En effet, dans cette hypothèse, l'annulation éventuelle de l'acte peut conduire à remettre en cause la légalité de décisions personnelles et a donc une influence, de manière indirecte, sur des intérêts personnels.

2- L'analyse dynamique de l'action collective

44. Il semble donc difficile de démêler dans ce canevas d'intérêts personnels et collectifs ce qui pourrait permettre d'identifier une action collective¹⁴⁸. Néanmoins, en gardant à l'esprit qu'il ne s'agit finalement que d'une question de perspective, il est possible de déplacer la focale et de partir non pas de l'action en justice - qui n'est finalement qu'une prérogative qui est aujourd'hui qualifiée de droit fondamental - mais de la demande initiale, de l'acte introductif d'instance¹⁴⁹, c'est-à-dire de l'un des actes juridiques qui en traduit l'exercice¹⁵⁰, puis d'en faire une analyse dynamique. Autrement dit, il s'agit de

¹⁴⁴ Ainsi qu'en témoignent, pour ne prendre que l'exemple des juridictions judiciaires, les dispositions donnant la possibilité au ministère public, représentant des intérêts de la société, d'intervenir comme partie jointe dans une affaire dont il a communication « pour faire connaître son avis sur l'application de la loi » (art. 424 du code de procédure civile) ou – ce qui revient implicitement à reconnaître la dimension jurisprudentielle des litiges tranchés par les juridictions judiciaires du fond – d'exercer un pourvoi dans l'intérêt de la loi (art. 17 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation).

¹⁴⁵ Selon qu'il s'agit d'obtenir de la juridiction qu'elle édicte une décision dont le dispositif n'a qu'un effet personnel ou bien impersonnel.

¹⁴⁶ Comme une question prioritaire de constitutionnalité qui vient revaloriser la dimension objective du litige.

¹⁴⁷ La dimension jurisprudentielle est effectivement plus prégnante lorsque c'est la Cour de cassation ou le Conseil d'État, en tant que juge de cassation ou de première et dernière instance, qui est amené à en connaître.

¹⁴⁸ Par exemple, M. Benoît Gaboriau définit l'action collective comme une « action en justice exercée en défense des intérêts d'un groupe par opposition à l'action individuelle qui est l'action en justice exercée exclusivement dans l'intérêt d'un individu » (Benoît GABORIAU, *thèse.précit.*, n° 9, p. 15). Est-ce alors à dire qu'une action est collective parce que le requérant se prévaut de la lésion de l'intérêt d'un groupe ou parce qu'il escompte simplement que la décision du juge, en tranchant les dimensions collectives du litige, profite à l'intérêt d'un groupe ?

¹⁴⁹ Compte tenu de la dissociation qui est ainsi opérée entre l'action et la demande, la présentation du doyen Héron ne sera donc pas reprise ici. En effet, à partir de l'analyse structurale de la règle de droit et des imprécisions rédactionnelles du code de procédure civile, il estimait que l'action n'est distincte ni de la demande, ni de la défense, mais qu'elle n'est en réalité qu'un moyen de désigner ces dernières (l'exposé de cette démonstration est conservée par MM. Thierry Le Bars et Karim Salhi dans les dernières éditions de leur manuel de *Droit judiciaire privé*, V. Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit privé, 7^e édition, 2019, n° 48-51 p. 57-61).

¹⁵⁰ Cela suppose donc de considérer que les actes du procès, et en particulier ceux ayant trait à l'exercice d'une action en justice, constituent des actes juridiques et qu'il existe une unité entre les actes juridiques privés et publics. C'est ce que démontre Mme Lucie Mayer (Sur les actes juridiques relatifs au devoir du juge de statuer au fond sur une prétention : V. Lucie MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, Paris, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 20, 2009, p. 211 et s). Pour l'auteure, en droit privé comme en droit public, l'acte juridique se caractérise par la création d'un effet de droit attachée par la loi à la manifestation de volonté, par l'auteur de l'acte, de déclencher ledit effet

regarder l'exercice de l'action en justice comme celui d'une prérogative conduisant à l'édition, de la part du requérant, d'un acte juridique, d'un acte normateur et de s'intéresser à son processus de formation (a). C'est dans le cadre de cette analyse dynamique de la demande initiale qu'il est alors possible de mettre à jour ce qui caractérise une action collective et les différentes formes qu'elle peut revêtir (b).

a- L'analyse dynamique de l'action en justice

45. Pour proposer une telle analyse, il suffit de s'aider des éléments qui ont pu être dégagés par la doctrine publiciste à propos de cette autre espèce d'acte juridique qu'est l'acte administratif lorsqu'elle a décomposé le processus volontaire conduisant à son adoption. C'est donc une tripartition entre motif, objet et but de l'acte qui sera employée ici, et, plus précisément, dans le sens que Charles Eisenmann donnait à ces trois termes¹⁵¹, en amendant toutefois quelque peu le dernier.

46. Dans ce cadre, l'« objet », qui désigne pour l'auteur l'effet juridique attaché immédiatement et directement à l'édition de la norme¹⁵², correspond ici aux effets processuels de la demande initiale, comme l'interruption des délais de forclusion et de prescription, et substantiels, comme la création du lien d'instance et le déclenchement de l'obligation pour le juge de statuer au moins sur la recevabilité de la demande. D'autres effets particuliers sont aussi parfois associés à la demande initiale devant certaines juridictions, il en va ainsi, par exemple, lorsqu'elle prend la forme la forme d'une plainte avec constitution de partie de partie civile envoyée à un juge d'instruction ou d'une citation directe devant un tribunal correctionnel et qu'elle a ainsi pour effet de déclencher l'action publique qui sera ensuite conduite par le ministère public.

47. Les motifs, quant à eux, seront appréhendés comme les « antécédents logiques » de l'acte, c'est-à-dire « les considérations d'où l'agent qui prend une décision l'a déduite, ou tout du moins prétend l'avoir déduite (...) les données qu'il allègue comme base logique, comme justification logique de sa décision, et, par conséquent, de la règle ou de la norme qu'il pose »¹⁵³. Pour motiver sa demande initiale, le requérant décrit effectivement les conditions dans lesquelles l'intérêt qu'il entend défendre, et qui doit en principe

(Lucie MAYER, *thèse.précit.*, p. 195). À ce titre, l'acte d'exercice d'une action en justice, dont la demande initiale ne constitue qu'une espèce, constitue bien un acte juridique, un acte normateur et les normes, qu'elles soient législatives ou supra-législatives, fondant juridiquement et encadrant l'exercice de l'action en justice doivent être regardées comme des normes d'habilitation, c'est-à-dire des « énoncés juridiques en vertu desquels un acteur dispose de la faculté de produire une norme » (Guillaume TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 60, 2006, p. 2).

¹⁵¹ Certes, il est possible de trouver d'autres présentations des différents éléments constitutifs de l'acte juridique (V. par exemple : Roger BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 4^e édition, 1943, p. 74 ; Jean-Claude VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 17, 1959, p. 19-43). Néanmoins, celle de Charles Eisenmann présente l'avantage d'éviter certaines confusions dans le domaine où l'analyse dynamique de l'acte juridique va être appliquée, en l'occurrence en matière processuelle. En effet, par la définition qu'il donnait du but et du motif, il permet de faire l'économie de la notion de « cause » au sens du droit substantiel - auquel il était précisément hostile dans la théorie de l'acte administratif -, que celle-ci soit d'ailleurs entendue de manière objective ou subjective, et de ne pas risquer ainsi de la confondre avec la « cause juridique de la demande », telle qu'elle est entendue en droit processuel.

¹⁵² Charles EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, t. 2, p. 271.

¹⁵³ Charles EISENMANN, *op.cit.*, t. 2, p. 284.

être un intérêt « légitime » - entendu comme faisant l'objet au moins d'une consécration juridique - qui lui est personnel, aurait été lésé ou risquerait d'être lésé par un événement qui, imputable ou non à une ou plusieurs personnes identifiées, consiste en une action - ou une inaction - humaine normatrice ou non normatrice ou même au fait d'une chose qui n'a pas été humainement actionnée. Cet événement est présenté comme le fait générateur de la lésion alléguée¹⁵⁴ et le rapport qu'il entretient avec elle peut être plus ou moins distendu, c'est-à-dire qu'il peut être certain ou simplement hypothétique¹⁵⁵, direct ou indirect si un autre événement qu'il a lui-même provoqué ou contribué à provoquer vient s'interposer, qu'il s'agisse du fait dommageable d'une autre action ou d'une chose ou même - ce qui peut être considéré comme un événement en soi - l'apparition d'une autre lésion¹⁵⁶. Il faut alors bien préciser que la qualité du lien causal entre la lésion et son fait générateur dont il est ici question n'est envisagée que sur un plan strictement matériel, c'est-à-dire dans le cadre d'un enchaînement linéaire d'événements qui peuvent concourir, parfois concomitamment, à un autre événement qui leur est postérieur. Elle ne préjuge donc pas de celle que le juge, lorsqu'il est saisi par exemple d'une action en indemnisation d'un préjudice causé par un fait personnel, pourrait ensuite reconnaître pour admettre la recevabilité ou le bien-fondé de la requête en s'émancipant alors au besoin de « l'analyse scientifique, autrement dit, mécanique, purement logique, du phénomène causal »¹⁵⁷. Pour le juge, le choix ne se fait alors pas seulement entre l'équivalence des conditions, la « *causa proxima* », la « *causa remota* » et la causalité adéquate. Ce sont en réalité plusieurs modes de raisonnement qui s'offrent à lui. Pour ce faire, il peut user d'abord des modes de raisonnement associés aux différentes théories causales précédemment évoquées qui ne sont pas purement juridiques puisqu'elles conduisent à envisager la causalité comme dans le cadre des sciences naturelles ou de la philosophie¹⁵⁸. Le lien de causalité peut aussi être apprécié en employant le mode de raisonnement associé à la théorie de la causalité présentée comme exclusivement « juridique » et appelée « théorie de l'empreinte continue du mal ». Cette dernière, postulant qu'« à côté de l'enchaînement purement matériel des événements, il y a une exigence supplémentaire à poser pour que l'on puisse parler d'une vraie causalité juridique », considère qu'en réalité « un fait n'est pas retenu comme cause d'un dommage par cela seul

¹⁵⁴ Ce qui correspond au dommage dans le contentieux de la responsabilité, la distinction entre le dommage, donnée factuelle, et le préjudice, qui en est la traduction juridique, étant retenue ici.

¹⁵⁵ Ce qui n'exclut pas que la lésion ne soit que future pour l'intérêt que le requérant entend défendre.

¹⁵⁶ Ainsi, la souffrance morale des proches d'une victime d'un accident de la route n'est pas provoquée par l'accident lui-même mais plutôt par la survenance du dommage que cet accident a directement causé à l'un de leur proche.

¹⁵⁷ Philippe BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », *RLDC*, 2004/40, suppl. n° 2630.

¹⁵⁸ C'est-à-dire le raisonnement contrefactuel consistant à vérifier rétrospectivement si le fait est bien une cause nécessaire du dommage dans le cadre de l'équivalence des conditions ou le « mécanisme de la généralisation du résultat » consistant lui à s'intéresser non au « lien de causalité entre l'antécédent et le résultat, envisagés *in concreto*, mais sur l'adéquation entre le fait générateur et le type de dommage survenu » pour voir si le résultat, « dépouillé de ses particularités concrètes » et indépendamment de la manière dont il est advenu, correspond bien à celui que peut provoquer le fait générateur (Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 99, 2010, n° 212, p. 185). Tandis que l'équivalence des conditions ne conduirait qu'à employer le premier mode de raisonnement, la causalité adéquate conduirait elle à les employer successivement puisque les termes généralisés du lien causal reliés par un lien de nécessité doivent être préalablement déterminés par un raisonnement contrefactuel. Toutefois, comme le montre M. Christophe Quézel-Ambrunaz, l'élaboration du scénario fictif dans le cadre du raisonnement contrefactuel implique déjà en lui-même une forme de « généralisation » dès lors qu'il conduit à opérer un tri au sein des éléments de la situation dommageable et à ignorer certains qui sont considérés hors de propos car sans incidence sur le résultat.

qu'il l'a rendu possible ; il ne l'est que si c'est sa défectuosité même, prouvée ou présumée, qui peut en fournir, au moins partiellement, l'explication »¹⁵⁹. Ainsi, selon la théorie, la méthode retenue pour présenter la situation dommageable, la qualité du lien de causalité unissant un événement et une lésion pourra varier¹⁶⁰. Dès lors, si la présentation qui est retenue ici du phénomène causal peut sembler un peu frustrante, elle a justement le mérite d'être assez neutre pour ne pas préjuger de la lecture qui pourrait être donnée ensuite de la situation litigieuse par le juge.

48. Un même événement peut donc précéder et être présenté comme la source de différentes lésions de différents intérêts bénéficiant d'une protection juridique et ces lésions peuvent être ou non concomitantes. D'ailleurs, tout événement consistant dans le manquement à une obligation préalable posée par une norme impersonnelle peut en réalité s'analyser comme étant déjà la source directe, et indépendamment même de son résultat matériel, de la lésion de plusieurs intérêts collectifs supra-personnels, en l'occurrence celui qui s'attache au respect de normes en vigueur de manière générale et celui qui s'attache au respect de cette norme en particulier qui peut être plus spécial compte tenu du champ de ses bénéficiaires¹⁶¹. La lésion de ces intérêts supra-personnels peut alors être aussi concomitante avec celle d'un intérêt personnel lorsque l'événement considéré affecte directement une personne en particulier, si elle est par exemple destinataire d'une norme personnelle portant atteinte aux intérêts protégés par une norme impersonnelle ou bien encore victime d'une infraction pénale. En effet, dans la mesure où ce qui garantit juridiquement l'intérêt d'une personne identifiée c'est toujours, même lorsque cet intérêt est consacré par un acte normatif personnel, l'appartenance de cette dernière au champ des bénéficiaires d'une norme impersonnelle qui, encadrant et protégeant certains aspects de l'activité humaine, reconnaît la légalité de ce type d'intérêt et impose de le respecter, la lésion concomitante des intérêts supra-personnels attachés au respect de cette norme impersonnelle semble inévitable en cas de lésion personnelle. Cette concomitance des lésions collectives et personnelles en cas d'atteinte à un intérêt personnel n'est finalement que la traduction du point de vue de l'atteinte de la dépendance du droit dit « subjectif » à l'égard du droit dit « objectif » que met en lumière le positivisme kelsenien - qui sera d'ailleurs l'approche retenue ici - en présentant le premier comme le droit-réflexe d'une obligation posée

¹⁵⁹ Noël DEJAN de la BÂTIE, Charles AUBRY, Charles RAU, *Droit civil français. Responsabilité délictuelle*, Paris, Librairies techniques, t. VI-2, 8^e édition, 1989, n° 72, p. 129. Comme le résume M. Philippe Brun, « l'idée essentielle est que lorsque le juriste est amené à apprécier le rapport entre un fait fautif ou anormal et le dommage, il doit rechercher non pas seulement s'il existe un lien matériel entre ce fait et le dommage, mais aussi et surtout si c'est bien le caractère fautif de ce fait ou son caractère anormal qui explique la survenance du dommage. Le fait d'embaucher irrégulièrement une personne est assurément une faute, et sans ce fait, l'accident dont est victime cette personne au cours de son travail n'aurait pas pu se produire (...). Mais ce n'est pas le caractère fautif de ce fait qui fournit l'explication du dommage » (Philippe BRUN, *art.précit.*).

¹⁶⁰ Ainsi que le montre, par exemple, la présentation que certains partisans de la théorie de l'empreinte continue du mal font du préjudice de la « victime par ricochet », estimant que la chaîne causale ne peut être interrompue que par l'intervention d'une volonté libre et non, comme dans la version originelle de cette théorie, par l'absence de défectuosité de l'un de ses maillons (Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, *thèse.précit.*, n° 439, p. 435-436).

¹⁶¹ C'est à la finalité de cette norme qu'il est fait référence lorsqu'il est fait usage de la théorie de la relativité aquilienne qui, dans son volet personnel et matériel, permet de restreindre les conditions d'engagement de la responsabilité en posant que l'action « n'appartient qu'aux personnes que la règle protège et ne s'étend qu'aux dommages contre lesquels la règle offrait sa protection » (Jean LIMPENS, « La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé », *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 559).

par le droit objectif assortie du pouvoir d'en faire valoir l'inexécution à travers une voie de droit. Si elle est concomitante, cette lésion collective peut être en revanche au moins qualifiée d'accessoire sur le plan intellectuel dans le sens où elle n'est pas concevable sans l'existence de cette lésion personnelle qui ne la cause pas à proprement parler mais la révèle¹⁶². Un même évènement, comme un accident collectif, peut aussi entraîner la lésion concomitante d'intérêts supra-personnels et des lésions semblables aux intérêts de plusieurs personnes identifiées qui sont placées dans une même situation de droit ou de fait. Un évènement peut aussi n'entraîner directement que la lésion d'intérêts collectifs supra-personnels¹⁶³. Ce n'est que postérieurement que l'intérêt d'une personne identifiée peut être alors être lésé¹⁶⁴, voire que plusieurs intérêts personnels peuvent être indirectement atteints de façon alors similaire mais pas nécessairement concomitante¹⁶⁵. En outre, dans toutes ces hypothèses de lésion indirecte d'un intérêt personnel juridiquement protégé vient donc s'ajouter celle - concomitante et accessoire - d'intérêts collectifs supra-personnels au respect de la norme le garantissant, et alors éventuellement ceux-là mêmes qui furent déjà atteints directement par l'évènement initial¹⁶⁶.

49. Enfin, le but, suivant la définition qu'en donnait Charles Eisenmann, doit quant à lui être regardé comme « un contenu de la conscience », non pas de « l'agent » ici mais du requérant, le résultat que ce dernier poursuit au-delà des effets normateurs propres à la demande initiale. Toutefois, si une telle définition du but, couplée avec celle du motif, permet effectivement d'éviter l'emploi de la notion de

¹⁶² Toutefois, cette situation est parfois abordée en droit positif français sous l'angle de la causalité. En effet, c'est l'absence de caractère « direct » de l'atteinte à l'intérêt défendu qui fut, avec l'absence de caractère personnel, l'une des motivations retenues par la Cour de cassation pour considérer comme irrecevables des constitutions de partie civile d'associations en présence d'infractions affectant une personne identifiée. Cela explique justement que la plupart des habilitations spéciales précisent aujourd'hui que les groupements concernés peuvent saisir le juge en raison d'un fait « portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs » qu'ils défendent (Par ex., art. 2-21 du code de procédure pénale ; art. L. 2132-3 du code du travail ; art. L. 4122-1, L. 4123-1, L. 4231-2, L. 4312-7 du code de la santé publique ; art. L. 480-1, L. 480-4 du code de l'urbanisme ; art. L. 132-1, L. 142-2 du code de l'environnement ; art. L. 621-1 du code de la consommation ; art. L. 452-1 du code monétaire et financier) ou, ce qui revient au même, à la « mission » qu'ils remplissent (art. 2-5, 2-11 du code de procédure pénale et 48-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse). Néanmoins, outre le fait que l'expression « préjudice à un intérêt collectif » pose en elle-même problème puisqu'il conviendrait de parler plutôt du préjudice résultant d'une atteinte à un intérêt collectif si le dommage et le préjudice sont considérés comme distincts, la lésion de ces intérêts collectifs supra-personnels ne saurait être regardée dans ces situations comme postérieure chronologiquement à l'atteinte à l'intérêt personnel juridiquement consacré.

¹⁶³ Tel est le cas, par exemple, d'une action causant un dommage à l'environnement comme une pollution de l'eau, de l'insertion d'une clause abusive dans un modèle de contrat destiné à des consommateurs contenant une clause abusive, la production de biens défectueux destinés à la vente ou encore de l'édiction d'une norme impersonnelle dont l'objet n'affecte directement que la situation juridique d'un groupe anonyme qui correspond à la catégorie de ses destinataires, du moins en principe car la jurisprudence administrative montre, avec la responsabilité sans faute du fait des règlements ou du fait des lois, que ce type de norme peut affecter directement et, de manière anormale et spéciale, un groupe plus restreint, voire en réalité une personne juridique en particulier (CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. Lebon, p. 25).

¹⁶⁴ En l'occurrence, pour reprendre les exemples précédemment donnés, après la consommation de l'eau polluée, la conclusion d'un contrat dont le contenu est calqué sur le modèle standard, la manifestation de la défectuosité du produit acheté et l'édiction d'une norme impersonnelle concrétisant la norme impersonnelle

¹⁶⁵ Par exemple, si plusieurs personnes ont acheté le même produit atteint du même défaut de fabrication.

¹⁶⁶ Cette répétition de la lésion des mêmes intérêts collectifs supra-personnels à plusieurs niveaux de la chaîne causale donne à voir cette succession de défectuosités, cette empreinte continue du mal - et du même mal dès lors qu'il ne s'agit pas seulement de l'intérêt collectif au respect de la légalité - que les différentes théories de la causalité juridique mettent en lumière à partir néanmoins de critères différents pour caractériser la rupture causale. Ainsi, dans le cas précédemment donné, l'élaboration de produits ou de modèle de contrats au mépris des normes destinées à protéger l'intérêt des consommateurs pris dans leur ensemble, explique la lésion qui fut ensuite provoquée aux intérêts d'individus identifiés pris en leur qualité de consommateurs.

« cause », elle présente aussi un inconvénient non négligeable. En effet, dans la mesure où il ne s'agit que d'une « donnée psychologique », elle est insaisissable et ne semble pas offrir un critère opératoire pour une classification des différentes formes d'action. C'est pourquoi, tout en conservant cette idée d'intention, il est possible de l'objectiver en ne retenant que le but apparent, c'est-à-dire celui qui ressort des prétentions formulées par le requérant¹⁶⁷ et qui réclame, par exemple, l'annulation ou la réformation d'un acte normateur personnel ou impersonnel, sa suspension, le prononcé d'une injonction imposant à une autre personne d'exercer une action donnée ou d'une condamnation de la puissance publique à réparer pécuniairement le préjudice résultant d'un dommage, voire le prononcé d'une injonction de mettre fin à sa cause ou d'en pallier les effets¹⁶⁸. En somme, le but de la demande correspond au dispositif de la décision juridictionnelle dont le requérant demande le prononcé, à son effet substantiel. La modification de l'ordonnancement juridique qui lui est associé provoque alors la satisfaction de différents intérêts et c'est à l'aune de la situation juridique tirant directement profit de cette décision qu'il est possible de distinguer plusieurs types d'actions en fonction des intérêts que les demandes initiales visent à satisfaire directement.

50. Il apparaît ainsi qu'une action vise directement et exclusivement à satisfaire un intérêt collectif supra-personnel lorsqu'elle tend, par exemple, à l'annulation d'un acte normateur impersonnel ou d'un acte normateur personnel qui, favorable pour son destinataire, ne lèse directement qu'une catégorie de personnes ou bien encore au prononcé d'une injonction de faire au profit de l'ensemble d'une collectivité anonyme, ce qui peut alors très bien bénéficier à des intérêts personnels mais alors seulement de façon indirecte et éventuellement hypothétique. Elle peut aussi tendre directement à la satisfaction d'un intérêt personnel lorsqu'elle demande, par exemple, que soit mise à la charge du défendeur une obligation de réparation pécuniaire ou non-pécuniaire d'un préjudice au profit d'une personne identifiée ou encore

¹⁶⁷ La prétention renverra donc ici au but apparent, mais non, comme c'est usuellement le cas, à l'« objet » de la demande, le but réel correspondant quant à lui à celui qui peut être pris en compte par le juge pour sanctionner un abus du droit d'ester en justice.

¹⁶⁸ En effet le Conseil d'État a admis que le juge administratif, lorsqu'il statue sur un recours indemnitaire tendant à la réparation d'un préjudice imputable à un comportement fautif d'une personne publique, puisse, en vertu de ses « pouvoirs de plein contentieux » et s'il est « saisi de conclusions en ce sens », « enjoindre à la personne publique en cause de mettre fin à ce comportement ou d'en pallier les effets » s'il « constate que ce comportement et ce préjudice perdurent à la date à laquelle il se prononce » (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 27 juillet 2015, *M. Baey*, n° 367484 ; V. ensuite s'agissant de la responsabilité de la puissance publique - pour faute et sans faute - trouvant son origine dans l'exécution de travaux publics ou dans l'existence ou le fonctionnement d'un ouvrage public : CE, 8^e et 3^e chambres réunies, 18 mars 2019, *Commune de Chambéry*, n° 411462 ; CE, Sect., 6 décembre 2019, *Syndicat des copropriétaires du Monte-Carlo Hill*, n° 417167). La distinction de ces injonctions de mettre fin au dommage ou d'en pallier les effets avec la réparation en nature fut - et demeure d'ailleurs - discutée. En effet, en toute rigueur, il conviendrait de distinguer l'injonction de la réparation. La première, eu égard à la finalité correctrice, n'a pas vocation à offrir une exacte compensation du préjudice subi, et certaines des injonctions évoquées par le Conseil d'État dans cet arrêt n'ont d'ailleurs pas trait au préjudice mais exclusivement à sa cause (Alix PERRIN, « Le renforcement de l'obligation d'agir des autorités de police », *AJDA*, 2015, p. 2277, V. aussi de la même auteure, *thèse.précit.*, n° 160-186, p. 132-149). Toutefois, dans son arrêt *Syndicat des copropriétaires du Monte-Carlo Hill*, le Conseil d'État a présenté ces obligations de faire pouvant être imposées à l'administration comme des « modalités de réparation » et rattaché le pouvoir de les prononcer à « l'office du juge de la réparation ». C'est alors la notion même de réparation en nature et, plus largement, de réparation qui se trouve aussi questionnée puisqu'elle ne signifie alors pas seulement « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit » (Civ. 2, 28 octobre 1954, *JCP*, 1955, II, 8765, *cité* par Jacques PETIT, « La réparation en nature du préjudice dans le droit administratif de la responsabilité non contractuelle », *RFD*, 2020, p. 333).

lorsqu'elle demande à faire sortir de vigueur ou à réformer un acte normateur personnel défavorable pour son destinataire -, voire à la satisfaction concomitante de plusieurs intérêts personnels, c'est-à-dire d'un intérêt collectif pluri-personnel. En revanche, dans ces dernières hypothèses, comme c'est le cas pour la lésion, ce n'est qu'à titre accessoire que pourront être satisfaits les intérêts collectifs supra-personnels s'attachant au respect des normes impersonnelles dont le dispositif de la décision permettra d'assurer l'effectivité.

51. Le but apparent représente donc l'intérêt poursuivi directement et à titre principal par le requérant lorsqu'il exerce l'action en justice. Pour autant, cet intérêt ne s'aurait être confondu avec l'intérêt processuel, celui qui donne la qualité pour agir et qui doit, en principe, être personnel, « légitime », direct et certain. En effet, il ne suffit pas que la modification de l'ordonnancement juridique provoquée par le dispositif de la décision juridictionnelle réclamée profite personnellement, directement et certainement au requérant pour que sa qualité pour agir soit reconnue, sinon cette condition de recevabilité devrait toujours être regardée comme remplie dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle dès lors que requérant exerce une action pour réclamer que lui soient alloués des dommages et intérêts. Cette condition de recevabilité signifie en réalité que la demande initiale du requérant doit avoir directement pour but d'obtenir du juge qu'il prenne une décision faisant disparaître le fait générateur d'une lésion - ou permettant de faire comme s'il n'avait jamais eu lieu en imposant une compensation de ses conséquences préjudiciables avec une obligation une réparation¹⁶⁹ - directe et certaine pour un intérêt légitime qui est personnel au requérant et qui peut d'ailleurs être patrimonial ou non-patrimonial. C'est alors en comparant le but direct et les motifs de la demande initiale dont il est saisi que le juge peut apprécier si la décision qui lui est demandée d'adopter est bien adéquate pour mettre fin à une telle lésion ou simplement en compenser les conséquences préjudiciables. L'appréciation de cette condition de recevabilité, qui peut donc conduire à opérer une première appréciation superficielle du caractère fondé ou non de l'action, peut être ensuite plus ou moins souple selon l'interprétation qui est donnée notamment de l'exigence de causalité directe ou même du caractère personnel de l'intérêt dont la lésion doit être alléguée. Le juge peut ainsi admettre la recevabilité d'action se traduisant par l'édition d'une demande dont le but direct consiste à lui demander de remédier à une lésion qui n'apparaît qu'hypothétique ou indirecte pour l'intérêt personnel du requérant à l'aune d'une conception purement matérielle de l'enchaînement causal des événements, voire - comme le montre une partie du contentieux de l'excès pouvoir devant les juridictions administratives - d'un intérêt qui ne lui est pas personnel au sens de propre mais qui correspond à l'intérêt collectif supra-personnel d'un groupe auquel il appartient et que le juge estime suffisamment spécial.

¹⁶⁹ Sur la fonction compensatrice de la réparation pécuniaire ou non pécuniaire obtenue dans le cadre des recours en responsabilité, cf. *Infra*, n° 1212. Sur ce point, le pouvoir d'injonction que le Conseil d'État a reconnu de façon prétorienne au juge administratif dans le contentieux de la responsabilité permettrait justement d'aller plus loin que cette fiction de la compensation et de faire disparaître la cause du préjudice, ce fait générateur de lésion du requérant.

52. Enfin, il faut préciser que si l'analyse dynamique de l'action en justice permet ainsi d'identifier des décisions juridictionnelles ayant directement et principalement un effet collectif à travers cette notion du but apparent, elle ne se focalise alors que sur l'une de ses incidences de la décision juridictionnelle, en l'occurrence son efficacité ou son effet substantiel, c'est-à-dire sur la norme créée par l'autorité juridictionnelle. Or, il est vrai qu'il est aussi possible de considérer qu'une décision juridictionnelle a une incidence collective en raison de son autorité de chose jugée, qui serait étendue à un groupe de personnes qui n'étaient pas initialement parties à l'instance¹⁷⁰ ou de son opposabilité. D'ailleurs, ne serait-ce qu'en raison de cette dernière, qui « peut se définir *stricto sensu*, comme la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique »¹⁷¹, la décision juridictionnelle - comme d'ailleurs tout acte normateur - « rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe »¹⁷² et peut être regardée comme ayant indirectement une incidence collective¹⁷³.

53. Quelques précisions d'ordre terminologique et conceptuel s'imposent ici. En effet, pour désigner l'ensemble de ces effets *latissimo sensu* de la décision juridictionnelle, c'est le terme « incidence » qui sera retenu dans la suite des développements et ces incidences seront distinguées en reprenant, au moins en substance, la présentation qu'en font les auteurs de « l'école de Caen », c'est-à-dire Mme Corinne Bléry et MM. Jacques Héron et Thierry Le Bars qui classent les effets *latissimo sensu* de la décision juridictionnelle selon leur source. Le terme « effets » est alors réservé aux effets substantiels et procéduraux résultant « de la volonté du juge telle qu'exprimée dans la décision de justice »¹⁷⁴. L'autorité de chose jugée, quant à elle, est présentée comme l'un des « attributs » de ce jugement, c'est-à-dire « les « effets » *lato sensu* découlant directement de la loi »¹⁷⁵. Ces attributs se distinguent alors des effets substantiels en raison de leur automaticité et de leur extériorité. Quant à l'opposabilité, qui est pour les tiers le pendant de la force obligatoire du jugement pour ses destinataires, elle devrait, selon Mme Corinne Bléry, être distinguée tant de l'autorité de la chose jugée que de l'effet substantiel. L'opposabilité et la force obligatoire ne sont que les composantes de la norme à l'origine de la modification de l'ordonnement juridique que représente l'effet substantiel¹⁷⁶. Mme Corinne Bléry la distingue ensuite de l'autorité de la chose jugée, prise dans sa dimension négative, du point de vue notamment fonctionnel. En effet, l'opposabilité n'a pas pour fonction d'empêcher que le juge soit saisi de la même question litigieuse par les mêmes parties. En outre, en tant qu'élément constitutif de la norme qui marque l'effet substantiel du jugement, et qui se trouve en

¹⁷⁰ Ce qui est, semble-t-il, ce que les auteurs de l'étude sur les « actions en justice au-delà de l'intérêt personnel » désignent comme l'« effet méta-individuel » des décisions de justice (« Première partie. Collections des actions : à la recherche de l'accès à la justice », in Ismael OMARJEE, Laurence SINOPOLI (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 15 et 22).

¹⁷¹ José DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984, p. 22.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Ainsi, l'édition de la décision juridictionnelle impose au moins à toute personne, qu'elle soit ou non partie au lien d'instance ou au lien substantiel litigieux, une obligation de ne pas les ignorer comme éléments de l'ordre juridique.

¹⁷⁴ Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 349, p. 289.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, p. 108-109.

principe dans son dispositif, elle ne s'attache pas, comme l'autorité de la chose jugée, à la vérification juridictionnelle contenue dans la décision, c'est-à-dire à la vérification de l'adéquation entre les circonstances de l'espèce et le présupposé de la règle de droit que le juge doit concrétiser¹⁷⁷, qui devrait elle se retrouver dans les motifs de la décision juridictionnelle¹⁷⁸. Néanmoins, même en les distinguant ainsi de l'autorité de la chose jugée, il est difficile de comprendre pourquoi les auteurs ne rangent pas l'opposabilité et la force obligatoire dans la catégorie des attributs du jugement alors qu'elles se différencient aussi de l'effet substantiel par leur automaticité et de leur extériorité. L'opposabilité sera donc appréhendée ici comme un attribut de la décision juridictionnelle¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Pour présenter les incidences des décisions juridictionnelles, Mme Corinne Bléry retient, selon ses termes, une approche « structurale » de l'activité juridictionnelle (Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, n° 97, p. 72 et s.) qui, elle-même, prend appui sur une certaine représentation de la règle de droit, « générale, abstraite et hypothétique », que le juge est conduit à concrétiser pour trancher le litige dont il est saisi. Reprenant notamment les travaux de Pierre Mayer (Pierre MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, 244 p.), elle la décrit comme contenant « une relation permanente – un lien d'imputation – entre un présupposé (ou hypothèse) et un effet juridique. Le premier élément « consiste en une référence à un type de situation », sans se confondre avec les situations réelles qui lui correspondent. (...). Il lui est rattaché le second élément, à savoir « un ou plusieurs effets juridiques. Ceux-ci consistent en obligation, en interdiction ou en permission » : autrement dit, le législateur prévoit que lorsqu'un fait correspondant à la situation de référence envisagée se produit, tel ou tels effets en découlent » (Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, n° 99, p. 74).

¹⁷⁸ La délimitation « formelle » de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire la question de savoir si elle doit être localisée dans les motifs ou le dispositif de la décision juridictionnelle, fut toutefois discutée et, au grand dam des auteurs qui y voient une confusion avec l'autorité de chose décidée (Thierry LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures*, n° 8-9, août 2007, étude 12, p. 11), la Cour de cassation a, dans le dernier état de sa jurisprudence, choisi d'attacher la dimension négative de l'autorité de la chose jugée au seul dispositif (Ass. Plén., 13 mars 2009, n° 08-16.033 ; Sur cette évolution, V. Serge GUNCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, Lucie MAYER, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 6^e édition, 2019, n° 217-222, p. 132-134). Par ailleurs, avec la conception extensive de la notion de « cause », au sens et pour application de l'ancien article 1351 du code civil, qu'elle a retenue en 2006 (Ass. Plén. 7 juillet 2006, *Cesareo*, n° 04-10.672), la Cour de cassation semble désormais laisser de côté les « éléments juridiques du procès, à savoir les qualifications et règles de droit », pour déterminer la chose jugée (Thierry LE BARS, *art.précit.*, p. 10), c'est-à-dire des éléments qui sont pourtant aussi pris en compte dans le cadre de la vérification juridictionnelle. Enfin, il faut rappeler qu'il existe aussi d'autres présentations doctrinales des incidences des décisions juridictionnelles. Ainsi, pour apprécier l'« incidence » de la décision juridictionnelle sur les tiers, Mme Marie-Anne Frison-Roche ne distingue que l'« autorité » et les « effets » (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2015, p. 59). L'autorité de la chose jugée étant « le mécanisme qui interdit aux parties ayant participé à une instance ayant abouti à une décision, de saisir de nouveau les tribunaux pour obtenir une autre solution sur la même question » (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 53, p. 59), elle n'a, pour elle, qu'un caractère négatif. S'agissant des effets du jugement, l'auteure fait le départ entre les effets « directs », comme la condamnation d'une personne, et les effets « indirects » tenant au fait que comme « tout acte juridique », le jugement « modifie l'ordonnement juridique » (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 55, p. 61). L'opposabilité, c'est-à-dire, pour elle, « le respect par le juge de ce qui a été décidé avant lui par un autre juge », ne relèverait quant à elle que des effets indirects du jugement (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 56, p. 61). Pour l'auteure, les droits que les tiers tiennent du principe de la contradiction (sur cette notion, cf. *Supra* n° 421) n'imposent alors que la relativité des effets « directs » de la décision juridictionnelle et de l'autorité de chose jugée dans sa dimension négative, mais non celle de l'opposabilité (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 60, p. 64).

¹⁷⁹ C'est un pas que franchit d'ailleurs M. Antoine Botton dans sa thèse (Antoine BOTTON, *Contribution de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Paris, LGDJ, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 49, 2010, n° 114-117, p. 72-74). Toutefois, pour se démarquer de Mme Corinne Bléry, l'auteur part du principe qu'elle assimile l'opposabilité et l'efficacité substantielle, ce qui n'est pas exactement le cas ainsi que cela a été vu, même s'il est vrai que certaines formulations peuvent laisser planer un doute. Par exemple, dans ses développements consacrés à l'opposabilité, Mme Corinne Bléry - qui s'appuie elle aussi notamment sur les travaux de Mme Marie-Anne Frison-Roche - emploie l'expression « efficacité substantielle ou procédurale indirecte » pour décrire l'effet du jugement qui se manifeste, hors de son cercle générateur, grâce à l'opposabilité (Corinne BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, n° 530, p. 362). En revanche, comme cela sera montré par la suite, il est moins évident de la distinguer avec l'autorité de la chose jugée prise dans sa dimension positive qui se révèle n'être en réalité qu'une forme d'opposabilité.

b- L'identification de l'action collective et de ses formes

54. Il ressort de cette présentation qu'un intérêt collectif, et en particulier un intérêt collectif supra-personnel, est toujours présent, même au moins à titre accessoire, au stade des motifs et du but de la demande initiale, pourvu du moins que le requérant daigne le mettre en lumière¹⁸⁰. C'est le critère de la motivation qui sera ici retenue pour isoler et définir l'action collective, c'est-à-dire que sera regardée comme collective toute action qui, quel que soit son but apparent, se présente comme étant motivée par une lésion collective, c'est-à-dire par une lésion à un intérêt collectif, qu'il soit présenté comme supra-personnel ou seulement pluri-personnel¹⁸¹, et que cette atteinte soit certaine ou hypothétique, directe ou indirecte, principale ou accessoire. Autrement dit, il s'agit d'une action qui, quand bien même elle ne viserait pas à obtenir immédiatement et à titre principal la satisfaction d'un intérêt collectif, donne à voir une lésion collective à l'autorité juridictionnelle saisie de la requête.

55. Partant de là, il conviendrait plutôt d'accorder l'action collective au pluriel. Elle peut effectivement prendre plusieurs formes en fonction, d'une part, de la nature de l'intérêt collectif que le requérant prétend défendre et de la qualité du lien que celui-ci entretient avec l'évènement qui est censé l'avoir lésé et, d'autre part, de la nature de l'intérêt que le but apparent qu'il poursuit permet de satisfaire directement et à titre principal. En combinant ainsi le motif et le but apparent de la demande initiale, il est possible d'identifier des actions motivées par la lésion directe ou indirecte d'un intérêt collectif supra-personnel et dont le but apparent est la satisfaction directe et à titre principal de cet intérêt¹⁸², mais aussi des actions motivées par la lésion indirecte d'un tel intérêt et qui tendent à titre principal à la satisfaction directe d'un intérêt personnel, pouvant être celui du groupements requérant¹⁸³ ou bien de la personne lésée directement¹⁸⁴, ou encore des actions collectives qui, motivées par la lésion directe ou indirecte d'un intérêt collectif pluri-personnel - et éventuellement alors, à titre accessoire d'un intérêt supra-personnel si le requérant le met en avant -, ont directement pour but la satisfaction à titre principal soit de cet intérêt collectif pluri-personnel¹⁸⁵ soit d'un autre intérêt comme le seul intérêt personnel du requérant qui n'appartient d'ailleurs pas nécessairement au groupe des victimes défendues¹⁸⁶.

¹⁸⁰ C'est sur cette ambivalence qu'achoppe la classification dite « matérielle » des voies de droit et sur laquelle joue la classification dite « finaliste » qui sera présentée plus avant.

¹⁸¹ Etant entendu, comme cela fut dit précédemment, que cette lésion d'un intérêt collectif pluri-personnel peut être aussi présentée comme une lésion par accessoire d'intérêts collectifs supra-personnels.

¹⁸² Ce qui est le cas, par exemple, des recours pour excès de pouvoir dirigé contre des actes réglementaires généraux et impersonnels.

¹⁸³ Ce qui est le cas des actions civiles que les associations ou les syndicats peuvent exercer lorsqu'il y a un « préjudice indirect » à l'intérêt collectif qu'ils ont pour objet de défendre, les dommages et intérêts - même symboliques - dont le juge ordonnera éventuellement l'allocation venant effectivement gratifier leur propre patrimoine et non celui de la victime directe de l'infraction.

¹⁸⁴ Ce qui est ici le cas pour les actions dites de substitution que peuvent notamment exercer les syndicats pour le compte d'un salarié dont l'intérêt personnel a été atteint.

¹⁸⁵ Ce qui est le cas avec les actions dites en représentation conjointe grâce auxquelles des associations agissent au nom et pour le compte d'au moins deux personnes en qualité de mandataires.

¹⁸⁶ Ce qui est le cas avec les actions en responsabilité extracontractuelle exercées devant le juge judiciaire par les « ligues de défense » en défense des intérêts personnels de leurs membres.

56. Les « actions de groupe » mises en place à partir de 2014 et l'« action en reconnaissance de droits individuels » mise en place en 2016 devant les juridictions administratives ne sont-elles mêmes que des formes d'actions collectives qui seront seulement qualifiées de « nouvelles » actions collectives pour ne pas être gêné par la cacophonie sémantique les entourant.

57. En effet, dans les travaux de réflexion, dont les lois mettant en place ces actions sont censées être l'aboutissement, il était aussi bien question de « *class actions* »¹⁸⁷, de « recours collectifs »¹⁸⁸, d'« actions collectives »¹⁸⁹, d'« actions de classe »¹⁹⁰ ou encore d'« actions de groupe ». C'est cette dernière expression qui avait été retenue par la commission spécialisée de terminologie et de néologie en matière juridique du ministère de la Justice pour traduire la « *class action* ». Elle est alors présentée alors comme une « voie ouverte dans certains pays par la procédure civile, permettant à un ou plusieurs requérants d'exercer une action en justice pour le compte d'une catégorie de personnes sans en avoir nécessairement reçu le mandat au préalable »¹⁹¹. Pourtant, selon Mme Clara Hervas-Hermida, l'avènement de l'expression « action de groupe » serait le résultat de l'influence des « group litigation » ou « group actions », c'est-à-dire des termes employés par le juge anglais pour différencier ces techniques de traitement des litiges de masse de la « class action »¹⁹². Force est toutefois de constater qu'il est difficile d'établir avec certitude la paternité de cette expression. L'article de Mme Patricia Foucher dans la *revue INC Hebdo* laisserait d'ailleurs penser qu'il s'agit en réalité non d'une paternité mais d'une maternité puisqu'elle rapporte ce qui semblait être la première occurrence de l'expression dans l'allocution que Mme Catherine Lalumière prononça, en tant que ministre de la consommation, en clôture des 4^{èmes} journées du droit de la consommation¹⁹³. Toutefois, après lecture de ladite allocution, seule l'expression « recours collectif » apparaît¹⁹⁴. Faute de mieux, il semble qu'il faille considérer que cette expression émergea à l'occasion des travaux de la Commission de refonte du droit de la consommation qui, créée par Mme Catherine Lalumière et présidée par M. Jean Calais-Auloy, proposa la création d'une procédure censée, comme la « *class action* » existant au niveau fédéral aux États-Unis et le recours collectif québécois, faciliter l'indemnisation des préjudices individuels des consommateurs et qui fut dénommée pour la première fois

¹⁸⁷ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *class action* : obstacles et compatibilités », *LPA*, 2005, n° 115, p. 22.

¹⁸⁸ Jules-Marc BAUDEL, Jacques FOURVEL (coord.), *Les recours collectifs : étude comparée : journée d'études du 27 janvier 2006*, Paris, Société de législation comparée, coll. Colloques, v. 5, 2006 ; Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union ; Murielle CHAGNY, Valérie PIRONON, « Les recours collectifs en droit du marché », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, Paris, Lextenso, 2014, p. 205.

¹⁸⁹ Antoine BERNARD, Conclusions sur CE, Sect., 23 juin 1972, *Syndicat des métaux CFDT des Vosges*, Rec. Lebon, p. 474 ; Jean-Marc GOLDANEL, « L'introduction des *class actions* en France », *Gaz. Pal.*, n° 270, 27 septembre 2005, p. 3 ; Philippe BELAVAL (dir), *rapport.prévit.*, p. 4 ; Commission européenne, *Livre vert du 19 décembre 2005 Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante [COM (2005) 672 final]*, p. 9.

¹⁹⁰ Francis CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD Civ.*, 1985, p. 247.

¹⁹¹ *JORF*, n° 111 du 13 mai 2006 page 7072, texte n° 129

¹⁹² Clara HERVAS-HERMIDA, *La notion d'action de groupe, étude de droit comparé*, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, Thèse dactyl., 2013, n° 40, p. 24.

¹⁹³ Patricia FOUCHER, « L'action de groupe : vers une consécration ? », *INC Hebdo*, 20-26 juin 2005, p. V.

¹⁹⁴ *Consommateurs actualités*, n° 311, 11 décembre 1981, p. 9.

« action de groupe »¹⁹⁵. L'auteur, qui jusqu'alors se contentait de parler d'une « action collective » permettant de « grouper en un procès unique la défense des intérêts convergents de plusieurs consommateurs »¹⁹⁶ ou de « modèle de la *Class action* »¹⁹⁷, reprit cette expression dans les éditions suivantes de son manuel¹⁹⁸. Plus généralement, c'est à partir de cette première proposition de la Commission que l'expression « action de groupe » essaima en droit de la consommation - et au-delà - et qu'elle s'imposa pour désigner une procédure équivalente à la *class action* existant au niveau fédéral aux États-Unis.

58. Lorsque l'expression « action de groupe » est retenue, elle ne recouvre ensuite pas toujours la même chose selon les auteurs qui l'emploient. Ainsi, si certaines définitions sont plutôt larges¹⁹⁹, d'autres la limitent à une action dont le but direct est la défense à titre principal d'intérêts collectifs pluri-personnels homogènes²⁰⁰ ou ayant, plus précisément, pour objet l'indemnisation de préjudices individuels²⁰¹, ou encore dont le but direct et principal est la défense d'un intérêt collectif supra-personnel.

¹⁹⁵ Jean CALAIS-AULOY (dir.), *Vers un nouveau droit de la consommation. Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie des finances et du budget chargé de la consommation*, Paris, La Doc.fr, coll. Rapports officiels, 1984, p. 91.

¹⁹⁶ Jean CALAIS-AULOY, « Présentation du colloque », *Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs, Colloque*, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1976, p. 25.

¹⁹⁷ Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1980, 1^{ère} édition, n° 217, p. 355.

¹⁹⁸ Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1986, 2^e édition, n° 369-370, p. 487-490.

¹⁹⁹ Comme la définition retenue par la commission spécialisée de terminologie et de néologie en matière juridique du ministère de la Justice est particulièrement large puisqu'elle ne préjuge ni des spécificité procédurale de cette action – l'exigence d'un mandat préalable n'étant pas exclue –, ni des conclusions pouvant être déposées dans son cadre, ni même des intérêts susceptibles d'être défendus dans la mesure où la référence à une « catégorie de personnes » n'informe pas sur le point de savoir s'il s'agit d'un groupe dont les membres sont indéterminés, et auquel cas d'un intérêt supra-personnel, ou d'un groupe dont les membres sont déterminés, donc d'intérêts collectifs pluri-personnels.

²⁰⁰ Par ex., Yves STRICKLER, « Les actions de groupe en matière civile », in Virginie DONIER, Béatrice LEPEROU-SCHENEIDER (dir.), *op.cit.*, p. 251 ; Olivier LE BOT, « L'introduction d'une action de groupe en contentieux administratif », in Virginie DONIER, Béatrice LEPEROU-SCHENEIDER (dir.), *op.cit.*, p. 268-269 ; Emmanuel JEULAND, *Droit processuel général*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit privé, 3^e édition, 2014, n° 312, p. 368.

²⁰¹ Par ex., Commission de refonte du code de la consommation, *Vers un nouveau droit de la consommation*, 1984, p. 91 ; Bruno DEFFAINS, Myriam DORIAT-DUBAN, Éric LANGLAIS, *Economie des actions collectives*, Paris, PUF, 2008, p. 9 ; Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG, *Rapport d'information n° 499 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe*, ; Jean CALAIS-AULOY, « La *class action* et ses alternatives en droit de la consommation », *LPA*, 2005, n° 115, p. 29 ; Mélanie LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen : propos illustrés par le droit de la concurrence*, 2011, n° 22, p. 26 ; Laurence PECAUT-RIVOLIER (dir.), *Rapport sur les discriminations collectives en entreprises. Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Paris, Ministère des droits des femmes, 2013, p. 105 ; Yves JEGOUZO (dir.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, Paris, Ministère de la justice, septembre 2013, p. 15-16 ; Conseil d'État, *Étude annuelle – Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents, Conseil d'État, 2014, p. 284 ; Philippe BELAVAL (dir.), *L'action collective en droit administratif*, Paris, 2009, p. 14-15 ; Christophe FARDET, « L'action de groupe en droit administratif », in Olivier RENAUDIE (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Paris, Berger Levrault, coll. Au fil du débat, 2015, p. 149 ; Didier LAMÉTHE, « À la recherche d'une action de groupe idéale ou idéalisée ? », in Centre français de droit comparé, *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères, Colloque du 26 mars 2015*, p. 8 ; Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ Lextenso-éditions, coll. Domat droit privé, 6^e édition, 2015, n° 100, p. 98). Quoique la définition du rapport Cerutti-Guillaume (Guillaume CERUTTI, Marc GUILLAUME (dir.), *Rapport sur l'action de groupe*, Paris, Ministère de la justice, 2005, p. 28), reprise d'ailleurs par le rapport Bêteille-Yung (Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG, *Rapport d'information n° 499 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe*, p. 12), semble ne pas prendre parti sur ce point en présentant l'action de groupe comme une « une voie ouverte par la procédure civile », permettant à un ou plusieurs requérants d'exercer, au nom d'une catégorie de personnes (classe) une action en justice », il ressort des développements qu'elle était alors cantonnée à une vocation indemnitaire. Les liens entre l'« action de groupe » ainsi définie et l'« action collective » varient d'ailleurs eux-mêmes puisque l'action collective est alors parfois présentée comme un synonyme (Bruno DEFFAINS, Myriam DORIAT-DUBAN, Éric LANGLAIS, *op.cit.*, p. 9 ; Yves STRICKLER, *art.précit.*, p. 258), un genre auquel appartient l'action de groupe (Mélanie LECLERC, *thèse.précit.*, n° 19, p. 25), une autre espèce d'action en défense d'intérêts collectifs pluri-personnels (Philippe BELAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 14-15) ou encore à un autre genre

Enfin, le législateur lui-même n'a pas clarifié - ni même clôt²⁰² - les débats en faisant évoluer le sens que pouvait revêtir l'action de groupe en droit positif français lorsqu'en 2016, il reconnut aux groupements la possibilité de déposer des conclusions aux fins de cessation en sus ou à la place des conclusions indemnitaires.

59. Il ne s'agit donc pas ici de savoir ce que constitue une « véritable » action de groupe, ni de se demander si les procédures mises en place peuvent être considérées comme telles, mais simplement de montrer notamment dans quelle mesure ces nouvelles actions collectives parviennent éventuellement à accroître les possibilités d'intervention des groupements de droits privés dans les rapports de droit public au moyen de l'action en justice au regard des formes d'actions collectives qui étaient déjà à leur disposition. C'est pourquoi, afin d'éviter toute confusion lors de l'étude des textes instituant les procédures d'actions de groupe et l'action en reconnaissance de droits individuels, il semble préférable de ne retenir que l'expression « nouvelles actions collectives » pour les distinguer des « anciennes actions collectives » avec lesquelles elles coexistent désormais²⁰³.

§2- Les groupements privés

60. Ce n'est pas l'encadrement de toutes les actions collectives qui sera ici étudié, ni même de celles de toutes les personnes morales constituées en vue de la défense d'un intérêt collectif. Il sera seulement question de celles que peuvent engager les syndicats professionnels légalisés depuis la loi du 21 mars 1884 et les associations constituées dans le cadre de la loi du 1^{er} juillet 1901 - et encore d'une partie d'entre elles - qui seront, par commodité, désignés sous le terme générique de groupements privés²⁰⁴ et qui furent longtemps proscrits en droit français.

61. En effet, quoique ces formes de groupement pouvant être constitués sans autorisation préalable, n'aient que peu à voir avec les corporations d'Anciens Régime²⁰⁵, elles pâtirent longtemps des dispositions

d'actions permettant de défendre des intérêts collectifs supra-personnels (Soraya AMRANI-MEKKI, « Les actions de groupe sont-elles d'intérêt général ? », in Gilles J. GUGLIELMI (dir.) *L'intérêt général dans les pays de Common law et de droit civil*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 2017, n° 3, p. 182).

²⁰² Par ex., Soraya AMRANI-MEKKI, *art.précit.*

²⁰³ La seule expression « action collective », qui a pu être employée pour désigner ces deux actions (Par ex., Meryem DEFFAIRI, « L'action en reconnaissance de droits », *RDP*, 2017, p. 1214), n'était pas non plus satisfaisante ici pour les isoler. En effet, dans la mesure où elle est entendue ici comme toute action motivée par l'atteinte à un intérêt collectif, les actions de groupe et l'action en reconnaissance de droits n'en sont que des formes (V. pour une démarche comparable, mais à partir d'une définition quelque peu différente de l'action collective : Stéphanie BRUNENGO-BASSO, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2011, n° 18, p. 28, ndbp n° 87). Il convient donc de les spécifier en les qualifiant de « nouvelles », l'adjectif « nouveau », ne préjugant pas du caractère réellement novateur de ces dispositifs, de leur valeur ajoutée, doit alors être apprécié simplement d'un point de vue chronologique.

²⁰⁴ Le terme « organisations non-gouvernementales » (ci-après « ONG ») pourra aussi être utilisé comme synonyme au cours de l'étude.

²⁰⁵ Tels qu'organisés par le législateur républicain, c'est-à-dire sur une base contractuelle et comme le produit de l'exercice d'une liberté de l'individu, le syndicat professionnel et l'association en constituent même l'antithèse. Ainsi que le résume M. Thomas Branthôme : « La corporation n'est pas l'association. La différence de nature entre les deux révèle la problématique de la modernité. La corporation répond à une logique organiciste. Elle s'inscrit dans une société d'ordres et de corps. Cette

de la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 qui défendaient de « rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit » « toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession » et interdisait aux « citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'un art quelconque (...), lorsqu'ils se trouveront ensemble, [de] nommer [un] président, [des] secrétaires, [des] syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs », mais aussi « tout attroupement séditieux » de leur part. Elle venait ainsi prolonger le « décret d'Allarde » des 2 et 17 mars 1791 qui, imprégné de philosophie physiocrate, avait aboli les maîtrises et jurandes déjà placées sur la sellette par l'abolition des privilèges le 4 août 1789 au nom de la liberté du travail, mais aussi le clarifier car l'anéantissement des corporations professionnelles avait conduit au cours du printemps 1791 à la multiplication des coalitions et unions d'ouvriers qui, désormais émancipés de la dépendance corporative, crurent pouvoir profiter de cette nouvelle liberté pour exercer ainsi une pression sur les salaires. La loi Le Chapelier n'avait toutefois pas qu'une dimension économique puisqu'elle ne visait pas seulement à empêcher le retour des corporations de métiers mais - plus largement - de l'esprit corporatif que la philosophie politique désignait dans le même temps comme celui des « ennemis publics »²⁰⁶. Destinée à garantir et affermir l'ordre révolutionnaire, cette loi n'était, à l'instar du décret des 10, 18 et 22 mai 1791 relatif au droit de pétition et du décret des 29, 30 septembre et 9 octobre 1791 sur les sociétés populaires, que l'une des expressions de l'« hostilité instinctive »²⁰⁷ de la Constituante à l'égard des groupements infra-étatiques, hostilités nourries par les craintes que faisaient naître les agitations accompagnant le développement cette nouvelle sociabilité révolutionnaire qui lui échappait et risquait de la déborder, en particulier dans les clubs politiques qui passaient pour des foyers d'agitation et de sédition. Plus généralement, toute cette législation dénotait une méfiance à l'égard de ce que M. Thomas Branthôme nomme le « fait collectif » qui ne renvoie pas seulement à ce type de regroupement permanent autour d'un but commun que sont les associations et les syndicats mais aussi à des regroupements éphémères comme la réunion ou encore éphémères et éventuellement spontanés comme l'attroupement²⁰⁸. Cette méfiance n'est d'ailleurs pas

organisation, régie par le roi, suppose, pour l'individu, une incorporation au corps de la monarchie afin de faire partie de la société. Tel le membre amputé qui serait inerte et sans vie, le corps ou l'individu qui ne se rattache pas à l'organicisme corporatif est a-social. L'association moderne se définit, au contraire, en reconnaissant chez l'individu l'autonomie de la volonté et en lui permettant, par contrat, de s'associer ou non » (Thomas BRANTHÔME, *La genèse des libertés sociales : la liberté de s'associer face à l'impératif d'ordre*, Thèse dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2013, p. 19).

²⁰⁶ Emmanuel-Joseph SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*. Précédé de l'Essai sur les privilèges, Paris, 1822, p. 206 : « Mais d'abord l'intérêt personnel n'est point à craindre, il est isolé. Chacun a le sien. Sa diversité est son véritable remède. La grande difficulté vient donc de l'intérêt par lequel un citoyen s'accorde avec quelques autres seulement. Celui-ci permet de se concerter, de se liguier ; par lui se combinent les projets dangereux pour la communauté ; par lui se forment les ennemis publics les plus redoutables. L'histoire est pleine de cette triste vérité. Qu'on ne soit pas étonné si l'ordre social exige avec tant de vigueur de ne point laisser les simples citoyens disposer de corporations ».

²⁰⁷ François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français. Des origines à la Révolution*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 740.

²⁰⁸ Telle est l'expression que l'auteur retient pour rendre compte des conditions dans lesquelles l'associationisme se développa et fut appréhendé par l'État au cours du XIX^e siècle : « Pour décrire ce phénomène dense, hétérogène et complexe, nous proposons une nouvelle expression: le fait collectif. De toute évidence floue, large et élastique, cette expression sert à rendre compte de manifestations si diverses qu'elles peinent à répondre à tout autre topos. Le terme «fait» permet en outre une

apparue avec la remise cause du paradigme organiciste par les révolutionnaires puisqu'elle se retrouvait déjà dans le traitement que la législation d'Ancien Régime réservait aux expressions collectives non incorporées risquant de contrevenir à l'ordre royal²⁰⁹. Mus par le même souci de maintien de l'ordre, les régimes suivants - y compris la II^e République qui referma assez vite la parenthèse libérale que semblait ouvrir la révolution de février 1848 dès lors qu'elle crut voir revenir le spectre de 1793 - reprirent à leur compte les prohibitions posées par la loi Le Chapelier et ce n'est que progressivement que la liberté de se regrouper dans le cadre de coalition²¹⁰, de réunion²¹¹, et, de façon durable, dans le cadre de syndicats et d'associations fut reconnue. Les actions collectives ne sont toutefois pas l'apanage des groupements privés défendant des intérêts collectifs, ni même d'ailleurs des personnes morales. Elles ne sont d'ailleurs même pas apparues avec eux.

62. Il faut effectivement compter avec les organes des personnes morales de droit public qui, comme le ministère public, sont habilités à défendre des intérêts collectifs présentés comme généraux. En outre, pour répondre justement à cet impératif de maintien de l'ordre, les pouvoirs publics ont su adopter une approche pragmatique à l'égard du « fait collectif » en supervisant l'organisation de certains groupements tout au long du XIX^e siècle, ainsi qu'en témoignent le rétablissement de l'ordre des avocats - placé alors sous l'étroite surveillance du pouvoir - par décret impérial du 14 décembre 1810, la mise en place de nouvelles corporations, comme par exemple la corporation des bouchers de Paris en 1811²¹², ou encore le décret du 22 mars 1852 sur les sociétés de secours mutuels²¹³. Enfin, parmi les groupements susceptibles de défendre des intérêts collectifs, il ne faut pas occulter les collectivités territoriales, et plus précisément les communes qui, n'ayant fait leur entrée en droit public qu'au début du XX^e siècle²¹⁴, incarnent un intérêt collectif qui pouvait être regardé comme privé au XIX^e siècle ou, à tout le moins, inférieur à l'intérêt général défendu par l'État²¹⁵. Il y avait donc bien, avant même la loi du 21 mars 1884, la possibilité pour des groupements infra-étatiques d'agir en justice²¹⁶, voire d'exercer des actions

opposition claire au «droit», toutes ces manifestations ne pouvant être rattachées au domaine juridique. Le « fait » collectif devient «libertés sociales» au moment de sa reconnaissance par le souverain ou au moment de la formulation juridique de sa demande. En outre, cette expression ne saurait trahir l'expérience historique, puisque c'est la pratique politique qui va regrouper ces différentes expressions collectives dans une surveillance et une méfiance commune » (Thomas BRANTHÔME, *thèse.précit.*, p. 241).

²⁰⁹ Thomas BRANTHÔME, *thèse.précit.*, p. 222-230.

²¹⁰ Loi du 25 mai 1864 abolissant le délit de coalition.

²¹¹ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion qui s'inscrivait elle-même dans la continuité de celle du 6 juin 1868 qui faisait passer du régime préventif au régime déclaratif les réunions publiques n'ayant pas « pour objet de traiter de matières politiques ou religieuses ».

²¹² Sylvain LETEUX, « La boucherie parisienne, un exemple singulier de marché régulé à une époque réputée « libérale » (1815-1914) », in Margrit MULLER, Heinrich R. SCHMIDT, Laurent TISSOT (dir.), *Marchés régulés : Corporations et cartels*, Zurich, Société suisse d'histoire économique et sociale, Chronos, n° 25, 2011, p. 213

²¹³ Alexandre LUNEL, « Les sociétés de secours mutuels sous le Second Empire. Exemple du département de Seine-et-Oise », *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, p. 89.

²¹⁴ Gilles DARCY, « L'entrée historique des collectivités locales dans le droit public », in Jean-Bernard AUBY, Bertrand FAURE, *Les collectivités locales et le droit*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 97

²¹⁵ Marie-Christine ROUAULT, *L'intérêt communal*, Lille, Presse Universitaire de Lille, 1991, p. 45-47.

²¹⁶ Il est ainsi possible de relever que la Cour de cassation a pu admettre la recevabilité d'une action de syndicats d'une ancienne corporation qui avait pu se réunir et délibérer après autorisation préfectorale aux fins de liquider les dettes qu'elle avait

collectives²¹⁷, même si de telles actions semblent finalement assez rares dans la mesure où, lorsque ces groupements avaient une existence légale, ils étaient sous le contrôle étroit des pouvoirs publics et que le juge veillait à ce qu'ils ne se départissent pas de la mission qui leur avait été dévolue²¹⁸.

63. Quant aux groupements privés librement constitués, s'ils étaient condamnés en principe à la clandestinité jusqu'aux lois de 1884 et 1901, cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'y avait pas quelques manifestations contentieuses de ce « fait collectif » clandestin. Simplement, ces groupements non autorisés, et parfois en conséquence réprimés s'ils ne bénéficiaient pas de la tolérance des autorités²¹⁹, ne pouvaient utiliser que des voies détournées²²⁰ pour assurer la défense de l'intérêt collectif en vue duquel ils s'étaient organisés, comme une défense au moyen de requêtes collectives personnelles devant le Conseil d'État²²¹ et les juridictions judiciaires²²² qui, si elles permettent une mutualisation des frais de procédures, n'étaient toutefois pas un palliatif satisfaisant²²³. Ce phénomène de contournement s'observe aussi dans le cadre du droit de pétition, qui pouvait être exercé collectivement à défaut d'être exercé « en nom collectif » dès lors que les pouvoirs publics n'y voyaient pas un risque d'association seditieuse²²⁴.

contractées antérieurement à sa suppression (Cour de cassation, 7 septembre 1814, Journal du Palais, tome 12, 3^e édition, 1841, p. 414). Toutefois, cette action en justice menée par les syndics en leur nom personnel et dans l'intérêt de la communauté était dirigée en l'espèce contre des membres de l'ancienne corporation qui avaient refusé de s'acquitter de leur part contributive à la dette commune alors qu'ils avaient été engagés par la délibération commune. Elle semblait donc destinée à défendre en réalité un intérêt patrimonial, individuel à la corporation plutôt qu'un véritable intérêt collectif

²¹⁷ Par exemple, le 7^o de l'article 2 de l'ordonnance du 12 janvier 1843 relative à l'organisation des chambres de notaires et à la discipline du notariat disposait que la chambre de discipline des notaires est compétente pour « représenter tous les notaires de l'arrondissement collectivement, sous le rapport de leurs droits et intérêts communs ».

²¹⁸ Par exemple, la Cour d'appel d'Aix a rappelé qu'une société de secours mutuel de médecins, bien qu'étant régulièrement autorisée, devait rester cantonnée dans son activité philanthropique et ne pouvait prétendre ester en justice aux fins d'obtenir réparation du préjudice causé à la profession par un individu ayant pratiqué illégalement la médecine (CA d'Aix-en-Provence, 13 mars 1861, *Lépine c. Association des médecins de Marseille*, D.P., II, 1861, p. 209).

²¹⁹ Tel fut le cas, par exemple, pour la Ligue des droits de l'Homme après que le gouvernement refusa de l'autoriser (Emmanuel NAQUET, *La Ligue des droits de l'homme : une association en politique (1898-1940)*, Thèse dactyl., Sciences Po-Institut d'études politiques de Paris, 2005, p. 144-148).

²²⁰ Par exemple, dans son *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Cotelle rapporte avoir été sollicité pour défendre auprès du ministre des travaux publics un recours contre une déclaration d'utilité publique pour le compte d'habitants de plusieurs communes qui s'étaient associés afin de contester la construction d'un pont sur la Loire (Toussaint-Ange COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Paris, Dalmon et Dunod, t. 2, 3^e édition, 1859, p. 284).

²²¹ C'est ce que montre, par exemple, la requête collective aux fins d'indemnisation présentée par les bouchers de Paris à la suite de la suppression de leur corporation par le décret du 24 février 1858 (CE, 30 juin 1859, *Bellamy*, Rec. Lebon, p. 449). Comme le révèle d'ailleurs le procès-verbal de la première assemblée générale de la Ligue des droits de l'homme, ce fut cette forme que prit l'action contentieuse de certains groupements non-autorisés avant la reconnaissance de leur existence légale (Ligue française pour la défense des droits de l'Homme et du citoyen, *Assemblée générale du 23 décembre 1899*, p. 4).

²²² Dans le même ordre d'idées, les juridictions judiciaires accueillent les requêtes collectives de médecins désireux de se constituer conjointement partie civile pour poursuivre un fait d'exercice illégal de la médecine dans leur localité, pourvu qu'ils agissent en leur nom personnel et non comme une corporation représentée par un syndic (Crim., 31 mars 1859, *Bressac c. médecins de Lyon et Ministère public*, D.P., I, 1859, p. 190 ; CA de Lyon, 23 juin 1859, *Ministère public c. Brenet-Joly et Murat*, D.P., II, 1860, p. 77 ; CA de Lyon, 26 janvier 1859, D.P., II, 1859, p. 4).

²²³ L'intérêt de cette forme d'action collective était effectivement limité. D'une part, elle nécessitait, comme le montre le contentieux initié par les médecins devant les juridictions judiciaires, que chacun des requérants justifiait d'un préjudice direct et personnel. D'autre part, elle se heurtait, devant le Conseil d'État, à l'hostilité que ce dernier manifesta à l'égard de telles requêtes pendant longtemps pour des raisons essentiellement fiscales (André HEURTE, « Les requêtes collectives », *AJDA*, 1961, p. 527 ; André BOSCH, « Les requêtes collectives », *RDP*, 1927, p. 349).

²²⁴ Batbie rapporte ainsi que le Conseil d'État se prononça en 1835 sur un appel comme d'abus dirigé contre l'évêque de Moulins accusé de provoquer à « la désobéissance aux lois et aux règlements en vigueur » en préparant un « concert de réclamations » avec les autres évêchés (Anselme BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public administratif*, Paris, Cotillon, 1862, t.3, p. 98).

64. A la suite de la loi du 21 mars 1884, ce n'est d'ailleurs pas, contrairement à la présentation qui en est habituellement faite, dans l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* du 28 décembre 1906 que le Conseil d'État a consacré la possibilité pour des groupements, soumis à une simple obligation de déclaration préalable, d'ester en justice pour la défense d'un intérêt collectif. Avant le 28 décembre 1906, d'autres décisions du Conseil d'État avait admis au moins implicitement la recevabilité de recours pour excès de pouvoir exercés par des groupements simplement déclarés²²⁵ et notamment la décision, non moins célèbre, *Syndicats des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*²²⁶ s'agissant d'une association créée dans le cadre de la loi de 1901. En réalité, l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* passa un peu inaperçu lorsqu'il fut rendu, ses premiers commentateurs ne l'analysant même pas comme une décision rendue à la suite d'un recours pour excès de pouvoir²²⁷, et il semble qu'il doive en fait sa postérité aux conclusions de Romieu qui tentèrent de systématiser les conditions de recevabilité des actions collectives des groupements privés. En réalité, il faut plutôt regarder l'arrêt du Conseil d'État du 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des bains de Paris et du département de la Seine*²²⁸ comme étant le premier dans lequel le juge administratif a admis la recevabilité d'une telle action dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

65. En effet, aux dires du commissaire du gouvernement Valabrègue, pour le Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoirs, il s'agissait de la première fois qu'il avait à connaître d'un tel cas de figure. François Burdeau se réfère aussi à cette décision mais il ajoute que le Conseil d'État a conditionné la recevabilité de la requête du syndicat à la lésion de l'intérêt de l'ensemble des membres de la profession, faisant obstacle à ce que le groupement intente « une action individuelle pour la sauvegarde des intérêts d'un ou plusieurs de ses membres nominativement désignés »²²⁹. Toutefois, cette condition de recevabilité ne ressort explicitement ni de la motivation de l'arrêt ni des conclusions du commissaire du gouvernement qui ne se prononçaient pas sur ce cas de figure alors éventuel, le Conseil d'État n'étant saisi dans cette affaire que d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte impersonnel. Tout au plus, dans ses conclusions, Valabrègue déduisait des dispositions de la loi du 21 mars 1884 que le syndicat avait « qualité pour porter [devant le Conseil d'État] les réclamations relatives à l'ordonnance qui lèse les intérêts des commerçants qu'il représente »²³⁰.

²²⁵ V. CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des bains de Paris et du département de la Seine*, Rec. Lebon, p. 255 ; CE 21 mars 1890, *Chambre syndicale des entrepreneurs de la Ville de Paris*, Rec. Lebon, p. 316 ; CE, 3 juin 1892, *Syndicats des bouchers de Bolbec*, Rec. Lebon, p. 514 ; CE, 9 août 1893, *Chambre syndicale des entrepreneurs de voitures de place du département de la Seine*, Rec. Lebon, p. 677 ; CE, 1^{er} mai 1896, *Boucher d'Argis*, Rec. Lebon, p. 351 ; CE, 17 décembre 1897, *Syndicat du commerce en gros de la boucherie de Paris*, Rec. Lebon, p. 785 ; CE, 24 mars 1899, *Syndicat des bouchers de Bolbec*, Rec. Lebon, p. 242.

²²⁶ CE, 21 décembre 1906, *Syndicats des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec. Lebon, p. 962.

²²⁷ Ainsi, Gaston Jèze y vit seulement une décision rendue dans le cadre du recours qui était organisé par l'article 9 de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire (Gaston JÈZE, « Régimes juridiques organisés par la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire des employés et des ouvriers. Cass, crim., 18 janvier 1907, *Godard* ; 25 janvier 1907, *Davian-Raynal* ; CE, 30 juin 1906, *Durand* ; 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* », RDP, 1907, p. 59).

²²⁸ CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des bains de Paris*, Rec. Lebon, p. 255.

²²⁹ François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p. 247

²³⁰ Jules David VALABREGUE, Conclusions sur CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des bains de Paris et du département de la Seine*, Rec. Lebon, p. 255.

66. Cela étant, il faut souligner que l'arrêt était assez ambigu. En effet, l'ensemble des membres du syndicat avaient aussi formé individuellement, en sus du recours du syndicat auxquels ils avaient adhéré, un recours pour excès de pouvoirs. En outre, si la présentation de l'arrêt au Recueil met en avant cette question de la recevabilité du recours formé par le syndicat professionnel en renvoyant à des décisions des juridictions judiciaires relatives au champ d'application de la loi du 21 mars 1884, le Conseil d'État ne citait même pas la loi de 1884 dans ses visas. D'ailleurs, dans le second tome de la première édition de son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Edouard Laferrière - qui serait lui le premier auteur à avoir évoqué cette décision - ne retenait de l'arrêt *Syndicat des propriétaires des bains de Paris* que les recours formés individuellement par chacun des propriétaires contre le règlement. Il le prenait ainsi comme exemple d'une hypothèse dans laquelle les « personnes appartenant à des associations, corporations, professions, peuvent se croire autorisées à attaquer des décisions intéressant tout le groupe dont elles font partie »²³¹ et justifient tout de même d'un intérêt pour agir direct et personnel pour attaquer ces actes ne les désignant pas nommément dans la mesure où leur « situation propre » est atteinte. De plus, il se référait en même temps à l'arrêt *Brousse* du 30 juillet 1880 en lui attribuant la même portée. Dans sa présentation, il semble donc occulter le recours formé par le syndicat. Cela montrerait bien que la véritable innovation ne résidait alors pas dans le fait que le recours émanât d'une personne morale mais dans le fait que les intérêts défendus n'étaient pas exclusifs aux requérants s'en prévalant. Quant à la doctrine privatiste, qui était alors confrontée alors aux premières actions collectives formées par des syndicats professionnels, elle semble avoir retenu de cette décision la possibilité pour un syndicat professionnel de défendre l'intérêt général de la profession indépendamment de l'intérêt individuel de ses membres²³².

67. En revanche, ce n'est semble-t-il qu'en 1935 que le Conseil d'Etat admit expressément la possibilité pour des groupements privés d'engager une action en responsabilité extracontractuelle aux fins d'obtenir la réparation d'un dommage causé à l'intérêt collectif supra-personnel qu'ils ont pour objet de sauvegarder, bien après que la Cour de cassation, mettant d'ailleurs fin aux hésitations de la jurisprudence, admit au moins que les syndicats professionnels puissent exercer une action civile en cas d'atteinte aux intérêts de la profession qu'ils défendent dans son arrêt des Chambres réunies du 5 avril

²³¹ Edouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, t.2, 1^{ère} édition, 1888, p. 404

²³² V. ainsi, par exemple, la note anonyme au Dalloz sous l'arrêt *Syndicat des tisseurs de Chauffailles* (D.P, I, 1893, p. 242. Dans sa note sous l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 4 juin 1897, *Association syndicale des viticulteurs-propriétaires de la Gironde c. Duthron et autres*, Marcel Planiol rattache lui cette décision aux mouvements de syndicalisation de l'action en justice qu'il constate dans la jurisprudence (D.P, II, 1898, p. 130). V. aussi le rapport du conseiller Falcimaigne dans l'affaire jugée par l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation le 5 avril 1913, *Perreau c. Syndicat national de défense de la viticulture française* (D.P, 1914, II, p. 70) : confronté alors à la divergence de jurisprudence entre la Chambre civile et la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le conseiller Falcimaigne voyait dans cet arrêt du Conseil d'État, et dans sa jurisprudence de manière générale, une position proche de celle Chambre civile qui reconnaissait aux syndicats professionnels la possibilité de défendre un intérêt collectif indépendamment du nombre de membres du syndicat ou de la profession ayant pu être effectivement lésé, c'est-à-dire un intérêt collectif qui ne serait pas la simple somme d'intérêts individuels.

1913²³³ et que des associations déclarées puissent exercer une action en responsabilité-extracontractuelle en cas d'atteinte aux intérêts personnels de leurs membres²³⁴.

68. Outre les personnes morales, ce sont aussi les personnes physiques qui peuvent exercer des actions n'ayant pas seulement pour effet de protéger des intérêts collectifs – ce qui est le cas finalement de toute action en justice qui permet au moins de garantir l'intérêt au respect de la légalité – mais qui sont motivées par la lésion de tels intérêts. De telles actions sont possibles en droit français depuis longtemps. En effet, depuis la loi du 18 juillet 1836, les contribuables communaux peuvent être autorisés à défendre en justice les intérêts de leur commune pour palier la carence des autorités qui sont en principe habilitées à le faire, cette procédure d'autorisation de plaider, qui permet donc à un contribuable d'exercer « à ses frais et à ses risques » une action motivée par la lésion de l'intérêt d'une collectivité publique, c'est-à-dire d'un intérêt qui, quoique pouvant lui être personnel, est toujours *in fine* celui du groupe dont elle est responsable, ayant été par la suite étendue aux autres collectivités territoriales et à leurs établissements publics. La meilleure illustration du fait que les personnes physiques peuvent elles aussi engager, et de longue date, des actions collectives demeure néanmoins le recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives, le Conseil d'État ayant reconnu l'intérêt pour agir contre des actes réglementaires, c'est-à-dire qui, en principe, lèsent directement et à titre principal les intérêts d'une catégorie d'individus anonymisés, et, au tournant du XX^e siècle, que les requérants puissent alléguer une atteinte à un intérêt qui ne leur serait pas personnel au sens de propre et exclusif mais simplement spécial. À cet égard, l'histoire du recours pour excès de pouvoir montre bien que le développement des actions collectives n'est pas nécessairement lié à la reconnaissance de groupements privés mais qu'il peut procéder de différents facteurs et, en l'occurrence, de la volonté ici du juge administratif d'assujettir l'activité administrative au principe de légalité et de légitimer sa propre activité de contrôle²³⁵.

²³³ Ch. Réunies 5 avril 1913, *DP*, 1914, 1, p. 65.

²³⁴ Civ., 25 novembre 1929, *DH*, 1930, 1, 28.

²³⁵ En effet, pour ce qui concerne, par exemple, l'extension progressive du recours pour excès de pouvoir aux actes impersonnels de l'administration, dont le point d'orgue fut l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'Est* du 6 décembre 1907, elle représentait pour le Conseil d'État français, auréolé du passage à la justice déléguée mais pris entre le marteau du légicentrisme et l'enclume du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, un moyen « de conforter sa place dans le paysage juridico-institutionnel » au tournant du XX^e siècle (Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020, n° 841, p. 1123). Elle lui permettait effectivement de compenser l'immunité contentieuse de la loi alors que ce type d'actes tendait à se multiplier et que le juge judiciaire, lui, profitait justement de leur identité matérielle avec la loi pour les interpréter voire apprécier leur légalité par voie d'exception. Certes, la volonté de protéger des intérêts particuliers ne fut pas non plus étrangère au développement du recours pour excès de pouvoir. Retraçant l'histoire de l'évolution du recours pour excès de pouvoir sous l'angle de la finalité poursuivi par le jurislatureur, M. Fabrice Melleray évoque d'ailleurs une « confusion des registres holiste et individualiste sous l'Empire libéral » (Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001, p. 367). Pour rendre compte de l'évolution du recours pour excès de pouvoir durant cette période et la justifier, Léon Aucoc n'évoquait pas seulement la nécessité d'offrir une « *soupe de sûreté* » au régime politique en évitant que le chef de l'administration puisse cristalliser sur sa personne les mécontentements naissant du fait des agissements illégaux des agents placés sous sa responsabilité. Il s'agissait aussi d'offrir une protection des intérêts particuliers qui fût en adéquation avec la libéralisation du régime, mais qui était aussi, en pleine révolution industrielle, une des conditions de la propriété économique et d'accompagner ce qu'il n'osait alors que nommer la « déconcentration » des compétences. Ce serait ainsi plutôt une finalité individualiste que le Conseil d'État aurait poursuivie lorsqu'il amorça le développement du recours pour excès de pouvoir après le décret du 25 mars 1852. Léon Aucoc mettait en avant que le développement du recours

69. Si les associations et les syndicats ne sont pas les seuls requérants susceptibles d'exercer des actions collectives, ce bref rappel historique permet toutefois de voir ce qui peut justifier de s'intéresser à ces requérants et à ces groupements intermédiaires en particulier. C'est cette liberté s'exerçant collectivement qu'est la liberté de se regrouper à titre permanent sans autorisation préalable au sein d'un syndicat ou d'une association pour défendre un intérêt collectif qui, de tous temps, semble avoir inquiété la puissance publique et qui, s'agissant de l'encadrement des conditions d'accès au juge, peut justifier une vigilance particulière de la part du jurislatureur.

70. Certes, il n'est pas à craindre que ces groupements, en saisissant ainsi l'« arme du droit », viennent troubler l'ordre public. En revanche, la relative liberté dont ils disposent pour déterminer, au travers de leur objet social, leur propre sphère d'action, l'intérêt collectif qu'ils peuvent prétendre défendre au travers d'une action juridictionnelle peut alimenter la suspicion des pouvoirs publics, et notamment du juge, dans la mesure où elle permet de contourner les conditions de recevabilité censées encadrer l'exercice de l'action en justice, et en particulier celles relatives à l'intérêt donnant qualité pour agir. Un groupe composé de personnes qui ne pourraient pas individuellement justifier d'un intérêt leur donnant qualité pour défendre un intérêt collectif peut, en exerçant cette liberté de se regrouper à titre permanent, trouver la possibilité d'introduire une action motivée par la lésion de son intérêt collectif, mais aussi éventuellement de l'intérêt collectif d'un autre groupe, voire d'un intérêt qui pourrait être qualifié de général et dont la protection semble relever en principe des compétences exclusives d'autorités publiques. Elle ne permet donc pas seulement d'interférer plus facilement au moyen de l'action en justice dans les décisions qui peuvent être prises par les autorités publiques au nom de l'intérêt général mais aussi de les concurrencer dans la défense, et par là même la définition, de cet intérêt. En cela, même en restant ainsi confinées dans l'« arène de la justice »²³⁶, les actions collectives des groupements privés restent potentiellement subversives pour le pouvoir politique.

71. Les actions collectives exercées par les groupements privés soulèvent donc des questions spécifiques et l'étude de leur encadrement permettra de voir comment le jurislatureur tente d'empêcher ces détournements et empiètements ou bien essaye lui-même de les instrumentaliser. Cela justifie donc d'écarter de l'étude l'encadrement des actions collectives pouvant être exercées par d'autres requérants, dont des groupements infra-étatiques qui ne sont en réalité que des relais de la puissance publique qui ne fait pas qu'encadrer mais prédétermine entièrement l'intérêt collectif qu'ils peuvent défendre et fait de l'obligation d'y adhérer un moyen d'encadrer l'exercice d'une activité en particulier, comme les ordres

pour excès de pouvoir à la suite de l'édiction du premier devait alors permettre de s'assurer que ce transfert au préfet du pouvoir de statuer sur des affaires ressortissant jusqu'à présent des différents ministères et résolues alors par des décrets ne se traduit pour les citoyens par une perte des garanties que leur offrait au niveau central l'intervention du Conseil d'État (Léon AUCOQ, « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoirs », *Revue des deux mondes*, t. 29, 1878, p. 26).

²³⁶ Liora ISRAEL, *op.cit.*, p. 60 et s.

professionnels²³⁷ ainsi que des groupements qui, comme les associations communales de chasses agréées ou les associations agréées de pêche et de protection des milieux aquatiques, sont pourtant constitués sous la forme d'associations dans le cadre de la loi 1901.

§3- Le droit public français

72. Il reste encore à préciser ce que recouvre ici le « droit public français ». L'entreprise définitionnelle est alors au moins aussi ardue et périlleuse qu'elle pouvait l'être s'agissant de l'« action collective » tant le « droit public » peut recevoir d'acceptions différentes²³⁸. Elle est pourtant ici nécessaire puisqu'il s'agit ni plus ni moins que de délimiter le champ de la recherche.

73. Certes, il pourrait être objecté que la référence au « droit public » aurait pu - et même aurait dû - être évitée, qu'il est regrettable de se plier ainsi à ce qui ne serait qu'un académisme un peu obtus et qui conduit à s'appuyer sur une distinction, une *summa divisio* qui, s'enracinant dans les traditions juridiques nationales²³⁹, était déjà somme toute assez artificielle mais perd en plus de sa pertinence à l'heure de l'europanisation et de la fondamentalisation des différentes branches des droits nationaux. Cette référence serait même d'autant plus mal venue ici que les actions collectives des groupements privés semblent bénéficier d'un traitement si ce n'est privilégié mais au moins spécial dans des branches du droit qui, comme le droit de l'environnement, se jouent des distinctions traditionnelles dans la mesure où leur objet est « au carrefour des différentes disciplines juridiques »²⁴⁰. Néanmoins, au regard de l'objet de la présente recherche, c'est-à-dire analyser le traitement réservé par le législateur et les juridictions à des actions juridictionnelles susceptibles de concurrencer le monopole dont disposent certaines autorités dans la définition et la défense d'un intérêt présenté comme général, c'est bien l'expression « droit public » qui semble la mieux à même de rendre compte de son champ puisqu'il semble qu'il y ait au moins un

²³⁷ Que Mme Nathalie Alibert définit, en reprenant la définition du *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, comme des « organisme[s] de type corporatif institué[s] par la loi au plan national, régional ou départemental et regroupant obligatoirement les membres de certaines professions libérales (...), qui exerc[ent] outre une fonction de représentation, une mission de service public consistant dans la réglementation de la profession et dans la juridiction disciplinaire sur [leurs] membres », excluant toutefois les compagnies judiciaires groupant certains officiers ministériels qui se distinguent tant en raison du « lien ombilical » les unissant avec l'administration judiciaire que de leur absence de contrôle de l'accès à la profession. Finalement, l'auteure retient comme définition de l'ordre professionnel : « l'organisme de type corporatif auquel l'adhésion est la condition *sine qua non* du droit d'exercer la profession, doté de pouvoirs étendus, il est habilité à contrôler tant l'accès à cette dernière que les organisations propres aux (...) professions (...) » (Nathalie ALBERT, *L'Institution ordinale. Contribution à l'étude des rapports entre l'État les institutions professionnelles*, Thèse. dactyl., Université François Rabelais de Tours, 1998, p. 3-5).

²³⁸ Henri BOUILLON, *Recherche sur la définition du droit public*, Paris, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 98, 2018, 823 p.

²³⁹ Paolo ALVAZZI DEL FRATE, Sylvain BLOQUET, Arnaud VERGNE (dir.), *La summa divisio droit public/droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe (XIXe-XXIe siècles)*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. Collection Colloques et Essais, 2018, 294 p.

²⁴⁰ Michel PRIEUR, « Pourquoi une Revue juridique de l'environnement ? », *RJE*, 1976, p. 3.

consensus au sein de la doctrine pour admettre qu'il s'agit d'un droit se rapportant à la « chose publique »²⁴¹ à laquelle est associé, précisément, un intérêt public qui peut être qualifié de général²⁴².

74. Ce faisant, en partant de l'idée que le droit n'est lui qu'une technique permettant d'organiser des rapports, des relations entre des individus, qui sont désignés ou masqués au moyen de cet artifice que constitue la personnalité juridique, le « droit public français » peut être caractérisé à partir du type de relations qu'il a vocation à encadrer, en l'occurrence celles qui se nouent autour de la question de la chose publique. Ce rapport de droit public sera alors entendu ici comme celui mettant en présence au moins une personne juridique dans l'exercice d'une prérogative qui est finalisée, c'est-à-dire dont la finalité est prédéterminée, et qui, plus précisément, doit servir à satisfaire, de manière médiate ou immédiate, un intérêt qui a été présenté comme général à l'échelle d'une collectivité publique donnée et qu'il est possible de désigner ici, par commodité et sans préjuger de sa forme juridique, « autorité publique ». En somme, le droit public doit être regardé comme l'un des droits permettant d'encadrer l'exercice de pouvoirs, c'est-à-dire de prérogatives qui ne sont accordées à leurs titulaires que « pour servir un intérêt déterminé »²⁴³ et, en l'occurrence, un intérêt public et dont la détermination est imputable, *in fine*, au titulaire de la souveraineté lorsqu'il est national.

75. Cette définition du droit public est alors assez large²⁴⁴ puisqu'elle ne se réfère ni à l'exercice de prérogatives de puissance publique, qui représentent des moyens sans doute utiles mais non nécessaires pour satisfaire une mission d'intérêt général, ni même à la présence de personne morale de droit public²⁴⁵.

²⁴¹ Elisabeth ZOLLER, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2006, n° 2, p. 2.

²⁴² L'intérêt général peut effectivement apparaître comme « l'arc-boutant de la cathédrale du droit administratif », voire du droit public (Maryse DEGUERGUE, *art.précit.*, p. 153, V. aussi Guylain CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2005, p. 1 et les auteurs cités en note infrapaginale par ce dernier). Certes, l'intérêt général, tel qu'il a été défini ici, n'est qu'une forme d'intérêt public. Néanmoins, c'est plutôt l'intérêt public *lato sensu*, c'est-à-dire l'intérêt associé à une chose dont la préservation importe à une collectivité publique qui n'est pas nécessairement étatique, qui devrait être regardé comme « l'arc-boutant » du droit public.

²⁴³ Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, 1985, n° 55, p. 44.

²⁴⁴ L'ensemble du droit processuel qui concerne le déroulement de l'instance devant les juridictions administratives et judiciaires peut ainsi être regardé comme relevant du droit public dans la mesure où le lien juridique d'instance créé par la demande initiale ne se présente pas comme une relation bilatérale entre les seules parties, mais comme une relation triangulaire qui fait nécessairement intervenir une autorité chargée d'une mission d'intérêt général, en l'occurrence le juge. Un lien juridique d'instance peut d'ailleurs mettre en présence plusieurs autorités chargées d'une mission d'intérêt général. Il en va ainsi, par exemple, dans le procès pénal où le demandeur à l'action publique, c'est-à-dire celui qui va l'exercer après qu'elle a été déclenchée éventuellement au moyen d'une constitution de partie civile, est nécessairement une autorité publique et, en principe, un magistrat du siège.

²⁴⁵ Ce qui est la définition fournie par le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant et que M. Éric Millard, par exemple, reprend dans sa thèse consacrée à la *Famille et droit public* en l'amendant toutefois quelque peu (Éric MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 182, 1995, n° 9, p. 10-11). Mme Olivia Bui-Xuan, pour sa part, donne une définition un peu plus étroite puisqu'elle reprend celle de Léon Duguët dans *Les transformations du droit public*, c'est-à-dire qu'elle considère « l'ensemble des règles qui s'appliquent à l'organisation de l'État et aux rapports de l'État avec les particuliers » en l'amendant là aussi quelque peu s'agissant du droit fiscal et du droit pénal (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 14). Il pourrait toutefois être objecté - à raison d'ailleurs - à la définition retenue ici que l'ombre d'une personne publique plane toujours sur les personnes privées censées exercer une mission qui a été reconnue d'intérêt général, y compris lorsqu'aucune prérogative de puissance publique ne leur a été confiée. Il suffit effectivement de se rappeler ici, par exemple, des conditions posées par le Conseil d'État dans son arrêt *APREI* pour la reconnaissance de l'existence d'une activité de service public gérée par une personne privée (CE, Sect., 22 février 2007, *APREI*, n° 264541). En outre, ce qui fut désigné comme le critère distinctif de l'intérêt public, c'est le fait d'être associé à une collectivité bénéficiant au moins de la représentation d'organes d'une personne publique. Toutefois, se référer ainsi à la

Elle ne renvoie pas non plus à un corpus de normes en particulier qui seraient plus ou moins différentes de celles associées à un droit dit « privé » en raison du contenu des prérogatives et des obligations pesant sur les sujets de droit qu'ils visent, comme l'est cette partie du droit public et du droit applicable à l'activité administrative qu'est le « droit administratif »²⁴⁶, même s'il est vrai qu'il constitue « une pièce maîtresse de la construction étatique »²⁴⁷ et se présente comme le droit de la souveraineté en action.

76. Cela veut donc dire qu'il ne sera pas seulement question des actions collectives que les groupements peuvent introduire devant les juridictions administratives, mais qu'il s'agira de s'intéresser, plus largement, à toutes les voies de droit grâce auxquelles des groupements privés sont susceptibles de contester l'action, comme l'inaction d'ailleurs, d'une autorité chargée d'une mission présentant un intérêt général pour une collectivité publique en saisissant directement une juridiction d'un acte introductif d'instance expressément motivé par une atteinte à un intérêt collectif.

77. Au regard du type d'actions concernées, il faut donc ajouter parmi les voies de recours étudiées toutes celles qui permettant de saisir d'actions collectives les juridictions judiciaires, pénales²⁴⁸ comme civiles²⁴⁹, et plus précisément celles qui permettent d'engager une instance devant elles²⁵⁰. En revanche, même si sa jurisprudence sera évidemment étudiée, le Conseil constitutionnel devra être exclu du champ

présence au moins indirecte d'une personne publique dans le rapport de droit revient à fragiliser la base de distinction. Après tout, il est possible de considérer que cette ombre des personnes publiques - et de la première d'entre elle, c'est-à-dire l'Etat - plane aussi sur les rapports de droit mettant en présence deux personnes dont les prérogatives ne sont ni tournées vers la seule satisfaction de l'intérêt général, ni même fonctionnalisées puisque l'exercice de leur faculté d'agir demeure tout de même relativement encadrée au moins par la loi, c'est-à-dire par un acte imputable à l'Etat, ou même par la norme constitutionnelle puisque l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 permet finalement d'appréhender toutes les activités humaines qui ne feraient pas l'objet d'un encadrement législatif ou réglementaire en les protégeant et en garantissant la légitimité des intérêts poursuivis dès lors qu'elles respectent le principe de non-nuisance.

²⁴⁶ Encore que la fonctionnalisation des prérogatives au service de l'intérêt public pourrait passer pour une sujétion exorbitante du « droit commun » pesant sur leurs titulaires. Toutefois, c'est moins la contrainte que constitue cette fonctionnalisation, dont il est possible de trouver des traces en droit « privé » (V. Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, 1985, 250 p. ; Xavier DUPRÉ de BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne*, Paris, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit public, t. 248, 2006, 444 p.), que la nature de l'intérêt qu'elle doivent ainsi satisfaire qui permet de les singulariser.

²⁴⁷ Jacques CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in CURAPP, *Variation autour de l'idéologie de l'intérêt général. vol. 2*, Paris, PUF, coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1979, p. 3.

²⁴⁸ Même lorsque la lésion motivant l'acte introductif d'instance n'est pas le fait d'une action imputable à une autorité chargée d'une mission d'intérêt général, l'action civile que les groupements privés peuvent exercer devant les juridictions pénales constitue bien un moyen de contester la définition que certaines d'entre elles ont retenue de l'intérêt général puisqu'elle leur permet de mettre en mouvement l'action publique en lieu et place éventuellement des autorités qui sont habilitées à le faire.

²⁴⁹ En effet, si les rapports qu'entretiennent le gestionnaire d'un service public industriel et commercial et ses usagers sont en principe soumis au droit privé et si les litiges qui naissent dans ce cadre relèvent en principe de la compétence du juge judiciaire civil, l'activité qu'exerce ce gestionnaire n'en reste pas moins, même lorsqu'elle est semblable à celle que toute société commerciale peut exercer, une activité de service public. Cela signifie que le gestionnaire poursuit une finalité qui a été associée à un intérêt considéré comme général et peut justifier que pèsent sur lui des sujétions exorbitantes du droit commun.

²⁵⁰ Dès lors, même si, compte tenu de la définition qui fut donnée du lien d'instance, l'intervention volontaire se présente comme un moyen d'intervenir dans un rapport de droit public, et ce, quelle que soit la juridiction concernée et la nature litigieuse qu'elle doit trancher, les actions collectives des groupements privés au moyen d'interventions volontaires ne sont pas au cœur de cette étude. Il en va d'ailleurs de même des voies de recours, ordinaires ou extraordinaires, que ces groupements privés peuvent éventuellement exercer contre des décisions juridictionnelles alors même qu'elles se présentent aussi comme un moyen permettant de contester une décision rendue par une autorité publique dans le cadre de la mission d'intérêt général qui lui est dévolue. Tout au plus, l'étude de ces tierces interventions ou des conditions dans lesquelles les groupements peuvent contester une décision juridictionnelle ne sera donc ici qu'auxiliaire, c'est-à-dire seulement destinée à éclairer l'encadrement dont fait l'objet leur faculté d'introduire une instance en arguant d'une atteinte à un intérêt collectif.

de cette étude, aussi bien comme juge électoral que comme juge de la constitutionnalité de normes. En effet, la question prioritaire de constitutionnalité est un mécanisme de renvoi préjudiciel qui ne permet donc pas, à proprement parler, aux groupements privés, comme à tout requérant, de le saisir directement d'une action juridictionnelle. Quant aux recours par voie d'action qui permettent de le saisir directement comme juge de la constitutionnalité des lois, des traités ou des règlements des assemblées parlementaires ou comme juge électoral, elles n'ont guère d'intérêt ici puisque leurs conditions de recevabilité évincent notamment les groupements privés défendant des intérêts collectifs. Les juridictions non nationales, c'est-à-dire européennes et internationales – ainsi que ces organes que M. Emmanuel Decaux désigne comme des « quasi-juridictions internationales »²⁵¹ et qui peuvent apprécier le respect des stipulations d'une convention par les États parties dans le cadre d'un système de réclamation - devront aussi, mais pour des raisons différentes, être exclues du champ de cette recherche. Certes, elles peuvent parfois être directement saisies d'actions collectives émanant de groupements privés au travers des recours par voie d'action qui sont aménagés devant elles²⁵² - des procédures sont même parfois prévues spécialement à cet effet devant certaines « quasi-juridictions » régionales ou internationales²⁵³ - et leurs prétoires semblent être justement le lieu idoine pour que les groupements puissent contester des décisions qui ont été prises par des autorités nationales au nom d'une finalité d'intérêt général voire, s'agissant de la Cour de justice de l'Union européenne, le lieu de contestation le plus pertinent lorsque ces décisions ne sont en réalité que la mise en œuvre de normes supranationales et qu'ils voudraient contourner la voie du renvoi préjudiciel. Toutefois, comme cela fut dit précédemment, il ne s'agit pas ici d'apprécier l'influence réelle que les actions en justice des groupements privés défendant des intérêts collectifs ont sur les rapports de droit public, ni même de seulement passer en revue les différentes actions collectives dont ils disposent pour intervenir dans ces rapports, mais bien d'étudier le traitement que le jurislature français réserve à ce type d'actions lorsqu'elles émanent de groupements privés. En revanche, tout comme pour le Conseil constitutionnel, les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne seront évidemment utilisées dans la mesure où elles peuvent contribuer à l'encadrement des conditions dans lesquelles les groupements privés peuvent intervenir dans les rapports

²⁵¹ Emmanuel DECAUX, « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit », *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois Auteur. Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2008, p. 217.

²⁵² Par ex., Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, 1062 p. ; François VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, PUF, coll. Publications de l'Institut universitaire des Hautes Études Internationales-Genève, 2004, 401 p. ; Matthieu BIRKER, *La défense contentieuse des intérêts collectifs devant les commissions et cours régionales des droits de l'homme*, Thèse.dactyl., Université de Strasbourg, 2012, 548 p. ; Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « *Les personnes morales devant la Cour européenne des droits de l'homme* », Xavier BIOY (dir.), *La personnalité juridique : traditions et évolutions*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1-Capitole, coll. Les travaux juridiques de IFR Mutation des normes juridiques, 2013, p. 221 ; Yan LAIDE, « La régulation par le juge des conditions de recevabilité des requêtes : la question de l'intérêt collectif devant le juge administratif », in Virginie DONIER, Béatrice LAPEROU-SCHNEIDER (dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires Actes, 2013, p. 57.

²⁵³ Tel est le cas dans le cadre des systèmes de contrôle mis en place dans le cadre de l'Organisation internationale du travail, pour la Convention d'Aarhus et, depuis l'entrée en vigueur du Protocole additionnel de 1995 sur les « réclamations collectives », pour la Charte sociale européenne.

de droit public au moyen d'actions juridictionnelles. Les conditions dans lesquelles les groupements privés peuvent saisir ces juridictions d'actions collectives pourront quant à elles être évoquées au moins à titre de comparaison.

78. Le champ de l'étude demeure toutefois très vaste puisqu'il faudra s'intéresser, sur le plan procédural, aussi bien à la procédure administrative contentieuse, qu'à la procédure civile et pénale et, sur le plan substantiel, à des normes aussi variées que peuvent l'être celles ayant pour objet de protéger les droits des administrés dans leur rapport avec la puissance publique, des consommateurs avec les professionnels, des salariés et les agents publics dans leur rapport avec leur employeur ou encore les droits et libertés de tout un chacun comme, par exemple, en matière de protection des données personnelles ou le droit de vivre dans un environnement sain.

79. Eût-il été alors préférable de s'épargner toutes ces circonvolutions et de parler directement et simplement des actions collectives des groupements privés « devant les juridictions administratives et judiciaires françaises de premier ressort »²⁵⁴ ? Non. D'une part, c'eût été trompeur car cela pouvait laisser à penser qu'il s'agit d'une étude de droit comparé interne, ce qui n'est pas le cas. D'autre part, et surtout, partir seulement des juridictions pouvant être saisies des actions qui seront étudiées et non des rapports de droit que ces dernières sont susceptibles de perturber ne permet pas de voir ce qui pouvait justifier de s'intéresser à nouveau aux actions collectives des groupements privés en droit français. En effet, au-delà de l'écume normative que représente finalement l'actualité législative et jurisprudentielle, ce sont les évolutions que connaissent ces rapports de droit public, et que donnent à voir notamment une partie du droit applicable à l'activité administrative, qui invitent à remettre l'ouvrage sur le métier.

SECTION 3 : Les problèmes soulevés par l'action collective en droit public français

80. L'action collective des groupements privés peut poser des problèmes aux deux pôles de la relation pouvant se nouer entre une autorité publique et une personne juridique, c'est-à-dire *in fine* un individu. En effet, d'un côté, elle semble menacer la marge d'appréciation dont disposent les autorités publiques dans la détermination du contenu concret de l'intérêt public qu'elles doivent poursuivre et qui peut être qualifié de général (§1) et, de l'autre, sa reconnaissance et son développement semblent aller à contre-courant d'un mouvement de « subjectivisation » qui marquerait actuellement le droit administratif et, plus largement, le droit public français (§2).

²⁵⁴ Ce qui d'ailleurs correspond, peu ou prou, au champ d'étude qu'avait choisi M. Louis Boré dans sa thèse consacrée à « la défense des intérêts collectifs par les associations » (Louis BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 278, 1997, 336 p.).

§1- La mise en cause de l'unité du pouvoir politique exprimée à travers l'intérêt général

81. L'action collective des groupements privés défendant des intérêts collectifs se trouve à la confluence de deux méfiances, l'une à l'égard des corps intermédiaires et l'autre à l'égard du juge, qui découlent en réalité de la même source, à savoir l'attachement au principe de l'indivisibilité du pouvoir exercée au sein de la communauté politique, de la souveraineté dont les dimensions externe et interne peuvent être distinguées mais non entièrement séparées²⁵⁵, qui est précisément à la source de cet intérêt général que les autorités publiques constituées sont en principes tenues de poursuivre au niveau national. Tout du moins, pour être plus précis, ce qui est en cause ici, c'est la sauvegarde du principe d'unité, dont ce principe d'indivisibilité n'est lui-même qu'une garantie²⁵⁶, et c'est plutôt du côté de l'interprétation qui peut être faite des conditions nécessaires à la réalisation et à la sauvegarde de cette indivisibilité - et, par là même, de cette unité - qu'il convient de chercher les causes de blocage à toute possibilité d'interférence des groupements privés dans la définition de l'intérêt général au moyen de l'action en justice (A). Ces causes de blocage ont néanmoins progressivement disparu ou, à tout le moins, se sont atténuées, diminuant la pression qui s'exerçait tant sur l'existence de ces groupements privés défendant des intérêts collectifs que sur leurs moyens d'expression et d'action, notamment juridictionnels (B).

A- Le rejet de l'action collective des groupements privés au nom de la dogmatique unitaire

82. La reconnaissance de groupements librement constitués pour la défense des intérêts collectifs et susceptibles d'intervenir dans les rapports de droit public au moyen de l'action juridictionnelle s'est

²⁵⁵ Ainsi que le résume M. Dieter Grimm : « On peut certes concevoir qu'un système politique soit extérieurement souverain sans qu'il soit pour autant possible d'identifier au sein de cet ensemble un organe qui disposerait de la pleine possession de la puissance publique. Ceci est une conséquence du fait que la souveraineté externe découle du simple fait que l'État soit doté de la puissance publique et fait fi de son organisation interne, de la répartition ou des limitations interne des compétences. Le fait que l'État puisse agir en tant qu'un sujet de droit est suffisant au vu de la souveraineté externe. À l'inverse, il n'est pas concevable qu'un système politique puisse être souverain à l'intérieur sans l'être aussi à l'extérieur. Si un système politique de domination perd sa souveraineté externe, il ne sera alors pas en mesure de conserver sa souveraineté interne, tout du moins si la souveraineté interne est comprise comme excluant toute forme d'hétéronomie. L'absence de souveraineté externe signifie la soumission de la puissance étatique à une volonté étrangère, au moins dans certains domaines spécifiques, et dans cette mesure équivaut à l'exclusion de l'autodétermination. Que l'État puisse au demeurant conserver certaines attributions à exercer seul ne suffit pas à le rendre souverain au sens traditionnel de la notion de souveraineté » (Dieter GRIMM, « La souveraineté », in Dominique CHAGNOLLAUD, Michel TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, t.1, 2012, p. 592).

²⁵⁶ Telle est la distinction qu'il est possible de faire à la suite de M. Roland Debbasch dans ses études consacrées au principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République (Roland DEBBASCH, Unité et indivisibilité, in Association Française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, Paris, coll. Collection Droit public positif, 1990, p. 7 ; V. aussi du même auteur : *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République. Essai d'histoire politique*, Paris, Economica, coll. Collection Droit public positif, 1988, 481 p.) qui, d'ailleurs, relève à quel point « l'habitude de confondre les deux qualificatifs » est ancrée et intègre lui-même dans la suite de ses développements la notion d'indivisibilité dans celle « d'unité révolutionnaire » (Roland DEBBASCH, *art.précit.*, in Association Française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, Paris, coll. Collection Droit public positif, 1990, p. 7-8). L'indivisibilité est ainsi présentée comme « l'essence même de l'unité, le signe de son effectivité et de sa durée. La République est une, tel est son état actuel. Mais, pour qu'elle le demeure, il convient aussi qu'elle soit indivisible, qu'elle ne tolère pas la séparation en plusieurs morceaux de ce qui constitue actuellement son unité globale. Le caractère indivisible de la République est la garantie du maintien et de la permanence de son unité, la projection de cette dernière dans l'avenir » (*Ibid.*).

heurtée à « la dogmatique unitaire » révolutionnaire²⁵⁷ qui imprima aussi bien l'élaboration des modalités d'exercice de la souveraineté désormais attribuée à la nation ou au peuple que la justification du principe de la représentation. La « pluralisation des pouvoirs » était ainsi organisée de manière qu'elle ne dérivât pas vers une forme de « pluralisme politique »²⁵⁸ et la représentation n'était admissible que si elle était compatible avec les principes d'inaliénabilité et d'indivisibilité de la souveraineté²⁵⁹. Cette dogmatique a aussi influencé les conditions d'exercice du pouvoir législatif qui, en tant qu'expression de la « volonté générale » mentionnée à l'article 6 de la Déclaration de 1789, de la volonté initiale du souverain, conservait le primat dont elle bénéficiait dans les théories de Bodin ou Montesquieu. Il était ainsi exclu que des groupements pussent exercer une quelconque forme d'intermédiation et subvertir la formation de cette « volonté générale » qui, même si la consécration du principe représentatif semblait en réalité réduire la contribution intellectuelle du citoyen de Genève au droit positif à une simple « influence de style »²⁶⁰, restait marquée par la méfiance rousseauiste à l'égard des intérêts particuliers²⁶¹.

83. L'hostilité à l'endroit des groupes ou collectivités auquel un intérêt collectif peut être associé était aussi accrue par une entreprise d'uniformisation qui n'était pas seulement présentée comme le moyen de contenter une passion pour l'égalité trop longtemps contrariée par un archipel de lois privées, mais aussi comme l'un des rouages essentiels de ce processus d'unification. Effectivement, cette exigence d'uniformité, qui ne se traduit pas seulement au niveau de l'organisation territoriale de l'État après la Révolution²⁶², était elle-même la traduction d'un « universalisme abstrait »²⁶³ censé façonner des citoyens dépouillés, émancipés des anciennes appartenances qui avaient pu les retenir dans une forme d'« individualisme collectif »²⁶⁴ et permettait d'éviter qu'une quelconque faction put émerger d'une

²⁵⁷ Ainsi que la qualifie M. Félicien Lemaire, partant d'ailleurs lui-même de l'observation de Duguit qui voyait dans ce principe « une sorte de dogme » traversant l'ensemble du constitutionnalisme révolutionnaire et républicain, dans son étude sur le principe d'indivisibilité de la République : « il s'est agi, dans une approche idéologique nouvelle, d'affirmer à titre principal l'unité politique de la Nation, comprise comme une indivisibilité de la souveraineté nationale, essence même du projet révolutionnaire » (Félicien LEMAIRE, *Le principe d'indivisibilité de la République. Mythe et réalité*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2010, p. 25).

²⁵⁸ Sur la conciliation entre l'indivisibilité du pouvoir souverain et la séparation des pouvoirs au moyen de la distinction entre la souveraineté et ses attributs, V. Félicien LEMAIRE, *op.cit.*, p. 60-65.

²⁵⁹ Félicien LEMAIRE, *op.cit.*, p. 66-76.

²⁶⁰ Georg JELLINEK, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, Paris, Albert Fontemoing, 1902, p. 12.

²⁶¹ Ainsi, Rousseau comme Sieyès, en dépit des différences – qui étaient réelles sur la question de la représentation mais exagérées sur d'autres points par la présentation qui a pu être faite de la théorie dite de la « *souveraineté populaire* » (V. sur ce point Éric MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003, p. 113-118 ; Guillaume BACOT, *Carré de Malberg et l'origine entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Editions du CNRS, 1985, p. 12) - s'accordaient pour condamner les intérêts particuliers dont seraient porteurs des corps intermédiaires (V. sur ce point, François RANGEON, *op.cit.*, p. 138).

²⁶² Didier GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de Thèses, vol. 35, 2004, 734 p. ; Sur le volet linguistique de ce processus d'unification, Par ex., Roland DEBBASCH, *thèse.précit.*, p. 260-265.

²⁶³ Ce que Mme Olivia Bui-Xuan entend comme le « fait que le droit public français entend traiter identiquement tous ceux qui relèvent de son champ d'application » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 4).

²⁶⁴ « Nos pères n'avaient pas le mot *d'individualisme*, que nous avons forgé pour notre usage, parce que, de leur temps, il n'y avait en effet d'individu qui n'appartînt à un groupe et qui pût se considérer absolument seul ; mais chacun des milles petits groupes dont la société française se composait ne songeait qu'à lui-même. C'était, si je puis m'exprimer ainsi une sorte d'individualisme collectif, qui préparait les âmes au véritable individualisme que nous connaissons » (Alexis de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, GF-Flammarion, Paris, 1988, p. 188) (en italique dans le texte).

fraction de la population ou du territoire dont les lois auraient flatté la spécificité. Il faut toutefois en cette matière, comme en de nombreuses autres, relativiser la rupture qu'opéra la révolution de 1789.

84. En effet, cette « dogmatique unitaire », même si elle fut inscrite expressément ou implicitement au frontispice de la plupart des constitutions républicaines et qu'elle procède de la volonté de mettre en ordre « l'agrégation inconstituée de peuple désunis » léguée par l'Ancien régime, n'est en rien le propre des régimes républicains ou même, plus largement, post révolutionnaires que la France put connaître. À cet égard, M. Félicien Lemaire rappelle le mot de Péguy selon lequel « rien n'est aussi monarchique, et aussi royal, et aussi ancienne France que [la] formule » « la République [est] une et indivisible »²⁶⁵ et, surtout, la place centrale qu'occupe ce principe d'indivisibilité dans les théories de Bodin, Loyseau ou encore Le Bret²⁶⁶. Il suffit aussi de se rappeler en quels termes Louis XV s'opposa aux prétentions des parlements lors de la fameuse séance de « la Flagellation » du 3 mars 1766 au Parlement de Paris²⁶⁷ et le préambule de l'édit de Turgot du 6 février 1776 justifia la suppression des jurandes²⁶⁸.

85. Cette « dogmatique unitaire » et ses implications ne permettaient pas seulement de perpétuer cette quête d'un idéal d'unité dont il est possible de trouver aussi des sources dans les doctrines judéo-chrétiennes, voire dans l'éthique de gouvernement aristotélicienne²⁶⁹. Elles apparaissent aussi comme un moyen de garantir l'absoluité du pouvoir politique que Rousseau, à la différence des légistes royaux, envisageait comme ne pouvant être bornée et qui se déploie d'ailleurs encore plus facilement sur une

²⁶⁵ Félicien LEMERAIRE, *op.cit.*, p. 27.

²⁶⁶ Félicien LEMERAIRE, *op.cit.*, p. 34-37.

²⁶⁷ « Je ne souffrirai pas qu'il se forme dans mon royaume une association qui ferait dégénérer en une confédération de résistance le lien naturel des mêmes devoirs et des obligations communes, ni qu'il s'introduise dans la Monarchie un corps imaginaire qui ne pourrait qu'en troubler l'harmonie; la magistrature ne forme point un corps, ni un ordre séparé des trois ordres du Royaume; les magistrats sont mes officiers chargés de m'acquiescer du devoir vraiment royal de rendre la justice à mes sujets, fonction qui les attache à ma personne et qui les rendra toujours recommandables à mes yeux. (...). Entreprendre d'ériger en principe des nouveautés si pernicieuses, c'est faire injure à la magistrature, démentir son institution, trahir ses intérêts et méconnaître les véritables lois fondamentales de l'État; comme s'il était permis d'oublier que c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine, dont le caractère propre est l'esprit de conseil, de justice et de raison; que c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité; que la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi, et que l'usage n'en peut jamais être tourné contre moi; que c'est à moi seul qu'appartient le pouvoir législatif sans dépendance et sans partage; que c'est par ma seule autorité que les officiers de mes cours procèdent, non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication, à l'exécution de la loi, et qu'il leur est permis de me remontrer ce qui est du devoir de bons et utiles conseillers; que l'ordre public tout entier émane de moi et que les droits et les intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du Monarque, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains» (*Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle publiées par Jules Flammermont*, Paris, Imprimerie nationale, t. 2, 1895, p. 557-558).

²⁶⁸ Augurant le décret d'Allarde, il ne porte pas seulement la marque de la doctrine physiocratique dont le nouveau contrôleur général des finances s'était fait le héraut. Son préambule, tout en consacrant le « droit de travailler » comme la « propriété de tout homme » et même « la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes » (*Œuvres de Turgot (Réimpr. de l'éd. 1844) nouvelle édition classée par ordre de matières, avec les notes de Dupont de Nemours; augmentée de lettres inédites, des questions sur le commerce, et d'observations et de notes nouvelles par MM. Eugène Daire et Hippolyte Dussard; et précédée d'une notice sur la vie et les ouvrages de Turgot par M. Eugène Daire*, Osnabrück, O. Zeller, 1966, p. 306), stigmatisait l'habitude que ces communautés professionnelles avait prise de s'assembler et « de s'occuper dans ces assemblées, de l'intérêt commun des membres de la société particulière; intérêt qu'elles poursuivaient avec une activité continue, au préjudice de ceux de la société générale » (*op.cit.* p. 304). Cette velléité réformatrice se heurta alors à la résistance des parlements qui se sentirent eux-mêmes menacés par cette mise en cause de l'esprit de corps qu'ils pouvaient présenter comme étant la seule et véritable garantie contre toute dérive despotique du pouvoir monarchique. Cette parenthèse libérale s'est toutefois vite refermée après le départ précipité de Turgot le 12 mai 1776 (Sur la genèse et les conséquences de cette suppression, V. Thomas BRANTHÔME, *thèse.précit.*, p. 100-110).

²⁶⁹ Félicien LEMERAIRE, *op.cit.*, p. 30-33; Lucien Jaume, « Unité et pluralité : la souveraineté nationale », in Francis HAMON, Jacques LELIEVRE (éd.), *L'Héritage politique de la Révolution française*, Presses universitaires de Lille, 1993, p. 55-72.

« surface unie », purgée de la moindre « bigarrure irrégulière » ou « choquante variété » au sein de laquelle pourrait éclore un « germe de résistance »²⁷⁰. Or l'absoluité du pouvoir politique, quel que soit son titulaire, la personne ou les personnes admises à l'exercer, qu'il se pare ou non d'une vocation émancipatrice, ne peut admettre l'activité de juges ou de groupements intermédiaires que s'ils restent à bonne distance de la chose publique²⁷¹ ou s'ils ne sont que de simples relais de sa volonté. C'est cette subordination au pouvoir souverain qui se retrouve dans l'acceptation, d'une part, d'une distribution de pouvoirs entre différents organes préservant la hiérarchie des fonctions²⁷² et, d'autre part, de l'existence de quelques groupements infra-étatiques qui, autorisés et rendus obligatoires par la puissance publique, lui permettent d'étendre son emprise sur la société et de contenir éventuellement les forces centrifuges qui l'animent.

B- La tolérance à l'égard des groupements privés

86. Force est de constater que le pragmatisme l'a progressivement emporté sur la dogmatique unitaire et que les conditions de mise en œuvre du principe d'indivisibilité de la souveraineté, comme le montrent notamment le développement de la décentralisation ou encore les avancées de la construction européenne, se sont assouplies pour admettre des aménagements dont certains pourraient même passer pour des mises en cause. Le « fait collectif » est quant à lui largement admis et même consacré au plus

²⁷⁰ Benjamin CONSTANT, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation, dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, 1814, p. 46-49.

²⁷¹ Ainsi, comme le rappelle M. Grégory Houillon, les cercles et sociétés « récréatifs » n'étaient pas perçues par Rousseau comme une menace pour la volonté générale, mais, au contraire, avaient ses faveurs en tant qu'élément de sociabilité (Grégory HOULLON, *thèse.précit.*, p. 477), ce qui n'empêcha toutefois pas la suppression des académies et sociétés littéraires par le décret du 8 août 1793. Dans le même ordre d'idées, les regroupements liés à des intérêts économiques et commerciaux bénéficièrent d'une relative tolérance. C'est ce que montre le cas des chambres de commerce que le Chapelier souhaite préserver dans sa loi, arguant qu'il ne s'agissait pas d'empêcher les commerçants de causer ensemble de leurs affaires ». Leur anéantissement ne fut obtenu que dans un second temps à la suite du rapport de Pierre-Louis Goudard du 27 septembre 1791, mais elles furent finalement rétablies assez rapidement par l'arrêté du 3 nivôse an XI (24 décembre 1802), tant elles représentaient des auxiliaires et des canaux d'informations précieux pour l'administration centrale (Pierre ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 2004, p. 387 et s.). Cette tolérance se retrouve aussi dans le régime relativement libéral dont des regroupements à but lucratif bénéficièrent assez tôt, encore qu'il faille sérieusement nuancer cette idée. En effet, les scandales financiers, les risques que l'agiotage faisait peser sur l'épargne publique contribuèrent à nourrir aussi les suspicions de la Convention, puis du Directoire à l'égard de certaines formes de sociétés et dont le code de commerce de 1807 porta longtemps les marques. Alors que les sociétés par commandite pouvaient être librement constituées, la « fièvre des commandites » ayant tout de même conduit à encadrer les commandites par actions en 1856, les sociétés anonymes, en raison de la méfiance que provoquait la possibilité de faire échapper les associés ainsi que les gérants aux risques d'une responsabilité personnelle et indéfinie, furent quant à elles soumises à un régime d'autorisation administrative jusqu'en 1867, c'est-à-dire jusqu'à ce que les besoins de l'industrie et du libre-échange finissent par l'emporter (V. sur ces différents points, Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « L'intervention de l'État dans la constitution des sociétés anonymes (1807-1867) », *Revue historique de droit français et étranger*, 1981, p. 383 ; Claude DUCOULOUX-FAVARD, « L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », *RIDC*, 1992, p. 849). En outre, les sociétés commerciales purent être aussi les cibles d'un discours anti-corporatiste selon le périmètre que recouvrait la chose publique pour l'orateur. Ainsi, pour s'opposer à la construction et au financement des chemins de fer par des compagnies commerciales, Lamartine convoqua notamment le souvenir de « l'horreur des corps » et fustigea « les corps ou (ce qui leur ressemble) les intérêts collectifs reconnus par la loi et organisés » qui ne seraient « que l'asservissement prompt, inévitable, perpétuel de tous les autres intérêts » dans le discours qu'il prononça en mai 1838 à la Chambre des députés (Alphonse de LAMARTINE, *Œuvres de M. A. de Lamartine. Tribune de M. de Lamartine ou études oratoires ou politiques*, Paris, t.1, 1849, p. 182-183).

²⁷² Ce qui est le cas d'une séparation des pouvoirs consistant dans la distribution des différentes fonctions normatives au profit d'organes spécialisés.

haut niveau. La liberté d'association fut ainsi la première liberté que le Conseil d'État²⁷³, puis le Conseil constitutionnel²⁷⁴ rangèrent parmi les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et l'existence comme l'activité « des partis et groupements politiques » sont même désormais expressément garanties par la Constitution. Faut-il alors considérer que la prolifération des groupements privés et le développement de leur activisme juridictionnel dans les rapports de droit public ne sont finalement que les symptômes de l'affaiblissement de cette puissance souveraine de l'État que « l'idéologie de l'intérêt général » avait magnifiée et qui, succombant aux assauts des intérêts particuliers, semble aujourd'hui rongée par un mal incurable dont les différents courants employant la notion de « pluralisme juridique » mettraient régulièrement à jour les métastases²⁷⁵ ? Ce serait toutefois là occulter la centralité juridique que conserve l'État, entité souveraine et dépositaire d'un intérêt général qui, malgré tout, demeure unitaire et transcendant. En revanche, il est bien possible constater que l'interprétation des conditions nécessaires à la sauvegarde de l'unité du pouvoir politique a évolué dans un sens bien plus favorable à la reconnaissance de groupements privés libres défendant des intérêts collectifs (1) et de leur possibilité d'expression au moyen, notamment, de l'action juridictionnelle (2).

1- La reconnaissance progressive de l'existence de groupes et de groupements privés infra-étatiques

87. La dogmatique unitaire a dû composer avec la réalité d'un corps social marqué par des différences et travaillé par des tensions qu'elle n'était pas parvenue à faire disparaître ou discipliner. L'uniformité ne fut alors plus perçue comme une condition nécessaire des principes d'égalité et d'unité, tout comme, même si cette prise de conscience fut plus tardive, l'interdiction de se regrouper librement pour défendre les intérêts collectifs de groupes de personnes.

88. Avant toute chose, il faut rappeler que le processus de catégorisation, et par là même la segmentation du corps social en groupes qu'elle implique, même dans un objectif gestionnaire et régulateur, est inhérent à l'activité normative. Ainsi, le droit français, même mis au service d'un projet uniformisant et sous-tendu par une logique universaliste, a lui aussi « toujours saisi la réalité sociale à travers la création de catégories juridiques », reléguant ainsi la généralité de la règle de droit à une généralité intra-catégorielle²⁷⁶. En outre, armé d'une conception strictement formelle de l'égalité, qui

²⁷³ CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. Lebon, p. 317.

²⁷⁴ CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

²⁷⁵ Emploi qui est d'ailleurs loin d'être neutre (Sur ces différents courants et les stratégies scientifiques et politiques pouvant se dissimuler derrière l'usage de cette notion, V. Albane GESLIN, « Une brève historiographie du « pluralisme juridique » : quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, n°15, 2019, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cliothemis.com/Une-breve-historiographie-de#nb17>.

²⁷⁶ Olivia BUI-XUAN, *thèse, précit.*, p. 7. Dans le même ordre d'idées, ainsi que le relevait Jean Rivero à propos des droits et libertés de la Déclaration de 1789, figures *a priori* archétypales des droits et libertés de l'individu abstrait et non situé, « l'égal accès aux emplois publics n'excluait pas les distinctions fondées sur les talents et les vertus, et le caractère inviolable et sacré de la propriété bénéficiait aux seuls propriétaires... » (Jean RIVERO, « Sécurité sociale et droit de l'homme », *RFAS*, 1985, p. 37).

demeura du reste longtemps sélective²⁷⁷, l'universalisme abstrait ne pouvait réaliser totalement son projet d'homogénéisation, il achoppait sur la question des inégalités socio-économique dont le creusement au cours du XIX^e siècle allait par ailleurs faire le lit de violents antagonismes. Dès lors, afin de compenser ces inégalités, mais aussi de maintenir la cohésion de la société sur laquelle le pouvoir politique se déploie, le droit public français put accueillir - et ce d'ailleurs peu de temps après la Révolution²⁷⁸ - des mesures « différentialistes »²⁷⁹. Ces dernières, tout en conduisant à reconnaître l'existence de différents groupes, s'inscrivent en réalité dans la logique de l'universalisme abstrait et elles se présentent comme son complément nécessaire. C'est, en premier lieu, ce que Mme Olivia-Bui-Xuan nomme le « différentialisme compensatoire »²⁸⁰. Il en va de même d'autres types de mesures différentialistes qui se développèrent ensuite durant la seconde moitié du XX^e siècle - que l'auteure qualifie cette fois de correctrices²⁸¹ - et qui, permettant notamment de lutter contre certaines discriminations, se présentent en réalité comme les garanties d'un « droit à l'indifférence ». L'auteure montre aussi que le droit public français put même accueillir ponctuellement d'autres formes de différentialismes qui, si elles traduisent aussi un souci d'équité²⁸², ne se présentent pas comme une mise en œuvre mais bien une mise en cause de l'universalisme abstrait censé cimenter l'unité nationale. Il s'agit en l'occurrence de ce qu'elle nomme, d'une part, le différentialisme « adaptateur » et qui, n'étant plus cantonné aux territoires ultra-marins, conduit à prendre en compte des spécificités géographiques pour ajuster le droit applicable à un territoire²⁸³ et, d'autre part, le différentialisme « reconnaissant » qui lui consiste à prendre en considération les spécificités de groupes de personnes qui sont ou non localisées à un endroit précis sur le territoire national²⁸⁴.

89. C'est dans le même esprit que la liberté syndicale et la liberté d'association purent s'épanouir sous la III^e République après l'éphémère parenthèse libérale qu'offrit la révolution de 1848. En effet, la reconnaissance de ces « libertés sociales », reconnaissance qui n'était d'ailleurs elle-même que le point d'orgue du démantèlement des différentes prohibitions ayant comprimé le fait collectif au cours du XIX^e

²⁷⁷ Sur les angles morts de l'universalisme abstrait, V. Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 41-45 ; Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2010, p. 61-75.

²⁷⁸ Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 53-55 ; sur cette période en particulier, V. Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 221, 2002, p. 35-47.

²⁷⁹ Ce qui est le terme que Mme Olivia Bui-Xuan retient pour désigner « la prise en compte de différences de situation concrètes » et qu'elle distingue bien du « différentialisme », qui servirait le plus souvent à désigner « une doctrine à connotation naturaliste ou essentialiste », et serait plus large que le « particularisme », le « communautarisme » ou le multiculturalisme » en ce que les différences susceptibles d'être prises ainsi en compte ne se restreignent pas aux « spécificités géographiques ou culturelles » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 5)

²⁸⁰ Ce « différentialisme compensatoire » étant étroitement lié au concept aristotélien de justice distributive qui, à la différence de la justice commutative, « vise une égalité géométrique : à personnes inégales, parts inégales » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 33).

²⁸¹ Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 169.

²⁸² Au sens que l'auteure, qui s'écarte volontairement de l'acception traditionnellement associée l'idée de justice distributive, donne à ce mot : « il ne s'agit pas simplement de donner plus à ceux qui ont moins mais, plus généralement, d'apporter à chaque situation particulière la solution juridique la plus appropriée » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 274).

²⁸³ Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 275.

²⁸⁴ Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 375-376.

siècle²⁸⁵, procédait de la volonté du législateur républicain de remédier aux effets atomisants de législations qui étaient perçues comme délétères et en décalage avec les relations d'interdépendance que la révolution industrielle avait tissées au sein de la société²⁸⁶. Toutefois, comme avec le développement de certaines mesures différentialistes, si le législateur républicain exerça un droit d'inventaire sur l'héritage révolutionnaire en remettant ainsi en question le « postulat atomiste » qui avait précipité la désintégration de la société de corps²⁸⁷ et accouché de cette société d'individus abstraits actée par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, il n'entendait pas pour autant le liquider. Ainsi, loin d'écraser l'individu et de mettre en péril l'unité de la République en le cloisonnant, l'association, qui fut d'ailleurs conçue à partir du modèle du contrat, devait au contraire lui donner les moyens de s'accomplir pleinement et matérialiser juridiquement ce lien d'interdépendance caractérisant sa condition sociale.

90. Certes, toute méfiance n'avait pas disparu ainsi qu'en témoigne la capacité civile limitée - cette « petite personnalité » - dont bénéficient en principe les associations déclarées et qui était destinée à empêcher la constitution de biens de mainmorte ou encore le traitement spécial réservé aux congrégations religieuses contre lesquelles la République luttait alors ou aux associations « étrangères ». Ainsi, dans sa version initiale, le titre III de la loi de 1901, qui était consacré aux congrégations, subordonnait leur formation à une autorisation donnée par une loi qui devait déterminer en outre leur condition de fonctionnement. Sous le régime de Vichy, cette autorisation légale fut remplacée par loi n° 505 du 8 avril 1942 par une autorisation administrative, une « reconnaissance légale par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'État », qui est aujourd'hui toujours applicable à ces groupements de personnes qui, pouvant être caractérisés selon le Conseil d'Etat par « la soumission à des vœux et une vie en commun selon une règle approuvée par une autorité religieuse », ne sauraient par ailleurs se placer sous le régime de droit commun des associations ou des associations culturelles qui fut mis en place par le titre IV de la loi du 9 décembre 1905²⁸⁸. S'agissant des associations « étrangères », le régime qui leur est applicable – tout comme d'ailleurs leur définition – a évolué au fil du temps. En son article 12, la loi du 1^{er} juillet 1901 facilitait la dissolution des associations « composées en majeure partie d'étrangers, [de] celles ayant des administrateurs étrangers ou leur siège à l'étranger » en permettant de les dissoudre par décret du Président de la République rendu en conseil des ministres en cas « agissements [qui] seraient de nature soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou des marchandises, soit à menacer la sûreté

²⁸⁵ Elle venait effectivement après les lois permettant de se regrouper de façon éphémère au sein de coalitions, de réunions ou plus durablement au sein de sociétés de secours mutuels et d'associations déclarées formées dans un dessein d'enseignement supérieur (loi du 12 juillet 1875 relative à la liberté de l'enseignement supérieur).

²⁸⁶ Relations d'interdépendance qui furent alors mises en avant aussi bien en sociologie par Durkheim, en droit par Duguit que dans la doctrine solidariste de Léon Bourgeois qui offrit justement à la III^e République une partie de son armature intellectuelle (V. Thomas BRANTHÔME, *thèse.précit.*, p. 510 ; sur le solidarisme en particulier, V. Serge AUDIER, *Léon Bourgeois. Fonder la solidarité*, Paris, Editions Michalon, coll. « Le Bien commun », 2007, 126 p.).

²⁸⁷ C'est, ainsi que le montrent MM. Lucien Jaume et Thomas Branthôme, de ce postulat atomiste que découle, par exemple, l'exigence de Sieyès d'obtenir un vote par tête et non par ordre lors de la réunion des États généraux (Lucien JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, p. 159 ; Thomas BRANTHÔME, *thèse.précit.*, p. 157).

²⁸⁸ CE, Section de l'intérieur, avis, 14 novembre 1989, n° 346040.

intérieure ou extérieure de l'État, dans les conditions prévues par les articles 75 à 101 du code pénal ». Le gouvernement Daladier adjoint ensuite, avec le décret-loi du 12 avril 1939, un titre IV à la loi de 1901 pour encadrer plus strictement la constitution d'associations considérées comme « étrangères », c'est-à-dire celles ayant leur siège à l'étranger ainsi que celles qui, ayant leur siège en France, étaient dirigées de fait par des étrangers ou bien avaient soit des administrateurs étrangers, soit un quart au moins de membres étrangers. Ces associations devaient alors obtenir une autorisation préalable du ministre de l'intérieur - susceptible d'être retirée à tout moment par décret – pour se former et exercer une activité en France²⁸⁹. Ces dispositions furent abrogées par la loi n° 81-909 du 9 octobre 1981 qui, modifiant aussi l'article 5 de la loi de 1901, réserva le cas des associations ayant leur siège social à l'étranger en prévoyant qu'elles peuvent faire leur déclaration préalable « à la préfecture du département où est situé le siège de son principal établissement » si elles veulent disposer de la personnalité morale pour exercer leur activité en France. Cela créait alors un angle mort pour celles qui, ne disposant d'aucun établissement en France, voulaient tout de même exercer l'un des attributs associés à la personnalité juridique des associations comme le droit d'ester en justice devant les juridictions nationales. Cette lacune, qui donna lieu à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁰ et conduisit la Chambre criminelle de la Cour de cassation à revoir sa jurisprudence en ce qui concerne l'exercice de l'action civile²⁹¹, fut finalement comblée par le Conseil constitutionnel au moyen d'une réserve d'interprétation²⁹². Enfin, il est encore possible de trouver, çà et là, quelques manifestations d'un réflexe unitaire que la question de la reconnaissance de groupes ou de prérogatives à des groupements privés vient de temps à autre réveiller²⁹³. Il n'en reste pas moins que les conditions de reconnaissance et d'existence des groupements défendant des intérêts collectifs ont bien évolué, tout comme d'ailleurs leur capacité d'expression et d'intervention dans les rapports de droit public. En effet, alors que les groupements privés se libéraient en partie de l'étau dans lequel la dogmatique unitaire avait tenté de les comprimer, c'est le corset entourant la marge d'appréciation dont disposent les différentes autorités publiques pour déterminer le contenu des intérêts publics qui, lui, se resserrait.

²⁸⁹ Janine PONTY, « Les étrangers et le droit d'association au XX^e siècle », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n°69, 2003, p. 24 ; Jean-Paulin NIBOYET, « Le décret-loi du 12 avril 1939 relatif aux associations », *Travaux du Comité français de droit international privé*, n° 6, 1946, p. 53

²⁹⁰ CEDH, 15 janvier 2009, *Ligue du monde islamique et organisation islamique mondiale du secours islamique c. France*, n°s 36497/05, 37172/05.

²⁹¹ Crim., 8 décembre 2009, Bull. crim. n° 205, n° 09-81.607.

²⁹² CC, n° 2014-424 QPC du 7 novembre 2014, *Association Mouvement raïlien international* [Capacité juridique des associations ayant leur siège social à l'étranger] (cf. *Infra*, n° 621).

²⁹³ La décision rendue par le Conseil constitutionnel, qui fait aujourd'hui office d'exécuteur testamentaire du dogme universaliste et unitaire, sur la Charte des langues régionales (CC, n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*) est à cet égard assez illustrative.

2- L'emprise croissante des groupements privés sur les conditions d'expression de la volonté souveraine

91. Les conditions de définition de l'intérêt général, imputée au souverain, ont aussi évolué dans le sens d'une plus grande prise en considération des intérêts particuliers qui sont susceptibles d'être portés - notamment - par des groupements privés.

92. Ainsi, le monocamérisme cessa vite d'être perçu comme une condition nécessaire de l'unité du pouvoir souverain, ouvrant ainsi la voie à des aménagements institutionnels permettant une représentation institutionnelle des intérêts collectifs composant la société au niveau du pouvoir législatif, ce que constitue actuellement le Conseil économique social et environnemental mais dont il est déjà possible de trouver une trace dans l'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire du 22 avril 1815²⁹⁴. Néanmoins, c'est sans doute la disparition progressive, avec l'avènement d'une conception « restitutive » de la représentation politique et d'un « régime constitutionnaliste d'énonciation de la volonté générale », du rôle de créateur de la volonté unitaire du souverain au profit de l'organe habilité à voter la loi - en l'occurrence le Parlement -, qui est la manifestation la plus spectaculaire de ce double mouvement grâce auquel l'action collective de groupements privés put prospérer.

93. Les intérêts collectifs particuliers retrouvèrent ainsi droit de cité lorsque l'organe législatif, qui était encore censé représenter le souverain, ne fut plus perçu comme le créateur de la volonté initiale et inconditionnée de dernier, mais comme l'exégète d'une volonté préexistante. C'est ce qui correspond au passage, à compter de la fin du XIX^e siècle, d'une conception « institutive » de la représentation politique, consistant à considérer qu'elle ne se résume qu'à l'expression normative de la volonté nationale à travers le vote de la loi « expression de la volonté générale », à une conception « restitutive »²⁹⁵ qui, quant à elle, assigne aux représentants la tâche de refléter une volonté préexistante qui s'est exprimée en amont et indépendamment d'eux lors de l'élection, c'est-à-dire de leur sélection, au risque alors de les conduire à abdiquer de facto cette liberté d'appréciation²⁹⁶ que les théories de la représentation politique moderne

²⁹⁴ Son article 33 prévoyait ainsi une « représentation spéciale » pour « l'industrie et la propriété manufacturière et commerciale » au sein de ce régime bicamériste avec l'élection par les collèges électoraux des départements de « représentants commerciaux et manufacturiers » sur une liste d'éligibles dressée par les chambres de commerce et les chambres consultatives réunies.

²⁹⁵ Bruno DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 103, 2011 Bruno DAUGERON, *thèse.précit.*, n° 353, p. 501 et suivant.

²⁹⁶ « Dans ce sillage, « représenter » sera ensuite le fait d'assurer la représentation des électeurs, c'est-à-dire en quelque sorte de rendre compte de l'existence d'une volonté politique – entendre idéologique – exprimée dans l'élection et de la reconnaissance de leur vote incarné dans la personne de représentants élus, les deux mots étant désormais redondants. Représenter sera, en particulier, traduire une orientation politique exprimée dans l'élection par un vote partisan par la mise en place d'une espèce de défense parlementaire des idées des électeurs et des valeurs auxquelles ils sont censés adhérer en faisant valoir leurs droits tel un syndicat. Représenter les électeurs sera ainsi, en quelque sorte, attester de leur existence en même temps que de leur volonté, laquelle est assimilée à celle du peuple duquel les représentants croiront être les « envoyés ». La différenciation entre État et société, « entre le lieu de production de l'intérêt général et le monde des intérêts privés », donne le sentiment d'avoir disparu. On ne représentera plus la volonté du peuple en forme législative, mais on ne fera que traduire une volonté électorale qui donnera éventuellement lieu à une législation, deux choses bien différentes » (Bruno DAUGERON, *thèse.précit.*, n° 447, p. 643).

présentaient pourtant comme la garantie de l'expression unitaire de la volonté souveraine²⁹⁷. Or, au sein d'une partie de la doctrine publiciste, l'aura des groupements privés défendant des intérêts collectifs retrouva justement une partie de son lustre d'antan avec cette mutation du concept de représentation politique qui fait de la ressemblance, de la « représentativité » le critère primordial de la bonne représentation²⁹⁸. C'est effectivement à la faveur de ce glissement de sens que les réflexions se déplacèrent sur les modes de scrutin, la représentation proportionnelle mais aussi - l'exigence de ressemblance n'ayant pas qu'une dimension idéologique - sur l'idée d'une représentation des « intérêts », notamment professionnels, composant la société²⁹⁹, ce qui apparaissait par ailleurs comme un moyen de canaliser - sous couvert de représentativité - l'omnipotence du nombre que la mise en place du suffrage universel masculin, c'est-à-dire l'émergence de la masse sur la scène politique, pouvait faire craindre³⁰⁰. C'est, plus largement et plus durablement, l'ensemble de l'action publique qui fit face à un déficit de légitimité que la croyance en l'existence d'un intérêt général hermétique à l'influence des intérêts particuliers ne permettait plus de résorber, contraignant ainsi les autorités publiques à revoir leur mode d'intervention. Or, que ce fut le développement de « l'administration consultative » qu'évoquait déjà Hauriou au début du XX^e siècle³⁰¹, de la contractualisation des politiques publiques, ou encore plus récemment l'édiction de règles de droit souple par des autorités de régulation, l'ensemble de ces procédés suppose une certaine perméabilité à l'expression d'intérêts particuliers et conduisent éventuellement les autorités publiques à s'appuyer sur certains groupements intermédiaires en raison de l'expertise ou de leur capacité à organiser certains segments de la société.

²⁹⁷ Cette liberté d'appréciation des représentants se retrouve, par exemple, dans la théorie de la représentation politique de Hobbes qui, ainsi que le rappelle M. Pierre Brunet, est attaché à cette idée « selon laquelle l'institution de la République, son avènement, n'est en aucun cas subordonnée à une convention entre les sujets et leur souverain. La liberté naturelle des sujets de désigner un représentant n'a d'autre équivalent que celle civile du représentant de vouloir les lois. Dans ces conditions, si l'on veut rendre compte de l'action de l'État, on ne peut le faire qu'au travers de la volonté du souverain. C'est parce que le représentant est libéré de tout lien juridique avec ceux qui l'ont désigné comme tel qu'il peut incarner la totalité même de l'État : ce dernier est donc bien une personne distincte de ses membres » (Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2004, p. 63). Cette vision se concrétisa en droit constitutionnel français avec la prohibition du mandat dit « impératif » censée garantir la liberté d'appréciation et de délibération des parlementaires (Sur le mandat « impératif » et sa prohibition en droit français, V. Grégoire HOUILLON, *thèse.précit.*, p. 434-468).

²⁹⁸ Bruno DAUGERON, *thèse.précit.*, n° 353-489, p. 501-707. Comme le résume à un moment l'auteur : « Représenter n'est plus vouloir pour le peuple mais comme le peuple » (Bruno DAUGERON, *thèse.précit.*, n° 465, p. 669).

²⁹⁹ Bruno DAUGERON, *thèse.précit.*, n° 482-486, p. 695-702 ; V. aussi, David DEROUSSIN, « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation au pluralisme juridique ? », *Les Études Sociales*, n° 1, 2013, p. 162-173.

³⁰⁰ C'est aussi l'assise théorique du bicamérisme qui fut affectée par ce changement de sens : « Exit l'idée de prudence du législateur (la « sagesse » et la « marche lente et majestueuse dont il ne doit jamais s'écarter » évoquée par Mounier et les monarchiens à la Révolution et prolongée longtemps après) caractérisée par l'organisation d'une procédure législative longue et compliquée, confiée à un organe complexe attestant de la défiance envers les emportements d'une Chambre unique dans l'élaboration de la loi : le bicamérisme trouve désormais sa justification dans la seule restitution d'intérêts de forces sociales dont l'existence est préalablement reconnue à celle de l'État duquel elle doit influencer la volonté et non la subir. La distinction des Chambres va s'opérer par la différence des modes de recrutement, confirmant l'élection dans son statut de moment primaire et privilégié de la décision. » (Bruno DAUGERON, *thèse.précit.*, n° 485, p. 701).

³⁰¹ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^e édition, 1903, Paris, L. Larose et Forcel, p. 385.

94. Toutefois, il faut se garder de tirer des conclusions hâtives de l'influence normative qui est désormais officiellement ménagée au profit de certains groupements³⁰² ou encore de l'organisation, voire parfois de l'instrumentalisation, du mouvement associatif par les pouvoirs publics. Il est hors de propos d'y voir la réalisation de « l'idée corporative » que la Révolution de 1789 avait voulu éradiquer et qui, après avoir enthousiasmé une partie de la doctrine juridique au début siècle dernier³⁰³, s'est encore un peu plus abîmée dans la mémoire collective avec la période vichyste³⁰⁴. A cet égard, il ne faut pas se laisser abuser par le fait que le concept de « néo-corporatisme » ait été ou soit même encore parfois employé pour décrire le rôle dévolu aux groupements professionnels ou, plus largement, aux groupements privés censés représenter la « société civile » depuis la seconde moitié du XX^e siècle³⁰⁵. Il faut enfin noter que l'influence - déjà circonscrite - des groupements privés dans la conduite de l'action publique se trouve aujourd'hui aussi diluée avec le développement, plus ou moins affirmé, de nouvelles formes de procédures de

³⁰² Cette influence normative des groupements est ainsi particulièrement prégnante en droit du travail – où elle est même envisagée par la Constitution puisque le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » - ainsi qu'en attestent les liens existant entre la loi et les conventions collectives (Sur ces relations, V. Conseil d'État, *Étude annuelle - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2008, p. 142-154).

³⁰³ M. David Deroussin avance plusieurs explications à cet engouement pour l'idée corporative de la part de certains juristes, venant d'ailleurs d'horizons politiques et philosophiques divers, au début du XX^e siècle « L'affirmation du naturel enracinement de l'individu dans la nation, qui s'oppose à un capitalisme ou à un marxisme censés indifférents « aux valeurs de terroir », alimente une conception organique de l'État propre à ménager aux corps intermédiaires, donc aux corporations, une place de choix. Les circonstances pèsent aussi de tout leur poids : la Grande Guerre, qui ébranle une vision du monde dominée par l'ordre et la stabilité garantis par des États souverains faisant connaître leur volonté par des commandements exclusifs et impératifs, puis la crise économique. Au même moment, la réflexion juridique — la question de l'autolimitation de l'État ou celle des personnes morales — renoue parfois avec la notion de corporation, en partie sous l'influence allemande. Surtout, l'attitude que la puissance publique doit adopter à l'égard du mouvement syndicaliste/corporatif devient pour beaucoup l'un « des plus grands problèmes de l'heure présente ». Il ne s'agit alors pas seulement de prendre acte de la « montée en puissance du collectif organisé » mais de la situer dans une réflexion sur le droit et la crise de l'État représentatif » (David DEROUSSIN, *art.précit.*, p. 148-149).

³⁰⁴ Sur la Charte du travail, ses influences, sa mise en œuvre et, plus généralement, cette période, V. Jean-Pierre LE CROM, *Syndicats, nous voilà ! Vichy et le corporatisme*, Paris, éditions de l'Atelier, coll. Patrimoine, 1995, 410 p.

³⁰⁵ Par ex., Alain SUPUIOT, « Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et Société*, 1987, n° 6, p. 177 ; Pierre Muller, Guy Saez, « Néo-corporatisme et crise de la représentation » in François d'ARCY (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, 1985, p. 122. Cela reste toutefois une notion assez vague et qui, même précédée d'un préfixe, reste en France « placé, tel un épouvantail, au croisement de deux champs sémantiques: celui des privilèges indus que la Révolution de 1789 n'a pas suffi à éradiquer (...) et celui de la collaboration honteuse qui a caractérisé la politique du régime de Vichy » (Alain SUPUIOT, *art.précit.*, p. 177). M. Olivier Dard note d'ailleurs que c'est plutôt grâce à la littérature politiste anglo-saxonne - où le terme « *corporatism* désigne (...) un système de représentation et de régulation des intérêts divergents sous l'égide de l'État, à l'instar des relations entre syndicats d'employeurs et de salariés » - qu'il a retrouvé une nouvelle jeunesse au cours des années 1970 (Olivier DARD, « Le corporatisme en France à l'époque contemporaine : tentative de bilan historiographique et perspectives de recherches », *Histoire, Économie et Société*, Vol. 35, 2016, p. 48. V. aussi Alain SUPUIOT, *art.précit.*, p. 177). Plus précisément, au regard des références bibliographiques des auteurs l'employant, il semble que ce soit l'article de Philippe C. Schmitter, intitulé « Still the century of corporation » et publié en 1979 dans l'ouvrage qu'il codirigea avec Gerhard Lehbruch (Philippe C. SCHMITTER, « Still the century of corporation », *Trends toward Corporatist Intermediation*, Beverley Hills-Londres, Sage, 1979), qui ait popularisé cette notion de « néo-corporatisme » entendue comme « un système de représentation des intérêts dans lequel des unités constitutives sont organisées en un nombre limité de catégories uniques, obligatoires, non compétitives, organisées hiérarchiquement et différenciées fonctionnellement, reconnues ou autorisées - sinon créées - par l'État qui leur concède délibérément le monopole de la représentation à l'intérieur de leurs catégories respectives » (traduction de Bruno JOBERT, « Corporatisme, Néo-corporatisme », in Olivier DUHAMEL, Yves MENY (dir), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 238). Ce n'est toutefois pas la seule définition qui en fut donnée. Par exemple, si M. Alain Supiot reprend le mot « néo-corporatisme », il lui donne toutefois un contenu sensiblement différent puisqu'il le définit, en s'appuyant sur Durkheim, comme l'ensemble des « systèmes de relations professionnelles » fondés sur des « organes professionnels paritaires à vocation normative » (Alain SUPUIOT, *art.précit.*, p. 181).

consultation du public. En effet, celles-ci, étant relativement plus ouvertes et plus souples³⁰⁶, permettent justement de faire l'économie de la médiation de « représentants » qui se présentent comme les interlocuteurs attitrés des autorités publiques³⁰⁷.

95. Les possibilités d'expression des groupements privés défendant des intérêts collectifs ne s'épuisent évidemment pas dans les différents aménagements institutionnels qui furent mis en place afin de pallier le manque de légitimité de l'action des autorités publiques. Polymorphe, cette expression déborde des canaux institutionnels prévus à cet effet, soit en se faisant en dehors de toute procédure organisée, c'est là une partie de ce qui est usuellement appelé le « *lobbying* » et dont le droit français tente aujourd'hui de se saisir, soit en empruntant d'autres canaux institutionnels comme les voies du recours juridictionnel. À cet égard, les groupements privés purent justement bénéficier de la promotion de la figure du juge au cours de la seconde moitié du XX^e siècle. En effet, cette prise en considération des intérêts particuliers dans la définition de l'intérêt général fut aussi imposée par le juge dont le contrôle sur la production normative des autres corps constitués s'est étendu.

96. En tant que clef de voûte d'un État de droit devenu substantiel, l'institution juridictionnelle se voit assigner la lourde tâche d'assurer le respect de droits qui, toujours plus nombreux et désormais qualifiés de fondamentaux³⁰⁸, semblent encercler l'intérêt général³⁰⁹ - ou, pour être plus précis, la marge d'appréciation dont disposent les différentes autorités publiques pour en formuler le contenu - et faire la courte-échelle aux intérêts particuliers. Pour autant, un tel contrôle ne saurait en lui-même être regardé comme une menace pour l'unité de la puissance souveraine mais, au contraire, comme un moyen d'éviter son usurpation par les autres corps constitués, y compris le Parlement élu qui ne fut pas seulement réduit au rang d'interprète d'une volonté préexistante mais privé, officiellement sous la V^e République, du titre de locuteur de la volonté générale. Telle est la conséquence de l'avènement d'un « régime constitutionnaliste d'énonciation de la volonté générale » qui fit descendre la loi du piédestal sur lequel le

³⁰⁶ Jacques CHEVALLIER, « Consultations ouvertes et participation du public », in AFDA, *Les procédures administratives non contentieuses*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 191.

³⁰⁷ Les dispositifs les plus récents tendent ainsi à promouvoir des procédures de consultation de type « *débat public* », pour reprendre la terminologie employée par le Conseil d'État (Conseil d'État, *Etude annuelle 2011- consulter autrement, participer effectivement*, Paris, coll. Etudes et documents du Conseil d'État 2011, p. 10), c'est-à-dire des formes de consultation plus souples et plus ouvertes permettant aux personnes intéressées d'exprimer leurs opinions individuelles. Il s'agit, par exemple, du développement des procédures de consultation sur le modèle américain du « *notice and comment* » américain. Il est même possible de substituer ce type de consultation à la consultation obligatoire d'une commission (art. L. 132-1 à L. 132-3 et art. R. 132-4 à R. 132-10 du code des relations entre le public et l'administration). Le code des relations entre l'administration et le public tend aussi à promouvoir des formes de consultation ouverte en consacrant une nouvelle catégorie d'enquête la procédure d'enquête publique (art. L. 134-1, L. 134-2, L. 134-33, L. 134-34 et art. R. 134-3 à R. 134-32 du code des relations entre le public et l'administration). Par là même, c'est aussi une remise cause de la position privilégiée dont pouvaient disposer certains groupements privés dans le cadre du modèle « classique » de la consultation (Jacques CHEVALLIER, *art.précit.*, in AFDA, *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 194).

³⁰⁸ Sur cette distinction entre les définitions formelle et matérielle des droits et libertés fondamentaux, V. Etienne PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.

³⁰⁹ Guylain CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 51, 2006, n° 351, p. 197.

légicentrisme³¹⁰ l'avait placée au profit de l'organe chargé de la voter mais au détriment du véritable souverain, du titulaire du pouvoir normatif initial, à savoir le constituant dont la volonté peut alors heurter celle exprimée par le peuple en tant que corps électoral et dont le Parlement se ferait, directement et indirectement, le relai³¹¹. Le respect de la Constitution n'est toutefois pas l'affaire du seul Conseil constitutionnel et n'est pas seulement assuré par la censure ou l'annulation d'actes contrevenant directement aux dispositions contenues dans une norme constitutionnelle. Il passe aussi par le respect de normes qu'elles ne font que viser³¹² et dont elles règlent les rapports hiérarchiques avec d'autres normes non-constitutionnelles. En ce sens, le contrôle d'un acte législatif par rapport à une convention internationale à laquelle l'État a souverainement choisi d'adhérer et dont le primat sur les normes législatives est énoncé par l'article 55 de la Constitution peut être regardé comme un contrôle de la constitutionnalité par les juridictions administratives et judiciaires³¹³. Ce faisant, ce que M. Philippe Blachère nomme la « conception dialogique du respect de la Constitution », pour désigner cette relation triangulaire dans laquelle « le juge constitutionnel effectue, à la place du Législateur et du constituant, l'évaluation, et éventuellement la conciliation, entre l'acte de langage du législateur et l'acte de langage du souverain »³¹⁴, ne se retrouve pas uniquement dans le contrôle que le Conseil constitutionnel exerce sur les lois votées par le Parlement mais, plus largement, dans le contrôle qu'exerce l'ensemble des juridictions internes sur la production normative des organes constitués. Autrement dit, ce n'est qu'à condition de ne pas heurter, de façon immédiate ou médiate, la volonté du souverain exprimée dans la Constitution que les différentes autorités publiques prenant part aux relations de droit public peuvent prétendre déterminer concrètement le contenu de l'intérêt public, voire général, guidant leur action. Quant aux groupements privés défendant des intérêts collectifs, ils peuvent donc espérer la réorienter en faisant la démonstration de cette atteinte devant la juridiction compétente.

97. Le recours juridictionnel est néanmoins loin d'être une panacée pour ceux qui désireraient intervenir dans les rapports de droit public même s'il semble de prime abord leur offrir une voie d'expression qui est dans l'ensemble relativement plus ouverte que les différents dispositifs associant quelques groupements triés sur le volet à l'action publique et, surtout, peut être la source d'une réelle contrainte pour les autorités publiques. En effet, l'usage par les juridictions des prérogatives qui leur sont

³¹⁰ Tout du moins, il conviendrait plutôt de parler des légicentrismes en distinguant la nomophilie révolutionnaire et le légicentrisme d'une partie de la doctrine publiciste de la III^e République (Sur cette distinction, V. Philippe BLACHER, *thèse.précit.*, p. 33-36) et, surtout, de ne pas omettre que ni en 1958, ni en 1946, l'idée d'assurer la suprématie de la Constitution sur la loi n'était une idée neuve en France (V. Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIII^e -XX^e siècle. Actes du colloque, Paris, 22-23 juin 2000*, Paris, Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2003, 216 p.).

³¹¹ Ainsi, que le résume M. Pierre Brunet, « le souverain d'hier fut enterré dans le cercueil de la Constitution de 1958 sur lequel le Conseil constitutionnel vint délicatement poser un obitère dictum : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, avant – ultime avatar d'une rationalisation du parlementarisme devenue rationalisation de la loi – de lui reprocher d'être trop bavarde ou pas (assez) normative » (Pierre BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 5).

³¹² Agnès ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 65, 2007, 688 p.

³¹³ Sur ce contrôle de l'inconstitutionnalité « indirecte », V. Agnès ROBLOT-TROIZIER, *thèse.précit.*, n° 384-389, p 269-273.

³¹⁴ Philippe BLACHER, *thèse.précit.*, p. 61.

dévolues est en principe lui-même encadré. C'est à ce titre qu'elles se voient régulièrement adresser un double reproche - qui peut sembler somme toute paradoxal - qui est celui, d'une part, d'usurper la place du souverain en interprétant parfois trop librement les normes servant de référence à leur contrôle et dont le constituant entendait que le respect fût assuré par les autorités publiques constituées et, d'autre part, de trop ménager encore la marge d'appréciation des autorités normatrices qu'elles soient législatives³¹⁵ ou non.

98. Les groupements peuvent ainsi parfois se heurter à la volonté des juridictions de sanctuariser, au moins en apparence, une marge d'appréciation plus ou moins variable au profit des autorités publiques dans la détermination de l'intérêt général au nom duquel elles peuvent légalement agir et qui ne se réduit pas pour autant à la somme arithmétique des intérêts particuliers sur lesquels elle s'appuie désormais. En effet, ces autorités devant toujours pallier l'absence d'« ajustement spontané d'intérêts particuliers », l'« intérêt général à la française » conserve tout de même son caractère transcendantal ainsi que le rappelaient le Conseil d'État dans son rapport de 1999³¹⁶ puis M. Guylain Clamour dans sa thèse³¹⁷ après avoir analysé l'ensemble des transformations précédemment évoquées dans le cadre d'une lecture de l'intérêt général qu'il qualifie de « néo-moderne »³¹⁸. Dès lors, s'il était à craindre que, la puissance publique quittant ainsi sa position surplombante à l'égard de la société civile, l'intérêt général dont la première est garante ne se décomposât au contact des intérêts particuliers travaillant la seconde, il n'en fut rien en réalité et, finalement, « tout se passe comme si l'intérêt général demeurait la citadelle imprenable de la modernité », « fortifiée, elle contiendrait le graal idéologique d'une légitimité irremplaçable mêlant contrat social, souveraineté et Nation »³¹⁹. Mieux, loin d'avoir eu un effet dissolvant sur l'intérêt général, cette plongée au milieu des intérêts particuliers fut pour lui une cure de jouvence, un moyen de relégitimer

³¹⁵ Le Conseil constitutionnel rappelle ainsi ponctuellement qu'il ne peut se substituer au législateur. Il reconnaît à ce dernier, par une formule rituelle qui semble être devenue un mantra pour désamorcer toute accusation d'activisme juridictionnel, un pouvoir général d'appréciation et de décision d'une « nature » différente du sien, c'est-à-dire non juridictionnel, différence qu'il n'évoquait d'ailleurs pas dans la première version de ce considérant qui énonçait alors que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen » (CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. n° 1).

³¹⁶ Conseil d'État, *Étude annuelle - L'intérêt général*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 1999., p. 265.

³¹⁷ Guylain CLAMOUR, *thèse.précit.*, n° 402-408, p. 230-233.

³¹⁸ En effet, préférant une « analyse en termes d'approfondissement, d'ajustement de la modernité », l'auteur récusé l'expression de « post-modernité » et l'idée de « rupture délibérée avec la modernité » qu'elle charrierait (Guylain CLAMOUR, *thèse.précit.*, n° 374, p. 215). Toutefois, comme l'explique M. Jacques Chevallier, auquel l'auteur renvoie par ailleurs, « Si la technique juridique présente dans les sociétés contemporaines des aspects nouveaux, la portée de cette évolution reste ambiguë. D'une part, parce que les rapports entre le droit postmoderne et le droit moderne ne doivent pas être posés en termes de substitution, mais tout au contraire de *coexistence*, ou plus exactement d'*imbrication* : la post-modernité est tout autant phagocytée par la modernité qu'elle ne la dénature ; tout le problème est de savoir s'il s'agit d'un équilibre durable ou d'une transition imposée par le passage à une conception nouvelle du droit. D'autre part, parce que les éléments du droit post-moderne étaient *déjà présents* dans le droit moderne : la thèse du pluralisme juridique n'est pas nouvelle, les techniques de consultation des intérêts sociaux ont toujours existé, bien que sous des formes différentes, le changement des normes était bien sous-tendu par la recherche d'une plus grande efficacité ; il n'y a donc pas incompatibilité radicale entre les deux types de droit. Dès lors, la post-modernité juridique peut être envisagée sous un autre éclairage : en tant que processus d'adaptation du droit moderne au contexte nouveau des sociétés contemporaines : ou, mieux encore, en tant qu'activation de dimensions déjà présentes au cœur de la modernité » (Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p.683) (en italique dans le texte).

³¹⁹ Guylain CLAMOUR, *thèse.précit.*, n° 407, p. 233.

cette part d'arbitrage politique qui demeure consubstantielle à sa détermination et doit désormais prouver, aussi bien *a priori* lors de l'élaboration de la décision qu'*a posteriori* lors de son contrôle juridictionnel, qu'elle n'a rien d'arbitraire.

99. Les actions collectives des groupements sont donc les manifestations d'un contre-pouvoir qui semble aujourd'hui relativement toléré. Or, en partant de cet axiome libéral qui veut que seul le pouvoir puisse arrêter le pouvoir, les groupements privés défendant des intérêts collectifs devraient être aussi considérés comme la source d'un pouvoir susceptible de menacer la liberté des individus. En effet, particuliers du point de vue de l'intérêt général, les intérêts collectifs qu'ils défendent se présentent comme généraux du point de vue des intérêts individuels des personnes appartenant au groupe auxquels ils correspondent. C'est n'est donc pas seulement du côté des autorités publiques qu'il faut chercher les causes de blocage, mais aussi à l'autre pôle du type de relations de droit public qui sont ici considérées, c'est-à-dire du côté des autres personnes juridiques qui correspondent toujours, *in fine*, à des individus.

§2- Les actions collectives des groupements privés : entre mise en œuvre et mise en cause du primat de l'individu

100. Pour apprécier dans quelle mesure les actions collectives des groupements privés sont susceptibles de pâtir de l'évolution des rapports entre les autorités publiques et les individus, il faut bien s'entendre sur les données du problème, sur les caractéristiques de cette évolution. À cet égard, le terme de « subjectivisation », employé par certains auteurs³²⁰, n'est pas satisfaisant en raison notamment de son caractère approximatif et il est sans doute préférable de parler de singularisation ou de montée des singularités dans les rapports de droit public (A) pour mettre en lumière toute l'ambivalence des actions collectives des groupements privés à l'égard de ce phénomène et mieux cerner la problématique de la présente étude (B).

A- La montée des singularités

101. Pour apprécier l'environnement dans lequel se meuvent les groupements défendant des intérêts collectifs, et les questions que soulèvent leurs actions collectives, il ne faut pas simplement s'arrêter au fait que le droit régissant les rapports de droit public est de plus en plus tourné vers l'individu (1). Il faut aussi préciser qu'il n'est plus question d'un individu considéré *in abstracto*, mais dont la singularité doit ou peut simplement être prise en considération par les autorités publiques (2).

³²⁰ Pierre DELVOLVÉ, « Propos introductifs : droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, p. 6 ; Patrick FRASSEIX, « La « subjectivisation » du droit administratif », *LPA*, 2004, n° 207, p.12 ; Jean SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529.

1- La « subjectivisation » des rapports de droit public : une expression inadéquate

102. Le terme de « subjectivisation » pose plusieurs difficultés. Introduisant le colloque de l'Association française de droit administratif consacré aux « droits publics subjectifs des administrés », M. Pierre Delvolvé estimait qu'il s'agissait d'un néologisme « laid » et « approximatif » désignant « la prise en considération, non plus de droits, mais de situations subjectives, tenant à la personne des intéressées »³²¹ mais évoquait ensuite deux volets, d'une part, la « subjectivisation du droit administratif par la prise en compte de la situation subjective des administrés » mais aussi, d'autre part, « la subjectivisation du droit administratif par la reconnaissance des droits publics subjectifs des administrés ». Néanmoins, bien qu'ainsi éclairci, le terme « subjectivisation » ne semble pas à même de rendre compte des changements qui ont pu affecter une partie des rapports de droit public et invitent à reconsidérer la place de l'action collective des groupements privés.

103. Il ressort de l'un des volets de cette définition - « la reconnaissance des droits publics subjectifs des administrés » - que cette expression reste tout de même liée à la notion de « droit subjectif ». Son emploi suppose donc de s'entendre sur une définition de ce dernier. Or, il s'agit là d'un concept qui, même s'il est désormais possible d'en trouver *passim* quelques mentions en droit positif³²², demeure d'origine doctrinale et qui, même s'il est abondamment employé aussi bien par la doctrine privatiste que publiciste, est en réalité rarement défini et ne fait de toute façon pas l'objet d'un consensus. À preuve, le fait que le recours pour excès de pouvoir soit présenté tantôt comme un recours objectif³²³, tantôt mixte³²⁴ voire subjectif³²⁵, cette différence d'appréciation dépendant alors de la vision qui est retenue de la classification matérielle des voies de droit - qui est parfois éloignée de la distinction entre les « juridictions » subjectives et objectives tel que Duguit avait pu l'envisager³²⁶ -, du droit subjectif ou encore la reconnaissance d'un droit subjectif à la légalité. Tout au plus, il semble possible de dire, *a minima*, que le concept de droit subjectif sert à désigner certaines prérogatives dont la mise en œuvre s'appuie sur

³²¹ Pierre DELVOLVÉ, « Propos introductifs : droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2011, p. 6.

³²² Grâce aux bases de données en ligne, il est ainsi possible de trouver quelques décisions juridictionnelles dans lesquelles le « droit subjectif » est mentionné dans la motivation sans que cela ne semble procéder d'une simple reprise des termes employés par les parties dans leurs écritures. À cet égard, il est d'ailleurs possible de relever que la Cour de cassation semble moins rétive que le Conseil d'État puisque, s'il arrive à la Cour d'employer ce concept (Par ex., Civ. 1, 12 juillet 2012, n° 11-17.510), les seules occurrences qu'il est possible d'en trouver dans l'ordre juridictionnel administratif sont le fait de juridictions du fond (CAA de Nancy, 2^e chambre, 20 décembre 2016, n°s 16NC00572, 16NC00544 ; CAA de Marseille, 1^{ère} chambre, 6 octobre 2016, n° 13MA03759 ; CAA de Marseille, 7^e chambre, 15 décembre 2015, n° 14MA00604 ; CAA de Versailles, 6^e chambre, 17 octobre 2013, n° 11VE03369 ; CAA de Marseille, 2^e chambre, 17 septembre 2012, n° 10MA01803 ; CAA Nancy, 3^e chambre, 4 mai 2000, n° 96NC00577 ; CAA de Nantes, 3^e chambre, 25 mars 1999, n° 96NT01112 ; CAA de Paris, 3^e chambre, 30 décembre 1996, n° 95PA02185 ; CAA de Nancy, 26 mars 1991, n° 90NC00025).

³²³ Par ex., Olivier GOHIN, Florian POULET, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, 10^e édition, 2020, n° 240, p. 260-261.

³²⁴ Par ex., Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, n° 110, p. 123-124.

³²⁵ Par ex., Bruno KORNPBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1959, 395 p.

³²⁶ Sur cette évolution de l'usage de la classification matérielle, V. Fabrice MELLERAY, *thèse.précit.*, p. 146-163.

l'existence d'un rapport de droit entre des personnes juridiques. Néanmoins, selon la définition plus précise qui en serait retenue, les évolutions dont il est ici question pourraient être présentées comme le signe d'un véritable renversement de paradigme ou au contraire d'une simple confirmation d'une tendance plus ancienne. Tel est le cas, par exemple, de l'irruption et de la multiplication de droits « fondamentaux » venant rééquilibrer les rapports de droit public qui peuvent, selon la définition qui est retenue du droit subjectif mais aussi du droit fondamental, être présentées tantôt comme une preuve de ce mouvement de subjectivisation, tantôt comme un phénomène différent³²⁷.

104. Le concept de droit subjectif ne fournit donc pas un indicateur fiable pour apprécier l'existence et l'étendue des changements qui ont pu affecter les rapports de droit public dans la mesure où il est saturé de significations et le choix d'une définition stipulative ne ferait en réalité que déplacer ce problème. Il est donc préférable de l'écarter purement et simplement - ce qui, du reste, est plus en phase avec l'approche normativiste qui sera retenue ici et qui condamne toute distinction tranchée entre une atteinte à un droit « subjectif » et au droit « objectif »³²⁸ - et d'employer des grilles de lecture faisant l'économie de ce concept pour analyser et décrire les évolutions du droit positif. Ainsi, par exemple, pour rendre compte de l'évolution qu'ont connue les voies de droit susceptibles d'être employées par les groupements défendant des intérêts collectifs, c'est la classification finaliste des voies de droit, élaborée par M. Fabrice Melleray³²⁹ mais quelque peu amendée, qui sera préférée à la classification dite « matérielle ». Telle que construite par l'auteur, cette classification finaliste, qui a pour base une dichotomie entre des actions dites « individualistes » et des actions dites « holistes » inspirée des travaux de Louis Dumont³³⁰, part du point

³²⁷ En effet, selon les définitions qui en sont données, ces deux concepts n'entretiennent pas nécessairement un rapport d'équivalence ou même d'inclusion (sur les liens entre les concepts de droits publics subjectifs des administrés et de droits fondamentaux : Aude ROUYÈRE, « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2011, p. 73). Par exemple, M. Benoît Plessix estime qu'il ne faut pas confondre la promotion des droits publics subjectifs des administrés, « définis comme les pouvoirs d'exiger un certain comportement de la part des personnes publiques, sur le fondement d'une règle de droit public », avec « la promotion des droits de l'homme ou des libertés fondamentales ». Il explique ainsi que « ce n'est pas en tant qu'administré, mais en tant qu'être humain, citoyen, propriétaire ou justiciable, que l'administré bénéficie du libre exercice des droits et libertés proclamés par les chartes constitutionnelles internationales » alors que « si droit public subjectif il doit y avoir, ce ne peut être que dans le strict cadre d'une relation administrative » (Benoît PLESSIX, *op.cit.*, n° 456, p. 606). Il pourrait toutefois être objecté, en premier lieu, que le « justiciable », par exemple, est lui-même un administré et, surtout, qu'une relation administrative - ce qui semble donc être le véritable critère de définition de ce type de droits - existe dès lors qu'elle met en présence une autorité chargée d'une fonction administrative sinon cela revient à annihiler toute possibilité de reconnaissance de « droits publics subjectifs » au profit des administrés. En effet, comme cela sera montré par la suite, la reconnaissance de droits publics subjectifs est justement présentée comme le moyen pour leurs bénéficiaires de s'extraire de la masse anonyme des assujettis, des administrés.

³²⁸ Kelsen n'admettait ainsi le droit subjectif qu'« au sens technique comme la protection d'intérêts procédant invariablement du droit objectif, et qui se traduit par la possibilité de faire valoir l'inexécution d'un obligation juridique » (Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1962, p. 179).

³²⁹ Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001, 466 p.

³³⁰ « Dans son analyse anthropologique des idéologies, cet auteur a mis en évidence que s'opposent les doctrines individualistes où l'individu, en tant qu'« être moral, indépendant, autonome » (et non en tant que « sujet empirique ») est valorisé et, en contrepartie, la totalité sociale, le groupe est subordonné ou négligé, et les doctrines holistes où, à l'inverse, la totalité sociale est valorisée et l'individu subordonné ou négligé. » (Fabrice MELLERAY, *thèse.précit.* p. 274-275 ; V. aussi Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, coll. Point essais, 310 p.).

de vue du « jurislatureur » lorsqu'il élabore le régime juridique d'une action en justice³³¹ et qui peut alors avoir « pour visée prioritaire soit la satisfaction de ce qu'il considère être les intérêts propres des requérants potentiels, soit ceux de la collectivité toute entière et que de cette fin découle un certain nombre de choix quant à l'organisation de ce régime juridique »³³². Néanmoins, et c'est pour cela qu'elle sera amendée, cette classification, ou plutôt cette dichotomie, ne remplit pas l'un des objectifs qui lui est assignés comme classification, à savoir offrir une présentation exhaustive des objets - en l'occurrence des voies de droit – qu'elle permet d'ordonner³³³. En effet, l'auteur laisse de côté les hypothèses dans lesquelles le jurislatureur a pour visée prioritaire la protection d'intérêts personnels qui ne sont pas ceux des requérants potentiels, comme c'est le cas avec les différents mécanismes de substitution processuelle qu'il sera possible de croiser dans le cadre de cette étude. Il conviendrait donc plutôt de retenir une *summa divisio* entre les voies de droit individualistes et non-individualistes - c'est-à-dire entre les voies de droit ayant pour but prioritaire la défense des intérêts propres des requérants potentiels et celles n'ayant pas un tel but prioritaire – et, au sein de ces voies de droit non-individualistes, de sous-distinguer celles ayant pour but prioritaire la défense des intérêts personnels de tiers - qui pourraient être qualifiées de voies de droit altruistes - et celles ayant pour but prioritaire la défense des intérêts d'une collectivité toute entière, c'est-à-dire les voies de droit holistes.

105. Si le concept de « droit subjectif » est donc écarté pour l'analyse du droit positif, il ne sera pour autant pas totalement absent dans cette étude. En effet, il réapparaîtra lorsqu'il s'agira d'analyser les discours doctrinaux sur les actions collectives et de comprendre pourquoi la notion d'intérêt collectif fut parfois présentée comme incompatible avec celle de droit subjectif, de voir dans quelle mesure les actions collectives peuvent faire l'objet d'une lecture subjectiviste ainsi que ce qu'implique une telle lecture. Les concepts de droits subjectifs et de droits publics subjectifs seront donc pris pour ce qu'ils sont : des instruments de représentation du système juridique, des éléments de la « grammaire de la science du

³³¹ Ce qui permet d'éviter d'employer la notion de « droit subjectif » pour décrire et classer les différentes voies de droit mais aussi l'écueil du « psychologisme » qui consisterait à apprécier les intérêts que les requérants, dont il faudrait alors sonder les reins et les cœurs, cherchent à défendre. C'est du reste ce que fit M. Fabrice Lemaire dans une étude en date de 2004, démontrant au passage que ceux qui sont présentés comme des « requérants d'habitude » ont des motivations très hétérogènes et que la pure défense de la légalité y représente finalement une part marginale (Fabrice LEMAIRE, « Les requérants d'habitude », *RFD*, 2004, p. 554).

³³² Fabrice MELLERAY, *thèse.précit.*, p. 283.

³³³ Sur les modes d'ordonnement des données juridiques et les différents modes d'ordonnement exhaustifs et sélectifs : V. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2016, 2^e édition, n° 532-562, p. 329-345.

droit »³³⁴ dont l'emploi est toutefois loin d'être neutre³³⁵ compte tenu des soubassements philosophiques et des implications associées à la distinction entre les perspectives « subjectiviste » et « objectiviste »³³⁶.

106. Envisagé sous cet angle, le mouvement de « subjectivisation » renvoie alors à un accroissement du nombre des prérogatives, qu'elles soient appelées droits « subjectifs » ou « fondamentaux », dont bénéficient les personnes physiques ou morales dans leur rapport avec les autorités administratives et se présente donc comme une évolution essentiellement d'ordre quantitatif. Tout au plus, est-il possible de relever que l'existence d'une sanction juridictionnelle supranationale pour certaines de ces prérogatives fait peser une contrainte supplémentaire sur l'activité des autorités administratives ainsi que celle des juridictions internes.

107. Certes, il reste l'autre volet de la définition de la « subjectivisation », qui serait lui plus novateur, à savoir la prise en compte par le juge de la « situation subjective » des administrés. De prime abord, la formule peut sembler étonnante puisqu'elle n'est pas sans rappeler la distinction que l'un des plus célèbres contempteurs du droit subjectif, en l'occurrence Duguit, faisait entre les situations objectives et subjectives. En réalité, sous cette terminologie, M. Pierre Delvolvé ne vise pas un ensemble de droits ou d'obligations, mais les « caractéristiques personnelles »³³⁷ des administrés qui seraient désormais prises en compte par le juge administratif et joueraient un rôle dans l'adoption de certaines de ses décisions ; phénomène dont la manifestation la plus récente, la plus éclatante - mais aussi la plus polémique - serait l'arrêt d'assemblée du 31 mai 2016 dans lequel le Conseil d'État admit que la requérante pût se soustraire à la prohibition de l'insémination *post mortem* posée par le législateur français en raison de « certaines

³³⁴ Olivier JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2011, p. 25.

³³⁵ V. en ce sens, Olivier JOUANJAN, *art.précit.* p. 25 ; Norbert FOULQUIER, « L'analyse socio-historique du discours juridique. Du concept de droit subjectif en droit administratif à la construction de l'État », Liora ISRAEL, Guillaume SACRISTE, Antoine VAUCHEZ, Laurent WILEMEZ (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 43.

³³⁶ Ainsi que le résume M. Benoît Plessix, « de manière générale, le subjectivisme est une posture intellectuelle selon laquelle la réalité ou les valeurs n'ont d'existence qu'au travers du regard et de la conscience du sujet pensant », ce qui n'est pas neutre sur la manière de créer et d'appliquer le droit puisque « celui-ci doit [alors] être pensé en fonction non de la règle de droit et de son objet, mais du sujet de droit et de sa volonté. Un ordre juridique donne à voir avant tout des personnes juridiques, des sujets de droit, véritables foyers de juridicité ; ces sujets sont titulaires de droits subjectifs, de prérogatives pour agir et exiger d'autrui, de pouvoirs exprimant la toute-puissance de la volonté humaine ; le droit n'est rien d'autre qu'un ensemble de manifestation de volonté, individuelle (un acte juridique) ou collective (la coutume) » (Benoît PLESSIX, *op.cit.*, n° 452, p. 596). Au contraire, l'objectivisme correspond lui à « un partie pris philosophique qui postule que la réalité existe en dehors du sujet pensant, qu'elle est directement observable, davantage par les sens que l'esprit, et que, sur le plan du savoir, n'est ainsi digne d'étude que cette réalité se présentant avec évidence à celui qui l'observe. Sur le plan juridique, l'objectivisme conduit à déplacer le centre de gravité du sujet de droit vers l'objet du droit, c'est à dire la régulation de la vie sociale : la règle de droit doit être appréhendée en elle-même, et non en fonction de ses auteurs ou de ses destinataires. Le droit n'est pas l'expression de la volonté subjective d'un individu ou d'un gouvernement, mais le produit objectif du phénomène social, le simple fruit des relations interindividuelles » (Benoît PLESSIX, *op.cit.*, n° 454, p. 600-602).

³³⁷ Pierre DELVOLVÉ, *art.précit.*, in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2011, p. 13. C'est cette définition de la « situation subjective » que donne aussi Mme Alix Perrin dans sa thèse lorsqu'elle évoque la question, plus ciblée, de la « subjectivisation » du recours pour excès de pouvoir (Alix PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, n° 1010, p. 809, ndbp n° 3232).

circonstances particulières »³³⁸. Toutefois l'expression demeure - de l'aveu même d'ailleurs de l'auteur - un peu vague et elle semble finalement correspondre à ce qui est parfois présenté comme un contrôle « concret » de la part du juge. Or, cela renvoie à un phénomène qui ne peut en réalité être dissocié du premier volet de la définition puisqu'il en constitue le corollaire³³⁹.

108. En effet, une telle prise en considération des caractéristiques personnelles du bénéficiaire des droits serait inhérente à la reconnaissance de droits publics subjectifs construits à partir de la notion d'intérêt personnel. C'est du reste pourquoi la pertinence même de l'expression « droits publics subjectifs des administrés » est parfois remise en cause. En effet, ces droits sont justement censés permettre à leur titulaire de s'extraire de la collectivité anonyme des administrés en rentrant en rapport avec l'administration, le substantif « administré », qui serait apparu en tant que synonyme d'assujetti³⁴⁰, ne semblant au surplus guère compatible avec le rééquilibrage des rapports avec l'administration qu'implique la notion de droit public subjectif³⁴¹. D'ailleurs, la prise en compte des circonstances de fait, et par là même de données qui correspondraient à des « caractéristiques personnelles » du requérant, est d'ordinaire regardée comme l'apanage des contentieux qui sont usuellement présentés comme « subjectifs ». Il suffit de se rappeler des réactions d'une partie de la doctrine lorsque l'examen juridictionnel des faits est apparu dans le contentieux de l'excès de pouvoir au tournant du XIX^e et du

³³⁸ Arrêt dont M. Pierre Delvolvé estimait justement qu'il « amplifi[ait] le mouvement de subjectivisation du droit, et particulièrement du droit administratif » qui « remet en cause la conception du droit comme constitué de règles et d'institutions, objectives dans leur adoption et dans leur application : elles sont établies comme normes générales et impersonnelles en fonction de considérations d'intérêt général et elles sont appliquées à toutes les situations qu'elles couvrent » (Pierre DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754).

³³⁹ Cette dissociation est en revanche défendue par Mme Alix Perrin puisqu'elle écrit, à propos du recours pour excès de pouvoir, que « la prise en compte de cette situation n'implique pas la consécration d'un droit subjectif » (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 1010, p. 809, ndbp n° 3232). L'auteure appuie son propos en citant M. Norbert Foulquier qui, en introduction de sa thèse, relevait que la doctrine parlait parfois de « subjectivisation du contentieux administratif » « alors même qu'il n'est pas toujours question de droit subjectif » (Norbert FOULQUIER, *Droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque des thèses, t. 25, 2003, n° 5, p. 4). Toutefois, ce dernier auteur n'évoquait alors pas « la prise en compte de la situation personnelle des requérants » mais plutôt – pour illustrer ce qui était pour lui une confusion – « l'affirmation que le contentieux de l'excès de pouvoir devient subjectif à mesure que le juge administratif s'intéresse à la volonté de l'agent administratif à l'origine de l'acte attaqué afin de déceler un éventuel détournement ou excès de pouvoir », ajoutant qu'« en soi, vérifier les motivations de l'agent n'implique pas de reconnaître des droits subjectifs aux administrés » (*ibid.*). S'agissant du recours pour excès de pouvoir, Mme Alix Perrin reprend alors en partie un argumentaire normativiste s'appuyant sur le monisme des situations juridiques lorsqu'elle écrit que « le juge prend en compte la situation de l'administré sans pour autant lui reconnaître un droit subjectif » et que « si, toutefois tel est le cas, les droits subjectifs ne sont appréhendés par le juge de l'excès de pouvoir qu'à travers une règle de droit objectif » (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 1010, p. 809-810). Toutefois, il pourrait être objecté qu'il n'y a, de ce point de vue-là, aucun contentieux qui puisse alors être présenté comme « subjectif », ce qui est la limite de classification matérielle. L'auteure emploie aussi un autre argument qui, quoique faisant aussi référence à la classification matérielle, renvoie en fait plutôt au critère de la classification finaliste puisqu'elle écrit aussi que « la finalité de cette action demeure la censure d'une illégalité, son éradication » (*Ibid.*). Il est toutefois discutable de considérer que cela demeure bien la finalité, et plus précisément la finalité prioritaire, des recours pour excès de pouvoir lorsqu'ils sont dirigés contre des décisions personnelles par les destinataires de ces dernières.

³⁴⁰ Yann-Arzel DURELLE-MARC, « Le « citoyen administratif » : les données théoriques et historiques d'une quadrature », *RFDA*, 2008, p. 7.

³⁴¹ Précisément, ces droits permettraient à leurs titulaires de ne pas apparaître à l'administration en qualité d'administrés. M. Jacques Chevallier relève d'ailleurs que la promotion du rééquilibrage des rapports entre l'administration et le public s'est traduite sur le plan sémantique et symbolique par la substitution du terme « usager » au terme « administré en dehors même du contexte traditionnel de fourniture de prestations même, comme le montre l'auteur, ce changement sémantique n'exclut pas la persistance de la dépendance - alors plus insidieuse - à l'égard de l'administration (Jacques CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in Raphaël DRAI (dir.), *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF, CURAPP, 1985, p. 35).

XX^e siècle. Un tel examen juridictionnel des faits, à l'instar de celui que réalisait le juge judiciaire dans le cadre de contentieux opposant des individus, semblait pour certains contredire la nature objective du recours pour excès de pouvoir³⁴². Bien que l'examen des faits dans le contentieux de l'excès de pouvoir ne fût jamais totalement absent - à défaut d'être totalement assumé³⁴³ -, ces avancées jurisprudentielles détonnaient³⁴⁴. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne dément d'ailleurs pas ce lien car, pour apprécier le caractère civil d'un droit ou d'une obligation, et ainsi l'applicabilité du droit au recours protégé par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales, la Cour de Strasbourg se fonde sur l'existence d'une atteinte à la situation personnelle³⁴⁵. Ainsi, il semble, d'une part, que cette prise en considération des caractéristiques personnelles du titulaire des droits subjectifs ne constitue pas, avec la reconnaissance de ces droits dans le cadre des relations avec l'administration, l'autre face d'un même phénomène de « subjectivisation », mais plutôt son corollaire et, d'autre part, qu'il s'agit là d'une tendance qui aurait toujours été présente dans les relations qu'entretiennent les particuliers et l'Administration, même dans le champ du recours pour excès de pouvoir et qui, tout au plus, serait désormais accentuée et plus visible sous l'effet de la jurisprudence européenne.

³⁴² V. en ce sens Edouard LAFERRIÈRE, *op.cit.*, t.2, p. 508. C'est ce qui explique que, dans sa note sous les arrêts relatifs aux dérogations au repos hebdomadaire, dont l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoge*, Gaston Jèze doutait que ce dernier arrêt fût rendu dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dans la mesure où l'article 9 de la loi du 13 juillet 1906 permettait de contrôler les motifs de fait de la décision préfectorale (Gaston JÈZE, « Régimes juridiques organisés par la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire des employés et des ouvriers. Cass, crim., 18 janvier 1907, *Godard* ; 25 janvier 1907, *Daviau-Raynal* ; CE, 30 juin 1906, *Durand* ; 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* », RDP, 1907, p. 59). En revanche, il en allait autrement, par exemple, pour un auteur comme Serrigny qui regardait justement le contentieux de l'excès de pouvoir comme un contentieux des droits. En effet, s'agissant des conditions de recevabilité requises pour former un recours fondé sur l'incompétence et l'excès de pouvoir contre une décision, nonobstant son appartenance à « la matière d'administration pure », il relevait que « le citoyens ont un droit véritable et non un simple intérêt à ce que les affaires administratives qui les concernent ne soient décidées que par les agents ou les fonctionnaires auxquels la loi attribue ce pouvoir (...) » (Denis SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, A. Durand, Paris, v. 1, 2^e édition, 1865, p. 312). Dès lors, il concevait tout à fait qu'un tel recours pût donner lieu à un examen des faits de l'espèce (Denis SERRIGNY, *op.cit.*, p. 308).

³⁴³ En effet, comme le montre M. Charles Vautrot-Schwarz, le contrôle de la qualification juridique des faits, par exemple, était déjà sous-jacent dans le contentieux de l'excès de pouvoir durant la seconde moitié du XIX^e siècle. Sous couvert de contrôler l'incompétence ou le détournement de pouvoir, le Conseil d'État pouvait sanctionner des erreurs de fait ou de qualification juridique des faits. Les conclusions du commissaire du gouvernement L'Hôpital sur l'arrêt *Schneider* (CE, 1^{er} avril 1881, *Schneider*, Rec. Lebon, p. 360) montrent qu'un tel examen apparaissait déjà comme une condition *sine qua non* de l'efficacité du contrôle de la légalité de l'activité administrative. Dès lors, l'arrêt *Gomel* de 1916 n'aurait fait que généraliser, sans pour autant le systématiser, le contrôle de la qualification juridique des faits. À la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, cette prise en considération du fait dans le contentieux de l'excès de pouvoir n'aurait donc été qu'assumée par le Conseil d'État. (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 263, 2010, p. 481-485)

³⁴⁴ Il y avait ainsi une assimilation entre la nature objective de la question posée au juge et le caractère « abstrait » de son contrôle. Comme le démontre M. Norbert Foulquier, ce caractère « abstrait », et par là même objectif, du contentieux fut sauvé par la suite grâce à la notion de cause juridique. Celle-ci aurait permis de dépersonnaliser les faits tout en assumant l'extension des moyens d'ouverture dans le recours pour excès de pouvoir. En effet, l'examen des faits ne consistait plus en la révélation d'un rapport de droit entre deux personnes mais en la simple vérification du respect des conditions légales d'édition des actes administratifs. Grâce à la cause juridique, les apparences objectivistes furent donc - temporairement selon l'auteur - sauvées (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 221, p. 198-199).

³⁴⁵ Par ex., s'agissant du contentieux de l'assurance sociale : CEDH, 24 avril 1986, *Deumeland c. R.F.A.*, n° 9384/81, § 71 ; CEDH, 25 mai 1986, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, n° 8562/79, § 37 ; ou du contentieux de l'aide sociale : CEDH, 26 février 1993, *Salesi c. Italie*, n° 13023/87, § 19.

109. Finalement, par « subjectivisation » du droit public, il faudrait seulement entendre la propension à accorder aux individus le primat sur une totalité sociale dont les autorités publiques sont garantes à travers la reconnaissance de prérogatives lui permettant de s'extirper de la masse anonyme des assujettis dans les rapports de droit public. Elle n'apparaît donc que comme le sous-produit de cet « individualisme intramondain » dont Dumont faisait l'un des traits majeurs de l'idéologie moderne³⁴⁶ et dont sont imprégnés les systèmes juridiques libéraux. Il s'agit donc d'un mouvement qui est tout aussi ancien et profond que les critiques de tout bord qui peuvent lui être adressées³⁴⁷ et dont il serait tout au plus possible de dire qu'il s'intensifie aujourd'hui et s'étend en affectant des éléments du système juridique qui, jusqu'alors, se prêtaient plus facilement à une lecture « objectiviste »³⁴⁸. Témoignant d'une continuité, l'expression subjectivisation servirait alors aujourd'hui à désigner cette « absolutisation du moi » qui n'est elle-même que l'une des marques de l'« hypermodernité » caractérisant en partie le droit dit « post-moderne »³⁴⁹.

110. Il reste toutefois à savoir sous quel jour apparaît le bénéficiaire de ces droits, quel est l'individu dont le primat se trouve ainsi assuré dans les rapports de droit de public. S'agit-il ainsi de l'individu abstrait de 1789 ou d'un individu situé, concret tel qu'il est appréhendé par les droits - mal nommés - de deuxième ou de troisième génération³⁵⁰, pour reprendre une classification bien plus pédagogique que scientifique³⁵¹ ? De même, quelles sont ces « caractéristiques personnelles » qui sont ainsi prises en considération ? S'agit-il seulement de celles qui permettent d'extraire l'individu de la masse des administrés en le rattachant une

³⁴⁶ Retraçant la genèse de l'individualisme et de ce renversement que constitua le passage du holisme à l'individualisme, l'auteur distinguait effectivement « l'individualisme-hors-le-monde » et « l'individualisme-dans-le-monde : « la distinction holisme/individualisme suppose un individualisme-dans-le-monde, tandis que dans la distinction intra-monde/extra-mondain le pôle extra-mondain n'est pas opposé au holisme (du moins de la même façon que le pôle intra-mondain). En fait, l'individualisme extra-mondain est opposé hiérarchiquement au holisme : supérieur à la société, il la laisse en place, tandis que l'individualisme intra-mondain nie ou détruit la société holiste et la remplace (ou prétend le faire) » (Louis DUMONT, *op.cit.*, p. 77, ndbp n° 1) (en italique dans le texte).

³⁴⁷ V. Pour une présentation synthétique des courants « anti-individualistes », V. Alain LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993, p. 66-87 ; pour une présentation plus approfondie, Alain LAURENT, *L'autre individualisme*, Paris, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2016, 515 p.

³⁴⁸ Encore que, comme le montre M. Norbert Foulquier dans sa thèse, le recours pour excès de pouvoir, y compris lorsqu'il est exercé contre des actes impersonnels, peut se prêter à une lecture subjectiviste (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 374-377, p. 354-357).

³⁴⁹ Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 689.

³⁵⁰ Alors que les droits de deuxième génération renvoient aux droits sociaux tels qu'ils sont contenus par exemple dans les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » mentionnés dans le Préambule de la Constitution du 27 septembre 1946, les droits de troisième génération seraient, pour Karel Vasak, ces droits « de solidarité » qui auraient pour caractéristique de ne pouvoir être réalisés que par la conjonction des efforts de tous les acteurs du jeu social : l'individu, l'État, les entités publiques et privées, la communauté internationale. Ainsi, ce serait plutôt par leur modalité de réalisation que ces droits se distingueraient de ceux des générations précédentes. Il n'en demeure pas moins qu'ils s'appuient, à l'instar des droits dits de deuxième génération, sur la figure d'un individu concret, inséré dans son environnement.

³⁵¹ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso-éditions, coll. Cours, 2015, n° 84, p. 47. Le rappel de l'apparition des premières mesures différencielles compensatoires au cours des XVIII^e et XIX^e siècles suffit effectivement pour douter de la pertinence de cette classification temporelle. De manière générale puisque « l'histoire des droits de l'Homme a été jalonnée d'une série d'étapes qui témoignent d'un mouvement dialectique plutôt que d'une évolution linéaire, faisant alterner formulations universalistes et formulations spécifiques sans qu'on puisse assimiler les secondes à un recul des droits » (Danièle LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 26 juillet 2016. disponible en ligne à l'adresse suivante: <http://revdh.revues.org/187>).

autre catégorie - éventuellement juridique - préexistante ou bien encore autre chose ? Tout cela, l'expression « subjectivisation » ne parvient pas à bien le signifier. La réponse à cette question est pourtant loin d'être neutre pour les actions collectives des groupements privés défendant des intérêts collectifs, qui ne sont finalement que les intérêts de catégories d'individus, puisqu'elle détermine alors la place qu'il convient de leur allouer. Dans un cas, l'action collective peut aller effectivement à contre-courant de ce mouvement, dans l'autre, elle se présente en revanche comme un rouage indispensable à la mise en œuvre de cette protection.

111. Au lieu de reprendre l'expression « subjectivisation » pour décrire l'évolution des rapports de droit public, dans la mesure où elle est trop générale et continue à faire référence à ce concept assez flou de droit subjectif, il est préférable, en partant tout de même de l'idée qui la sous-tend, et notamment celle de « prise en compte des caractéristiques personnelles », de la préciser en s'aidant des travaux d'autres sciences sociales sur les mutations contemporaines de l'individualisme. Il semble que ce soit alors le concept de « singularisation », tel que l'a développé M. Danilo Martuccelli en sociologie³⁵², qui permette de rendre compte au mieux ce phénomène et - car c'est bien cela qui importe ici - de montrer l'ensemble des problèmes que les actions collectives de groupements privés sont aujourd'hui susceptibles de poser.

2- La montée des singularités : une expression plus pertinente

112. La création et le développement des actions collectives, comme de tout artefact juridique, s'inscrit dans le cadre d'un certain contexte politique, social et économique. Ainsi, comme le montrait Mauro Cappelletti au milieu des années 1970, les transformations qui s'opérèrent dans les systèmes juridiques occidentaux, marqués pourtant par une vision libérale et individualiste de l'action en justice, pour accueillir ce type d'actions ne faisaient que traduire la volonté d'obtenir de nouveaux types de protection face aux risques que pouvaient entraîner les transformations d'ordre politique, social et économique ayant conduit à l'avènement d'une « civilisation de masse »³⁵³. Aujourd'hui, à rebours des travaux mettant en

³⁵² Danilo MARTUCCELLI, *La société singulariste*, Paris, Armand Colin, coll. Individu et Société, 2010, 262 p.

³⁵³ Ainsi que l'écrivait alors l'auteur, « il n'est pas besoin d'être sociologue professionnel pour reconnaître que notre société (ou, si nous voulons employer le mot ambitieux : civilisation) est une société de production, d'échanges et de consommation de masse, certainement aussi de conflits de masse (en matière de travail, de rapports entre classes sociales, entre races, entre religions, etc.). Il s'ensuit que même les situations de la vie, que le droit doit réglementer, sont devenues de plus en plus complexes. En même temps, la protection juridictionnelle — la « justice » — à son tour sera invoquée non plus seulement contre des violations de caractère individuel, mais aussi et de plus en plus souvent de caractère essentiellement collectif, en ce sens qu'elles concernent notamment des groupements, des classes, des collectivités. Il s'agit, en d'autres termes, de « violations de masse » » (Mauro CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC*, Vol. 27, juillet-septembre 1975, p. 572 ; V. aussi, Clara HERVAS HERMIDA, *La notion d'action de groupe. Etude de droit comparé*, Thèse dactyl., Université Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2013, p.20). Il en va ainsi, par exemple, des préjudices de masse affectant les parties à des contrats d'adhésion qui constituent l'une des terres d'élection des actions collectives. Ce type de contrat révèle aussi une inégalité entre les parties que la conception formelle de l'autonomie de la volonté ignore. Cela conduit les pouvoirs publics à mettre en place un ordre public de protection qui favorise, notamment, l'action corrective des groupements de consommateurs (Jean-François PERRIN, *Le droit de choisir. Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, Zurich, Schulthess Editions romandes, coll. Quid iuris ?, 2013, p. 56-57). Toutefois, l'histoire des « class

avant une tendance à l'uniformisation des sociétés contemporaines³⁵⁴, M. Danilo Martuccelli estime pour sa part que c'est la singularisation, la montée des singularités qui la décrit le mieux³⁵⁵. Trouvant sa source dans une pluralité de modifications structurelles, cette montée des singularités ne serait qu'une inflexion de l'individualisme tocquevillien en ce sens que si ces sociétés font toujours du « primat de l'individu un principe ordonnateur de la vie sociale »³⁵⁶, « l'individualisme contemporain, dans sa production et dans son entretien, n'est plus porté, en tout cas aussi massivement qu'il l'a été, par l'égalité »³⁵⁷ mais par la « singularité ». Désormais « l'idée suprême n'est plus tant l'autonomie politique ou l'indépendance économique, que la quête d'une forme *sui generis* de justesse personnelle »³⁵⁸.

113. La singularisation n'est pas toutefois hermétique à l'idée de collectivité et, bien au contraire, s'oppose à l'idée même de désolidarisation avec toute affiliation collective. Ainsi que le résume l'auteur, « si l'individualisme naît d'une méfiance envers la société, le singularisme ne s'affirme qu'à partir de la reconnaissance du commun (...). Il suppose d'emblée une forte implication des individus dans la société, ne serait-ce que parce qu'ils désirent ardemment voir reconnus, en son sein et par les autres, leurs singularités ». La singularité d'un individu se constitue aussi au gré de l'appartenance à différents cercles d'intérêts³⁵⁹, il ne s'agit donc pas d'ignorer ces appartenances catégorielles, comme pourrait feindre de le faire l'universalisme abstrait, mais simplement de relativiser leur importance. La singularité réinterroge ainsi le rapport de l'individu à ce qu'il peut avoir de commun avec d'autres, le commun n'étant lui-même

actions » montre qu'il ne faut pas surestimer l'importance de telles conditions socio-économiques dans la naissance et le développement de l'« action de groupe » qui n'est pas une création des sociétés marquées par la consommation de masse (cf. *Supra*, n° 8).

³⁵⁴ Ce que diagnostique, par exemple, M. Jan Spurk au travers de son concept d'« individualisme sériel ». Pour l'auteur, « ce qu'on appelle aujourd'hui la réalisation de soi est une manière consentante, voire ludique et jouissive de se couler dans le moule de la société sérielle » (Jan SPURK, *Quel avenir pour la sociologie ?*, Paris, PUF, coll. Intervention philosophique, 2006, 228 p., *spéc.* p. 45-46). Pour une confrontation de ces deux visions de l'individualisme contemporain : Danilo MARTUCCELLI, Jan SPURK, *Controverse sur l'individualisme*, Paris, Hermann, coll. Sociologie contemporaine, 2014, 122 p.).

³⁵⁵ La quête de la singularité est aussi pour M. Pierre Rosanvallon l'un des traits saillants des sociétés contemporaines (Pierre ROSANVALLON, *La société des égaux*, Paris, Seuil, coll. Les livres du nouveau monde, 2011, p. 299-311). Dans le même ordre d'idées, M. Christian Le Bart fait de l'importance accordée à la singularité le cœur de son « second individualisme » : « À ce premier individualisme, que nous appelons générique, il faut opposer l'individualisme de différenciation. François de Singly parle d'individualisme concret, et Simmel d'individualisme de l'altérité. Il témoigne d'une logique identitaire fondamentalement différente de la précédente. Désormais les individus cherchent à exister et à s'affirmer en tant qu'individus singuliers, différenciés, irréductibles à aucun autrui ni à aucun rôle social. L'individu entend exister *au-delà* de tous ses ancrages identitaires et sociaux. Il est *moi profond* contre *moi social*, émotion singulière plutôt que raison universelle, imprévisible irrationalité plutôt qu'étroit calcul d'intérêt. Être soi tend à devenir une norme généralisée, d'où un relatif bouleversement de l'ordre social » (Christian LE BART, *L'individualisation*, Paris, Presse de Sciences Po, coll. Références, 2008, p. 10). Il désigne par là un processus historique non-linéaire de construction progressive de l'individu prétendant être autonome, émancipé des institutions et des collectifs.

³⁵⁶ Danilo MARTUCCELLI, *op.cit.*, p. 50.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ Danilo MARTUCCELLI, *op.cit.*, p. 51. L'auteur pointe alors deux nouvelles formes de dérive qui guettent le singularisme. En premier lieu, elles consisteraient dans le risque de transformer cette recherche de la justesse personnelle en une quête de renommée, « une obsession de visibilité » qui se manifesterait, par exemple, par l'enfermement identitaire (Danilo MARTUCCELLI, *op.cit.*, p. 61), ou encore dans une quête « d'exemplarité et d'excellence ». Alors que la réussite de la singularité ne se mesure que par rapport à soi-même, le risque est de dériver vers des comparaisons interpersonnelles. Ce risque serait d'ailleurs entretenu par les différents mécanismes d'évaluation et de gratification personnelle utilisés dans la gestion des ressources humaines (Danilo MARTUCCELLI, *op.cit.*, p. 61-62). L'autre danger que pointe l'auteur est celui de voir les individus se détourner de la question de l'égalité sociale, du moins de tolérer plus facilement ces inégalités (*Ibid.*).

³⁵⁹ Christian LE BART, *op.cit.*, p. 198-230.

que l'autre face du collectif. En effet, c'est à partir de ce qui est commun aux membres d'un groupe qu'il est possible d'identifier un intérêt collectif, pluri-personnel lorsqu'ils sont identifiés et supra-personnel lorsqu'ils ne le sont pas, dont un groupement privé peut décider d'assurer la défense.

114. Pour M. Danilo Martuccelli, cette montée des singularités serait observable, notamment, dans le domaine de la production et de la consommation avec la « déstandardisation », la personnalisation des produits de consommation courante caractérisant l'ère post-fordiste³⁶⁰ mais l'activité des autorités publiques ne serait pas non plus épargnée par cette tendance et, comme dans la sphère de la production industrielle, il y aurait une montée des singularités dans les rapports qu'elles nouent avec les particuliers.

115. Cela est tout à fait compréhensible dans le cadre du service public, plus précisément lorsque cette relation consiste dans la fourniture d'une prestation dans le cadre d'un marché ouvert, concurrentiel³⁶¹. Néanmoins, il y aurait aussi une montée des singularités dans le domaine des prestations sociales par exemple. En effet, en mettant en avant « le projet » personnel, les dispositifs d'aide et de réinsertion individualisent l'intervention auprès d'un bénéficiaire qui, accompagné par un référent unique, ne serait ainsi plus condamné à la passivité³⁶². Cette idée d'un encadrement personnalisé et responsabilisant se retrouve, par exemple, dans le dispositif relatif à l'accompagnement des bénéficiaires du revenu de solidarité active³⁶³. C'est aussi la même idée qui sous-tend le projet de loi « instituant un système universel de retraite » qui fut déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale en janvier 2020 puisque, même si l'exposé des motifs explique que le projet n'entend pas abandonner le modèle du « collectif » et de la « mutualisation » au profit de « l'individualisation » et de « l'assurance privée », ce qui est mis en avant c'est le volonté de tenir compte dans le calcul des droits de la singularité des parcours et trajectoires professionnels plutôt que de la seule affiliation à un quelconque statut, c'est-à-dire une appartenance catégorielle. Enfin, même dans des domaines traditionnellement marqués par un unilatéralisme hermétique aux *desiderata* des individus, il appert que l'administration est, bon gré mal gré, plus réceptive à cette demande de prise en compte de la singularité, à cette quête d'épanouissement personnel ainsi qu'en témoigne, par exemple, l'assouplissement qu'a connu un domaine - pourtant réputé être d'ordre public - comme l'état des personnes afin de permettre que l'identité juridique s'ajuste au mieux à l'identité personnelle, ressentie³⁶⁴. Cette montée des singularités se retrouve même dans le cadre de la production

³⁶⁰ Danilo MARTUCCELLI, *op.cit.*, p. 15-19.

³⁶¹ Cette prise en compte de la satisfaction consommative dans le cadre des rapports administratifs correspond à l'émergence de la figure de « l'utilisateur client » (Jacques CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 67-69). Toutefois, comme le montre l'auteur, le changement sémantique n'exclut pas la persistance de la dépendance à l'égard de l'administration, même dans le cadre de la relation entre l'administration et « l'utilisateur-consommateur ». Cette dépendance est simplement plus insidieuse.

³⁶² Danilo MARTUCCELLI, *op.cit.*, p. 20. V. aussi l'étude des politiques d'aide sociale que Madame Isabelle Lacourt a menée au sein des centres publics d'action sociale belges (Isabelle LACOURT, « Des catégories de l'action publique à l'épreuve de la subjectivité », in, Fabrizio CANTELLI et Jean-Louis GENARD (coord.), *Action publique et subjectivité*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, t. 46, 2007, p. 219).

³⁶³ Loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion.

³⁶⁴ Géraldine AÏDAN, Emilie DEBAETS (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, 424 p. ; Tatiana DAILLER, « L'identité et le bonheur », in Réseau européen de recherche en droits l'Homme, *Le droit au bonheur*, Paris, Fondation Varenne, coll. Colloques et essais, 2016, p. 111.

normative des autorités publiques et, dans ce qui constitue leur mode d'action privilégié ainsi que le symbole même du caractère asymétrique des relations qu'elles peuvent entretenir avec les individus, à savoir l'édiction d'actes unilatéraux³⁶⁵.

B- La place des actions collectives appréciée à l'aune de la montée des singularités dans les rapports de droit public

116. La montée des singularités représente une évolution à laquelle le droit encadrant les rapports de droit public et les voies de droit permettant d'y intervenir, qui n'est pas le fruit d'une culture hors sol, ne semble effectivement ni insensible - l'individualisme ne trouvant plus « son refuge naturel »³⁶⁶ dans un universalisme abstrait et uniformisant - ni étranger (1), ce qui invite à reconsidérer le rôle que peuvent jouer les actions collectives des groupements privés dans ce cadre (2).

1- La montée des singularités dans les rapports de droit public

117. La montée des singularités est portée, confortée par l'érection de l'autonomie personnelle au rang de principe matriciel dans les jurisprudences européenne et constitutionnelle qui viennent encadrer les rapports de droit public (a). En outre, sans aller jusqu'à faire de ce phénomène de montée des singularités, de l'aspiration de chacun à voir la singularité de sa situation reconnue, l'alpha et l'omega du droit public, la source de toutes les mutations contemporaines qu'a pu connaître la technique juridique, force est de constater qu'elle trouve dans le droit régissant les rapports de droit public, et notamment le droit administratif, des moyens de protection et des canaux d'expression (b).

a- La promotion de l'autonomie personnelle

118. La notion d'autonomie personnelle, entendue comme « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend »³⁶⁷, s'est peu à peu détachée de l'article 8 de la Convention³⁶⁸ et a connu un

³⁶⁵ L'acte unilatéral, qu'il soit d'ailleurs administratif ou non, étant entendu ici comme celui n'ayant pas pour destinataires exclusifs ses propres auteurs (Sur cette définition construite à partir de la configuration des rapports entre les auteurs et les destinataires d'un acte, V. Benjamin DEFOORT, *La décision administrative*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 286, 2015, n° 309, p. 212).

³⁶⁶ Claude COURVOISIER, « Autonomie et unité dans les cahiers de doléances », in Jacques MOREAU, Michel VERPEAUX (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes de 1789*, Paris, Economica, coll. Collection Droit public positif, 1992, p. 39.

³⁶⁷ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, § 66. Il serait toutefois abusif de voir dans cet arrêt l'acte de naissance de l'autonomie personnelle. Comme le rappelle M. Michel Levinet : « la chose, sinon le mot, est bien visible depuis longtemps dans les décisions et arrêts des organes de la CEDH » (Michel LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, p. 4, cité par Hélène HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Collection droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2015, p. 47).

³⁶⁸ Hélène HURPY. *thèse.précit.*, p. 42-44.

développement exponentiel dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. « À la fois fondé et encadré sur et par la dimension sociale de la personne humaine, c'est-à-dire qu'il tient compte du fait qu'elle s'inscrit et se définit dans sa relation à autrui »³⁶⁹, ce concept constitue alors un instrument d'interprétation au service d'une protection intégrative dans une société plurielle permettant ainsi « à la personne à la fois de décider, sans entrave, des choix à opérer pour la construction de sa personnalité et de les revendiquer afin qu'ils soient reconnus et protégés juridiquement dans le cadre de ses relations avec autrui »³⁷⁰.

119. C'est bien ce dépassement de l'individualisme abstrait, au profit du respect de la singularité de chacune et chacun, que permet le concept d'autonomie personnelle. Évoquant la dimension positive de la liberté personnelle, Mme Annabelle Pena souligne d'ailleurs la possibilité qu'elle offre à chacun de « garantir le respect de sa personne dans sa singularité et rendre la [personnalité] opposable dans les relations sociales de celle-là »³⁷¹. Le droit français, et notamment celui qui encadre les rapports de droit public, n'est pas épargné par cette tendance ainsi qu'en témoigne la place grandissante que prend l'autonomie personnelle dans les jurisprudences administrative et judiciaire³⁷² ou encore dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sous les traits de la « liberté personnelle ».

b- Les manifestations de la montée des singularités dans la production normative des autorités publiques

120. Même si elle semble alors mise en tension, la montée des singularités affecte aussi la production normative des autorités publiques, ainsi qu'en attestent les conditions encadrant la légalité des actes unilatéraux des autorités administratives (i), trouvant un soutien et une garantie dans la finalité individualiste des voies de droit permettant de les contester (ii).

i- L'articulation entre le commun et le singulier dans la production normative des autorités publiques

121. Dans le cadre des actes unilatéraux, l'obstacle à la prise en considération de la singularité de la situation personnelle du destinataire ne réside pas tant dans l'unilatéralité de l'acte, mais plutôt dans la

³⁶⁹ Hélène HURPY, *thèse.précit.*, p. 30.

³⁷⁰ Hélène HURPY, *thèse.précit.*, p. 32.

³⁷¹ Annabelle PENA, « À la recherche de la liberté personnelle désespérément », *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz-Sirey, 2007, p. 1695. Pour sa part, M. Xavier Bioy voit dans cette notion de liberté personnelle « une porte d'entrée unique pour toutes les manifestations de l'autonomie personnelle ; pour les libertés individuelles » et donc une « liberté mère » ou « matricielle » (Xavier BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien-Lextenso éditions, coll. Cours, 2013, n° 853, p. 322).

³⁷² V. Henry ROUSSILLON, Xavier BIOY (dir.), *La liberté personnelle : une autre conception de la liberté ? Actes de la journée d'études, 7 mai 2005*, Toulouse, Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles et Politiques, coll. IFR-Mutation des normes juridiques, 2006, 156 p.

structure du système juridique dans lequel il s'inscrit ainsi que la conduite du raisonnement juridique conduisant à l'édicter qui fait la part belle aux appartenances catégorielles.

122. En effet, le système juridique se présente comme un complexe de normes personnelles et impersonnelles - pour prendre un critère tiré de la dimension personnelle du champ d'application des normes³⁷³ -, ces dernières appréhendant alors leurs destinataires au travers de catégories qui, qu'elles soient plus ou moins larges, ouvertes ou fermées, sont nécessairement réductrices de la singularité de l'ensemble des individus dont elles cherchent à diriger la conduite. En outre, si la catégorie est sans doute « l'aberration la plus barbare et la plus diabolique qu'ait jamais enfanté le cerveau de l'homme », pour reprendre ce passage de la *Vingt-cinquième heure* sur lequel Jean-Marie Rainaud concluait sa thèse³⁷⁴, elle est aussi la matière première du raisonnement juridique au terme duquel les règles de droit sont élaborées et appliquées. De manière générale, la qualification juridique³⁷⁵, « élément nodal » de ce raisonnement³⁷⁶, est avant tout une opération de catégorisation d'individus, d'objets ou de situations qui prend appui sur la trame conceptuelle au travers de laquelle les différentes autorités normatrices représentent la réalité qu'elles veulent régir. La concrétisation de normes impersonnelles par la création d'autres normes hiérarchiquement inférieures dans l'ordre de production et alors éventuellement personnelles suppose nécessairement d'appréhender leurs destinataires à travers leur appartenance à une catégorie préexistante et le critère ou les critères qui ont été retenus explicitement ou non pour la délimiter. Ainsi, par exemple, lorsque l'administration est saisie d'une demande tendant à l'obtention d'un avantage prévu par un texte de loi, elle doit vérifier si le demandeur appartient bien à la catégorie que le législateur a délimitée quand il a fixé les conditions de droit ou de fait nécessaires à l'obtention dudit avantage. Dans le même ordre d'idées, lorsque l'administration adapte le contenu de décisions de police pour respecter les droits et libertés dont bénéficient ses destinataires, elle tient compte en réalité de leur appartenance à une catégorie de personnes, en l'occurrence celles des bénéficiaires des droits et libertés qui sont garantis par des normes impersonnelles et formellement législatives ou supra-législatives. Il en va d'ailleurs de même

³⁷³ C'est ici une dichotomie entre normes personnelles et impersonnelles qui est retenue pour rendre compte de manière exhaustive de l'ensemble des normes juridiques composant un système juridique et non entre normes « générales » et « particulières » compte tenu des flottements entourant cette distinction et, plus précisément, l'usage du qualificatif « général » qui, lorsqu'il est employé dans la classification des actes normateurs, peut renvoyer aussi bien à la seule dimension personnelle de la norme, à sa seule dimension matérielle – c'est-à-dire à l'activité qu'elle entend régir -, voire aux deux. En partant ici du principe que toute norme juridique a nécessairement pour destinataire direct des êtres humains dont elles visent à orienter la conduite, l'hypothèse de normes « a-personnelles », qui fut quelque fois avancée pour décrire certains actes normateurs de l'administration, en l'occurrence ces décisions que le code des relations entre le public et l'administration qualifie aujourd'hui de « ni réglementaire ni individuelle » (Isabelle POIROT-MAZERES, « Les décisions d'espèce », *RDP*, 1992, p. 403 ; Elise UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 268, 2001, n° 359-369, p. 121-125 ; Xavier DUPRE de BOULOIS, « Les actes administratifs unilatéraux » in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 2011, p. 186), ne sera donc pas retenue.

³⁷⁴ Jean-Marie RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 63, 1966, p. 199.

³⁷⁵ Entendue ici comme « l'opération de raisonnement juridique qui consiste à faire entrer un objet dans une catégorie juridique, préétablie ou non, dans le but d'ouvrir l'application à l'objet ainsi qualifié du régime juridique ou de l'effet de droit attaché à la catégorie en cause » (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 38, p. 23).

³⁷⁶ Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 231, p. 176.

lorsqu'il s'agit pour l'administration de respecter l'autonomie personnelle des administrés, c'est-à-dire cette liberté sous l'égide de laquelle la montée des singularités vient pourtant se placer³⁷⁷.

123. Cette omniprésence des catégories ne signifie toutefois pas que les autorités administratives ne doivent pas appréhender la situation personnelle des destinataires de leurs décisions personnelles - ne serait-ce que pour apprécier si les conditions d'application des textes encadrant leur action sont bien remplies - dans l'exercice de leur pouvoir normatif, ni - ce qui est différent - que la singularité de leur situation ne puisse en infléchir le sens. Il se peut même qu'elle l'impose et, dans cette hypothèse, c'est d'ailleurs l'appartenance des destinataires à une catégorie qui impose cette prise en compte de la singularité de leur situation personnelle, en l'occurrence la catégorie des bénéficiaires de droits et libertés, dont l'interprétation est innervée par cette notion matricielle d'autonomie personnelle et que l'autorité administrative doit respecter lorsqu'elle édicte des actes normatifs.

124. L'appréciation de la situation personnelle des destinataires des décisions administratives est en réalité imposée aux autorités publiques - et ce, d'ailleurs de longue date - à travers l'obligation qui pèse sur elles de réaliser un examen préalable et particulier de la situation personnelle des destinataires de décisions personnelles³⁷⁸. Venant encadrer la manière dont l'administration doit faire usage de la marge de discrétionnarité que les textes encadrant son action ont pu lui ménager, cette obligation signifie alors, d'une part, qu'elle ne peut « prendre des décisions individuelles par voie de principe (règle de l'examen préalable) » et, d'autre part, qu'elle doit « saisir la situation soumise à son appréciation dans toute sa singularité (règle de l'examen particulier) »³⁷⁹. Cette obligation demeure d'ailleurs lorsque ce sont des « lignes directrices » qui viennent encadrer la marge d'appréciation d'une autorité administrative titulaire d'un pouvoir de décision, lui ménageant même la possibilité de prendre en compte la singularité du

³⁷⁷ Ainsi, évoquant l'influence que la situation du destinataire est désormais susceptible d'avoir sur le contenu de la décision, Mme Rozen Noguellou estimait que « ce qui est plus nouveau, c'est qu'au-delà de la formulation de principes généraux, des dispositions spécifiques ont été adoptées, qui visent à protéger les intérêts de telle ou telle catégorie de destinataires » mettant ainsi en avant la possibilité d'opposer les droits des consommateurs aux actes administratifs (CE, Sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, n° 221458, Rec. Lebon p. 348) (Rozen NOGUELLOU, « La décision administrative et son destinataire », *RFDA*, 2013, p. 735). Toutefois, le recours à des catégories n'a en lui-même rien de novateur. Toute disposition que les autorités administratives doivent mettre en œuvre et respecter en adoptant une décision administrative identifie une catégorie de bénéficiaires potentiels, y compris, ainsi que cela fut dit précédemment, celles qui consacrent des droits civils et politiques qui sont d'ordinaire associés à l'image d'un individu abstrait et non situé. En réalité, c'est ce que dénote d'ailleurs l'exemple choisi par l'auteure, il semble que la novation se situe plutôt au niveau du type de catégorie employée dans un rapport de droit administratif, en l'occurrence celle des consommateurs.

³⁷⁸ Apparu dans le contentieux de la fonction publique (V. Jacques MEGRET, « L'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire », in Conseil d'État, *Etudes et documents*, Paris, Imprimerie nationale, v.7, 1953, p.77), et sanctionné semble-t-il pour la première fois par le Conseil d'État dans son arrêt *Colonel Secrettand* du 7 août 1920 (CE, 7 août 1920, *Colonel Secrettand*, Rec. Lebon, p. 853), ce droit à l'examen préalable et particulier a été affirmé explicitement en formation consultative à propos du pouvoir de régularisation du préfet en droit des étrangers (CE, avis, 22 août 1996, n° 359622) et son respect est régulièrement contrôlé par les juridictions administratives que ce soit en matière environnementale (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 26 décembre 2012, *Association France Nature Environnement*, n° 340538 ; CAA de Nantes, 2^e chambre, 17 février 2012, *UFC Que-choisir de Rennes*, n° 10NT02014) ou encore fiscale (CAA Douai, 2^e chambre, 30 avril 2013, *Société C.*, n° 11DA01758).

³⁷⁹ Valéry MULLER, « Portée de la règle de l'examen préalable et particulier pour prendre une décision non réglementaire », *AJDA*, 2007, p. 419.

destinataire de la décision pour s'en écarter³⁸⁰. S'il existe ainsi des canaux traditionnels pour permettre éventuellement à la montée des singularités de s'exprimer dans la production normative des autorités administratives, elle bénéficie aussi, comme le montre le cas des lignes directrices, des mutations que la régulation juridique a connues ces dernières décennies. En effet, quoique pouvant passer pour l'une des marques de l'« hypermodernité » du droit post-moderne, elle peut parfaitement s'accommoder de l'un des symptômes de la crise de la modernité juridique qui est le déclin de la « généralité » du droit, consistant à appréhender la réalité sociale « à travers le prisme de concepts abstraits, regroupés en catégories de plus en plus larges et compréhensives » et à déduire les solutions applicables aux cas d'espèce de ces règles générales³⁸¹. Elle peut plus facilement s'épanouir en se plaçant à la remorque de « cette volonté de serrer au plus près la réalité » qui a conduit à vider le principe de légalité « d'une partie de sa substance » et tend à réduire les lois au niveau de « texte cadre » « laissant à l'administration le soin de définir les conditions de réalisation des objectifs fixés et lui donnant un très large pouvoir d'appréciation des situations concrètes »³⁸².

125. Cette obligation d'appréciation de la situation personnelle lors de l'édition de décisions n'est toutefois pas une obligation de tenir compte de ce qui en constitue la singularité, à moins évidemment que les normes législatives ou supra-législatives encadrant l'action normative de l'administration n'en disposent autrement. Il faudrait par exemple réserver, parmi les décisions administratives, l'hypothèse des sanctions administratives dans laquelle cette obligation est imposée par le truchement du principe de personnalisation des peines, qui en plus souffre alors de nombreuses atténuations. En revanche, pour prendre une hypothèse extrême, lorsque la loi impose à une autorité administrative de prendre une décision donnée dès lors que la situation personnelle de ses destinataires éventuels présente des caractéristiques données, rien ne lui imposait en principe, pas même le principe d'égalité compte tenu de l'interprétation qu'en retiennent les juridictions françaises³⁸³, de tenir compte de ce qui ferait la singularité de leur situation pour moduler le sens de ses décisions.

³⁸⁰ Les lignes directrices, pour reprendre la nouvelle dénomination des « directives » au sens de la jurisprudence *Crédit-Foncier de France* (CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c. M^{lle} Gaupillat et M^{me} Ader*, Rec. Lebon, p. 750), permettent d'assurer la cohérence et le respect du principe d'égalité en codifiant les motifs susceptibles d'être retenus par l'administration « dans le cas où un texte prévoit l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre » (CE, Sect., 4 février 2015, *Ortiz*, n° 383267). Toutefois, la singularisation est sauve puisque le Conseil d'État rappelle que l'existence de telles lignes directrices ne permet pas à l'administration de faire l'économie de l'examen de la situation individuelle du demandeur et qu'elle conserve la faculté d'y déroger « si des considérations d'intérêt général ou les circonstances propres à chaque situation particulière le justifient » (CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 19 septembre 2014, *Jousselin*, n° 364385). À noter, toutefois, que le Conseil d'État n'évoque plus que les « motifs d'intérêt général » comme motifs possibles de dérogation dans son arrêt *Ortiz*. Un tel oubli, un an après l'arrêt *Jousselin*, s'explique d'autant moins que l'opposabilité des lignes directrices est présentée comme une garantie du respect du principe d'égalité et que la différence de situation est justement l'un des motifs permettant d'opérer une différence de traitement dans le respect du principe d'égalité.

³⁸¹ Jacques CHEVALLIER, *art.précit.*, p. 665.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ Position que l'introduction en droit français de la prohibition des discriminations dites « indirectes » pourrait toutefois conduire à infléchir.

126. Néanmoins, il est possible de considérer, à partir notamment de l'arrêt d'Assemblée *González-Gomez* du 31 mai 2016 évoqué précédemment, que l'appréciation, qui est désormais faite des conditions de garantie des divers droits et libertés fondamentaux dont les administrés sont bénéficiaires, fait peser sur l'administration, y compris lorsque son pouvoir d'appréciation et de décision est complètement corseté par le législateur, une obligation générale de prise en compte de la singularité de leur situation lorsqu'elle édicte des décisions personnelles. Ce n'est d'ailleurs pas seulement la production des normes personnelles unilatérales qui se trouve affectée, mais aussi celles des normes impersonnelles qui leur servent de fondement, la jurisprudence administrative montrant que la réserve tenant à l'existence de « circonstances particulières » est en passe de devenir une clause de style des normes législatives et prétoriennes dont l'application serait susceptible de provoquer, dans certaines hypothèses, une atteinte disproportionnée aux droits et libertés.

127. Si une telle interprétation du cadre normatif encadrant les rapports de droit public par le Conseil d'État en tant que juge de la conventionnalité de loi - dont il est aussi possible de trouver des traces dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation - plus accueillante à l'égard de la prétention que chacun pourrait avoir à imposer la prise en compte de la singularité de sa situation, semble être un bon moyen de se prémunir contre une condamnation que la Cour européenne des droits de l'homme pourrait prononcer au terme justement d'une appréciation hyper-contextualisée, elle s'inscrit en réalité dans un mouvement plus large dont les motifs conjoncturels sont divers. En effet, elle n'est elle-même que l'une des manifestations de la montée des singularités dans l'exercice cette fois-ci de la fonction juridictionnelle, celle-ci ayant profité de l'orientation individualiste que le jurislatureur, pour diverses raisons, a donné aux différentes voies de droit permettant de contester la production normative des autorités administratives et c'est cette évolution qui, justement, semble aujourd'hui placer les actions collectives des groupements privés sur la sellette et questionne leur possibilité d'intervention dans les rapports de droit public au moyen de l'action juridictionnelle.

ii- La montée des singularités à travers l'orientation individualiste des voies de droit

128. La montée des singularités se manifeste également dans l'exercice de la fonction juridictionnelle - ce qui est là aussi une autre forme de production normative - par l'importance que prend l'appréciation de la situation personnelle des requérants et de sa singularité dans le raisonnement du juge. Si elle occupe évidemment une place centrale dans le cadre des voies de droit permettant la réparation de préjudices, dans la mesure où l'appréciation du juge y est encadrée par le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, l'arrêt *González-Gomez* du 31 mai 2016 montre qu'elle peut parfaitement s'imposer dans le cadre d'une voie de droit permettant - notamment s'agissant du référé-liberté - de contester directement des actes administratifs. En réalité, elle révèle l'attention croissante que le jurislatureur français - contraint ou

non - porte à la protection des intérêts personnels dans les rapports de droit public dans le contentieux des actes normateurs.

129. Depuis quelques décennies, le contentieux des actes normateurs de l'administration a effectivement pris un virage individualiste et c'est au niveau de « l'office », des prérogatives³⁸⁴, du juge administratif que cette évolution est la plus spectaculaire. Au-delà, c'est l'équilibre sur lequel le recours pour excès de pouvoir, qui est la voie de droit commun en la matière, avait pu se développer depuis le début du XX^e siècle qui est remis en question. Il s'agissait effectivement d'une voie de droit dont l'organisation, tournée en priorité vers la défense de la légalité, permettait de contester relativement facilement un très grand nombre d'actes administratifs mais qui, en contrepartie, empêchait le juge de s'immiscer au-delà de l'annulation dans le fonctionnement de l'administration active. Corseté dans une interprétation stricte du principe de séparation des fonctions administratives et juridictionnelles, le recours pour excès de pouvoir était alors la cible des admonestations - enveloppées parfois sous la forme de réflexions naïves - d'une partie de la doctrine³⁸⁵ et, surtout, semblait inadapté à la protection juridictionnelle des intérêts personnels. Ce besoin de protection juridictionnelle se fit plus pressant au cours de la seconde moitié du XX^e siècle. Les infirmités du recours pour excès de pouvoir ressortaient encore mieux à l'aune des canons européens et constitutionnels en matière de protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux et les modalités d'action de l'administration tendaient par ailleurs à être plus attentatoires à ces droits et libertés avec le nouvel essor que connurent les sanctions administratives. Ces infirmités furent alors compensées par l'ouverture de nouvelles voies de droit, par la « redécouverte du plein contentieux »³⁸⁶ qui permet aux requérants d'accéder à un juge qui, pouvant adresser des injonctions à l'administration, réformer ses décisions en considérant la situation de fait et de droit à la date à laquelle il statue, peut purger plus rapidement leurs litiges avec l'administration et permet de répondre aux exigences de la jurisprudence constitutionnelle³⁸⁷ et des droits européens³⁸⁸. C'est en

³⁸⁴ C'est cette définition stricte de « l'office » qui sera retenue ici (V. aussi Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse précit.*, p. 467 ; René CHAPUS, *op.cit.*, p. 915), afin de bien la distinguer du champ et du degré du contrôle que le juge peut exercer sur les différents éléments de l'acte normateur qui lui est déféré.

³⁸⁵ Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962. Chron. 37.

³⁸⁶ Jean-Marie WOERHLING, « La redécouverte du plein contentieux », in Guy GARDAVAUD, Henri ODERDORFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle. Actes du colloque du 40^e anniversaire des tribunaux administratifs organisé les 11 et 12 mars 1994, par la Section Rhône-Alpes de l'Institut français des sciences administratives*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 247. Sur ce mouvement, V. Hélène LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011, p. 90-140.

³⁸⁷ Le plein contentieux y apparaît effectivement comme une garantie des droits de la défense face aux sanctions administratives (CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*).

³⁸⁸ Encore qu'il convient, comme le montre Mme Hélène Lepetit-Collin de relativiser l'influence que purent avoir le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ainsi que le droit de l'Union sur ce renouveau. En effet, tandis que l'article 13 de la CESDHLF fut longtemps marginalisé et cantonné à un rôle subsidiaire en tant que *lex generalis*, la « pleine juridiction » évoquée à l'article 6§1 de la CESDHLF, quant à elle, ne correspond pas au plein contentieux tel qu'il est envisagé au niveau du droit français, c'est-à-dire à travers les prérogatives du juge. Quant à l'influence du droit de l'Union européenne, qu'il soit jurisprudentiel ou qu'il corresponde aux droits primaire et dérivé, si elle fut réelle sur l'organisation des voies de droit dans le contentieux des actes de l'administration, et en l'occurrence des contrats

suivant le même dessein individualiste que le législateur a mis en place les procédures de référé d'urgence - dont le référé liberté de l'article L. 521-2 du CJA - avec la loi du 30 juin 2000. Quant au recours pour excès de pouvoir, s'il n'a pas disparu, son infirmité fut quand même réduite à la faveur de ce mouvement ainsi qu'en témoignent, pour ne prendre que ces exemples parmi tant d'autres, la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ou les jurisprudences *Vassilikiotis* ou *AC* !.

130. Cette forme de contrôle circonstancié que le juge administratif exerce dans le cadre du référé-liberté en tenant compte de la singularité de la situation personnelle de la requérante dans son arrêt *Gonzalez-Gomez*, tout comme l'approfondissement du contrôle auquel il procéda en tant que juge de l'excès de pouvoir à l'égard de décisions susceptibles de porter une atteinte disproportionnée aux droits et libertés de leurs destinataires³⁸⁹, ne sont finalement que la traduction de l'orientation individualiste que le jurislature a entendu donner aux contentieux des actes au niveau de l'appréciation que le juge porte sur le caractère fondé des prétentions dont il est saisi. Au reste, ce pli individualiste, voire cette montée des singularités, se retrouve aussi en amont de son raisonnement, au stade de l'appréciation des conditions de recevabilité des voies de droit ressortissant du contentieux des actes. C'est effectivement à l'aune - notamment - de la situation personnelle du requérant que le respect de nombre d'entre elles est apprécié, que ce soit la justiciabilité de l'acte administratif directement attaqué - plus précisément le point de savoir s'il lui fait suffisamment grief - , son intérêt lui donnant qualité pour agir ou encore la condition d'urgence dans le cadre des référés suspension, liberté ou « mesures-utiles ». À ce titre, le juge peut s'en tenir à une appréciation catégorielle, c'est-à-dire ne percevoir la situation personnelle du requérant qu'à travers son appartenance à une catégorie - c'est le cas par exemple du raisonnement en termes de « cercles d'intérêts » employé notamment dans le contentieux de l'excès de pouvoir pour apprécier l'intérêt donnant qualité pour agir contre des catégories de décisions -, ou bien tenter de la saisir dans ce qui fait sa singularité. Cette référence par le juge administratif aux « circonstances particulières » dont le requérant peut éventuellement se prévaloir afin de tempérer l'application d'une présomption ou d'une règle générale se retrouve aussi s'agissant des conditions de recevabilité. Elle est effectivement fréquente pour l'appréciation de la condition d'urgence dans le cadre des procédures de référé³⁹⁰ - il semble d'ailleurs que cela explique en partie l'augmentation spectaculaire des occurrences de cette expression dans la jurisprudence du Conseil d'État à compter des années 2000 - et elle tend même aujourd'hui à s'étendre puisqu'elle est utilisée par le Conseil d'État lorsqu'il décide de tempérer la rigueur des normes relatives à d'autres conditions de recevabilité applicables à d'autres voies de droit qui permettent de contester des

avec la mise en place des référés en matière de passation de contrats et marchés, elle traduisait alors moins un souci de protection des intérêts personnels qu'une volonté de garantir l'effectivité du droit de l'Union (Hélène LEPETIT-COLLIN, *thèse.précit.*, n° 143-167, p. 108-129).

³⁸⁹ CE, Ass, 13 novembre 2013, *Daban*, n° 347704.

³⁹⁰ Lorsqu'il s'agit, par exemple, d'envisager la possibilité de renverser une présomption de non-urgence attachée à une catégorie de décisions (CE, ord., 6 février 2004, n° 264169 ; CE, 3^e sous-section, 3 novembre 2003, n° 258322).

actes administratifs - comme le délai de forclusion prétorien qu'il a mis en place dans son arrêt *Czabaj*³⁹¹ - voire des actes juridictionnels³⁹².

131. Cette promotion des intérêts personnels dans le cadre des rapports de droit public a permis de revaloriser l'office du juge administratif dans le contentieux des actes, mais aussi - ce qui se situe sur un autre plan - d'approfondir son degré de contrôle à l'égard de certaines décisions. En revanche, elle a eu un effet ambivalent sur les conditions d'accès au juge.

132. En effet, d'un côté, elle a conduit à étendre encore le champ des actes directement attaquables devant le juge administratif. C'est ce que montre, par exemple, la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur et même l'extension du contrôle juridictionnel à l'ensemble des actes qui, eu égard à leur objet, sont susceptibles d'être qualifiés de mesures d'ordre intérieur³⁹³. De même, l'extension du recours pour excès de pouvoir à certains actes de « droit souple » dénote aussi la volonté du Conseil d'État de tenir compte des différents effets que ces actes, qui n'entraînent pourtant pas de modifications de l'ordonnement juridique, peuvent avoir sur la situation personnelle des principaux intéressés³⁹⁴. En revanche, de l'autre côté, cette promotion des intérêts personnels dans le cadre des rapports de droit public conduit à des restrictions plus importantes au niveau des conditions de recevabilité des actions et, en particulier, à une appréciation plus stricte de l'exigence d'un intérêt donnant qualité pour agir.

133. Dans la mesure où le requérant est envisagé comme un justiciable ne cherchant qu'à obtenir la défense d'un intérêt qui lui est personnel, la finalité individualiste assignée aux voies de droit légitime effectivement une appréciation moins libérale de la condition d'intérêt personnel, direct et certain pour agir que lorsque le requérant est appréhendé avant tout comme l'un des gardiens de la légalité. Certes, le juriste trouve alors notamment comme limite, comme noyau intangible, l'atteinte disproportionnée au respect du droit à un recours effectif qui fut érigé par ailleurs au rang de droit fondamental. Toutefois, il s'agit là d'une prérogative qui, justement, est perçue avant tout comme un moyen pour son bénéficiaire de défendre ses intérêts personnels.

³⁹¹ CE, Ass. 13 juillet 2016, *M. Czabaj*, n° 387763 : « Considérant toutefois que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; qu'en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance ».

³⁹²V. ainsi sur l'appréciation de la recevabilité d'une tierce-opposition contre une décision ayant fait droit, totalement ou partiellement, à une demande d'annulation d'un document d'urbanisme par un requérant partie à un litige portant sur la légalité d'une autorisation de construire qui lui a été délivrée sur le fondement de dispositions annulées de ce document (CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 21 juin 2017, n° 396427).

³⁹³ CE, 3^e et 8^e chambres réunies, 7 décembre 2018, n° 401812.

³⁹⁴ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres*, n°s 368082 ; 390023. Elle semble aussi inspirée en partie par des considérations holistes, en l'occurrence adapter le recours pour excès de pouvoir à l'évolution des modalités de l'action administrative afin de ne pas laisser se développer d'« angles morts » dans le contrôle de la légalité.

134. En outre, ce ne sont pas les seuls intérêts personnels que l'activité normative de l'administration serait susceptible de heurter dont la protection doit être reconsidérée. Il y a aussi ceux de ses bénéficiaires éventuels, ce qui implique alors de garantir la stabilité de leur propre situation juridique, dont celle des relations contractuelles n'est qu'un avatar, quand bien même elle procéderait d'une illégalité. Cette demande de stabilité, qui est particulièrement prégnante en droit de l'urbanisme, des installations classées pour la protection de l'environnement ou encore de la commande publique, compte tenu notamment des enjeux économiques entourant l'exercice des activités que les actes administratifs viennent alors encadrer³⁹⁵, inspire aussi des aménagements procéduraux. À cet égard, il apparaît que ce n'est pas l'attention que le juge administratif ou le législateur portent aux intérêts personnels des requérants qui a commandé l'orientation individualiste de certaines des voies de droit permettant de contester directement des actes administratifs comme le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les autorisations d'occupation des sols ou encore celui dont ils disposent contre les contrats administratifs depuis l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne*. En effet, la diversification des prérogatives du juge administratif destinée à le libérer du choix binaire entre le rejet et le couperet de l'annulation rétroactive ou encore l'appréciation plus serrée de l'intérêt donnant qualité pour agir sont au nombre des moyens qui permettent de concilier l'intérêt personnel des requérants avec ceux des bénéficiaires éventuels des actes qu'ils contestent. Ainsi, même s'il permet de sanctionner l'illégalité affectant l'acte, l'exercice du droit d'accès au juge, ou plus largement du droit au recours effectif, peut atterrir sur cette « dimension subjective » de la sécurité juridique³⁹⁶ qui n'est d'ailleurs elle-même qu'une autre manifestation de cette attention portée à la situation

³⁹⁵ Elle n'a toutefois pas vocation à s'arrêter à ces secteurs, mais devrait bénéficier de l'extension de ce mouvement de « patrimonialisation » des autorisations administratives (V. le dossier qui lui fut consacré par la *Revue française de droit administratif* dans son numéro 1/2009) qui, lui aussi, s'accommode mal du risque contentieux que fait courir notamment une appréciation trop souple de l'intérêt pour agir.

³⁹⁶ Au sens que M. Thomas Piazzon donne à cette notion. Définissant la sécurité juridique comme « l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation » (Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 35, 2009, n° 48, p. 62), l'auteur reprend - lui aussi - cette distinction entre le subjectif et l'objectif pour désigner les perspectives selon lesquelles celle-ci peut être regardée. Ainsi, tandis que la « sécurité objective » « concerne la qualité de notre système juridique et des sources du droit, ainsi que le contenu même des règles du droit objectif » (Thomas PIAZZON, *thèse.précit.*, n° 58, p. 74), la « sécurité juridique subjective », quant à elle, « concerne la situation individuelle et concrète des individus. Peu importent ici certaines perturbations du droit objectivement nuisibles à la sécurité juridique. En effet, on s'intéresse maintenant à la situation personnelle des sujets de droit : tandis que la sécurité juridique objective a un aspect abstrait, la sécurité subjective est celle qui est concrètement vécue par les sujets de droit » (Thomas PIAZZON, *thèse.précit.*, n° 63, p. 84)

personnelle des administrés et à leur singularité³⁹⁷, mais dont la consécration n'est toutefois pas allée jusqu'à son terme en droit administratif français³⁹⁸.

2- L'action collective des groupements privés remise en question

135. C'est moins la pérennité (a) que l'opportunité (b) de l'action collective des groupements privés que questionne cette montée des singularités ou, plus largement, l'attention qui est aujourd'hui portée à la protection des intérêts personnels dans les rapports de droit public.

a- La résilience et le développement de l'action collective des groupements privés

136. Comme le montre l'évolution précédemment décrite dans le contentieux des actes, la valorisation des intérêts personnels dans le cadre des rapports de droit public peut questionner l'existence même des actions collectives des groupements dans la mesure où elle se traduit sur le plan procédural par une orientation individualiste des voies de droit pour lesquelles ces actions ne semblent pas calibrées³⁹⁹, même lorsqu'elles sont motivées par la lésion de plusieurs intérêts personnels. En effet, en partant du principe que le requérant n'est mu que par la protection d'un intérêt qui lui est personnel, la finalité individualiste revient à postuler que son action est seulement motivée par la lésion d'un tel intérêt, qu'il y a une confusion entre les qualités de bénéficiaires et de titulaires des droits et libertés que l'action permet de défendre, ce qui implique alors de faire de la situation personnelle du requérant la mesure de l'appréciation juridictionnelle.

137. Or, précisément, dans le cadre de l'action collective des groupements privés, l'appréciation du juge se détache fatalement de la situation personnelle des requérants - ne serait-ce que pour vérifier leur qualité pour agir - que cette action soit motivée par la lésion d'un intérêt collectif supra-personnel ou pluri-personnel et que cette lésion soit directe ou indirecte. Sans doute, pour apprécier la qualité d'un

³⁹⁷ Comme le montre M. Thomas Piazzon, cette distinction entre les volets objectif et subjectif n'est pas seulement une question de perspective car « si les sources d'insécurité juridique apparaissent identiques dans les deux cas, les solutions qui s'imposent pour traiter le mal sont en revanche très différentes » : « en effet, tandis qu'objectivement la sécurité juridique prescrit des solutions de rigueur, la sécurité subjective suppose au contraire une étude au cas par cas et tout en souplesse des situations juridiques individuelles. Par exemple, là où l'adage nul n'est censé ignorer la loi assure objectivement l'ordre et la sécurité, la sécurité subjective commande à l'inverse de vérifier si l'intéressé avait en fait les capacités, les connaissances nécessaires pour accéder à l'information juridique et pour la comprendre. (...) La sécurité objective, entendue comme la stricte application de la loi, s'oppose ici à la sécurité subjective qui prescrit de tenir compte au cas par cas des situations de fait en fonction des aptitudes et de l'attitude de l'intéressé. » (Thomas PIAZZON, *thèse.précit.*, n° 64, p. 85).

³⁹⁸ Il reste effectivement encore ce refus du Conseil d'État de consacrer - au moins explicitement - le principe de « confiance légitime » en dehors des situations régies par le droit de l'Union européenne, principe qui est sans doute le plus saillant de ce volet « subjectif » de la sécurité juridique puisqu'il consiste justement à se placer du point de vue des destinataires des normes pour apprécier les espérances légitimes qu'ils ont pu nourrir dans la stabilité de leurs situations juridiques.

³⁹⁹ De manière générale, c'est le « modèle individualiste de l'action en justice », construit en émancipant l'action en justice de l'intérêt général et en la rapprochant de l'intérêt personnel et aujourd'hui promu au niveau européen, qui est mis à l'épreuve par le « collectif » (Evelyne SERVERIN, « Introduction. Une enquête juridique sur la place du collectif dans la justice contemporaine », Ismael OMARJEE, Laurence SINOPOLI, (dir.), *op.cit.*, p. 4-6)

groupement pour exercer une action collective, le juge doit se tourner vers un élément qui est propre à sa situation personnelle, à savoir son objet social. En effet, la reconnaissance de la qualité pour agir des groupements privés est conditionnée par la jurisprudence ou la loi au fait que l'intérêt collectif, qu'ils évoquent dans la motivation de leur demande et que la décision juridictionnelle est censée satisfaire directement ou indirectement, soit mentionné dans leurs statuts. Il reste que le juge doit alors nécessairement voir plus loin que cet élément de leur situation personnelle. Dans le cadre d'une action motivée par la lésion d'un intérêt collectif pluri-personnel, il doit envisager l'atteinte aux intérêts personnels de tiers et, dans le cadre d'une action motivée par la lésion d'un intérêt supra-personnel, celle à l'intérêt d'un groupe dont les membres ne sont pas identifiés.

138. Ce risque d'éviction des différentes formes d'action collective doit néanmoins être relativisé, y compris dans le contentieux des actes. Dans ce domaine, cette réorientation individualiste n'est d'ailleurs pas totale car, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, toutes les possibilités d'action collective héritées du « moment 1900 » ne furent pas liquidées. En effet, si le contentieux des actes réglementaires n'est pas resté hermétique aux exigences croissantes de sécurité juridique⁴⁰⁰, le Conseil d'État n'a toutefois entendu revenir sur la possibilité, notamment pour les groupements privés défendant des intérêts collectifs, de les contester directement par voie d'action en permettant donc d'alléguer, ce qui est le cas en principe lorsque l'acte litigieux est impersonnel, d'une lésion d'un intérêt collectif supra-personnel et d'obtenir directement la satisfaction d'un tel intérêt, donnant ainsi au recours pour excès de pouvoir la nature du voie de droit duale qui serait individualiste ou holiste en fonction de la nature de l'acte attaqué. L'extension du plein contentieux s'est aussi accompagnée d'aménagements pour préserver justement l'activité contentieuse des groupements privés devant les juridictions administratives. C'est ce que montre l'arrêt *OFPRA* du 25 juillet 2013 précédemment évoqué⁴⁰¹ ou encore l'avis contentieux *Association Nonant Environnement* du 29 mai 2015 dans lequel le même Conseil d'État, tenant compte cette fois-ci du fait que le juge de plein contentieux pouvait délivrer lui-même les autorisations d'exploitation dans le contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement, a aménagé la voie de la tierce opposition au profit de certaines associations de protection de l'environnement⁴⁰².

139. Les voies de droit permettant de contester directement des actes administratifs ne sont de toute façon par les seuls leviers juridictionnels dont disposent les groupements privés pour intervenir dans des rapports de droit public au moyen d'actions collectives et il n'est pas besoin d'aller chercher bien loin pour constater que celles-ci ont pu parfaitement se développer dans le cadre de voies de droit qui furent pourtant organisées en suivant une finalité individualiste. Il suffit effectivement de rappeler le

⁴⁰⁰ V. ainsi la limitation des moyens invocables dans le cadre de l'exception d'illégalité : CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583.

⁴⁰¹ CE, Sect., 25 juillet 2013, *OFPRA*, n° 350661.

⁴⁰² CE, avis, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 29 mai 2015, *Association Nonant Environnement*, n° 381560. Sur l'importance que revêt cet avis du point de vue – plus général – de l'identification des éléments constitutifs du recours dit de « plein contentieux objectif », V. Alix PERRIN, « Le plein contentieux objectif et le contentieux de droit commun », *RFDA*, 2015, p. 741).

développement prodigieux que les actions collectives de groupements privés ont connu depuis près d'un siècle dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle, à la faveur d'habilitations législatives toujours plus nombreuses mais aussi de l'interprétation des juridictions administratives comme judiciaires, ces dernières tendant d'ailleurs à s'émanciper de la tutelle du législateur en la matière. Surtout, le développement exponentiel que connaissent de nouvelles formes d'action collective devant les juridictions administratives et judiciaires depuis 2014, avec les différentes actions de groupe et l'action en reconnaissance de droits, montre bien que cette forme d'action juridictionnelle n'est nullement inquiétée par ce primat accordé à la protection des intérêts personnels dans l'organisation des différentes voies de droit devant les juridictions administratives et judiciaires.

140. Force est donc de constater que, même s'il est sensible à la montée des singularités et l'entretien, le jurislatureur français n'a pas entendu faire disparaître les actions collectives des groupements privés, y compris lorsqu'elles peuvent interférer dans des rapports de droit public. Bien au contraire, le mouvement législatif entamé puis 2014 montre qu'il ne cherche pas seulement à les préserver mais aussi à les développer. Pour autant, comme le montrent les choix que fit le Conseil d'État dans son arrêt *Tarn-et-Garonne*, cette résilience des actions collectives des groupements privés n'est tout de même pas totale et l'identité des requérants portant ce type d'action semble demeurer une cause de blocage. C'est pour cela que la mise en place de nouvelles formes d'action collective depuis 2014 doit être regardée comme l'occasion de s'interroger sur les raisons de l'attachement du jurislatureur français à cette forme d'action juridictionnelle.

b- La dynamique de l'action collective en question

141. Les actions collectives des groupements privés peuvent bien évidemment accompagner ce mouvement dans la mesure où elles peuvent être mises au service de la protection d'intérêts personnels en apparaissant comme un moyen de pallier les lacunes des modes de protection individuelles. Cela est aisément perceptible pour les actions motivées par la lésion d'un intérêt collectif pluri-personnel qui tendent, directement ou même indirectement, à le satisfaire mais cela est aussi possible pour des actions motivées par la lésion d'un intérêt supra-personnel et qui tendent directement à le satisfaire ou à satisfaire l'intérêt personnel du groupement requérant. Il peut y avoir une convergence entre l'intérêt supra-personnel d'un groupe et les intérêts personnels de ses membres, la satisfaction directe et principale du premier bénéficiant *in fine* aux seconds.

142. Le risque est néanmoins de voir le collectif l'emporter sur l'individu, qui serait le « meilleur comme le seul juge de son intérêt particulier »⁴⁰³, au travers de l'action certains groupements qui déciderait seul de ce qui est bon pour les membres d'un groupe latent au nom duquel il prétend agir. À cette crainte,

⁴⁰³ Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, p. 101.

somme toute classique, vient s'en greffer une autre avec la montée des singularités, cette dernière faisant apparaître un autre point de tension la défense des intérêts collectifs. En effet, l'antagonisme ne résiderait pas simplement dans la crainte de voir le collectif écraser l'individu mais aussi dans l'effet dépersonnalisant, « désingularisant » qui caractérisent ces intérêts collectifs. L'intérêt collectif supra-personnel, qui est associé à un groupe anonyme, conduit à occulter les individualités le composant, à les recouvrir d'un voile qui a vite fait de se changer en chape de plomb sitôt qu'une main, parfois étrangère au groupe mais toujours bienveillante, prétend indiquer ce qui serait bon ou mauvais pour lui. Quant à l'intérêt collectif pluri-personnel, s'il n'est pas surplombant, il n'en est pas moins mutilant puisque mettre à jour sa lésion suppose d'insister sur l'homogénéité de situations personnelles, sur ce qui les réunit plutôt que sur ce qui pourrait les différencier les unes des autres, en somme les singulariser.

143. Néanmoins, d'une part, il ne faut exclure l'existence de contre-tendances. À cet égard, une partie de la doctrine évoque actuellement une tendance à « l'objectivation » dans le contentieux des droits fondamentaux⁴⁰⁴, tant sur le plan matériel que processuel⁴⁰⁵, dont les actions collectives des groupements privés pourraient profiter ou même à laquelle elles participeraient. D'autre part, les rapports qu'entretiennent la singularité et la défense des intérêts collectifs par les groupements privés ne se réduisent en réalité pas à cet antagonisme, mais sont plus complexes et peuvent être aussi envisagés sous la forme d'une articulation⁴⁰⁶. En effet, la montée des singularités et sa prise en considération dans les rapports de droit, qu'ils soient d'ailleurs publics ou privés, ne fait pas disparaître le commun qui fait le lit de lésions collectives. Cet individu concret, situé qu'est l'individu singulier ne peut s'affranchir du commun. Il s'impose à lui que ce soit sur le plan factuel, comme le montre son « éco-dépendance » à son environnement, ou juridique dans la mesure où, comme le montre la structuration de l'ordonnement juridique, l'ensemble des rapports de droit qu'il peut nouer avec autrui sont toujours encadrés *in fine* par des normes impersonnelles bénéficiant à des catégories d'individus. Or, comme cela fut dit précédemment, la singularité ne s'oppose pas en elle-même à ce qui peut être commun, mais, bien au contraire, s'en nourrit et, si l'épanouissement personnel de chacun nécessite cette protection du commun, elle peut justement supposer en amont la défense d'intérêts collectifs supra-personnels, d'intérêts associés

⁴⁰⁴ Pour une étude transversale de ce phénomène, V. Jordane ARLETTAZ, Julien BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du Droit. Actes du colloque du 12 décembre 2014*, Paris, Pedone, coll. Publications de l'institut international des droits de l'Homme, 2015, 200 p.

⁴⁰⁵ Étudiant le phénomène en Allemagne, M. Thomas Hochmann fait ainsi le départ entre « l'objectivation matérielle », qui consisterait à ne plus seulement vérifier que « l'acte attaqué respecte un droit subjectif » mais à « s'assurer de sa conformité avec l'ensemble des normes juridiques supérieures », et « l'objectivation processuelle », qui se manifesterait « essentiellement par les conditions de recevabilité du recours » en ce que l'intérêt de la question de droit l'emporterait sur la violation des droits subjectifs dans l'accès au juge (Thomas HOCHMANN, « Les limites de l'objectivation du contentieux des droits fondamentaux en Allemagne », *in* Jordane ARLETTAZ, Julien BONNET (dir.), *op.cit.*, p. 112).

⁴⁰⁶ Ainsi, évoquant, pour sa part, une contre-tendance à la « standardisation » avec laquelle la montée des singularités doit composer, M. Danilo Martuccelli estime qu'elle ne fait pas que la concurrencer mais qu'elle s'articule avec elle, créant une tension que donne à voir une pluralité d'articulations entre le singulier et le commun : « (...) la franche opposition d'hier cède le pas à toute une série de situations où les articulations apparaissent plus complexes, où la standardisation devient, paradoxalement, une source pour la singularité, et où, à l'inverse, le souci de singularité, en se radicalisant, cantonne au stéréotype. » (Danilo MARTUCCELLI, *op.cit.*, p. 28).

à des catégories plus ou moins étendues d'individus, le cas échéant par des groupements privés⁴⁰⁷. En outre, l'affirmation des singularités n'empêche évidemment pas de prendre en considération l'appartenance des individus à une catégorie dès lors du moins que la protection spéciale qui serait associée à cette appartenance ne constitue pas une fin en elle-même, c'est-à-dire qu'elle est conçue comme un moyen permettant d'assurer le primat de l'individu et de garantir sa capacité d'affirmer sa singularité. Pour partie, la montée des singularités renvoie donc à l'articulation que Mme Olivia Bui-Xuan montrait dans sa thèse au début des années 2000 entre l'universalisme abstrait servant de soubassement au droit public français et le « différencialisme » ou plutôt de ces « différencialismes »⁴⁰⁸ qui, pour certains d'entre eux, ne l'approfondissent pas mais le remettent bien en cause. En somme, avec la montée des singularités, il ne s'agit pas d'ignorer les appartenances catégorielles mais simplement d'en relativiser l'importance.

144. L'action collective des groupements privés en droit public est ainsi ambivalente du point de vue de la montée des singularités puisqu'elle apparaît tantôt comme un moyen de l'accompagner, tantôt comme un moyen de l'enrayer.

SECTION 4 : L'orientation de l'étude

145. C'est cette ambiguïté que la présente étendue entend notamment interroger en analysant les conditions dans lesquelles l'action collective des groupements privés est appréhendée et encadrée en droit public français. Plus précisément, elle entend répondre à la question suivante :

146. Comment la dynamique de l'action collective des groupements privés a pu, en dépit de cette méfiance traditionnelle du jurisléteur à son égard et que la montée des singularités peut venir aujourd'hui accentuer, se déployer en droit public français et même connaître un nouvel élan à partir 2014 ?

147. Les réponses apportées à une telle problématique présentent alors un intérêt pratique comme théorique. En effet, il y a, d'une part, un intérêt évidemment pratique à s'interroger sur le sens, c'est-à-dire la raison d'être et l'utilité, du développement de différentes formes d'actions collectives et notamment de celles qui sont apparues à partir de 2014. L'utilité de ces dernières actions doit s'apprécier notamment à l'aune de celles dont disposaient déjà les groupements privés pour intervenir dans des

⁴⁰⁷ V. ainsi, Jean-Pierre MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in Norbert ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 205 ; Jean RIVERO, *Les libertés publiques (tome 1 : les droits de l'homme)*, Paris, PUF, 8^e édition, 1997, p. 80.

⁴⁰⁸ L'auteure, qui analyse aussi les mutations qu'a pu connaître le droit public français - c'est-à-dire pour elle le droit régissant les rapports entre l'État et les particuliers - depuis les années 1980, relevait d'ailleurs en conclusion « une multiplication étonnante de droits spécifiques réservés à certaines catégories, plus ou moins fermées, de la population, allant parfois même jusqu'à une véritable individualisation des règles de droit adaptées à la singularité de chaque situation ; l'équité, entendue de manière large comme la particularisation des réponses juridiques, a aujourd'hui pénétré le droit public » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 509). Elle ajoutait plus loin qu'« en injectant du concret au sein même du droit public, les pouvoirs publics cherchent en premier lieu à respecter les individus et non les groupes. À travers ces différentes mutations qui ont pour trait commun une superposition d'un universalisme concret à l'universalisme républicain traditionnel, c'est cependant une autre idée de la nation qui est en train de poindre, une nation constituée d'individus enchâssés dans une histoire, dans des communautés, des individus considérés avec leurs handicaps, avec leurs particularités ; des individus qui n'ont pas les mêmes demandes, qui n'ont pas les mêmes attentes et auxquels le droit public français, en vertu d'un principe d'équité, doit offrir des réponses spécifiques » (Olivia BUI-XUAN, *thèse.précit.*, p. 515).

rapports de droit public, ce qui implique de les présenter, de montrer leurs limites éventuelles et d'apprécier alors dans quelle mesure ces nouvelles actions collectives ont permis de les dépasser. Il y a, d'autre part, un intérêt plus théorique puisqu'il s'agit aussi de voir si le jurislatureur français a entendu, avec la promotion de ces actions collectives, améliorer la qualité de la protection juridictionnelle à laquelle ont droit les individus appartenant aux groupe défendus par des groupements ou bien seulement gérer la quantité de requêtes individuelles que pourraient provoquer la mise en œuvre séparée de cette protection juridictionnelle, quitte alors à négliger la singularité de la situation personnelle de chacun de ces bénéficiaires de droits ou de libertés.

148. Dans la mesure où les actions de groupe et l'action en reconnaissance de droits individuels apparaissent comme un tournant ou, tout du moins, comme une étape supplémentaire dans le développement de l'action collective des groupements privés en droit français, il faut, pour avoir une vision d'ensemble de cette dynamique, comprendre ses ressorts et son sens, étudier le cadre dans lequel les actions collectives étaient enserrées avant 2014, puis les conditions dans lesquelles les nouvelles formes d'actions collectives sont parvenues à s'y insérer. C'est cette démarche, en partie chronologique, qui permet, à partir d'un amoncellement de strates de textes formellement disparates et de jurisprudences émanant de juridictions différentes, de dégager les lignes de force de ce qui pourrait être le cadre général de l'action collective en droit public français.

149. Après analyse, et c'est la thèse qui sera défendue ici, il apparaît que si l'action collective des groupements privés est promue par le jurislatureur français, ce n'est pas seulement parce qu'elle lui est parfois imposée, mais aussi parce qu'elle présente pour lui une utilité et qu'il peut l'instrumentaliser. En effet, bien qu'elle soit toujours perçue comme une anomalie, voire parfois un danger, l'action collective des groupements privés se voit reconnaître une vertu correctrice et elle peut aujourd'hui tirer parti de son ambivalence, c'est-à-dire de se développer tant en soutien de la montée des singularités dans les rapports de droit public qu'en réaction à celle-ci. Comme le confirme le cas des actions de groupe et de l'action en reconnaissance de droits, l'action collective de ces requérants apparaît, pour le jurislatureur, comme un moyen qui permet de contenir la montée des singularités et d'éviter ses inconvénients sans pour autant donner l'impression de remettre en cause le primat accordé aux intérêts personnels dans les rapports de droit public.

150. En étudiant l'encadrement des différentes actions collectives qui étaient à la disposition des groupements privés avant 2014, il apparaît que si la montée des singularités ou, plus généralement, le primat accordé aux intérêts personnels constitue bien l'un des freins au développement de l'action collective, en ce qu'ils conduit à la regarder comme une anomalie et impose même au jurislatureur de restreindre les conditions d'accès au juge des groupements dans certaines circonstances, elle est aussi l'un des moteurs de cette dynamique. En effet, l'action collective n'a pas seulement été perçue par le jurislatureur comme un instrument - potentiellement subversif - à la disposition des groupements pour défendre les intérêts collectifs visés par leur statut. Il a aussi vu dans son développement un moyen de remédier aussi

bien aux défaillances qui peuvent apparaître au niveau de la protection des intérêts collectifs comme personnels qu'aux dysfonctionnements que peut provoquer la mise en œuvre de la protection juridictionnelle des intérêts personnels. L'essor de l'action collective en droit public français se révèle ainsi être une dynamique sous contrôle (PREMIERE PARTIE).

151. De ce point de vue, les nouvelles actions collectives mises en place à partir 2014, même si elles permettent de combler les angles morts que créait le primat accordé aux intérêts personnels - ce qui est sans doute là leur seule utilité - et qu'elles ont conduit à bousculer quelque peu l'interprétation du cadre supra-législatif de l'action collective, ne représentent pas vraiment une rupture. Elles tendent à confirmer cette tendance à l'instrumentalisation de l'action collective par le jurislatureur puisque leur organisation montre qu'elles sont avant tout conçues comme un moyen - d'ailleurs parfois inadéquat - de satisfaire aux impératifs managériaux pesant sur le fonctionnement des juridictions et que la pression exercée par montée des singularités dans les rapports de droit public vient mettre à l'épreuve. L'essor de ces nouvelles actions collectives depuis 2014 représente donc, tout au plus, une pérennisation et une accélération de la dynamique précédemment observée (SECONDE PARTIE).

PREMIERE PARTIE : L'essor de l'action collective des groupements privés en droit public français : une dynamique sous contrôle

152. En délimitant les contours du cadre des différentes actions collectives qui existaient déjà en droit public français avant 2014, il ne s'agit pas seulement de décrire les fondements et les limites de ces actions. Il s'agit aussi, et surtout, de saisir et de comprendre quels sont les moteurs et les freins de cette dynamique que constitue le développement de telles actions. L'étude des fondements de ces actions collectives montre ainsi que c'est en raison de leurs vertus correctrices qu'elles se sont progressivement imposées comme une nécessité, voire une obligation, au jurislature français, et ce, en dépit de leurs effets subversifs et de l'anomalie qu'elles peuvent représenter au regard de la promotion du modèle individualiste de l'action en justice et de la montée des singularités (Titre 1). Le développement de ces actions est toutefois demeuré contenu. Elles se sont heurtées, et se heurtent d'ailleurs toujours, à des limites qui, s'imposant d'ailleurs pour certaines d'entre elles au législateur et aux juridictions françaises, montrent bien que les craintes que pouvait susciter l'activité contentieuse des groupements privés défendant des intérêts collectifs n'ont pas complètement disparu en droit public français (Titre 2).

TITRE I : L'utilité d'une action atypique pour le jurislatureur français

153. Avant de présenter les « fondements » des actions collectives qui étaient à la disposition des groupements avant 2014, il convient d'apporter quelques précisions d'ordre terminologique et conceptuel compte tenu du caractère hautement polysémique de ce terme⁴⁰⁹. Pour y voir un peu plus clair et mieux cerner l'objet d'étude, il est possible de s'aider ici de la distinction que Charles Eisenmann faisait entre le fondement médiat et le fondement immédiat dans son étude portant sur les fondements de la responsabilité administrative⁴¹⁰. Néanmoins, les contours de ce fondement immédiat ne sont pas toujours très nets dans ses écrits et semblent désigner tantôt la règle en application de laquelle la personne responsable doit s'acquitter d'une obligation de réparation tantôt les conditions d'application ainsi que l'ont montré MM. Michel Borgetto⁴¹¹ ou encore Benoît Camguilhem⁴¹².

154. En suivant la démarche que ce dernier auteur retient dans sa thèse sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif, il est envisageable d'assumer la polysémie du terme « *fondement* » et de faire le départ entre plusieurs niveaux d'analyse. Il faut ainsi distinguer, d'une part, la règle elle-même, c'est-à-dire le fondement qu'il convient de qualifier de juridique et qui ne saurait être confondu avec ses conditions d'application, et, d'autre part, ce qui justifie l'existence de cette règle et peut alors être qualifié de fondement non-juridique⁴¹³. Ainsi, pour rendre compte des fondements de l'action juridictionnelle permettant aux groupements privés d'intervenir dans des rapports de droit public pour défendre un intérêt collectif, il convient de bien distinguer, d'une part, la norme ou les normes en application de laquelle ou desquelles les groupements privés peuvent saisir le juge administratif ou judiciaire d'une requête correspondant à une action collective (Chapitre 1), des raisons susceptibles de justifier l'édiction ou l'application desdites normes qui semblent parfois conférer aux groupements privés, ou tout du moins certains d'entre eux, un rôle de requérants privilégiés (Chapitre 2).

⁴⁰⁹ V. Benoît CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 132, 2014, n° 30, p. 33 et s.

⁴¹⁰ Charles EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques », *JCP*, 1949, I, 751.

⁴¹¹ Michel BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1993, p. 467.

⁴¹² Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 41-46, p. 40-45.

⁴¹³ Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 51, p. 48.

CHAPITRE 1 : L'action collective des groupements privés : une action en justice atypique

155. Il n'est pas possible de trouver un fondement juridique unique à l'action des groupements privés défendant des intérêts collectifs contrairement à ce que pourrait suggérer l'emploi de la notion de représentation pour la décrire, et ce, quel que soit le sens dans lequel cette notion est employée (Section 1). Il existe donc une pluralité de fondements juridiques dont l'étude montre d'ailleurs que l'action collective des groupements tend à s'émanciper quelque peu de l'emprise du législateur, y compris devant les juridictions judiciaires pénales, et qu'elle peut donner une coloration holiste aux différentes voies de droit qu'elle peut emprunter (Section 2).

SECTION 1 : La représentation et la défense des intérêts collectifs

156. Si la qualité de « représentants » dont les groupements privés se voient parfois dotés n'informe en rien sur le fondement juridique de leurs actions juridictionnelles en défense d'intérêts collectifs (§1), elle permet néanmoins d'appréhender un effet de ces dernières (§ 2).

§1- Le recours à la représentation en l'absence d'intérêt personnel

157. Alors que l'intérêt personnel des groupements privés, dont l'atteinte constitue en principe une sous-condition d'application de la norme générale habilitant à saisir le juge d'une requête, est difficilement perceptible lorsqu'ils exercent une action juridictionnelle motivée, directement ou non, par l'atteinte à un intérêt collectif supra-personnel ou même pluri-personnel (A), le recours à la notion de représentation est une option tentante, à défaut d'être pertinente, pour rendre compte de ses fondements juridiques (B).

A- L'incompatibilité entre l'intérêt collectif et l'intérêt personnel exclusif

158. Ce n'est pas « l'altruisme » supposé de la défense des intérêts collectifs qui permet à elle seule d'expliquer cette méfiance des juridictions, en particulier judiciaires, à l'égard de certaines formes d'actions collectives (1). Il semble que ce soit plutôt l'antagonisme conceptuel existant entre la notion d'intérêt collectif, lorsqu'il correspond à un intérêt supra-personnel, et celle d'intérêt personnel qui demeure au cœur des théories de l'action en justice et dont l'importance est même promue à la faveur de la fondamentalisation de cette prérogative (2).

1- Les limites de la distinction entre les intérêts collectifs « altruistes » et les intérêts collectifs « égoïstes »

159. La distinction entre les intérêts collectifs altruistes et égoïstes, qui fut élaborée pour rendre compte principalement, si ce n'est exclusivement, des variations de la jurisprudence judiciaire sur l'action des groupements privés en défense d'intérêts collectifs (a), n'est ni vraiment assurée, ni vraiment scientifique ou explicative (b).

a- La distinction entre les intérêts collectifs « égoïstes » et « altruistes »

160. De prime abord, la distinction que M. Louis Boré propose dans sa thèse entre des intérêts collectifs « égoïstes » et des intérêts collectifs « altruistes » a l'avantage, d'une part, de fournir la base d'une classification des différents intérêts collectifs que les groupements privés peuvent défendre en justice qui, compte tenu de son caractère binaire, est exhaustive et viable sur le plan logique. Cela permet sans doute de comprendre pourquoi cette présentation fut ensuite reprise dans les différents travaux traitant de la question de la défense des intérêts collectifs⁴¹⁴. D'autre part, elle permettrait aussi d'expliquer la différence de traitement existant en droit français entre les actions que les groupements privés peuvent introduire devant les juridictions administratives et judiciaires. En cela, l'opposition entre les intérêts collectifs « altruistes » et « égoïstes » aurait aussi cette valeur « scientifique » dont parlait Charles Eisenmann dans sa présentation des préceptes méthodologiques applicables aux classifications en science juridique⁴¹⁵. Pour l'auteur, une classification ne doit pas seulement être correcte d'un point de vue logique, elle doit aussi, et surtout, avoir un « intérêt intellectuel ou de connaissance », c'est-à-dire permettre « d'apprendre » ou de « révéler » « quelque chose d'important » concernant les objets classifiés⁴¹⁶. En somme, la

⁴¹⁴ V. Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, 1062 p. ; Nathalie BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 410, 2004, n° 189, p. 103 ; Cyril BLOCH, *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, 674 p. ; Maria-José AZARD BEAU, *Les actions collectives en droit de la consommation : étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, v. 121, 2013, 806 p. L'expression intérêt « altruiste » est aussi reprise par Mme Mathilde Boutonnet et M. Laurent Neyret dans leur étude sur le préjudice moral des associations de protection de l'environnement, mais ils l'opposent alors - ce qui sera discuté plus avant - à l'intérêt « catégoriel », en renvoyant néanmoins en note infrapaginale à la thèse de M. Louis Boré (Mathilde BOUTONNET, Laurent NEYRET, « Préjudice moral et atteintes à l'environnement », *D.*, 2010, p. 912).

⁴¹⁵ Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, tome XI, Logique du droit, 1966, p. 25 ; « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *Politique*, 1968, p. 5 reproduit in Charles EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Editions Panthéon Assas, coll. Droit public, 2002, p. 327 (c'est ce dernier article qui sera utilisé dans la suite des développements pour les citations).

⁴¹⁶ Charles EISENMANN, *art.précit.*, p. 331.

classification « doit permettre avant tout de réaliser une économie intellectuelle ou de suggérer une explication »⁴¹⁷.

161. M. Louis Boré élabore cette distinction lorsqu'il s'interroge sur le « fondement » de l'action des associations en défense d'intérêt collectif en dehors de toute « investiture étatique »⁴¹⁸. Evoquant alors la distinction, jusqu'alors traditionnelle selon lui, entre les « associations de défense » et la défense « une grande cause », il décide de s'écarter de cette terminologie contestable dans la mesure où les associations de protection de l'environnement, par exemple, sont elles aussi des « associations de défense » d'un intérêt⁴¹⁹. Il est possible de le rejoindre sur ce point et d'ajouter que le terme « grande cause » - qu'il ne discute pas en revanche - est tout aussi problématique dans la mesure où il introduit une dimension morale, subjective, qui rend difficile la différenciation entre les « petites » et des « grandes » causes. L'auteur fait ainsi le choix d'une classification centrée sur la nature des intérêts collectifs que les membres de l'association cherchent à défendre en recourant à une autre terminologie. Il fait alors le départ entre deux grandes « hypothèses » : la défense d'une somme d'intérêts « égoïstes » et la défense d'une somme d'intérêts « altruistes »⁴²⁰. D'après M. Paul Cassia⁴²¹, M. Louis Boré ne ferait alors que reprendre - sans le dire - la présentation faite par Luis A. Carvalho Fernandes dans *le Droit d'association* auquel renvoie Apostolos Iokimidis dans son article qui avait été publié dans le rapport public du Conseil d'État sur la liberté d'association⁴²². Néanmoins, ni le rapport du Conseil d'État - postérieur à la date de soutenance de la thèse - ni même cet ouvrage en date de 1992 ne sont mentionnés dans sa bibliographie. Au regard

⁴¹⁷ Michel TROPER, « Les classifications en droit constitutionnel », RDP, 1989, p. 950. Contestant la prétention scientifique des classifications en droit, M. Fabrice Melleray propose de remplacer cette valeur scientifique par une valeur qu'il nomme « conceptuelle » et qu'il définit comme étant à la fois une valeur « descriptive » et une valeur « explicative » (Fabrice MELLERAY, *thèse.précit.*, p. 18). Si la valeur descriptive correspond à la description du droit positif, l'auteur n'explique toutefois pas vraiment ce qu'il entend par « valeur explicative ». En effet, s'il précise ensuite qu'elle doit faciliter « la compréhension de ce droit positif », les références en note infrapaginale évoquent la distinction entre « expliquer » et « comprendre » et ne renvoient finalement qu'à une seule forme d'explication, à savoir l'explication causale sur le modèle nomologico-déductif. Selon ce modèle, un *explanandum*, c'est-à-dire un phénomène à expliquer, doit pouvoir être déduit d'un *explanans* qui contient notamment des lois universelles et générales. Dans l'article de Paul Amselek sur *La part de la science dans les activités des juristes* qui est cité par l'auteur (Paul AMSELEK, *La part de la science dans les activités des juristes*, D., 1997, p. 337), l'explication n'est effectivement envisagée qu'au prisme de la distinction que Wilhelm Dilthey faisait entre expliquer et comprendre, c'est-à-dire entre la méthode de recherche suivie dans le domaine des « sciences de la nature » et celle suivie dans le domaine des « sciences de l'esprit ». D'ailleurs, cela permet sans doute de récuser toute conception moniste de la méthode scientifique, mais non de disqualifier le caractère scientifique des études ne reprenant pas ce modèle d'explication causale (Sur ces questions, V. Alain VERGNIOUX, *L'explication dans les sciences*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, « Le Point philosophique », 2003, 468 p. ; Catherine COLLIOT-THELENE, « Expliquer/comprendre : relecture d'une controverse », *Espaces Temps*, 2004, p. 6).

⁴¹⁸ L'expression n'est alors pas très heureuse car l'investiture « jurisprudentielle » par le juge judiciaire ou administratif qui est présentée ensuite dans ce chapitre par M. Louis Boré doit aussi être regardée comme une investiture étatique, sauf à considérer que le juge n'est pas un organe étatique. La notion de « fondement », quant à elle, n'est pas toujours très claire. Ainsi, il s'interroge, par exemple, sur le « fondement » d'une action qu'il vient de présenter comme fondée « sur l'atteinte aux intérêts égoïstes des membres » (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 103, p. 88). Dans les développements subséquents, l'auteur parle néanmoins explicitement de « fondement juridique » (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 104, p. 89), mais il évoque alors aussi bien le fondement juridique, tel qu'il a été défini ici, que des conditions d'application de ce dernier (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 104-114, p. 89-97) et semble parfois s'intéresser plutôt aux motifs apparents des requêtes (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 120-122, p. 102-106).

⁴¹⁹ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 98, p. 83.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ Paul CASSIA, *thèse.précit.*, p.935.

⁴²² Conseil d'État, *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Doc.Fr., EDCE, 2000, 430 p.

de cette même bibliographie, il est plus probable que cette terminologie ait été inspirée par celle utilisée par Léon Michoud qui, analysant la distinction entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif dans le premier tome de *La théorie de la personnalité morale*, faisait le départ entre les groupements à but « égoïste », ne visant que la commodité de leurs membres, et ceux à but « idéal »⁴²³.

162. Au titre des actions tendant à la satisfaction d'un intérêt collectif « égoïste », l'auteur évoque ainsi celles des « ligues de défense », c'est-à-dire des actions des groupements en défense des intérêts personnels de ses membres ou, plus précisément, motivées directement par une atteinte à un tel intérêt et dont la Chambre civile de la Cour de cassation a admis, nonobstant l'absence de mandat expresse, la recevabilité de principe dans son arrêt du 25 novembre 1929⁴²⁴. Pour évoquer les actions « altruistes », l'auteur se réfère au recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives, et plus précisément au recours contre des actes d'organisation d'un service public⁴²⁵, ou encore aux actions des fédérations départementales de chasse contre les infractions en matière de chasse ou des actions en responsabilité extracontractuelle d'associations de protection de l'environnement du fait de la mort d'un volatile, qui demeuraient, malgré la multiplication des exceptions, irrecevables en principe⁴²⁶.

163. L'auteur avance alors que ce « rejet des actions en justice altruistes a une origine lointaine : elle trouve sa source dans la vision égoïste et matérialiste de l'homme qu'avaient les fondateurs de notre droit privé moderne, vision qui n'a pas été celle du droit administratif »⁴²⁷. C'est en cela que la classification des intérêts collectifs fournie par M. Louis Boré permettrait de rendre compte de façon logique et exhaustive des différents intérêts collectifs susceptibles d'être défendus par les groupements privés devant les juridictions administratives et judiciaires et mettrait aussi à jour l'explication du traitement différencié dont ces différentes actions peuvent faire l'objet entre les juridictions administrative et judiciaire ainsi qu'au sein des juridictions judiciaires elles-mêmes.

b- La discussion de l'utilité de la distinction entre des intérêts collectifs « égoïstes » et « altruistes »

164. Si la valeur scientifique ou explicative de toute classification en droit est sujette à caution⁴²⁸, et même si l'auteur prend soin de ne parler que d'irrecevabilité de « principe », force est de constater que

⁴²³ Léon MICHOU, *op.cit.*, t.1, n° 102, p. 278.

⁴²⁴ Admettant la recevabilité d'une action en responsabilité exercée par une association regroupant des consommateurs de gaz et d'électricité, la Chambre civile a alors souligné que « les consommateurs du gaz et de l'électricité peuvent faire collectivement ce que chacun ne pouvait faire antérieurement qu'à titre individuel » (Civ., 25 novembre 1929, *DH*, 1930, I, p. 29). Ainsi que le note M. Louis Boré, et comme cela sera développé par la suite (cf. Chapitre 1 du titre 1 de la seconde partie), c'est effectivement cet arrêt qu'il convient de retenir comme première application de la jurisprudence dite des « ligues de défense » devant les juridictions civiles et non celui du 23 juillet 1918 rendu par cette même chambre civile (Civ., 23 juillet 1918, *DP*, 1918, I, p. 52), bien qu'il lui ait fourni sa motivation (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 103, p. 87-88).

⁴²⁵ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 117, p. 99.

⁴²⁶ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 118-119, p. 99-101.

⁴²⁷ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 123, p. 106.

⁴²⁸ En effet, sauf à verser dans une forme de jusnaturalisme, il est difficile de se contenter, en droit, du modèle nomologico-déductif de l'explication scientifique (V. Michel TROPER, *art.précit.*, p. 950).

l'explication qu'il suggère ainsi demeure encore trop simplificatrice. D'une part, elle offre une vision à la fois partielle du contentieux administratif, qui ne serait que juridictionnel et limité au contentieux de l'excès de pouvoir permettant aux associations de défendre des intérêts collectifs altruistes, et caricaturale du droit administratif qui se serait développé en vase clos⁴²⁹. L'explication est elle-même partielle puisqu'elle laisse de côté l'hostilité que ces mêmes juridictions, y compris celles appliquant le code civil, ont pu manifester à l'égard des actions en défense d'intérêts égoïstes. En effet, cette jurisprudence des ligues de défense est demeurée confinée aux juridictions judiciaires civiles et, plus précisément encore, à l'action en responsabilité civile extracontractuelle devant elles⁴³⁰, du moins devant les juridictions françaises.

165. En outre, une telle différence de traitement n'est pas propre aux juridictions judiciaires françaises appliquant le code civil. Elle se dessine aussi dans le traitement qui est réservée à l'action collective des groupements par d'autres juridictions ou système de protection comme, par exemple, au niveau européen.

166. Ainsi, des actions collectives similaires à celles des « ligues de défense » - que MM. Louis-Edmond Pettiti et Olivier de Schutter présentent comme des « requêtes en représentation conjointe »⁴³¹ - furent admises progressivement par la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme, alors même qu'elles semblaient aller à l'encontre de la lettre et de l'esprit des stipulations organisant la saisine de ce système de contrôle qui s'est peu à peu juridictionnalisé⁴³². En effet, si cette saisine est ouverte aux « organisations non gouvernementales » - qui correspondent aux groupements privés étudiés ici - au même titre qu'aux personnes physiques ou qu'à ces groupes informels que sont les « groupes de particuliers », ses conditions sont inspirées par le modèle individualiste de l'action qui postule une confusion des qualités de bénéficiaires et de titulaires des droits⁴³³. Il est ainsi exigé que ces requérants

⁴²⁹ V. notamment, Benoît PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Editions-Panthéon Assas, coll. Droit public, 2003, 880 p. M. Louis Boré affirme ainsi que, tandis que l'hostilité à l'altruisme imprégnant le code civil contaminait le code de procédure civile et le code d'instruction criminelle, le contentieux administratif était, quant à lui, « encore dans les limbes et ne devait s'affirmer qu'à la fin du XIX^e siècle ». Il ajoute alors « que sa naissance plus tardive lui permit d'adopter une position plus ouverte à l'égard des groupements à but altruiste, lorsque ceux-ci firent irruption sur la scène juridique » (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 125, p. 110). Un peu plus loin, il ajoute encore qu'« on ne saurait oublier que notre droit privé moderne est né dans les bureaux de l'empire napoléonien, tandis que le droit administratif s'est affirmé avec le retour de la république (la troisième) en France » (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 127, p. 111, ndbp n° 115). C'est donc à partir de la vision - somme toute discutable - d'un contentieux administratif seulement juridictionnel et d'un droit administratif seulement républicain que l'auteur explique cette différence de traitement entre les juridictions administratives et judiciaires.

⁴³⁰ Les juridictions administratives (CE, 7 mai 1947, *Association des sinistrés de Roubaud*, n° 75006, Rec. Lebon, p. 181) comme les juridictions judiciaires pénales (Crim., 16 décembre 1954, *D.*, 1955, p. 287), au moins dans un second temps (Crim., 3 janvier 1925, Bull. crim., n° 5), ont ainsi refusé que les associations puissent exercer de telles actions en responsabilité. (Sur ces différents courants jurisprudentiels, V. Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 101-102, p. 84-87).

⁴³¹ Louis-Edmond PETTITI, Olivier de SCHUTTER, « Le rôle des associations dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *JTDE*, 1996, p. 146. Ils présentent la requête en représentation conjointe comme une requête que le groupement - ou « l'organisation non gouvernementale » - introduit « en son nom propre, afin d'assurer la défense de ses membres individuels dont elle assure la représentation conjointe ».

⁴³² Sur les « groupes de particuliers », V. Frédéric SUDRE, Hélène SURREL, Laure MILANO, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2019, 14^e édition, n° 201, p. 306.

⁴³³ Pour reprendre la distinction que fait M. Otto Pfersmann entre le bénéficiaire des droits fondamentaux entre les « titulaires » et les « bénéficiaires » des droits fondamentaux (Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, Annabelle PENA-SOLER, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI, Jérôme TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis. 7^e édition, 2015, n° 114, p. 98). Par

allèguent d'une violation, par l'un des Etats parties, de l'un des droits qu'ils tiennent eux-mêmes de la Convention ou de ses protocoles⁴³⁴, ce qui limite *a priori* la possibilité pour les groupements d'engager des actions collectives, y compris des actions motivées par une atteinte à l'intérêt collectif pluri-personnel de leurs membres. Néanmoins, dans un premier temps, lorsqu'elle fut saisie d'une requête émanant d'une organisation non gouvernementale alléguant d'une violation des droits que ses membres tiennent de la Convention en raison d'une mesure ne s'appliquant qu'aux personnes physiques, la Commission, tout en relevant son irrecevabilité, accepta au moins de la requalifier en requêtes émanant d'un « groupe de particuliers », laissant entendre qu'elle pourrait alors être recevable si elle faisait bien état de plusieurs cas concrets de violation⁴³⁵. Dans un deuxième temps, la plasticité de cette notion autonome de « victime » fut mise à contribution pour reconnaître cette qualité aux groupements alléguant d'une violation que leurs membres auraient subie s'agissant de certaines libertés s'exerçant collectivement, en l'occurrence la liberté de pensée, de conscience et de religion garantie par l'article 9⁴³⁶ et la liberté de se regrouper, à titre permanent ou non, telle que garantie par l'article 11⁴³⁷. Enfin, dans son arrêt *Gorraiz Lizarraga* du 27 avril 2004⁴³⁸, la Cour a élargi cette possibilité d'action collective devant elle puisqu'elle a reconnu la qualité de victime à une association qui alléguait d'une atteinte aux stipulations de l'article 6§1 de la Convention tout en considérant que celle-ci, qui avait été créée justement pour défendre en justice les intérêts particuliers de ses membres auxquels un projet de barrage risquait de porter atteinte, n'avait pas défendu ses propres droits « de caractère civil » devant les juridictions nationales. En revanche, et c'est là que la différence de traitement apparaît, la Cour n'est toujours pas disposée à reconnaître la compatibilité *ratione personae* avec la Convention de requêtes qui pourraient passer comme la consécration d'une forme d'*actio popularis*. Ainsi, quoique sa jurisprudence ait pu récemment fluctuer sur ce point à propos des associations de protection de l'environnement⁴³⁹, elle reste globalement hostile aux requêtes qui peuvent émaner d'une

« bénéficiaires » des droits fondamentaux, l'auteur entend « l'ensemble des personnes auxquelles est attribuée une permission d'agir constitutive du DF [droit fondamental] en question » (*Ibid.*). Quant aux « titulaires », ils correspondent à « l'ensemble des organes à habilités à saisir l'instance juridictionnelle chargée du contrôle des normes de concrétisation des DF [droits fondamentaux] » (*Ibid.*).

⁴³⁴ V. l'ancien article 25 et l'actuel article 34 de la CESDHLF.

⁴³⁵ Comm. EDH, 4 mai 1983, *Syndicat X c. France*, n° 9900/82. En l'espèce, un syndicat d'enseignants estimait que le décret du 26 novembre 1906, qui imposait aux fonctionnaires de l'enseignement secondaire de résider dans la localité même où ils enseignent, constituait une atteinte au droit au libre choix de la résidence que l'article 2 du Protocole n° 4 de la Convention garantissait à ces fonctionnaires.

⁴³⁶ Revenant sur la position qu'elle avait exprimée le 17 décembre 1968 dans sa décision *Eglise de Scientologie c. Royaume-Uni* (Comm. EDH, 17 décembre 1968, *Eglise de Scientologie c. Royaume-Uni*, n° 3798/68), la Commission a ainsi considéré, dans sa décision du 5 mai 1979 *X and Church of Scientology c. Sweden*, que la distinction entre une église et ses membres est, au sujet de l'article 9§, « essentiellement artificielle », ajoutant que « lorsqu'un organe ecclésial introduit une requête en vertu de la Convention, il le fait en réalité au nom des fidèles » et qu'« il faut en conséquence admettre qu'un tel organe est capable de posséder et d'exercer à titre personnel, en tant que représentant des fidèles, les droits énoncés à l'article 9, paragraphe 1 » (Comm. EDH, 5 mai 1979, *X and Church of Scientology c. Sweden*, n° 7805/77). Cette jurisprudence ne fut ensuite pas infirmée par la Cour lorsqu'elle eut à se prononcer sur la requête d'une Eglise qui alléguait, notamment, que cette liberté avait été violée par le refus des juridictions nationales de lui reconnaître la qualité de sujet de droit et la capacité d'ester en justice (CEDH, 16 décembre 1997, *Eglise catholique de la Canée c. Grèce*, n° 25528/94).

⁴³⁷ Comm. EDH, 15 mars 1984, *Association A et H c. Autriche*, n° 9905/82.

⁴³⁸ CEDH, 4^e section, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et a. c. Espagne*, n° 62543/00.

⁴³⁹ Sur ce courant jurisprudentiel et ses implications sur la perception qu'il est possible d'avoir sur l'action collective des groupements devant les juridictions nationales, cf. *Infra*, n° 290-295, 298.

association « à but idéal »⁴⁴⁰, estimant qu'elle « ne saurait se prétendre elle-même victime de mesures qui auraient porté atteinte aux droits que la Convention reconnaît à ses membres »⁴⁴¹ et qu'elle ne peut, tout au plus, que « se plaindre d'ingérences ayant pour conséquence le départ d'un certain nombre de membres et une perte de prestige de l'association elle-même »⁴⁴².

167. Au-delà même de ces considérations, l'opposition entre les intérêts collectifs égoïstes et altruistes, telle qu'elle est établie par M. Louis Boré, n'est de toute façon pas non plus satisfaisante sur le seul plan logique. Assez floues, les définitions retenues de ces deux catégories d'intérêts collectifs, qui sont donc censées servir de base à leur classification, sont en réalité évolutives et, sans même qu'il soit besoin de s'engager dans un débat, sans doute intéressant mais ici hors de propos, sur les notions d'altruisme et d'égoïsme et leur opposition, ne sont pas mutuellement exclusives l'une de l'autre.

168. Il est effectivement moins évident qu'il n'y paraît de savoir ce que recouvrent exactement l'égoïsme et l'altruisme pour l'auteur puisqu'il ne définit explicitement que l'altruisme comme la « propension à aimer et aider son prochain ». De prime abord, il semble avoir ainsi fait le choix d'une définition qui ne met pas en avant la dimension désintéressée de l'altruisme, qui est pourtant explicite dans d'autres définitions⁴⁴³, et préfère souligner l'étymologie latine de ce mot, « *alter* », qui implique la reconnaissance d'une altérité. Pourtant, la défense de l'intérêt d'autrui peut très bien être intéressée pour celui qui s'y engage. En réalité, le désintéressement n'est pas totalement absent de sa définition et la réintègre, plus ou moins subrepticement, au cours de ses développements.

169. En effet, d'une part, M. Louis Boré affirme ensuite que la défense des intérêts collectifs altruistes recouvre les hypothèses que M. Serge Guinchard identifiait dans son article de 1990 comme la défense d'une « grande cause »⁴⁴⁴. Or, ce dernier expliquait alors qu'il y a une dimension altruiste dans la défense d'une « grande cause » par une association en ce que celle-ci est indépendante de la lésion de l'intérêt des membres⁴⁴⁵, ce qui apparaît alors comme une absence d'intérêt personnel. D'autre part, M. Louis Boré s'appuie très largement sur un article de Xavier Martin intitulé « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme »⁴⁴⁶ pour démontrer ensuite l'hostilité des juridictions judiciaires à l'égard des actions en défense d'un intérêt « altruiste ». Or, dans cet article, l'altruisme suscitant tant de méfiance est bien assimilé au désintéressement. Enfin, au cours de ses développements dans sa thèse, l'altruisme est même

⁴⁴⁰ CEDH, 2^e section, 28 juin 2011, *Ligue des musulmans de Suisse et a. c. Suisse*, n° 66274/09.

⁴⁴¹ CEDH, 3^e section, 29 février 2000, *L'association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et a. c. France*, n° 45053/98, § 18 ; CEDH, 5^e section, 13 décembre 2011, *Association Greenpeace France c. France*, n° 55243/10.

⁴⁴² CEDH, 4^e section, 2 août 2001, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, n° 35972/97, § 15 ; CEDH, 2^e section, 28 juin 2011, *Ligue des musulmans de Suisse et a. c. Suisse*, n° 66274/09.

⁴⁴³ Par exemple : « disposition à s'intéresser et à se dévouer à autrui . Philosophique : doctrine considérant le dévouement à autrui comme la règle idéale de la moralité, contr. Egoïsme » (*Le nouveau Petit Robert*, 2007 p. 75) ; « propension à s'occuper avec désintéressement d'autrui. En philosophie : doctrine qui place le dévouement à autrui comme valeur suprême » (*Le nouveau Littré*, 2004, p. 57) ; « tendance à s'intéresser aux autres, à se montrer généreux et désintéressé » (*Le petit Larousse illustré*, 1990, p. 56).

⁴⁴⁴ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 98, p. 83.

⁴⁴⁵ Serge GUINCHARD, « L'action de groupe en procédure civile française », *RIDC*, 1990, p. 613.

⁴⁴⁶ Xavier MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHD*, 1982, p. 589.

présenté par Louis Boré lui-même comme synonyme de « désintéressement »⁴⁴⁷. Ce faisant, il apparaît que ses définitions sont composées de deux éléments qui sont censés servir de critères de classification des différents intérêts collectifs susceptibles d'être défendus. Autrement dit, il y a un élément explicite, la condition d'altérité, et un élément implicite, la condition de désintéressement.

170. Il n'oppose alors pas les actions qui viseraient exclusivement la défense des intérêts de tiers à celles qui viseraient exclusivement la défense des intérêts des membres de l'association. Il semble effectivement difficile d'admettre, par exemple, qu'une association se donnant pour but de défendre un intérêt comme la protection de l'environnement ou celle des consommateurs ne défende pas dans le même temps l'intérêt de ses membres. Ce faisant, il se rapproche un peu de la distinction de Luis A. Carvalho Fernandes entre les groupements égoïstes et altruistes, qui est toutefois moins tranchée que peuvent le laisser croire MM. Paul Cassia et Apostolos Ioakimidis dans leurs notes infrapaginales respectives, puisqu'une association est, pour lui, « altruiste » dès lors qu'elle vise « également, ou exclusivement, les intérêts des tiers ». C'est néanmoins l'omniprésence de l'intérêt des membres du groupe qu'il semble, pour sa part, envisager puisqu'il estime, dans la suite de ses développements, que la recevabilité d'une action en défense d'intérêts collectifs altruistes peut être « fondée » sur l'objet social d'une association ou sur l'intérêt des membres de cette dernière⁴⁴⁸. En revanche, l'auteur ne précise alors pas explicitement si une action égoïste doit bien, par opposition, être regardée comme une action visant exclusivement à la défense des intérêts des membres de l'association. Cela aurait permis de tracer nettement la frontière entre les deux actions et d'éviter ainsi la reconnaissance d'une catégorie mixte d'action, même si cela est aussi discutable que de considérer qu'une action désintéressée ne saurait bénéficier aussi aux membres de l'association puisqu'après tout, l'action en défense d'un intérêt personnel contribue aussi à la défense de la légalité. À la place, l'auteur se contente de préciser que l'intéressement dont il est alors question est de nature « pécuniaire »⁴⁴⁹, ce qui demeure là aussi assez flou, d'autant plus qu'il ne dit même pas comment il doit être apprécié ou, plutôt, il fait sans cesse varier les perspectives. Tantôt il met la focale sur le but du groupe, pour en déduire la nature de l'intérêt que son action tend à défendre⁴⁵⁰, tantôt celui de son action, ce qui n'est pas nécessairement la même chose, en changeant alors même au passage le titulaire de l'intérêt dont la satisfaction lui donne une coloration altruiste.

171. Dans un premier temps, lorsqu'il s'interroge sur le domaine de l'action en défense d'intérêts collectifs altruistes, il semble ainsi s'attacher au but apparemment poursuivi par le groupement pour apprécier la nature de l'intérêt collectif qu'il défend dans le cadre d'une action. Ainsi, pour ranger le recours pour excès de pouvoir qui avait été exercé par le syndicat des propriétaires et contribuables du

⁴⁴⁷ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 128, p. 113.

⁴⁴⁸ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 121, p. 105.

⁴⁴⁹ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 128, p.113.

⁴⁵⁰ En lui-même un tel raisonnement est déjà discutable car, si le groupement est bien tenu en principe d'exercer une action rentrant dans le champ de son objet social, rien n'empêche, par exemple, une association avec un but altruiste d'engager une action pour défendre un intérêt patrimonial qui lui est propre.

quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli parmi les actions en défense d'intérêts altruistes, il note qu'« il s'agissait bien d'une association à but altruiste puisqu'elle avait pour but un intérêt qui dépassait ses seuls et uniques membres et qui intéressait tous les habitants du quartier »⁴⁵¹. Un peu plus loin, lorsqu'il démontre le lien entre l'irrecevabilité de principe des actions tendant à défense des intérêts collectifs altruistes et la traditionnelle hostilité du droit civil français à l'égard de l'altruisme, il se focalise à nouveau sur le but des groupements requérants mais explique que les associations et syndicats suscitaient la méfiance car ils n'avaient pas pour but « l'enrichissement de leurs membres »⁴⁵². C'est alors plus précis encore que la seule défense des intérêts des membres et cela préfigure l'introduction du critère de la nature pécuniaire ou non de l'intérêt défendu qui apparaît explicitement un peu plus loin dans ses développements. Il brouille alors totalement la distinction qu'il essaie d'établir puisque, eu égard au but non lucratif des associations, toute action en défense d'intérêt collectif de leur part devrait être ainsi regardée comme poursuivant, en principe, un but altruiste, au sens où il l'entend, et susciter l'hostilité des juridictions⁴⁵³.

172. Dans la suite de ses développements, l'auteur laisse parfois de côté le but apparent ou la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale de l'intérêt défendu par le groupement dans ses statuts, mais il s'attache bien à la « satisfaction » procurée par son action en précisant alors qu'elle n'est que « morale » s'agissant d'une action en défense d'un intérêt altruiste⁴⁵⁴. Cela n'est pas un critère plus satisfaisant eu égard aux conditions de réparation des atteintes aux intérêts collectifs dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle. En effet, en prenant le point de vue des associations requérantes, l'ensemble de leur recours en responsabilité, exception faite des actions de substitution, devraient être regardées comme défendant un intérêt égoïste puisque ce sont elles qui bénéficieront d'une éventuelle réparation pécuniaire, qui en tireront, au moins immédiatement, une satisfaction pécuniaire. En revanche, en prenant comme point de référence la satisfaction des membres de ces associations, y compris de celles constituées comme des ligues de défense, c'est le résultat contraire qui peut être obtenu.

173. L'introduction du chapitre exposant cette distinction donne des clefs de lecture mais jette aussi le trouble puisque M. Louis Boré y écrit que « les associations de défense des intérêts égoïstes de leurs membres » « restent des groupements à but altruiste » car « elles n'agissent pas pour leur enrichissement personnel mais pour la réparation des dommages subis par leur membres »⁴⁵⁵. Il ressort alors que, contrairement à ce que laissent à penser ses développements sur le domaine des actions altruistes, c'est plutôt le but poursuivi par l'action qui prime puisqu'il rétroagit, en quelque sorte, sur celui poursuivi par

⁴⁵¹ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 117, p. 99.

⁴⁵² Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 127, p. 111.

⁴⁵³ L'auteur affirme d'ailleurs dans un autre passage que la « spécificité » des associations tient justement au fait qu'elles sont des « groupements à but altruiste » sans opérer aucune distinction (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 120, p. 103). À un autre moment, il concède même que les « ligues de défense » puissent, mais semble-t-il encore pour d'autres raisons, être regardées comme des « groupements à but altruiste » (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 98, p. 83).

⁴⁵⁴ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 128, p.112.

⁴⁵⁵ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 98, p. 83.

le groupement requérant. En outre, n'ignorant rien des conditions dans lesquelles les atteintes aux intérêts collectifs sont alors indemnisées, et qui permettent de considérer que ces actions ont pour but essentiel la satisfaction de l'intérêt personnel du groupement, l'auteur semble ainsi considérer le but médiat de l'action. Néanmoins, en évoquant ainsi la satisfaction médiate des intérêts des membres dans le cadre des « ligues de défense », il fragilise encore sa distinction puisqu'il montre bien que toute action peut être regardée comme altruiste.

174. A d'autres moments, en s'appuyant toujours sur le but médiat de l'action, il semble plutôt adopter le point de vue des membres du groupements. Tel est le cas lorsque, prenant en quelque sorte le négatif de la motivation des arrêts rendus par la Chambre civile sur les actions des ligues de défense, il estime qu'il y a, dans le cadre de la défense d'intérêts collectifs altruistes, création de droits nouveaux, d'une action nouvelle avec la création de l'association⁴⁵⁶. Une telle assertion est, au passage discutable, car elle repose finalement sur l'idée que les personnes appartenant aux groupements, d'une part, ne peuvent être que des personnes physiques, et, d'autre part, que ces dernières sont confinées à la défense de leurs intérêts individuels, la défense d'intérêts collectifs altruistes étant finalement l'apanage des seuls groupements⁴⁵⁷. Or, si au moyen d'associations, des individus peuvent effectivement défendre devant le juge un intérêt qui aurait été trop diffus pour pouvoir être défendu par une personne physique isolée, il est des hypothèses dans lesquelles ils peuvent eux-mêmes défendre un intérêt qui ne leur ait pas propre.

175. Finalement, il est difficile de savoir ce que recouvre exactement le « *désintéressement* » et par là même ce qui peut séparer, sur ce point, l'altruisme de l'égoïsme dans la classification de M. Louis Boré. Quant à l'élément explicite de ces définitions, c'est-à-dire la condition d'altérité, il n'est d'aucun secours pour clarifier cette classification et rendre ces définitions opératoires.

176. L'altérité peut effectivement se retrouver même en présence d'une action qui tendrait à défendre exclusivement les intérêts pécuniaires des membres de l'association. Léon Michoud, qui faisait de la dissociation entre intérêt collectif et intérêt individuel le moteur de la personnification, estimait ainsi qu'il était possible d'opérer une telle dissociation en présence d'un but égoïste. Pour cela, il introduisait néanmoins un autre paramètre que Louis Boré occulte lui totalement : la composition du groupement. Dès lors que le groupement a un « personnel variable »⁴⁵⁸, que les bénéficiaires de telles actions ne sont donc pas fixes et identifiables, il y a bien une opposition potentielle entre l'intérêt collectif du groupement et les intérêts individuels et, ce faisant, une altérité possible en présence d'une association ayant un but égoïste. Au reste, c'est n'est pas un but « altruiste » que Léon Michoud opposait à ce but égoïste mais un but « idéal »⁴⁵⁹. En tout état de cause, sans même qu'il soit besoin de se rallier aux théories de Léon

⁴⁵⁶ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 122, p. 105-106.

⁴⁵⁷ Partant ainsi du constat qu'il existe un « monopole » de l'altruisme au profit des associations, l'auteur souhaite même qu'il soit maintenu (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 132, p. 116).

⁴⁵⁸ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 73, p.170.

⁴⁵⁹ Prenant en compte ce paramètre de la composition, M. Olivier de Schutter fait ainsi une distinction plus fine, mais tripartite, entre les groupements intéressés, quasi-intéressés et totalement désintéressés (Olivier de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits*

Michoud, force est de constater que la défense par une personne morale de l'intérêt d'une autre personne, même s'il s'agit de l'un de ses membres, met toujours en présence au moins deux personnes et remplit donc cette condition d'altérité. M. Louis Boré l'admettait d'ailleurs lui-même dans son paragraphe introductif lorsqu'il écrivait que les « associations de défense » restent « des groupements à but altruiste »⁴⁶⁰. Il n'allait toutefois pas au bout de son idée dans la suite de ses développements puisqu'il réservait son analyse de l'incompatibilité entre les présupposées civilistes et l'altruisme à l'action des associations défendant des intérêts collectifs dits altruistes alors qu'un tel raisonnement était finalement tout aussi valable s'agissant de la défense d'une somme d'intérêts individuels par une association. Enfin, s'il fallait considérer qu'il n'y a d'altérité qu'en présence d'une autre personne juridique, des actions telles que celles engagées pour la défense de la nature ou encore du groupe des consommateurs dans leur ensemble ne pourraient être regardées, au moins au premier abord, comme des actions en défense d'intérêts « altruistes ».

177. Finalement, après analyse de ces critères de définition, il apparaît que l'hostilité à l'égard de l'altruisme, dont il fait état à la fin de ses développements, pourrait s'appliquer à l'ensemble des actions menées par les associations et ne saurait donc permettre, à elle seule, d'expliquer cette différence de traitement opérée par les juridictions civiles. En réalité, la différence de traitement que perçoit M. Louis Boré à travers sa classification des intérêts collectifs trouverait sa source dans un problème à la fois plus profond et plus technique qui est la personnalisation des intérêts collectifs supra-personnels. Au reste, il ressort bien des différentes présentations qui sont faites de la défense des intérêts collectifs dans les manuels de contentieux administratif comme de procédure civile, que c'est ce point qui fait débat entre les auteurs, certains présentant ainsi l'action collective comme une dérogation à l'exigence du caractère personnel - ou propre - de l'intérêt pour agir, ou du préjudice dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle⁴⁶¹, tandis que d'autres non.

- 2- L'incompatibilité conceptuelle occultée par la distinction entre les intérêts collectifs « altruistes » et les intérêts collectifs « égoïstes »

178. Il semble que la raison - ou plutôt l'une des raisons - susceptible de justifier la défiance des juridictions, en particulier judiciaires, à l'égard des actions collectives consistant en la défense d'un intérêt collectif supra-personnel tiennent plutôt à la difficulté qu'il y a à concevoir qu'un tel intérêt puisse servir de *substratum* à un droit subjectif (a). En effet, malgré la dissociation progressive du droit substantiel et de l'action, la titularité d'un intérêt personnel exclusif par le requérant, qui serait susceptible d'être le substrat

fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999, p. 681-682).

⁴⁶⁰ Louis BORÉ, *thèse précit.*, n° 98, p. 83.

⁴⁶¹ Par exemple, Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. Droit public, science politique, 7^e édition, 2001, p. 764.

d'un droit subjectif, apparaît toujours comme l'une des sous-conditions d'application des différentes normes générales susceptibles de fonder juridiquement le droit d'agir en justice. Certes, la titularité d'un tel intérêt personnel par les groupements requérants peut aussi être discutée lorsqu'ils agissent comme « ligues de défense ». Toutefois, son existence est alors au moins concevable et, en cela, de telles actions perturbent sans doute moins le modèle individualiste de l'action en justice que celles motivées par une atteinte à un intérêt collectif supra-personnel (b).

a- L'incompatibilité entre le droit subjectif et l'intérêt collectif supra-personnel

179. Une étude de l'incompatibilité entre le droit subjectif et l'intérêt supra personnel se heurte à plusieurs difficultés. En premier lieu, elle suppose de disposer d'une définition du « droit subjectif » ou même d'une définition qui fasse consensus, qu'il s'agisse alors du « droit privé subjectif » ou du « droit public subjectif », c'est-à-dire prenant pour objet la puissance publique⁴⁶². Or, comme ceci fut dit précédemment, il s'agit d'une notion qui, ponctuellement évoquée en droit positif, est d'origine doctrinale et dont les contours ne font l'unanimité ni chez ses zéloteurs ni chez ses détracteurs.

180. Ce sont alors généralement trois conceptions qui sont distinguées⁴⁶³ : la conception volontariste, mettant en avant le pouvoir de la volonté, la conception finaliste, mettant en avant la notion d'intérêt, et la conception « mixte » du droit subjectif faisant intervenir à la fois la volonté et l'intérêt. La première conception, qui est désignée comme la *Willenstheorie*, est alors associée aux noms de Friedrich Carl von Savigny et de Bernhard Windscheid. Savigny voyait dans le droit « un pouvoir de volonté » - une *Willensmacht* -, ajoutant que « dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous »⁴⁶⁴ et Windscheid précisa que ce droit subjectif n'était pas seulement une puissance de volonté mais aussi une souveraineté de volonté - *Willensherrschaft* -, la volonté du sujet n'intervenant pas seulement pour mettre en exécution les normes de l'ordre juridique, mais aussi pour les produire⁴⁶⁵. La deuxième conception renvoie quant à elle à la doctrine dite de l'*Interessdogma* de Rudolf Von Jhering. Partant du constat que des droits sont reconnus aux enfants et aux « insensés », ce dernier estimait alors que « le véritable ayant-droit est celui qui peut prétendre non à vouloir, mais à profiter » et que « deux

⁴⁶² Là encore les définitions peuvent varier. Roger Bonnard, pour sa part, évoquait des « droits opposables dans les rapports juridiques entre l'État et les particuliers », se distinguant des droits privés subjectifs que « les particuliers peuvent s'opposer dans leurs rapports juridiques » (Roger BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDJ*, 1932, p. 697)

⁴⁶³ V. en sens, Octavian IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Sirey, Paris, 1931, n° 38-51, p. 77-97 ; Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. 2007, p. 56-80 ; comp. Jean-Christophe SAINT-PAU, « Qualification de droit subjectif », in Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, coll. Traité, 2013, n° 393-408, p. 239-249).

⁴⁶⁴ Friedrich CARL Von SAVIGNY, *Traité de droit romain. Traduit de l'allemand par M. Charles Guenoux*, Paris, Librairie de Firmin Didot frères, 1855, t. 1, § IV, p. 7.

⁴⁶⁵ Bernhard WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, Francfort, 8^e édition, 1900, t. 1, § 37, p. 130-131, exposée in Jean DABIN, *op.cit.*, p. 59). Il restait toutefois que cette sphère d'épanouissement individuel demeurait encadrée et strictement limitée, dans le cadre d'un paradigme organiciste, par l'ordre juridique et, qu'appliquée à la souveraineté de l'État, semblait légitimer son omnipotence face à des individus réduits au rang d'objet de cette volonté et ne disposant que de droits concédés (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 334-339, p. 309-317).

éléments constituent le principe du droit ; l'un substantiel, dans lequel réside le but pratique du droit, et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit, l'autre formel qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, à savoir : la protection du droit, l'action en justice », ce qui donne cette définition devenue célèbre « les droits sont des intérêts juridiquement protégés »⁴⁶⁶. Enfin, c'est à Georg Jellinek qu'est attribuée la doctrine mixte, c'est-à-dire cette combinaison de l'élément « formel », que constitue la puissance de volonté, et l'élément « matériel » que constitue l'intérêt. Il était ainsi défini comme « le bien ou l'intérêt protégé par une force de volonté appartenant à l'homme, ou plutôt par un pouvoir de vouloir appartenant à l'homme » puis comme « une puissance de vouloir appartenant à l'homme et dirigée vers un bien ou un intérêt en tant que reconnue et protégé par l'ordre juridique »⁴⁶⁷. Cette doctrine mixte fit ensuite florès en France mais selon des agencements qui, là aussi, diffèrent d'un auteur à l'autre ou, parfois, d'une publication à l'autre pour un même auteur. Elle s'est ainsi retrouvée en France notamment dans les écrits de Léon Michoud, qui privilégia dans sa définition la volonté⁴⁶⁸ puis l'intérêt⁴⁶⁹, ou Joseph Barthélémy lorsqu'il écrivait que « c'est la puissance de volonté du sujet sur un intérêt » qui caractérise le droit subjectif, puissance s'exerçant « par le moyen de l'action en justice »⁴⁷⁰.

181. Il reste qu'une telle typologie est sans doute elle-même trop simplificatrice et artificielle. En effet, à l'analyse, toute conception peut se révéler mixte. Jhering n'a ainsi jamais totalement congédié l'élément formel, volitif du droit subjectif⁴⁷¹ et, comme le rappelait Jean Dabin, Bernhard Windscheid concédait que « sans doute, l'ordre juridique n'accorde de droits qu'en vue de la satisfaction des intérêts de ceux auxquels il les accorde »⁴⁷². Il est en outre possible de faire encore d'autres distinctions, comme selon le

⁴⁶⁶ Rudolf Von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement. Traduit sur la 3^e édition allemande par Octave de Meulenaere*, Paris, Marescq, Aîné, 1880, t. 4, § 71, p. 319-326) (en italique dans le texte).

⁴⁶⁷ Georg JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, JCB, Mohr, 1^{ère} édition, 1892, p. 42 ; 2^e édition, 1905, p. 44 traduit in Raymond SALEILLES, *De la personnalité morale. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes publiques*, Paris, A. Rousseau, 2^e édition, 1922, p. 545 ; sur Jellinek et la place du droit subjectif dans sa doctrine des statuts et sa conception juridique de l'Etat, V. Olivier JOUANJAN, « Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jellinek et la construction juridique de l'État moderne », *Revue d'Allemagne*, 46/1, 2014, p. 51 ; « Les fondations de la notion de droits publics subjectifs chez Georg Jellinek », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2004, p. 6

⁴⁶⁸ Léon MICHOU, « De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *RDP*, 1895, p. 417

⁴⁶⁹ Léon MICHOU, *op.cit.*, t.1, n° 48, p. 107

⁴⁷⁰ Joseph BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, Larose, 1899, p. 22.

⁴⁷¹ Jacky HUMMEL, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits*, 1998, p. 71.

⁴⁷² Bernhard WINDSCHEID, *op.cit.*, t. 1, § 37, note 3, p. 132. cité in Jean DABIN, *op.cit.*, p. 67). Ce faisant l'auteur allait d'ailleurs encore plus loin en affirmant que « les doctrines, en apparence antinomiques, de Windscheid et de Jhering se ressemblent, elles aussi, parce que l'une et l'autre sont, au fond, des doctrines mixtes, mettant l'accent chacune sur l'un des éléments sans doute, ne retenant même dans la définition que cet élément, mais sans prétendre, pour autant, nier l'autre ou l'exclure » (Jean DABIN, *Droit subjectif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. 2007, p. 79-80). C'est d'ailleurs aussi du côté des théories mixtes que la propre conception du droit subjectif de Jean Dabin, qui le définit comme « appartenance-maîtrise », peut être aussi rangée (V. en ce sens, Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, coll. Droit civil, p. 208 ; François OST, *Droit et intérêt. Entre droit et non droit : l'intérêt.*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, coll. Droit, vol. 2, 1990, p. 22).

caractère nécessaire ou non de la protection juridictionnelle parmi les éléments de définition⁴⁷³, qui compliquent la recherche d'une définition unitaire et consensuelle⁴⁷⁴.

182. Il y a une autre difficulté, en partie liée à la difficulté précédente, qui est de montrer comment une telle incompatibilité d'ordre conceptuel peut constituer une contrainte rendant plus difficile, si ce n'est impossible, la reconnaissance de l'intérêt pour agir en défense d'un intérêt collectif. Or, il est toujours difficile d'apprécier comment, mais aussi dans quelle mesure exactement, le discours sur le droit a pu rétroagir sur ce discours du droit que constitue la jurisprudence des juridictions. D'autant plus que l'usage du concept de droit subjectif n'est ni toujours, de part et d'autre, explicite ni, lorsque cela est le cas ou même qu'un concept présentant un « air de famille » - comme simplement « droit » - est employé, forcément très précis.

183. Dès lors, afin d'apprécier pourquoi le caractère supra-personnel de l'intérêt en cause a pu constituer une cause d'incompatibilité conceptuelle alors même que certaines théories établissent un *continuum* entre le droit et l'intérêt, il sera fait le choix ici de partir des conceptions du droit subjectif, privé ou public, qui font intervenir la notion d'intérêt parmi ses éléments constitutifs, ces conceptions ayant ainsi pu être - ou même ont parfois bien été - celles de la doctrine universitaire ou des juridictions⁴⁷⁵. Certes, ainsi délimité, le concept demeure tout de même polysémique. Néanmoins, il ne s'agit pas de le réduire encore en tranchant en faveur d'une définition ou d'une autre puisque, dès lors qu'il s'agit de rendre compte d'une éventuelle incompatibilité conceptuelle qu'un simple changement de définition, même marginal, permettrait finalement de résoudre, il est plus intéressant, mais aussi pertinent, de se tourner vers le dénominateur commun de ces différentes acceptions du droit subjectif faisant appel à la

⁴⁷³ V. ainsi la distinction entre les droits subjectifs parfaits et les droits subjectifs imparfaits selon qu'ils bénéficient déjà ou sont seulement appelés à bénéficier d'une protection juridictionnelle (Georg JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, JCB, Mohr, 2^e édition, 1905, p. 70 cité in Norbert FOULQUIER, « De la protection des droits... à l'insécurité juridique. Observations sous les arrêts *McElhinney c. Irlande*, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et *Fogarty c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001 de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2003, p. 1206).

⁴⁷⁴ Annonçant qu'il va « analyser, avec toute la précision et la rigueur juridique nécessaires, la notion de droit subjectif pour conclure à une définition unitaire incontestable » (Jean-Christophe SAINT-PAU, *op.cit.*, n° 386, p. 236), M. Jean-Christophe Saint-Pau distingue pour sa part la doctrine « classique », en reprenant alors la présentation, mais aussi les critiques, que fit Jean Dabin de la doctrine de la volonté, de l'intérêt et de la doctrine mixte, et la doctrine « moderne », comprenant la théorie de l'appartenance maîtrisée de ce dernier auteur, la théorie du bien appropriable de Paul Roubier et celle d'une exclusivité attribuée de façon inégalitaire par le droit objectif de Ghedin et Gerbeaux, pour finalement définir lui-même le droit subjectif comme « un pouvoir déterminé ayant pour objet un intérêt social (matériel ou moral), exercé par une volonté autonome, et protégé par une action en justice » (Jean-Christophe SAINT-PAU, *op.cit.*, n° 409, p. 249). Force est toutefois de constater que cette définition, en raison de la place qu'elle accorde à l'action en justice parmi les éléments constitutifs nécessaires, ne peut prétendre à l'unicité comme son auteur l'annonçait avant de l'exposer (Jean-Christophe SAINT-PAU, *op.cit.*, n° 387, p. 237), elle peut être discutée par les tenants de l'existence de droit subjectifs « imparfaits » et heurte peut être un peu trop le droit positif qui envisage, par exemple, l'existence d'obligations à terme, c'est-à-dire dont l'exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain (art. 1305 du code civil). Cet essai de définition a toutefois le mérite d'illustrer le problème que pose la définition, et par là même l'identification du droit subjectif. Elle n'a rien de neutre en termes « politique » et « technique » comme l'auteur le reconnaît lui-même dans ses propos introductifs (Jean-Christophe SAINT-PAU, *op.cit.*, n° 368, p. 227-228), toutefois ces raisons politiques et techniques paraissent autant justifier pour lui un débat sur les contours de ce concept que l'élaboration d'une définition dont le seul but semble être de pouvoir embrasser les « droits de personnalité » qui s'inséraient mal dans les définitions qui avaient pu être données jusqu'alors.

⁴⁷⁵ C'est d'ailleurs, ainsi que le montre M. Norbert Foulquier, cette conception qui l'aurait emporté du côté de la doctrine administrativiste et de la jurisprudence administrative dès la seconde moitié du XIX^e siècle et qui, en ce sens, auraient devancé aussi bien Michoud que Jellinek (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 300, p. 280).

notion d'intérêt. Dès lors, en laissant de côté, au moins à titre provisoire, la question de la place qu'occupe l'action en justice dans la définition de ce concept, il faut s'en tenir à l'idée qu'il s'agit d'un concept d'origine doctrinale permettant de rendre compte de prérogatives reposant sur un rapport entre plusieurs sujets de droit et que le titulaire de l'intérêt juridiquement protégé ou consacré⁴⁷⁶, constituant le *substratum* du droit subjectif, doit pouvoir s'approprier et en disposer. Or, ce sont effectivement là autant de points de blocage s'agissant de l'intérêt collectif supra-personnel.

184. En premier lieu, l'existence d'un rapport de droit entre plusieurs personnes juridiques semble compromise par le fait que la collectivité ou l'entité à laquelle correspond l'intérêt ne dispose pas de la personnalité juridique et que ses composantes, qui elles en disposent, ne sont pas identifiables. C'est du reste, ainsi que le montre M. Norbert Foulquier, la même conception orthodoxe, si ce n'est étriquée du *vinculum juris*, qui empêchait, par exemple, de regarder comme subjectif le recours contre les actes réglementaires, entendus alors comme des actes généraux et impersonnels⁴⁷⁷ ou qui, plus récemment, conduisit par exemple M. Xavier Agostinelli⁴⁷⁸ à récuser l'idée même de droit au respect de la vie privée. Ce premier point d'achoppement montre du reste que l'action en justice en défense d'un intérêt collectif supra-personnel n'est pas seulement victime d'une idéologie - somme toute contingente - individualiste ayant imprégné le droit après 1789, mais du même type de contraintes conceptuelles dont M. Fabrice Masson fait état dans sa thèse lorsqu'il analyse les obstacles ayant empêché de penser « juridiquement », si ce n'est qu'au travers de rapprochements avec des catégories déjà existantes, la propriété commune⁴⁷⁹. Ayant en mémoire la sentence weberienne selon laquelle « ce qui ne peut être “construit” juridiquement de façon rationnelle n'est juridiquement pas important »⁴⁸⁰, l'auteur se tourne vers la notion de « structure fondamentale » pour identifier une norme de rationalité. La structure fondamentale désigne le point nodal de la trame conceptuelle au travers de laquelle les juristes prétendent saisir le monde réel⁴⁸¹ ou plutôt le sommet de ce que l'auteur présente comme une pyramide conceptuelle⁴⁸². Composée des « principes et

⁴⁷⁶ Par cette formule, qui vise à rendre compte de l'esprit de la jurisprudence administrative au tournant des XIX^e et XX^e siècle, M. Norbert Foulquier entend écarter l'idée que l'action en justice aurait été regardée une condition nécessaire du droit subjectif (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 301, p. 281).

⁴⁷⁷ Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 374, p. 354-355.

⁴⁷⁸ Xavier AGOSTINELLI, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, coll. Ethique et déontologie, 1994, n° 220-223, p. 133-134.

⁴⁷⁹ Florent MASSON, *La propriété commune*, Thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016, 667 p.

⁴⁸⁰ Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, p. 43 cité in Florent MASSON, *thèse.précit.*, n° 77, p. 63.

⁴⁸¹ L'auteur emprunte ladite notion à Yan Thomas qui l'évoquait dans ses travaux sur la langue du droit romain : « Le droit romain, comme tout système historique de droit, repose sur une « *Weltanschauung* », qui est une certaine manière de découper le monde. Ce découpage, qui ne correspond jamais parfaitement à celui qu'avec les mêmes mots la langue commune réalise, se fonde sur un certain nombre de principes et d'éléments de base (les principales catégories juridiques) dont l'ensemble forme une structure à laquelle se rapportent tous les autres éléments du système Il s'agit là des invariants qui, à une époque historique donnée, définissent un ordre juridique. Ils apparaissent sous la forme de mots-clés dont une exacte compréhension est indispensable à celle de tous les autres aspects du droit. Ils expriment une vision originale du monde, qui donne la mesure même de la spécificité des règles juridiques par rapport à celles des autres systèmes normatifs » (Yan THOMAS, « La langue du droit romain - Problèmes et méthodes », *APD*, 1974, p. 113 cité in Florent MASSON, *thèse.précit.*, n° 81, p. 65, ndbp n° 2).

⁴⁸² Cette prétention d'obtenir un découpage complet du monde qui soit structurée, hiérarchisée serait d'ailleurs selon lui l'apanage des systèmes de droit romain ou d'inspiration romaniste (Florent MASSON, *thèse.précit.*, n° 84, p. 67. V. aussi Aldo SCHIAVONE, *Ius, l'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2009, p. 49).

éléments de bases » à partir desquels un système de droit donné opère un découpage du monde, en s’émancipant si besoin du langage courant, « cette structure est invariante au sein du système juridique et le définit, à la fois par rapport aux autres systèmes juridiques mais aussi par rapport aux autres formes de normativité »⁴⁸³. En ce qu’elle fournit une présentation rationnelle, ordonnée des différents concepts juridiques, elle présente ainsi des avantages, notamment sur le plan pédagogique⁴⁸⁴, mais elle produit aussi, dans le même temps, une forme de contrainte conceptuelle sur le juriste qui prend la forme d’un tropisme conservateur ainsi que d’un biais cognitif le conduisant à interpréter systématiquement à son aune chaque concept du système juridique. À cet égard, le tournant « subjectiviste »⁴⁸⁵, qui se produit selon l’auteur à l’époque moderne et vit l’intérêt promu au rang paradigmatique dans les sciences sociales et sous la forme du droit subjectif dans les sciences du droit, accoucha d’une structure conceptuelle qu’il qualifie d’« individualiste », non en ce qu’elle « serait porteuse d’une idéologie égoïste ou narcissique » mais en ce qu’elle se « construit logiquement autour des relations entre des individus »⁴⁸⁶. Surtout, cette structure ne permet de concevoir « rationnellement » que des concepts qui sont réductibles à un tel type de relation, ce qui ne serait pas le cas de la propriété commune⁴⁸⁷ mais aussi de l’intérêt collectif supra-personnel. Le recours à la notion de personne morale - qui sera évoqué plus avant - pour subjectiviser l’action collective peut ainsi passer pour une forme de biais cognitif. Néanmoins, les réflexions sur la notion de *vinculum juris erga omnes*, initiées par Planiol et reprises ensuite par Carré de Malberg⁴⁸⁸, ou, sur l’existence de droit sans sujet⁴⁸⁹ ou encore plus récemment sur les « centres d’intérêts »⁴⁹⁰ montrent néanmoins que le conservatisme conceptuel n’est pas une fatalité

185. C’est aussi au niveau de l’exigence d’appropriabilité et de disponibilité de l’intérêt par une volonté que le caractère supra-personnel de l’intérêt rompt le *continuum* pouvant exister entre l’intérêt et le droit subjectif dans les théories mixtes. L’acception exclusiviste et absolutiste du droit de propriété qui sert

⁴⁸³ Florent MASSON, *thèse.précit.*, n° 81, p. 65.

⁴⁸⁴ L’auteur évoque aussi un avantage « pratique », « en ce que toute nouvelle institution peut s’insérer à un étage du système, en fonction des rapprochements qui peuvent être faits avec des institutions déjà existantes », et un avantage qu’il qualifie de « scientifique » en ce qu’elle « permet également de comparer les normes applicables à telle situation avec celles applicables à telle autre situation similaire, afin de juger de la rationalité de la différence » (Florent MASSON, *thèse.précit.*, n° 99, p. 78).

⁴⁸⁵ Florent MASSON, *thèse.précit.*, n° 87-89, p. 69-71.

⁴⁸⁶ Florent MASSON, *thèse.précit.*, n° 97, p. 77. Ce faisant, elle peut « peut servir de support à toutes les idéologies possibles », et l’auteur souligne à cet égard qu’« un droit libertarien aura recours à une telle structure » ; mais que « le droit soviétique, reposant principalement sur l’appropriation par des personnes morales, y avait recours également » (Florent MASSON, *thèse.précit.*, n° 97, p. 77, ndbp n° 2).

⁴⁸⁷ « Comment traduire l’appartenance commune, le fait qu’une chose appartienne simultanément à plusieurs personnes, au moyen d’une relation bilatérale ? C’est impossible : si on pense la relation bilatérale sur le bien (droit réel), alors ils entrent en concurrence ; si on la pense entre les personnes, alors on oublie le bien commun, et les relations s’entrecroisent. L’équation est impossible : il y a un unique bien, une pluralité de personnes. Il est impossible de tout décomposer en relations bilatérales » (Florent MASSON, *thèse.précit.* n° 103, p. 82). S’agissant de la propriété commune, l’auteur va même plus loin car il n’impute pas seulement à la structure individualiste cette difficulté de conceptualisation qu’il observe avant même le tournant subjectiviste.

⁴⁸⁸ V. Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 236-242, p. 211-217. Idée reprise par M. Jean-Christophe Saint-Pau pour les droits de la personnalité, sans toutefois que la paternité en soit mentionnée (Jean-Christophe SAINT-PAU, *op.cit.*, n° 427, p. 261).

⁴⁸⁹ Karl Heinz NEUMAYER, « Les droits sans sujet », *RIDC*, 1960, p. 342.

⁴⁹⁰ Gérard FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d’intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221.

de matrice du droit subjectif⁴⁹¹, y compris du côté des publicistes⁴⁹², et fut promue à la faveur du constitutionnalisme moderne⁴⁹³, rend difficilement concevable une telle appropriation s'agissant d'un intérêt qui est attaché à un groupe et non à l'une de ses composantes en particulier⁴⁹⁴. À cet égard, il est symptomatique que pour admettre que de tels intérêts pussent constituer un droit subjectif, Jhering dût défendre l'idée que la propriété n'était pas la seule forme possible de droit sur les choses pouvant servir de support à un intérêt⁴⁹⁵, qu'il prit aussi soin de présenter la reconnaissance de cette catégorie de « droit commun », qui ne se caractériserait donc pas par l'« esprit d'exclusion » comme droit individuel mais « la communauté indivise et indivisible de la jouissance »⁴⁹⁶, comme un « élargissement » de la notion de droit et, enfin, que M. François Ost, près d'un siècle plus tard, estime qu'il ne s'agissait pas là de « véritables droits subjectifs »⁴⁹⁷. Finalement, l'intérêt collectif supra-personnel se trouve plutôt associé, lorsqu'il correspond à un intérêt regardé comme général, à un « effet réflexe » du droit objectif⁴⁹⁸.

b- L'exigence d'un intérêt personnel comme dernier stigmate de la confusion de l'action et du droit subjectif

186. Le lien entre l'intérêt substantiel personnel, susceptible de constituer un droit subjectif, et l'intérêt pour agir était évident lorsque l'action, pour reprendre cette belle trouvaille de la « phraséologie juridique »⁴⁹⁹ qu'était la formule de Demolombe, était regardée comme « le droit mis en mouvement, (...) le droit à l'état d'action au lieu d'être au repos, le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix ». C'est cette vision de l'action en justice, qui était commune aux auteurs privatistes et publicistes au XIX^e siècle⁵⁰⁰, qui se trouvait en toile de fond des débats sur la nature juridictionnelle ou administrative du

⁴⁹¹ Jean-Louis HALPÉRIN, « Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? », Conférence faite au Japon aux Universités Nanzan et Keio en 2010, consultable en ligne à l'adresse suivante : <https://hal-ens.archives-ouvertes.fr/hal-00460386/document>.

⁴⁹² Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 231, p. 207 ; Mikhail XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “ transposition ” de la propriété au droit administratif », *Droits*, 2005, n° 42, p. 49. La conception de Jean Dabin est aussi marquée de ce pli exclusiviste : « qui dit appartenance, directe ou indirecte, qui dit maîtrise, dit assignation de parts (chose sienne, chose due), domaine réservé au titulaire, par conséquent distinction des personnes, altérité. Par définition, appartenance et maîtrise sont exclusives d'autrui et, du même coup, lui sont opposables. Une chose n'est sienne, directement ou indirectement (par l'intermédiaire d'un débiteur), qu'en tant qu'elle n'est pas à autrui ; une maîtrise n'existe qu'autant qu'on est le seul maître : la référence à autrui est tangible, manifeste dans la formule même » (Jean DABIN, *op.cit.*, p. 95).

⁴⁹³ Sur cette question, il n'est pas possible de faire l'économie d'un renvoi à l'ouvrage de référence de Crawford Brough Macpherson publié pour la première fois en 1971 (Crawford Brough MACPHERSON, *La Théorie politique de l'individualisme possessif : De Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, coll. Folios Essais, 2004, 608 p.).

⁴⁹⁴ M. Norbert Foulquier, pour sa part, identifie d'autres causes de blocage à l'idée d'appropriation s'agissant des droits publics subjectifs des administrés. Il fallait ainsi admettre la personnification de la puissance publique et qu'elle pût constituer l'objet d'un commerce juridique (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 355, p. 332-334).

⁴⁹⁵ Rudolf von JHERING, *op.cit.*, § 71 p. 346.

⁴⁹⁶ Rudolf von JHERING, *op.cit.*, § 71, p. 347.

⁴⁹⁷ François OST, *Droit et intérêt. Entre droit et non droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit en droit privé*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, coll. Droit, vol. 2, 1990, p. 27.

⁴⁹⁸ Sur les origines de cette notion qui fit florès notamment chez les administrativistes français, V. Aurore GAILLET, *L'individu contre l'État*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2012, vol. 117, n° 461-463, p. 300-301.

⁴⁹⁹ Henry VIZIOZ, *Étude des procédures*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, rééd., 2011, p. 30.

⁵⁰⁰ V. les références citées par Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 678-679, p. 647-650.

recours pour excès de pouvoir⁵⁰¹, à savoir d'une action qui était présentée comme se contentant de la lésion d'un simple intérêt⁵⁰². Néanmoins, pas plus que l'action ne demeura perçue comme un élément nécessaire de la définition du droit subjectif avec la reconnaissance de « *droits subjectifs imparfaits* », l'existence d'un droit subjectif resta un critère de l'action juridictionnelle. Ce sont précisément les débats autour de la nature du recours pour excès de pouvoir qui ont permis de penser cette dissociation à partir de définitions seulement formelles de l'action juridictionnelle ou contentieuse ou de définitions matérielles purgées de toute référence au droit subjectif. C'est cette dernière option que choisit Duguit⁵⁰³ qui, après avoir aussi longtemps associé l'action et le droit subjectif⁵⁰⁴, mit à profit sa distinction entre situations juridiques objectives et subjectives⁵⁰⁵, censée évacuer l'idée même de droit subjectif⁵⁰⁶ et servir de base à sa classification tripartite des actes juridiques entre actes règles, actes-conditions, actes subjectifs⁵⁰⁷, pour définir l'action comme n'étant pas un droit mais un pouvoir découlant d'une situation juridique objective⁵⁰⁸, sans considération donc pour la nature de la situation juridique qu'elle permet de défendre⁵⁰⁹.

187. Ainsi que le montre M. Norbert Foulquier, cette objectivisation de l'action en justice, qui a permis d'admettre le caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir, n'a pas été sans influence sur les conditions d'appréciation de la recevabilité puisqu'elle a, non pas permis, mais au moins facilité, celle de l'intérêt pour agir dans le cadre de cette voie de droit. L'exigence d'un intérêt pour agir étant ainsi appréciée en principe indépendamment de la situation personnelle du requérant, elle se trouvait alors rabaisée au rang de « garde-fou contre l'esprit de chicane des administrés procéduriers »⁵¹⁰ et conduisit d'ailleurs aussi à concevoir dans ce contentieux une cause de la demande qui, telle que la systématisa

⁵⁰¹ Dont l'enjeu, ainsi que le montre M. Michaël Lavaine, n'était pas moins que d'assurer la conformité de la juridiction administrative à l'État de droit (Michaël LAVAINE, *L'acte juridictionnel en droit administratif français. Étude des discours juridiques sur la justice administrative*, Paris, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2018, n° 124-133, p. 108-115)

⁵⁰² Sur les différentes positions au tournant des XIX^e et XX^e siècles, V. Michaël LAVAINE, *thèse.précit.*, p. 111-115.

⁵⁰³ Sur l'utilisation que Duguit fit des spécificités du recours pour excès de pouvoir dans le cadre de sa théorie du droit, V. Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 680-681, p. 650-652.

⁵⁰⁴ Ainsi qu'en témoigne la présentation qu'il faisait du recours pour excès de pouvoir en 1903 dans *L'État, les gouvernants et les agents* (Léon DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, Sirey, coll. Bibliothèque Dalloz, 1903, rééd. 2005, p. 741).

⁵⁰⁵ Aux situations juridiques objectives qui, dérivant de la loi positive, sont nécessairement générales et permanentes, en qu'elles s'opposent à tous et « ne s'épuisent point par l'accomplissement indéfiniment répété des actes que la loi permet en interdisant ceux qui leur porteraient obstacle », s'opposent ainsi les situations juridiques subjectives qui, dérivant d'une manifestation individuelle de volonté qui va en fixer le contenu comme, par exemple d'un contrat ou même d'un acte unilatéral comme une injonction adressée à un particulier, sont quant à elles spéciales et temporaires (Léon DUGUIT, *op.cit.*, t. 1, 3^e édition, 1927, p. 307-314).

⁵⁰⁶ *Contra* Georges GURVITCH, *L'idée du droit social : notion et système du droit social : histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932, p. 48.

⁵⁰⁷ Alors que l'acte-règle correspond à la formation de situation juridique objective, l'acte-condition l'attribue à un individu déterminé et l'acte subjectif, comme un contrat, modifie ou supprime une situation subjective.

⁵⁰⁸ Léon DUGUIT, *op.cit.*, t.1, 3^e édition, 1927, p. 299-300

⁵⁰⁹ Par là même, il offrit aussi une définition matérielle de l'acte juridictionnel qui va chercher la spécificité de ce dernier dans le lien « logiquement nécessaire » (Léon DUGUIT, *op.cit.*, t.2, 3^e édition, 1928, p. 436) entre la constatation que le juge opère sur la question de droit qu'une prétention a soulevée devant lui et la décision qu'il prend à la suite de cette constatation. C'est alors au niveau de la nature de la question principale appelant l'intervention du juge, selon qu'elle porte sur une atteinte à une situation subjective ou objective, que se répartissent les voies de droit entre « juridictions » - au sens de fonction - objectives et subjectives (Léon DUGUIT, *op.cit.*, t.2, 1928, p. p. 475), que la doctrine a transformé ensuite en contentieux objectif ou subjectif pour présenter la classification dite matérielle des recours.

⁵¹⁰ Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 382, p. 361.

l'arrêt *Société Intercopie*⁵¹¹, s'attachait aux vices de l'acte attaqué plutôt qu'à la situation du requérant⁵¹². Ce dogme objectiviste a ainsi légitimité, autant qu'il s'en est nourri, un assouplissement des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir dont la manifestation la plus éclatante fut la reconnaissance, surtout à l'occasion de recours dirigés contre les actes généraux et impersonnels, d'un intérêt personnel pour agir qui, ne présentant pas un caractère exclusif, ne semblait donc pouvoir constituer le substrat d'un quelconque droit subjectif⁵¹³. Quoiqu'érigée en dogme, cette vision du recours pour excès de pouvoir n'est toutefois pas parvenue à imposer une vision totalement désubstantialisée de l'intérêt personnel et c'est plutôt une polysémie qui semble s'être durablement installée. Il est à cet égard troublant de trouver parfois sous la plume d'auteurs, qui paraissent pourtant se ranger du côté de la vision du recours pour excès de pouvoir comme recours « objectif », une présentation des recours exercés par les groupements défendant des intérêts collectifs dérogeant à l'exigence d'un intérêt personnel pour agir, et ce, quel que soit la nature de l'acte attaqué⁵¹⁴. Cela est sans doute symptomatique de l'attraction qu'exercent les cadres d'analyse civilistes, mais aussi des ambiguïtés de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière puisque ce dernier ne s'est jamais en réalité totalement détaché de la situation personnelle des requérants pour apprécier leur intérêt pour agir, ou plus largement la recevabilité de leur requête, dans le contentieux de l'excès de pouvoir⁵¹⁵.

188. Cette dissociation de l'action et du droit préparait en outre le terrain pour la reconnaissance d'un droit subjectif au recours dont la reconnaissance apparaît ainsi en France comme un « accident de l'objectivisation du recours pour excès de pouvoir et de l'autonomie du droit administratif »⁵¹⁶ puisque c'est l'œuvre objectiviste de l'école de Bordeaux qui a fourni à Henri Motulsky, influencé aussi par les

⁵¹¹ CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, n° 9772, Rec. Lebon, p. 88.

⁵¹² Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 383, p. 362-364.

⁵¹³ Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 373-374, p. 352-355.

⁵¹⁴ Par ex., Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis : droit public, science politique, 8^e édition, 2001, p. 557. Il n'est ainsi pas question ici des hypothèses dans lesquelles c'est le recours des groupements contre des décisions individuelles négatives ou défavorables, selon la lecture - là aussi très variable - qui est faite de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, visant des tiers qui est présentée comme une atteinte à cette exigence d'un intérêt personnel et que les auteurs confondent parfois avec la maxime « Nul en France ne plaide par procureur, sauf le Roi » (cf. *Infra*, n° 212-213). Surprenante au regard de leurs postulats objectivistes, cette présentation est aussi quelque peu incohérente car elle ne vise que les recours exercés par les groupements privés défendant des intérêts collectifs, mais laisse de côté les recours que tout un chacun peut exercer contre des actes impersonnels comme des actes réglementaires, alors même qu'ils conduisent aussi à remettre en cause la vision traditionnelle de l'intérêt pour agir.

⁵¹⁵ Les exemples, qui furent employés dans le cadre d'analyses subjectivistes du recours pour excès de pouvoir - la plus emblématique d'entre elles étant sans doute la thèse de Bruno Kornprobst (Bruno KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, t. 21, 1959, 393, p.) - sont ici nombreux et connus. Il est néanmoins possible d'évoquer, avec M. Norbert Foulquier (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 387-388, p. 366-370), l'exigence du grief et, pour ce qui concerne plus directement l'intérêt pour agir, la reconnaissance de cet intérêt partiel qu'évoquait le commissaire du gouvernement Grévisse dans ses conclusions sur l'arrêt *Sieur Brier* (CE, Ass., 12 avril 1972, *Sieur Brier*, Rec. Lebon, p. 272 ; V. sur cette question, Gilles LEBRETON, « L'intérêt à agir partiel », *RFDA*, 1988, p. 923). S'il y a bien dans ce dernier cas une prise en compte de la situation personnelle du requérant, il est néanmoins discutable d'y voir « une contradiction flagrante avec le dogme de l'effet erga omnes du recours pour excès de pouvoir » (V. Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 388, p. 369, s'appuyant alors sur Gilles LEBRETON, *art.précit.*, p. 929-930). En effet, il faut bien distinguer le champ de l'annulation décidée par le juge et l'effet de cette décision qui, comme du reste toute décision de justice en raison de l'opposabilité, vaut à l'égard de tous, y compris ceux qui n'appartiennent pas à la catégorie de destinataires de la décision bénéficiant de l'annulation juridictionnelle.

⁵¹⁶ Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 674, p. 644.

écrits de Guiseppe Chiovenda et Francesco Carnelutti, les bases de sa théorie de l'action en justice qu'il érigea en un droit processuel autonome dont le sujet passif est le juge⁵¹⁷, c'est-à-dire en un droit subjectif qu'il aurait même pu qualifier de « public » s'il avait envisagé le juge comme organe de l'État⁵¹⁸. Quoiqu'elle fût et demeure contestée en doctrine⁵¹⁹, c'est cette conception de l'action qui s'est imposée en droit positif ainsi qu'en témoignent la rédaction des dispositions du code de procédure civile⁵²⁰, mais aussi les jurisprudences européennes et constitutionnelles qui ont même permis, si ne ce n'est de hisser, au moins de conforter⁵²¹ ce droit processuel au rang de droit fondamental.

189. Cette autonomisation de l'action comme droit processuel fondamental n'a alors pas abouti à une séparation totale avec le droit substantiel que son exercice permet de protéger comme le montre la finalité assignée à cette prérogative par les différents textes qui en garantissent l'exercice⁵²². Le champ d'application des normes est alors pour partie tributaire de la titularité ou, plus exactement, de la plausibilité de la titularité d'un droit⁵²³. Ce lien se manifeste aussi, sur un plan plus technique, au niveau

⁵¹⁷ Henri MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, p.215, reproduit in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1973, réimp. 2009, p. 85. V aussi la controverse entre Bernhard Windscheid et Theodor Mütther au milieu du XIX^e siècle sur la nature de l'action qui a elle-même nourri les réflexions de Chiovenda (Pour un résumé en français, Maria José AZARD-BAUD, *thèse.précit.*, n° 20, p. 44-45).

⁵¹⁸ Henri MOTULSKY, *op.cit.*, p. 99-100.

⁵¹⁹ V. notamment, Soraya AMRANI MEKKI, Yves STRICKLER, *Procédure civile*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2014, n° 31-34, p. 62-68.

⁵²⁰ Reflet de ces conceptions, l'article 30 du code de procédure civile, issu de la codification opérée par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile, définit ainsi l'action comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée » et, pour son « adversaire », « le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention »

⁵²¹ Tout dépend, en réalité, de l'interprétation qui est donnée de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État sur le droit au recours et, notamment, de l'arrêt *Dame Lamotte* qu'il rendit le 17 février 1950 (CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. Lebon, p. 110) et qui peut sembler consacrer sur le plan matériel, si ce n'est d'ailleurs sur le plan formel compte tenu des circonstances de l'espèce, le caractère fondamental de ce droit même si tel n'était pas en réalité son sens originel (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 685, p. 655).

⁵²² V. ainsi les stipulations des articles 6§1 et 13 de la CESDHLF, de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, du §3 de l'article 2 du Pacte internationale des droits civils et politiques.

⁵²³ Tel est le cas pour déterminer, par exemple, le champ d'application matériel du premier paragraphe de l'article 6 de la CESDHLF (V. Laure MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 57, 2006, n° 135-199, p. 97-148, sur la notion de « droit », v. *spéc.* n° 147-153, p. 107-112 ; pour une actualisation, V. Linos-Alexandre SICILIANOS, Maria-Andriani KOSTOPOULOU, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - Garanties générales du procès équitable », *Répertoire Dalloz de droit européen*). Ainsi que le rappelle Mme Laure Milano (Laure MILANO, *thèse.précit.*, n° 148, p. 106), face au refus, d'un côté, de créer de toute pièce un concept de droit n'ayant aucune base dans le droit interne des États parties et, d'un autre côté, le risque de « fraude à la convention » que risquerait d'entraîner la seule référence au droit interne des États parties pour apprécier l'existence d'un droit rendant applicables les stipulations du premier paragraphe de l'article 6, le critère de la « défendabilité » du droit substantiel en droit interne (CEDH, Plén., 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n°s 7151/75, 7152/75, § 81 ; CEDH (chambre), 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, § 55) est apparu comme une solution « médiane » puisqu'il permettait, tout en partant du droit interne, de ne pas s'en tenir nécessairement aux qualifications qu'il retient, d'autonomiser tout de même la notion de « droit ». Comme l'expliquait le juge Martens dans son opinion concordante dans l'affaire *Salerno*, s'« il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur les chances de succès de l'action du requérant, il s'agit « simplement s'assurer que la demande est « défendable » en ce sens qu'elle s'appuie sur des faits démontrables et que le droit interne ne l'exclut pas manifestement » (Opinion concordante du juge Martens jointe à l'arrêt de la CEDH (chambre) 12 octobre 1992, *Salerno c. Italie*, n° 11955/86, § 3.3). La pertinence de ce critère de la défendabilité, qui n'est pas resté confiné à l'appréciation de l'applicabilité du seul droit d'accès à un tribunal garanti par le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention (CEDH (chambre), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, n° 8793/79, § 81), fut néanmoins discutée et la Cour, sans aller jusqu'à le faire disparaître comme certains auteurs l'avaient prophétisé (Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997 », *AFDI*, 1997, p. 572 ; « L'activité de la Cour européenne des droits de l'homme en 1998 et 1999 », *AFDI*, 1999, p. 761), accepta

des conditions d'exercice de ce droit processuel et, plus précisément parmi les conditions de recevabilité, de celle relative à l'exigence d'un intérêt donnant qualité pour agir qui apparaît comme une passerelle entre le droit processuel et le droit substantiel. C'est ce qui ressort, par exemple, des textes qui organisent, à titre exclusif ou non, les actions en responsabilité extracontractuelle devant les juridictions judiciaires. Ainsi, l'article 2 du code de procédure pénale relatif à l'exercice de l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction pénale exige du requérant qu'il ait « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction », autrement dit, que l'infraction ait directement lésé un de ses intérêts personnels, qui, selon les définitions retenues, pourrait être qualifié de droit. Le constat est le même s'agissant des actions en responsabilité extracontractuelle devant le juge judiciaire civil exercé dans le cadre de l'article 30 du code de procédure civile. Consacrant l'autonomisation du droit d'action, ce dernier témoigne de cette proximité entre l'action et le fond auquel renvoient les prétentions, d'autant plus qu'il doit être interprété en combinaison avec l'article 31 du même code imposant notamment l'existence d'un intérêt « légitime »⁵²⁴ dont la signification ne manqua pas, et ne manque d'ailleurs toujours pas, d'interroger et d'être discuté⁵²⁵. Elle semblait effectivement passer outre le revirement que la Cour de cassation opéra au début des années 1970 avec l'arrêt *Dangereux*⁵²⁶ en revenant sur un courant jurisprudentiel qui, inspiré d'ailleurs par la jurisprudence du Conseil d'État⁵²⁷, refusait à la concubine le droit de demander réparation du préjudice causé par la mort de son concubin, au motif qu'elle ne pouvait se prévaloir de l'atteinte à un droit ou, plus précisément, à un « intérêt légitime, juridiquement protégé »⁵²⁸. Quelque que soit le sens qu'il convient de donner aujourd'hui à cette exigence de légitimité de l'intérêt, force est toutefois de constater que l'arrêt *Dangereux* comme le code de procédure civile n'ont pas entendu rompre la passerelle pouvant exister entre l'appréciation de la recevabilité et l'aspect substantiel du contentieux indemnitaire. En effet, l'action demeure conditionnée à l'existence d'un dommage consistant en la lésion d'un intérêt⁵²⁹ et, si l'appréciation de la recevabilité de l'action implique alors nécessairement une appréciation superficielle de son bien-fondé, elle ne conduit pour autant pas, en raison précisément de son caractère superficiel, à une quelconque confusion de l'examen du bien-fondé et de la recevabilité⁵³⁰.

ponctuellement de l'assouplir en s'en tenant à la notion de droit « revendiqué » par le requérant (CEDH (G.C), 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, n° 23452/94, § 139).

⁵²⁴ Art. 31 du code de procédure civile : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

⁵²⁵ V. Les différentes significations qu'a pu revêtir cette exigence au sein de la doctrine, Georges WIEDERKEHR, « la légitimité de l'intérêt pour agir », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010, p. 879-880.

⁵²⁶ Ch. mixte., 27 février 1970, n° 68-10276.

⁵²⁷ CE, 11 mai 1928, *Dlle Rucheton*, Rec. Lebon, p. 607.

⁵²⁸ Civ., 27 juillet 1937, *D.P.*, 1938, I, p. 5.

⁵²⁹ Loïs RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Paris, IRJS éditions, coll. Bibliothèque de l'Institut de de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 25, 2010, n° 79-80, p. 62-63.

⁵³⁰ À la question « où se situe alors la limite entre recevabilité et bien-fondé ? », M. Georges Wiederkehr répond ainsi que « le bien-fondé tient à la réalité des faits et à la pertinence de la règle de droit invoquée. L'action, elle, repose sur une simple

190. Il n'y a là rien de bien surprenant dans la mesure où, comme le rappelle M. Loïs Raschel, qui s'appuie aussi sur la définition que Gérard Cornu et Jean Foyer donnèrent de l'intérêt pour agir⁵³¹, « l'action n'a un intérêt pour le plaideur que par rapport au trouble qu'il a subi »⁵³². Dans le cadre du contentieux de la responsabilité, l'auteur, qui pour sa part refuse de distinguer préjudice et dommage, en conclut même que « l'intérêt est constitué par le mal subi par le demandeur, c'est-à-dire par son *préjudice* »⁵³³. Cela signifie alors qu'il y a, pour lui, identité entre le préjudice et l'intérêt donnant qualité pour agir.

191. Sans suivre jusque-là M. Loïs Raschel qui se prononce en partie de *lege ferenda*⁵³⁴, car il est discutable de confondre ainsi le mal avec la mesure de l'efficacité du remède censé en venir à bout⁵³⁵, force est au moins de constater, à la lecture de la jurisprudence en matière de responsabilité civile extracontractuelle, que la qualité de la lésion de l'intérêt substantiel dont le requérant prétend être titulaire, ou plutôt qu'il prétend avoir subi, déteint bien sur celle de son intérêt pour agir pour y mettre fin. La lésion de l'intérêt substantiel du requérant, qui pourrait constituer le substrat d'un droit et qui doit bien être distingué de

hypothèse : à supposer que les faits allégués soient établis lors du procès, que la règle invoquée soit pertinente et qu'en conséquence le demandeur obtienne gain de cause, en tirera-t-il un avantage ? L'action est la passerelle qui permet de passer du fond à la procédure et de la procédure au fond » (Georges WIEDERKEHR, *art.précit.*, p. 880).

⁵³¹ Cf. Introduction.

⁵³² Loïs RASCHEL, *thèse.précit.*, n° 21, p. 22.

⁵³³ Loïs RASCHEL, *thèse.précit.*, n° 22, p. 23 (en italique dans le texte). L'auteur alors d'ajouter que « l'affirmation se justifie par un impératif de cohérence : l'aptitude de l'effet d'une règle à profiter au plaideur suppose de s'attacher au dommage éprouvé. En logique, pour qu'il y ait remède, il faut préalablement caractériser le mal. Elle s'appuie également sur un impératif d'efficacité : dans la mesure où le préjudice est un élément générateur du droit d'action et du droit à réparation, la vérification juridictionnelle du présumé de la règle processuelle permet d'anticiper partiellement l'examen du présumé de la règle substantielle. Ainsi, les conditions de recevabilité peuvent pleinement jouer le rôle de « filtre » qui leur est dévolu » (*Ibid.*) (en italique dans le texte).

⁵³⁴ Il note ainsi que la Cour de cassation persiste à « dissocier » l'intérêt pour agir et le dommage dans le cadre de la cession de créance puisque la Cour, continuant à voir dans l'action un accessoire du droit personnel cédé, admet que le cessionnaire soit titulaire de l'action alors qu'il n'est pas la victime du dommage (Loïs RASCHEL, *thèse.précit.*, n° 65-72, p. 55-56). C'est du reste pourquoi, en partie, il estime que le « droit processuel commun était susceptible de faire obstacle à la réalisation du droit à réparation » (Loïs RASCHEL, *thèse.précit.*, n° 74, p. 60).

⁵³⁵ Les différents auteurs que M. Loïs Raschel présente comme « les convaincus » de cette thèse de l'identité, paraissent en réalité concevoir le préjudice ou le dommage comme une condition nécessaire de l'action en réparation, ce qui, à proprement parler, ne signifie donc pas identité (V. les citations de ces différents auteurs *in* Loïs RASCHEL, *thèse.précit.*, n° 25, p. 24-25). En revanche, la position des auteurs qu'il qualifie de « réticents », c'est dire ceux qui refusent une telle identité au nom de la distinction, ne tiendrait pas. En effet, elle tiendrait au fait qu'ils s'accrochent en réalité à la distinction entre l'examen de la recevabilité et du fond. Toutefois, eux-mêmes la maîtriseraient mal en présence de certaines décisions de la Cour de cassation et, surtout, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme « subordonn[ant] la recevabilité de l'action à l'existence d'un droit susceptible de fonder la prétention », il serait « vain » « de définir l'intérêt comme « une apparence de préjudice » dans l'espoir de sauvegarder une distinction aussi fuyante » (Loïs RASCHEL, *thèse.précit.*, n° 27, p. 26). En outre, comme que cela fut précédemment montré, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le champ d'application matériel du premier paragraphe de l'article 6 de la CESDHLF, en ce qu'elle exige justement « l'existence » d'un droit « susceptible » de fonder la prétention, maintient justement une distinction, aussi tenue puisse-t-elle paraître, entre l'examen au fond de celui de la recevabilité. Au reste, l'auteur lui-même semble rallier le camp des « réticents » lorsque, pour déminer toute accusation de « confusion complète » entre la recevabilité de la demande et le fond de la prétention, il reprend les mots de M. Antoine Bolze qui affirmait que « soit l'on sait immédiatement que le droit substantiel fait défaut, et la question relève de l'irrecevabilité ; soit un examen approfondi de la demande est nécessaire, et la question relève du bien-fondé » (Antoine BOLZE, *Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international*, Thèse. dactyl., Université Panthéon-Assas Paris 2, 1996, n° 73, cité *in* Loïs RASCHEL, *thèse.précit.*, n° 24, p. 24). Or, cela revient bien, dans le contentieux de la responsabilité, à exiger une « apparence » du préjudice qui est susceptible d'ouvrir le droit à réparation du requérant.

son « droit à réparation » que l'action permet de réaliser⁵³⁶, miroite nécessairement sur son intérêt pour agir⁵³⁷. En effet, cette lésion sert de référent au juge pour apprécier l'intérêt pour agir, c'est-à-dire la qualité du rapport entre le but apparent et le motif de la demande d'indemnisation.

192. Du côté du recours pour excès de pouvoir, l'applicabilité des normes garantissant le droit au recours et étant porteuse d'une vision substantialisée de l'intérêt pour agir, fragilise sans doute un peu plus le dogme de l'objectivité. Toutefois, elle n'est pas non plus parvenue à l'abattre totalement⁵³⁸, maintenant entretenant cette forme d'ambiguïté dont témoigne la polysémie de la notion l'intérêt personnel.

B- Une utilisation ambivalente et inappropriée de la notion de représentation

193. L'étude des liens pouvant exister entre l'action collective des groupements et la notion de représentation donne à voir des difficultés du même ordre que celles que rencontre une étude des liens entre le concept de droit subjectif et celui d'intérêt, puisqu'elle met face à une notion qui est saturée de significations et donne, là encore, l'impression d'une cacophonie conceptuelle. En effet, la représentation n'est pas seulement un terme employé dans le langage courant. Il s'agit d'un concept qui se joue des frontières disciplinaires et se retrouve aussi bien en droit, privé comme public, qu'en histoire ou en sciences politiques et dont l'étymologie – *repraesentare* - qui signifie rendre présent ce qui n'est pas directement accessible⁵³⁹, est finalement assez large pour accueillir une pluralité de significations. Pour s'y

⁵³⁶ En effet, dans le cadre, par exemple, d'une action en responsabilité extracontractuelle tendant à la réparation des préjudices résultant du dommage causé à un bien, l'intérêt substantiel lésé est bien celui associé au droit de propriété et non au droit à la réparation du préjudice, tel qu'il est aujourd'hui énoncé à l'article 1240 du code civil et qui, pour sa part, naît à l'occasion du dommage. L'un et l'autre ne se confondent pas. Ils ne sont pas non plus exclusifs l'un de l'autre comme semble le présenter M. Lois Raschel. En effet, pour critiquer la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dangeroux* et montrer qu'« il est vain de chercher à discerner un droit lésé derrière chaque préjudice », l'auteur explique que « c'est précisément l'acte dommageable qui entraîne la *naissance* du droit subjectif à réparation » (Lois RASCHEL, *thèse.précit.*, n° 78, p. 62) (en italique dans le texte).

⁵³⁷ Mme Soraya Amrani-Mekki présente ainsi l'intérêt pour agir dans le contentieux de la responsabilité comme le « reflet processuel du préjudice » (Soraya AMRANI-MEKKI, « le droit processuel de la responsabilité civile », *Études offerts à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 15).

⁵³⁸ En témoignent encore certaines décisions relativement récentes de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Ainsi, amené à se prononcer sur l'exercice abusif ou non d'un recours pour excès de pouvoir en matière d'urbanisme, la Cour de cassation semble considérer que cette action ne vise qu'à « l'observation des règles d'urbanisme » (Civ. 3, 5 juin 2012, n° 11-17.919), ce que certains auteurs, utilisant la finalité du recours comme base de la classification matérielle des voies de recours (V. Roland DRAGO, Jean-Marie AUBY, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, p. 123-124), pourraient regarder comme une reconnaissance de son caractère objectif. Du côté du Conseil d'État, le maintien de ce dogme de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir, en dépit des évolutions jurisprudentielles et législatives dont il n'ignore rien, se retrouve aussi, par exemple, dans la motivation de son arrêt *Société Pace Europe* par lequel il refuse de reconnaître un « principe général en vertu duquel une partie ne saurait se contredire dans la procédure contentieuse au détriment d'une autre partie » dans le cadre du recours pour excès de pouvoir qui est affilié, et non assimilé compte tenu de la reconnaissance de recours de plein contentieux « objectifs », au « contentieux de la légalité ». La formule est alors aussi malheureuse - car existe-il un contentieux qui ne pose pas une question de légalité *latissimo sensu* ? - que peut être hasardeuse la distinction entre les contentieux objectifs et subjectifs à laquelle elle renvoie (CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 2 juillet 2014, n° 368590 ; cela ressort encore mieux des conclusions de Mme Gaëlle Dumortier (Gaëlle DUMORTIER, « L'estoppel peut-il arrêter le juge de la légalité ? », *AJDA*, 2014, p. 1897).

⁵³⁹ V. par exemple, Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales : liberté, égalité, pouvoir, droit, contrat, propriété, intérêt, représentation*, Paris, LGDJ, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 168. Ce qui en soi, comme le souligne l'auteur, n'est déjà pas neutre et pose la question de la légitimité du pouvoir du représentant car « dire qu'une personne qu'elle en

retrouver, il est néanmoins possible de s'appuyer sur les travaux de Mme Olivia Bui-Xuan qui, en tentant d'affiner la pléthore de typologies qui ont pu être élaborées dans les différentes disciplines, a construit sa propre typologie à partir de ces trois paramètres que sont le consentement du représenté pour désigner le représentant⁵⁴⁰, la préexistence du représenté au représentant⁵⁴¹ et la dépendance du représentant vis-à-vis du représenté⁵⁴². Elle identifie ainsi quatre idéaux types de représentation, des « cadres d'interprétation »⁵⁴³ qui ne sont pas forcément exclusifs les uns des autres, à savoir la « représentation-mandat »⁵⁴⁴, la « représentation-transfert »⁵⁴⁵, la « représentation-habilitation »⁵⁴⁶ et enfin la « représentation-incarnation »⁵⁴⁷. Partant de là, selon la définition qui est retenue de la représentation⁵⁴⁸, l'action collective des groupements privés, qui n'est possible que grâce à une présentation *ad agendum* - une représentation à l'action qui ne saurait être confondue avec la représentation permanente assurée par ses organes⁵⁴⁹ -, peut potentiellement donner à voir une représentation à deux, trois voire quatre étages⁵⁵⁰ s'il fait appel à un auxiliaire de justice intervenant dans le cadre d'un mandat *ad litem*, c'est-à-dire d'une

représente une autre signifie qu'elle est l'image, le reflet de cet autre » et « le représenté n'est sans doute pas engagé par lui-même directement, mais il est engagé par son reflet, par son double, par ce qui le rend présent » (*Ibid.*).

⁵⁴⁰ « Alors que, dans certains cas, la représentation est un processus objectif, qui ne requiert par l'accord du représenté, dans d'autres cas, la représentation est un processus subjectif pour lequel le consentement du représenté est au contraire indispensable » (Olivia BUI-XUAN, « Propos introductifs », in Olivia BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, 2016, p. 11).

⁵⁴¹ « Au premier abord, on peut penser que le représenté préexiste toujours au représentant : tel est le cas dans n'importe quelle délégation dans n'importe quelle hypothèse où le représenté doit donner son consentement. Comment pourrait-il en effet donner son accord s'il n'existe pas ? Mais dans d'autres hypothèses, comme dans le modèle du contrat théorisé par Hobbes, le représenté est créé *du fait même* du mécanisme de la représentation ». (Olivia BUI-XUAN, *op.cit.*, p. 11-12) (en italique dans le texte).

⁵⁴² « Dans certains cas, le représentant est lié par la volonté du représenté, c'est-à-dire qu'il ne doit pas le trahir, il doit la défendre fidèlement, alors que dans d'autres cas, le représentant est dans une situation de parfaite indépendance par rapport au représenté : à partir du moment où il a été désigné comme représentant, il n'a pas de compte à rendre au représenté » (Olivia BUI-XUAN, *op.cit.*, p. 12).

⁵⁴³ V. Le tableau synthétisant cette proposition de typologie des mécanismes de représentation (Olivia BUI-XUAN, *op.cit.*, p. 13).

⁵⁴⁴ « Il s'agit, au sens strict, de la convention par laquelle le mandant accorde au mandataire le droit d'agir pour lui et pour son compte, le mandataire s'engageant à défendre les intérêts du mandant conformément aux recommandations du premier. Transposée au droit constitutionnel, on la trouverait dans le mandat impératif (...). Les préfets et les ambassadeurs relèveraient également de cette typologie, dans la mesure où ils sont soumis à une obligation de loyalisme ». (*Ibid.*)

⁵⁴⁵ Décrite par l'auteur comme étant très proche, « au premier abord », de la représentation-mandat, la « représentation-transfert » repose « également sur le consentement du représenté ». Cependant, il s'agit « non plus seulement d'une délégation, mais d'un véritable transfert de pouvoir que le représenté accorde au représentant dans la mesure où, une fois désigné, le représentant jouit d'une grande indépendance par rapport à celui ou ceux qui l'ont nommé ou élu ». (*Ibid.*)

⁵⁴⁶ « La *représentation-habilitation* désigne, quant à elle, le mécanisme selon lequel un représentant se voit attribuer le pouvoir d'agir pour le compte du représenté en vertu d'une autorisation extérieure, accordée notamment par un texte juridique. Dans cette hypothèse, non seulement le représenté n'a pas à consentir à sa représentation, mais encore l'indépendance du représentant par rapport au représenté est importante : si, en principe, celui-ci doit défendre les intérêts du représenté, il ne reçoit pas d'instruction de sa part et ne peut être révoqué si le représenté estime que ses intérêts sont mal défendus » (Olivia BUI-XUAN, *op.cit.*, p. 14) (en italique dans le texte).

⁵⁴⁷ La « représentation-incarnation », quant à elle, procède, comme la « représentation-habilitation », « d'un processus objectif, et ce d'autant plus qu'elle est le plus souvent une « représentation-crédation ». En effet, lorsque le représenté est une personne morale, il va naître *du fait même* de la désignation du représentant. C'est ainsi que, dans l'Ancien Régime, le Roi incarnait l'Etat-personne morale : c'est par son truchement que l'Etat existait et trouvait une certaine unité. La représentation-incarnation présente par ailleurs une dimension symbolique, le représentant personnifiant la collectivité » (*Ibid.*) (en italique dans le texte).

⁵⁴⁸ Mais aussi, comme cela sera vu par la suite, de celle de l'intérêt collectif servant de *substratum* de la personne morale.

⁵⁴⁹ L'identité des personnes habilitées à la représenter au quotidien et l'identité de celles habilitées à agir en justice en son nom ne correspondent d'ailleurs pas nécessairement (cf. *Infra*, n° 566-567) et, quand bien même il y aurait identité, représenter la personne morale au quotidien est une chose et disposer du pouvoir de décider qu'elle va agir en justice en est encore une autre

⁵⁵⁰ Pour reprendre une image employée par M. Philippe Didier.

représentation à l'instance. La référence implicite ou explicite à cette notion polysémique de représentation en droit positif ou dans les discours doctrinaux le prenant pour objet est ambivalente en ce sens qu'elle sert aussi bien de substitut technique à l'absence d'intérêt personnel du groupement (1) que de moyen pour en permettre l'identification et suggérer ainsi que l'action des groupements peut être fondée juridiquement sur les normes permettant de saisir le juge aux fins de défendre un tel intérêt (2). En tout état de cause, elle n'est, dans un cas comme dans l'autre, d'aucun secours pour trouver le fondement juridique de telles actions.

- 1- La référence à l'existence d'une « représentation-mandat » comme négation du caractère supra-personnel de l'intérêt collectif défendu

194. Le lien qui est parfois établi entre la maxime « Nul en France ne plaide par procureur sauf le roi » et les actions collectives des groupements, ou parfois seulement certaines d'entre elles, laisse à penser que ces actions seraient fondées juridiquement sur des conventions permettant ainsi aux groupements d'exercer une forme de représentation *ad agendum*. L'applicabilité de la maxime peut toutefois être compromise par la nature même de ses actions et de l'intérêt collectif qu'elles permettent de défendre (a) et sa référence semble de toute façon procéder le plus souvent d'une confusion quant à sa signification (b).

- a- Une applicabilité contrariée de la maxime « Nul ne plaide par procureur » aux actions collectives

195. Depuis que les premiers syndicats constitués sous l'empire de la loi du 21 mars 1884 ont engagé des actions collectives, il est fréquent de lire, sous la plume des auteurs ou même dans les commentaires produits par la doctrine interne des juridictions, que ces actions constituent des dérogations ou des violations de cette maxime séculaire voulant que « Nul en France ne plaide par procureur sauf le roi ». Cette incompatibilité n'a toutefois pas toujours la même portée lorsqu'elle est relevée, ce qui montre bien, en passant, les difficultés que la doctrine a rencontrées pour appréhender l'action collective (i). Toutes ces analyses ont néanmoins en commun d'inviter à considérer l'existence d'un fondement conventionnel pour l'action des groupements défendant des intérêts collectifs (ii) qui s'avère en réalité difficilement concevable (iii).

i- L'action collective des groupements privés comme dérogation totale ou partielle à la maxime

196. Le rapport qu'entretiennent l'action collective des groupements et la maxime est parfois présenté comme une incompatibilité totale, en ce sens que toutes les actions collectives des groupements privés, sans distinction aucune, sont présentées comme dérogeant à la maxime.

197. C'est l'opinion que défendit Planiol dans ses premières notes sous les arrêts des juridictions judiciaires rendus au sujet d'actions syndicales⁵⁵¹. Bien qu'il ne se prononçât alors que sur des actions en responsabilité extracontractuelle motivées par l'atteinte à l'intérêt de la profession, il est néanmoins possible de considérer que, pour lui, toute forme d'action collective, y compris celle qui tendrait principalement à satisfaire un intérêt collectif présenté comme supra-personnel, devait être regardée comme une dérogation à la maxime, dans la mesure où il estimait que l'intérêt collectif ne pouvait être que l'ensemble des intérêts individuels des membres du groupe. Même si cette position découle d'une vision un peu archaïque de l'intérêt collectif, elle reste d'actualité. En effet, c'est aussi l'idée d'une incompatibilité totale qui ressort, du moins en partie implicitement, des passages que Mme Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, Lucie Mayer et M. Serge Guinchard consacrent à l'action collective des groupements dans le *Précis de procédure civile* des éditions Dalloz. En effet, si la contrariété avec la maxime n'est expressément évoquée que pour la jurisprudence des « ligues de défense »⁵⁵², les auteurs font ensuite le lien, dans l'index de l'ouvrage, entre la maxime et les actions collectives qui, dans le cadre d'habilitations législatives ponctuelles, se matérialisent par des requêtes, qui pouvant être motivées par la lésion d'un intérêt collectif supra-personnel, tendent aussi bien à satisfaire en priorité l'intérêt personnel du groupement qu'un intérêt supra-personnel⁵⁵³. Enfin, du côté des doctrines internes aux juridictions, c'est aussi l'idée d'une incompatibilité totale qui se retrouve, par exemple, dans le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* de la décision n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011⁵⁵⁴.

198. Parfois ce rapport est présenté comme n'étant qu'une incompatibilité partielle, c'est-à-dire qui ne concerne que certaines actions collectives.

⁵⁵¹ Marcel PLANIOL, note sous Cour d'appel d'Amiens, 13 mars 1895, *Syndicats des poissonniers de la Somme c. Bocquet, Gauchy et autres*, D.P., II, 1895, p. 553 ; Marcel PLANIOL, note sous Cour d'appel de Bordeaux du 4 juin 1897, *Association syndicale des viticulteurs-propriétaires de la Gironde c. Duthuron et a.*, D.P., II, 1898, p. 129 ; Marcel PLANIOL, note sous Crim., 27 juillet 1907, *Syndicat national de défense de la viticulture française c. Triboudeau*, D.P., I, 1909, p. 129.

⁵⁵² Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Lucie MAYER, Serge GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 35^e édition, 2020, n° 219, p. 190.

⁵⁵³ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Lucie MAYER, Serge GUINCHARD, *op.cit.*, n° 214, p. 185-187. Ce n'est toutefois que par analogie avec le passage sur les ligues de défense que ce renvoi peut signifier que les auteurs estiment que ces différentes actions - qui couvrent alors tous le spectre des actions collectives - devraient, en l'absence d'habilitation législative, être regardées aussi comme des dérogations. Ce renvoi demeure de toute façon mystérieux puisqu'il ne concerne que les ligues de défense et les habilitations législatives permettant aux associations d'agir en l'absence d'une infraction pénale et que les habilitations jurisprudentielles, les habilitations législatives des associations en présence d'une infraction pénale comme les habilitations des syndicats, qui sont par ailleurs évoquées, ne bénéficient pas d'un tel renvoi.

⁵⁵⁴ « le droit reconnu aux associations par la jurisprudence administrative d'agir en justice pour la défense de leur objet social » y est présenté, sans distinction aucune, comme « une dérogation au principe selon lequel « nul ne plaide par procureur » » (Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry* (recours des associations), p. 7).

199. Il peut s'agir alors de celles qui sont seulement motivées directement par l'atteinte à l'intérêt personnel d'un tiers identifié ou aux intérêts personnels. Telle était la position de Pierre Waldeck-Rousseau. S'il admettait que le syndicat pût défendre un intérêt de la profession qui n'est pas réductible à la somme des intérêts des travailleurs, il estimait qu'il y avait en revanche violation de la maxime dès lors que la lésion de cet intérêt collectif était en réalité déduite de celle des intérêts individuels des membres du syndicat, en somme lorsque la requête était motivée principalement par la lésion de ces intérêts individuels. Ce qui donnait en réalité, selon lui, pour objet à l'action syndicale la défense d'intérêt individuels⁵⁵⁵.

200. Ce sont aussi parfois les actions collectives qui, en sus, tendent à satisfaire en priorité les intérêts personnels de tiers qui sont mises en cause. La violation de la maxime - ou même le risque de violation - est alors le plus souvent associée aux recours pour excès de pouvoir des groupements contre des décisions individuelles négatives - pour reprendre la classification établie par Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*⁵⁵⁶ - ou défavorables visant des tiers⁵⁵⁷ ou encore, plus largement, à l'exercice d'une action de substitution par les groupements⁵⁵⁸.

201. Enfin, pour d'autres auteurs, l'incompatibilité ne concerne que des actions collectives qui, quel que soit leur motivation, tendent à satisfaire en priorité un intérêt collectif dont ils reconnaissent le caractère supra-personnel. C'est semble-t-il l'opinion que défend M. Norbert Foulquier au sujet de ce qu'il appelle « l'action corporative » en s'appuyant sur le *Traité de droit administratif* de Guy Debeyre et Paul Duez qui était censé, selon lui, illustrer la vision de la doctrine majoritaire sur ce type d'action⁵⁵⁹. En effet, pour ces derniers, l'« action corporative » était justement, à la différence de celle qu'ils nommaient « l'action individuelle », celle qui « est exercée sans envisager les avantages qui pourront en résulter

⁵⁵⁵ Pierre WALDECK-ROUSSEAU, « Consultation à propos du jugement du tribunal de commerce de Nice du 15 juin 1886, Rosset c. Dalmas *ès qualités* », *Recueil périodique de procédure*, 1887, p.49). *A priori* favorable à l'action syndicale, une telle position apparaît difficilement tenable en pratique puisqu'elle paraît exclure toute convergence possible des intérêts collectifs et individuels et qu'une action en défense d'un intérêt collectif puisse bénéficier ensuite, même indirectement, à des intérêts individuels. Partant de là, même une action motivée principalement par la lésion d'un intérêt collectif et qui ne bénéficierait ensuite que de façon médiate aux intérêts individuels des membres du groupe devrait aussi être regardée comme une violation de la maxime

⁵⁵⁶ Jean ROMIEU, Conclusions sur CE, 28 novembre 1906, *Syndicats des patrons-coiffeurs de Limoges*, Rec. Lebon, p. 980.

⁵⁵⁷ Par ex., Frédéric TIBERGHIEU, Bruno LASSERRE, « Chronique de droit administratif », *AJDA*, 1982, p. 81 ; Alain BERNARD, Conclusions sur CE, 23 juin 1972, *Syndicat des métaux des Vosges*, Rec. Lebon, p. 488 ; Daniel LABETOUILLE, Conclusions sur CE, 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique et Association générales des administrateurs civils*, *AJDA*, 1984, p. 627 ; Mattias GUYOMAR, Bertrand SELLIER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e édition, 2019, n° 632, p. 308 ; V. aussi, assimilant les décisions « négatives » aux décisions défavorables, Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 13^e édition, 2020, n° 963, p. 615).

⁵⁵⁸; Florence BENOIT-ROHMER, « Note sous la décision n° 89-257 DC », *AJDA*, 1989, p. 801. C'est aussi en sens qu'il est possible de comprendre la référence que Bruno Kornprobst et Raymond Odent faisait à la maxime (Bruno KORNPROBST, *thèse.précit.*, p. 143 Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, t. 2, 2007, p. 261)

⁵⁵⁹ Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, p. 356.

implicitement pour tels ou tels membres du groupe et sans qu'il y ait à faire connaître les noms des bénéficiaires indirects ou éventuels »⁵⁶⁰.

ii- Le sens de l'incompatibilité entre la maxime et l'action collective

202. Présenter les actions collectives des groupements privés, ou même seulement certaines d'entre elles, comme des violations ou des dérogations à cette maxime, revient, implicitement mais nécessairement, à considérer qu'elles rentrent dans le champ de la prohibition⁵⁶¹ et, ce faisant, conduit à y voir une forme de représentation conventionnelle *ad agendum*.

203. En effet, la maxime « Nul en France ne plaide par procureur sauf le roi » demeure associée à la représentation conventionnelle même si le sens de la prohibition qu'elle énonce s'est quelque peu assoupli au fil du temps : signifiant dans un premier temps l'obligation, dont seul le roi était dispensé, de se présenter physiquement devant les juridictions royales, et par là même, l'interdiction de se faire représenter par un mandataire - ou procureur -, la rigueur de cette prohibition s'est ensuite atténuée face à la multiplication des lettres de grâce ouvrant la représentation conventionnelle aux particuliers et, après que les lettres de grâce ont été supprimées par l'ordonnance du 15 janvier 1528 et que la liberté de représentation s'est imposée, la maxime n'a plus que signifié l'interdiction de se dissimuler derrière son procureur. Autrefois instrument d'affirmation du pouvoir royal, ladite maxime, qui fait « *figure de rescapé* » du code de procédure civile⁵⁶² même en étant systématiquement amputée⁵⁶³, apparaît aujourd'hui comme

⁵⁶⁰ Paul DUEZ, Guy DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, n° 544, p. 360. Toutefois, le renvoi vers ce passage auquel procède l'auteur est sans doute discutable. En effet, si la maxime y est bien évoquée par périphrase, il n'est nullement question de dérogation ou de violation. Il peut aussi bien signifier que le groupement n'a pas à faire connaître les noms des bénéficiaires car l'action « corporative » est tout simplement hors du champ d'application de la maxime. Pour cause, Duez et Debeyre ne faisaient en réalité que reprendre mot pour mot, sans utiliser de guillemets, les conclusions de Romieu sur l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* et, plus précisément, le passage dans lequel il soulignait que le syndicat pouvait exercer l'action syndicale « sans avoir à envisager les avantages qui pourront en résulter implicitement pour ses membres pris isolément et sans qu'il ait à faire connaître les noms des bénéficiaires indirects et éventuels ». Or, comme cela fut dit précédemment, Romieu ne voyait, pour sa part, une possible dérogation à la maxime que dans le recours pour excès de pouvoir des groupements dirigé contre des décisions individuelles négatives.

⁵⁶¹ La dérogation étant entendue, avec Mme Ariane Vidal-Naquet, comme le résultat « d'un conflit de règles applicables à un sous-ensemble donné, sous-ensemble qui est inclus dans le champ d'application d'une règle, mais qui, pour des raisons de conflits de normes, est également régi par une autre règle » (Ariane VIDAL-NAQUET, « Propos introductifs », in Ariane VIDAL-NAQUET, Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.) *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014, p. 21)

⁵⁶² Sylvie PIERRE-MAURICE, « Le code de procédure civile et les maximes », *revue Scientia juris* n°2, in *Revue générale du droit en ligne*, 2013, p. 12 (V. aussi, pour des opinions concordantes avant l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile : Ernest-Désiré GLASSON, Albert TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris, Sirey, t. 1, 3^e édition, 1925, p. 556 ; René MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 2^e édition, 1949, p. 271). La maxime se trouve alors parfois mentionnée dans les visas des arrêts (Civ. 3., 15 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 359) et même érigée au rang de « *principe* » (Civ. 2, 29 novembre 2001, Bull. civ. II, n° 175). Elle est en revanche beaucoup plus discrète dans la jurisprudence administrative puisqu'il n'est possible, grâce à *Arianeweb*, que d'en trouver une trace, au moins explicite, dans un arrêt de cour administrative d'appel qui, en plus, ne faisait alors que reprendre les écritures des parties (CAA de Douai, 1^{ère} chambre, 30 mars 2006, *SA Caudis, Association de défense du commerce local de Caudry*, n° 04DA00116).

⁵⁶³ Ainsi que le relève M. Emmanuel Jeuland, l'adage est « toujours présenté de manière tronquée. (...) comme si on voulait couper la tête au roi une seconde fois ! » (Emmanuel JEULAND, *Droit processuel général*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit privé, 4^e édition, 2018, n° 331, p. 452).

une exigence de transparence dont découle une règle de forme imposant au représentant d'indiquer dans les actes de la procédure sa qualité et l'identité du représenté. Dans la mesure où ce procureur est aujourd'hui assimilé au mandataire qui, pour reprendre la définition du contrat de mandat qui fut conservée dans le code civil, agit pour le compte mais aussi « au nom » de son mandant⁵⁶⁴, la maxime reviendrait donc, par un étrange retournement de l'histoire auquel a conduit l'évolution de sa signification, à imposer à la personne qui souhaite être représentée au procès de passer par un « *procureur* », prohibant le recours à d'autres formes de représentation conventionnelle⁵⁶⁵. Autrement dit, il y aurait violation de la maxime dès lors que la convention fondant la représentation *ad agendum* n'est pas un mandat ou un mandat « authentique ». Telle est du moins la première conclusion à laquelle il est possible d'arriver en adoptant, d'une part, une conception extensive de la représentation et, d'autre part, une conception restrictive de ce contrat spécial que constitue le mandat.

204. D'un côté, il ne faut effectivement pas confondre le contrat spécial que constitue le mandat avec la technique juridique que constitue la représentation⁵⁶⁶ qui, pouvant être entendue aussi plus ou moins largement avec M. Philippe Didier comme la situation dans laquelle « une personne se voit imputer les conséquences d'un acte réalisé par une autre sans qu'il y ait lieu, d'ailleurs de distinguer entre acte juridique et fait juridique. (...) parce que la décision prise est présumée conforme aux intérêts de la personne à qui on l'impose »⁵⁶⁷, ne se réduit pas nécessairement au mandat⁵⁶⁸ et, du reste, n'a pas toujours permis de le caractériser⁵⁶⁹. De l'autre côté, il faut ensuite admettre que la représentation, ainsi entendue, constitue désormais un critère nécessaire, mais non suffisant, de qualification du contrat de mandat⁵⁷⁰ qui ne ferait

⁵⁶⁴ Art. 1984 du code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

⁵⁶⁵ Ainsi, contrairement à ce que suggérerait le titre, sous forme d'injonction, du fameux article de M. Francis Caballero - « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe » -, plaider par procureur ne conduirait pas à remettre en cause cette maxime, mais justement permettrait de la mettre en œuvre.

⁵⁶⁶ Thomas GENICON, « Mandat et représentation », in Benjamin REMY (dir.), *Le mandat en question*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 2, p. 34.

⁵⁶⁷ Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 566, p. 407-408. Après avoir procédé à la déconstruction du concept de représentation qui était abusivement associé au seul contrat de mandat, M. Philippe Didier tente de cerner le problème que le droit tente de résoudre sous le terme de représentation : « dire qu'une personne, le représentant, en engage une autre, le représenté, signifie deux choses : d'abord que la personne déclenche des effets juridiques, c'est-à-dire que l'on est en présence d'un acte du représentant, ensuite que ces effets ne vont pas l'affecter elle, mais vont être rattachés à une autre personne, c'est-à-dire que l'acte fait l'objet d'une imputation dérogatoire » (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 145, p. 103). Pour autant, l'auteur estime que toutes les hypothèses d'imputation dérogatoire ne doivent pas être regardées comme des situations de représentation, sauf à risquer de diluer cette dernière notion. Il discrimine ainsi entre les situations où il y a une imputation dérogatoire en fonction de la « cause » de cette imputation limitant « la représentation aux situations où il y a imputation dérogatoire parce que l'acte est réputé conforme à l'intérêt de la personne. C'est-à-dire que l'imputation se fonde sur la définition de l'intérêt d'une personne (le représenté) par une autre (le représentant) » (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 179, p. 128), ce qu'il définit ensuite comme un processus de décision. La définition de l'intérêt constitue un processus de décision qui donne ainsi son caractère dynamique à la relation (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 182, p. 130).

⁵⁶⁸ Philippe DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 339, 2000, 461 p.

⁵⁶⁹ Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 38-79, p. 27-50.

⁵⁷⁰ La question des liens entre la représentation et le mandat se présente en réalité comme une équation à deux inconnus dont la résolution peut virer au dialogue de sourds tant les deux termes sont discutés. Le contrat de commission, dans le cadre duquel un commissionnaire agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant (art. L. 132-1 du code de commerce), peut alors passer pour un mandat au terme d'une conception plus extensive de la représentation et l'introduction de la distinction entre la représentation parfaite et imparfaite (Pour une analyse des discours doctrinaux sur ce point, V. Marie-Laure IZORCHE, « À propos du mandat sans représentation », *D.*, 1999. Chron. 369, p. 369).

donc que fonder une espèce d'action pour le compte d'autrui se distinguant des actions en nom propre par l'existence de la *contemplatio domini*⁵⁷¹.

205. Ces variations permettent ainsi de comprendre la présentation que les auteurs du précis de procédure civile font de la maxime. En effet, tout en admettant qu'elle interdit simplement de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle le requérant agit, c'est-à-dire pour eux de « plaider sous un prête-nom », les auteurs présentent le « domaine de la maxime » comme étant celui du mandat conventionnel dont ils semblent pourtant retenir une définition restrictive, tout comme d'ailleurs de la représentation, en le distinguant précisément du prête-nom. Ils écrivent alors que « l'obligation de mentionner le nom du mandant suppose qu'il y ait bien mandat, c'est-à-dire représentation : ainsi, la maxime est exclue lorsqu'il y a prête-nom »⁵⁷². Ce faisant, ils semblent considérer que la maxime ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'un contrat qui, par définition, du moins dans son acception restrictive, ne la violerait pas. En réalité, ils adoptent bien une conception extensive du mandat puisqu'ils le qualifient ensuite le prête-nom de « mandat occulte ». Ils ajoutent un peu plus loin : « il faut en outre qu'il y ait représentation conventionnelle, ce qui signifie à l'inverse que l'exigence posée par la maxime n'aura pas à jouer dans toutes les hypothèses où le mandataire tire son pouvoir de représentation de la loi ou du juge »⁵⁷³. Même si l'emploi de la locution adverbiale « en outre » pourrait laisser penser à un critère cumulatif d'applicabilité, ils réserveraient donc l'applicabilité de la maxime plus largement aux hypothèses de représentation conventionnelle⁵⁷⁴.

206. Le champ d'application de la maxime demande à être encore affiné. Toutes les formes de représentation conventionnelle dissimulant l'identité du représenté ne sont effectivement pas prohibées comme le montre la jurisprudence de la Cour de cassation qui, de manière constante, admet la validité d'actions exercées par un prête-nom dès lors que cette interposition n'est pas frauduleuse et ne nuit pas aux tiers⁵⁷⁵, ce qui vient alors troubler les contours d'une maxime qui semble condamner toute espèce de « mandat occulte »⁵⁷⁶. En réalité, le prête-nom, qui agit en apparence pour son propre compte, est bien

⁵⁷¹ Sur le rôle de l'intention de représenter dans le mécanisme de représentation (V. Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 102, p. 68).

⁵⁷² Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 323, p. 257. Le terme « exclue » semble correspondre non à l'inapplicabilité de la maxime, mais bien à une atteinte dans la mesure où ils évoquent ensuite l'exemple de la jurisprudence des ligues de défense qu'ils présentent à un autre moment comme la contrariant (Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 219, p. 190).

⁵⁷³ *Ibid.*

⁵⁷⁴ *Ibid.* Il reste que la lecture du passage consacré aux ligues de défense, auquel ils renvoient d'ailleurs, jette le trouble puisqu'ils excluent alors l'hypothèse du « mandat » comme fondement juridique et même, plus généralement, de toute représentation conventionnelle. Ils évoquent, ce qui sera aussi l'opinion défendue plus avant, une « habilitation toute prétorienne de la Cour de cassation » (Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 220, p. 192).

⁵⁷⁵ Cass., 7 avril 1813, *S.*, 1813, 1, p. 327 ; Req., 27 juin 1911, *D.*, 1914, 1, p. 93 ; Civ., 16 février 1948, *JCP éditions Avoués*, 1948, IV, n° 147.

⁵⁷⁶ Par exemple, les auteurs du *Précis de procédure civile* mentionnent cette possibilité d'agir au travers d'un prête-nom juste avant de présenter le prête-nom comme un mandat occulte violant la maxime (Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 313, p. 252). Comme le relevait Gérard Cornu, « en droit pur, la différence marquée entre le mandataire ostensible et le prête-nom est une généreuse concession aux apparences contre la réalité juridique, car, faut-il le rappeler, le prête-nom, titulaire apparent du droit litigieux, n'est, en réalité, qu'un mandataire, mais dissimulé », (Gérard

en dehors du champ de cette maxime qui, en tant qu'exigence de pure forme, ne s'applique qu'aux seuls « actes de procédure dans l'énoncé desquels la qualité de mandataire apparaît formellement »⁵⁷⁷, ce qui correspondrait donc plutôt, toute chose égale par ailleurs, à une situation similaire à celle de la déclaration de command⁵⁷⁸.

207. En tout état de cause, l'application de la maxime suppose qu'il existe un contrat. C'est en cela que le constat d'une telle dérogation ou violation autorise à penser que, pour les auteurs qui en font état, les actions collectives seraient en réalité fondées juridiquement sur une convention que le groupement requérant aurait conclue, éventuellement même de manière tacite, avec les membres du groupe dont l'intérêt collectif est défendu.

iii- L'action collective hors du champ d'application de la maxime

208. L'applicabilité de cette maxime, et par là même cette analyse des actions collectives des groupements comme une atteinte à celle-ci, se heurte néanmoins, pour certaines d'entre elles, à des obstacles d'ordre conceptuel. Il est effectivement difficile de trouver des personnes qui, si elles n'étaient pas dissimulées, pourraient faire office de mandataires.

209. Indépendamment de la question de savoir comment un consentement, même tacite, pourrait en pratique naître dans le cadre de toutes les actions collectives, l'existence même d'un quelconque contrat paraît difficilement envisageable pour certaines formes d'entre elles, en l'occurrence celles qui sont motivées directement par l'atteinte à un intérêt collectif présenté comme supra-personnel et qui tendent en priorité à le satisfaire. Tel est le cas, du moins s'il est admis que l'intérêt collectif en question ne se réduit effectivement pas à la somme des intérêts personnels de ses membres, du recours pour excès de pouvoir dirigé par un groupement privé contre un acte impersonnel. L'action collective se présente alors comme une action exercée au nom et pour le compte d'un groupe qui est une entité non personnalisée, ce qui exclut l'existence d'une relation interpersonnelle qu'un contrat de mandat pourrait éventuellement encadrer. Ainsi, sauf à nier le caractère supra-personnel de ces intérêts, de telles actions collectives doivent être regardées comme étant hors du champ d'application de la maxime⁵⁷⁹. Plus largement, ce sont toutes

CORNU, Note sous TGI Seine, 4 janvier 1960, *D.*, 1961, p. 638). Il se rapprochait ainsi de Garsonnet et Cézard-Bru qui, avant lui, estimaient qu'« il est impossible, si l'on met de côté la subtilité juridique, de ne pas voir qu'il n'y a aucune différence entre agir par un prête-nom, ce qui est permis, et agir par un mandataire parlant en son nom, ce qui est défendu » (Jean-Baptiste-Eugène GARSONNET, Charles CEZARD-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t.1, n° 568, p. 553).

⁵⁷⁷ Gérard CORNU, *art.précit.*, p. 638.

⁵⁷⁸ La déclaration de command correspond à un mécanisme qui, « essentiellement pratiqué dans les ventes aux enchères », « permet à une personne (le commandé) d'acheter en déclarant agir pour une autre personne (le command) en se réservant la possibilité de révéler ultérieurement le nom ». En cela, elle apparaît comme une « opération intermédiaire » entre le contrat de mandat et le prête-nom (Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LexisNexis, 2017, 9^e édition, n° 508, p. 435)

⁵⁷⁹ Sur ce point, Planiol avait donc le mérite d'être cohérent. En revanche, il était un plus surprenant de sa part qu'il s'appuyât dans sa critique de l'action syndicale sur la consultation que Pierre Waldeck-Rousseau avait rendue à propos du jugement du tribunal de commerce de Nice du 15 juin 1886 (Pierre WALDECK-ROUSSEAU, « Consultation à propos du jugement du

les actions collectives qui ne font pas intervenir, au stade de leurs motifs, l'intérêt personnel de tiers qu'il convient d'exclure du champ d'application de cette maxime. L'applicabilité n'est pas toutefois pas non plus garantie dans le cadre des autres formes d'action collective, pas plus que la violation de cette maxime.

210. En effet, il reste alors éventuellement le cas des actions qui sont simplement motivées par une atteinte à l'intérêt personnel de tiers et ne permettent, que dans un second temps, de redistribuer les gains de l'action comme les actions en responsabilité des « ligues de défense » qui peuvent être présentées, ainsi que le rappelle M. Louis Boré⁵⁸⁰, comme étant « fondées » tantôt sur l'apport par des sociétaires de leur créance indemnitaire contre le responsable du préjudice, mais qui ne respecterait alors pas les conditions de validité posées par le code civil⁵⁸¹, tantôt sur une convention qu'il qualifie de « mandat » alors que les mandataires ne sont pas précisément désignés, ce qui permettrait de regarder ces actions comme dérogeant à la maxime. M. Louis Boré rappelle toutefois qu'il y a encore un troisième « fondement » possible⁵⁸², mis en lumière par MM. Serge Guinchard⁵⁸³ et Yves Mayaud⁵⁸⁴, qui conduit lui à écarter l'applicabilité de la maxime. En effet, comme cela sera vu par la suite, l'action de la ligue de défense, tout comme d'ailleurs d'autres actions collectives, pourrait être aussi regardée comme étant fondée juridiquement sur les normes qui habilent tout un chacun à défendre en justice ses propres intérêts dans la mesure où la ligue disposerait, compte tenu de son objet, d'un intérêt personnel qui aurait été atteint par ricochet par la lésion des intérêts de ses membres ou tout du moins des personnes qui sont présentées comme telles.

211. Il ne reste alors plus que les actions collectives qui tendent bien à satisfaire en priorité les intérêts personnels de tiers et qui, elles, pourraient effectivement donner lieu à un contrat avec le groupement requérant. Toutefois, pour ce qui concerne les actions en substitution organisées par la loi, bien qu'elles ne donnent pas lieu à un mandat⁵⁸⁵, l'identité de la personne défendue est tout de même mentionnée dans

tribunal de commerce de Nice du 15 juin 1886, *Rosset c. Dalmas* ès qualités, *Recueil périodique de procédure*, 1887, p. 49) puisque ce dernier ne partait pas des mêmes prémisses que lui. Comme cela a été vu précédemment, pour l'un des pères de la loi du 21 mars 1884, l'intérêt de la profession pouvait être conçu comme un intérêt collectif supra-personnel et il limitait la violation de la maxime à l'hypothèse dans laquelle le syndicat motive son action par la violation d'intérêts individuels et, semble-t-il, que celle-ci tend par là même à les satisfaire même indirectement.

⁵⁸⁰ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 109, p. 91-93.

⁵⁸¹ C'est pour cela qu'il écarte cette analyse qui avait été proposée par Marty et Raynaud, même si les auteurs évoquaient plus prudemment une « sorte » d'apport. L'ancien article 1690 du code civil imposait alors de notifier par exploit d'huissier cette cession au débiteur cédé ou que ce dernier l'ait acceptée - c'est-à-dire qu'il ait reconnu en avoir été informé - par acte authentique et, bien que la Chambre commerciale ait admis que l'assignation puisse valoir signification, c'était à la condition qu'elle donnât un extrait de la cession en question, ce qui, en pratique, n'était jamais le cas dans le cadre des actions des ligues de défense (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 110, p. 93). Certes, depuis lors, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a considérablement simplifié le formalisme de la cession de créance. Pour autant, il ne l'a pas totalement fait disparaître. Ainsi, si à la date de l'acte, le transfert de créance s'opère entre les parties et est opposable aux tiers (art. 1323 du code civil), il doit tout même être écrit à peine de nullité (art. 1322 du code civil) et n'est opposable au débiteur que si la créance lui a été notifiée ou s'il en a pris acte (art. 1324 du code civil). En tout état de cause, il demeure un point d'achoppement entre la cession de créance et le régime de l'action des ligues de défenses qui est la possibilité, ménagée par la jurisprudence de la Cour de cassation, pour un membre du groupe d'exercer à tout moment sa propre action en responsabilité alors qu'il est en censé avoir cédé sa créance indemnitaire.

⁵⁸² Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 112, p. 94.

⁵⁸³ Serge GUINCHARD, *art.précit.*, p. 607-613.

⁵⁸⁴ Yves MAYAUD, *Lamy associations*, étude 228, n° 11.

⁵⁸⁵ Cf. Chapitre 2 du titre 2 de la première partie.

l'acte introductif d'instance et connue du défendeur, ce qui empêche alors d'y voir une atteinte à la maxime. Quant aux hypothèses dans lesquelles le groupement privé n'agirait ni dans le cadre d'un mandat, ni même dans le cadre d'une action de substitution, mais défendrait l'intérêt personnel d'un tiers en tant que prête-nom, c'est-à-dire dans le cadre d'une action qui tend seulement en apparence à défendre en priorité son propre intérêt personnel, elles se trouvent, ainsi que cela fut dit, en dehors du champ de la maxime.

b- La confusion à l'origine de l'applicabilité de la maxime à l'action collective

212. En réalité, la référence à cette maxime semble procéder le plus souvent d'une confusion quant à son sens plutôt qu'être une référence à l'existence d'une quelconque représentation conventionnelle. En effet, la maxime « Nul en France en plaide par procureur sauf le roi » est parfois présentée comme étant à l'origine de l'exigence pour le requérant de justifier d'un intérêt pour agir qui soit personnel⁵⁸⁶, ce qui semble pourtant faire double emploi avec cette autre maxime selon laquelle « pas de droit, pas d'action » ou « pas d'intérêt, pas d'action »⁵⁸⁷. Certes, dès lors qu'un intérêt personnel, ou même suffisamment personnel, pour agir est dénié au groupement requérant, il est tentant de considérer qu'il agit alors en réalité en qualité de mandataire du groupe, ou des membres du groupe défendu, ou bien que le groupement est alors tenu d'obtenir un mandat en bonne et due forme et de l'indiquer dans les actes de procédure. Néanmoins, le questionnement sur le caractère personnel de l'intérêt pour agir se distingue alors bien de celui sur l'existence d'une éventuelle représentation conventionnelle et, *a fortiori*, le respect de ses formes. Au reste, dans ses premières notes de jurisprudence relatives à l'exercice de l'action syndicale devant les juridictions judiciaires, Marcel Planiol distinguait bien cette question de la représentation de celle de la qualité pour agir puisqu'il estimait que l'action des syndicats professionnels dérogeait aussi bien à la maxime - qu'il présentait même comme « l'axiome sous-entendu dans toutes les

⁵⁸⁶ Tel est, semble-t-il, le cas des auteurs cités précédemment qui voient une atteinte ou un risque d'atteinte à la maxime lorsque le groupement exerce une action tendant à obtenir en priorité la satisfaction d'un intérêt individuel.

⁵⁸⁷ Il arrive pourtant que les deux maximes soient évoquées. Ainsi, c'est la maxime « pas d'intérêt, pas d'action » qui était présentée par Georges Vedel, puis par Georges Vedel et M. Pierre Delvolvé, en introduction des développements sur l'intérêt agir comme un principe général de la procédure justifiant l'exclusion de l'*actio popularis* depuis la première édition de leur manuel (Georges VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, t. 2, 1^{ère} édition, 1959, p. 363-364). Néanmoins, à partir de la 11^e édition, ils introduisent la maxime « Nul ne plaide par procureur » lorsqu'ils traitent du caractère personnel de cet intérêt pour agir tout en maintenant, en introduction, la référence à la maxime « pas d'intérêt, pas d'action » comme rempart à l'*actio popularis* (Georges VEDEL, Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, t. 2, 11^e édition, 1990, p. 259-276). Dans le même ordre d'idées, M. Cédric Tahri, par exemple, en présentant les conditions subjectives de l'action en justice, rattache la maxime « pas d'intérêt pas d'action » à la nécessité d'un intérêt entendu comme un avantage matériel ou moral que l'action est susceptible d'apporter au plaideur. Puis, il introduit la maxime « Nul ne plaide par procureur » pour présenter les caractères de cet intérêt, qui doit être notamment personnel et direct, c'est-à-dire ne pas être l'intérêt d'autrui. (Cédric TAHRI, *Procédure civile*, Rosny-sous-Bois, Bréal, coll. Lexifac droit, 2007, p.84-85). En somme, il semble considérer que la maxime « pas d'intérêt, pas d'action » renvoie à l'interdiction de l'action pour tous, tandis que celle « Nul ne plaide par procureur » renvoie quant à elle seulement à l'interdiction de l'action pour autrui, ce qui, dans les deux cas, suppose de faire fi de l'exigence d'un intérêt personnel, au moins tel que cet intérêt personnel a pu être traditionnellement entendu, c'est-à-dire comme un intérêt privatif.

législations » - « sans intérêt, pas d'action » qu'à la maxime « Nul en France ne plaide par procureur »⁵⁸⁸ et, alors que la violation de cette dernière maxime semblait secondaire dans son premier commentaire, il a ensuite focalisé son propos sur elle⁵⁸⁹.

213. Il s'agit là d'une confusion qui était assez fréquente au sein de la doctrine comme le relevait en son temps Henry Vizioz⁵⁹⁰ et qui, à défaut d'avoir complètement disparu, semble désormais minoritaire au sein des processualistes privatistes⁵⁹¹ qui doit composer avec une jurisprudence fluctuante de la part de la Cour de cassation sur les conditions dans lesquelles une atteinte à la maxime peut être sanctionnée⁵⁹². En revanche, la confusion persiste aussi encore du côté des auteurs publicistes et elle ne semble même pas discutée. Là aussi, elle a des racines anciennes⁵⁹³, mais il est possible que cette persistance soit due aux conclusions de Romieu en 1906 sur l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* qui font, au vu de la fréquence de leur citation, toujours autorité mais qui étaient assez ambiguës sur ce point. En effet, dans ses conclusions, il précisait bien que cette maxime signifiait que « nul ne peut intenter d'action pour une autre personne qu'au nom de cette personne et comme son mandataire » en la faisant découler de l'article 61 du code procédure civile de 1806 qui, pourtant, semblait imposer simplement une règle de forme en listant les mentions devant figurer dans l'exploit d'ajournement⁵⁹⁴. Puis, dans un second temps, il faisait

⁵⁸⁸ Marcel PLANIOL, Note sous Cour d'appel d'Amiens, 13 mars 1895, *Syndicats des poissonniers de la Somme c. Bocquet, Gauchy et autres*, D.P., II, 1895, p. 553.

⁵⁸⁹ Marcel PLANIOL, Note sous Cour d'appel de Bordeaux du 4 juin 1897, *Association syndicale des viticulteurs-propriétaires de la Gironde c. Duthuron et a.*, D.P., II, 1898, p. 129 ; Marcel PLANIOL, Note sous Crim., 27 juillet 1907, *Syndicat national de défense de la viticulture française c. Triboudeau*, D.P., I, 1909, p.129.

⁵⁹⁰ Henri VIZIOZ, Paul RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière civile », *RTD Civ.*, 1945, p.135. V. aussi Gérard CORNU, Jean FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, coll. Thémis, 3^e édition, 1996, n° 116, p. 516.

⁵⁹¹ V. Emmanuel JEULAND, Loïc CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 11^e édition, 2020, n° 435, p. 402 ; Sylvie PIERRE-MAURICE, « Le code de procédure civile et les maximes », *revue Scientia juris* n°2, publié par Revue générale du droit on line, 2013 (<http://www.revuegeneraledudroit.eu>) V. toutefois, Mathilde BOUTONNET, « La classification des catégories de préjudices à l'épreuve de l'arrêt Erika », *RLDC*, 2010, n° 73, p.18. ; Soraya AMRANI MEKKI, Yves STRICKLER, *op.cit.*, n° 69, p. 139-140).

⁵⁹² Il n'y a ainsi pas unanimité autour du statut de cette irrégularité et de sa sanction sous l'empire du code de procédure civile. Le non-respect de cette maxime est généralement présenté comme un vice de forme, au sens et pour application de l'article 112 du code de procédure civile, dont la sanction, consistant dans la nullité de l'acte de procédure, ne peut être ainsi obtenue que dans le cadre d'une exception de nullité, qui ne peut être soulevée ni en tout état de cause, ni d'office et s'il fait grief (Sylvie PIERRE-MAURICE, *art.précit.*, p. 30 ; Loïc CADIET, Emmanuel JEULAND, *op.cit.*, n° 435, p. 402 ; Didier CHOLET, « Assistance et représentation en justice », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, § 44). C'est effectivement la position que retient la Cour de cassation dans certaines décisions (Com., 10 mai 1982, n° 80-16.125, Bull. civ. IV, n° 169 ; Civ. 2, 1^{er} décembre 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, 1, p. 137). Toutefois, elle est aussi parfois traitée comme une cause d'irrecevabilité de la demande qui, affectant l'action elle-même, peut être ainsi sanctionnée par une fin de non de recevoir qui, elle, n'a pas à être soulevée *in limine litis* et ne nécessite pas de faire la preuve d'un grief (Civ. 2, 10 juillet 1991, n° 90-15.407). C'est ainsi en s'appuyant sur ces arrêts que certains auteurs continuent d'associer la maxime à l'exigence relative au caractère direct et personne de l'intérêt pour agir en indiquant que la maxime est « devenue une façon commode d'indiquer clairement la personne qui est « dans » la procédure et éviter qu'un tiers puisse prétendre agir au nom d'autrui », tout en reconnaissant des variations de la Cour (Soraya AMRANI MEKKI, Yves STRICKLER, *op.cit.*, n° 69, p. 139-140). Au reste, lorsqu'ils traitent de la représentation *ad agendum*, les mêmes auteurs indiquent que la maxime impose au représentant conventionnel d'indiquer le nom du représenté (Soraya AMRANI MEKKI, Yves STRICKLER, *op.cit.*, n° 174, p. 337).

⁵⁹³ En effet, elle se retrouve même dans les premiers commentaires de la jurisprudence du Conseil d'État puisque le commentateur de l'ordonnance *Sarrau* du 23 décembre 1829 dans le *Journal du Palais* présentait l'irrecevabilité opposée au pourvoi du ministre de l'intérieur, qui avait demandé une modification au profit d'un particulier des conditions de l'autorisation d'ouverture de son atelier indépendamment de tout intérêt public, comme une application de la maxime (*Journal du Palais, décisions du Conseil d'État et ordonnances du Roi en matière de compétence administrative et judiciaire*, Paris, D'Auvilliers, 1828, p.167).

⁵⁹⁴ Ce lien était d'ailleurs contesté par la doctrine civiliste au début du XX^e siècle et l'est toujours aujourd'hui (Sylvie PIERRE-MAURICE, *art.précit.*, p. 28).

de cet adage une limite à l'exercice syndical d'une action individuelle sans faire mention, au moins explicitement, du défaut d'intérêt suffisamment personnel pour agir. Face à une action individuelle, se caractérisant pour lui par un bénéficiaire individuel, personnel, le syndicat ne pouvait agir qu'en vertu d'un mandat obtenu en bonne et due forme. Il estimait alors qu'il ne s'agissait ici que d'une transposition de la position adoptée par le juge judiciaire qui avait eu à connaître de recours émanant de syndicats. Romieu se référait alors à la « doctrine », « si discutée » selon ses termes, de l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation *Syndicat des tisseurs de Chauffailles* du 1^{er} février 1893⁵⁹⁵ qu'il orthographiait néanmoins « Chauffaiche » et qu'il datait même du 8 février 1893⁵⁹⁶. À l'occasion de cet arrêt, la Cour de cassation avait estimé qu'un syndicat professionnel n'avait pas qualité pour agir, en dépit de sa mission légale de défense des intérêts de la profession, pour demander le respect d'une convention qui avait été négociée par son intermédiaire, mais à laquelle il n'était pas partie. Or, à la lecture de cette décision, rendue au visa du seul article 1382 du code Napoléon, il apparaît que le Cour de cassation ne se prononça alors pas sur l'application de cette maxime. Seul le syndicat la mentionnait dans son pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel. Pour sa part, la Cour de cassation s'était bornée à souligner l'absence de droit propre dont le syndicat pouvait se prévaloir dans ce contentieux contractuel. Ce faisant, il semble que Romieu ait bien confondu la question de la représentation et de la qualité pour agir dans son analyse de la solution qu'il désirait transposer et, si le recours à cet adage séculaire, qu'il présentait même comme un « axiome », a sans doute eu le mérite de conférer une plus grande autorité à la solution qu'il proposa⁵⁹⁷, il a néanmoins entretenu une confusion durable qui a conduit à occulter le véritable problème que pose l'action collective, à savoir la personnalisation de l'atteinte à un intérêt collectif.

2- La référence à la théorie de l'organe comme négation de la liberté de se regrouper

214. La référence explicite à la qualité de « représentant » du syndicat dans la motivation de l'arrêt des Chambres réunies du 5 avril 1913⁵⁹⁸ qui admet l'action des syndicats professionnels motivée par l'atteinte à l'intérêt de la profession ainsi que le rôle que cette qualité a pu jouer pour fonder juridiquement l'action civile du syndicat, c'est-à-dire ici une action qui apparaissait alors motivée par une atteinte à un intérêt collectif supra-personnel, comme le montre *a contrario* l'arrêt du 15 juin 1923 *Cardinal Luçon* dans lequel les Chambres réunies refusèrent de transposer cette solution aux associations, sont toutefois

⁵⁹⁵ Chambre civile, 1^{er} février 1893, *Chambre syndical des ouvriers tisseurs de Chauffailles c. Viallar et a.*, D.P, I, 1893, p. 241

⁵⁹⁶ Le référencement de cet arrêt, qui constitua d'ailleurs une étape importante de la réflexion sur les conventions collectives en droit du travail (V. Claude DIDRY, *La naissance de la convention collective : débats juridiques et luttes sociales en France au début du XX^e siècle*, Paris, Edition de l'Ecole des Hautes Études Sociales, 2002, 267 p.), pose décidément problème puisque Michoud, pour sa part, renvoyait à la bonne date mais l'appelaient « l'affaire des mineurs de Chauffailles » (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 263, p. 203). Or, il n'était nullement question de « mineurs » mais d'ouvrières d'une usine de tissage.

⁵⁹⁷ Ce serait ici une illustration de la fonction systémique de légitimation du discours du juge que remplirait le recours aux adages (Denys SIMON, « les adages et le droit écrit », *RFDA*, 2014, p.17)

⁵⁹⁸ Ch. Réunies 5 avril 1913, *DP*, 1914, I, p. 65.

énigmatiques. M. Louis Boré évoque, pour sa part, une représentation de nature « *politique* »⁵⁹⁹. Cela demeure toutefois un peu vague compte tenu de la pléthore de conceptions de la représentation que donnent à voir les écrits des constitutionnalistes et des politistes et qui ont-elles mêmes pu donner lieu à d'innombrables typologies. À titre, non exhaustif, il est ainsi possible d'évoquer au moins celle que Mme Hannah Pitkin a élaboré dans son ouvrage « séminal »⁶⁰⁰ en distinguant la représentation formelle, descriptive, symbolique et substantielle, ou encore, plus récemment, celles de Mme Virginie Dutoyat et M. Samuel Hayat distinguant la représentation comme « imposition », « composition » et « proposition »⁶⁰¹. Cette référence à la représentation « politique » s'explique alors sans doute par le fait qu'elle put être envisagée comme une représentation « incarnation », ce qui permet de s'émanciper du carcan que représente le modèle civiliste du mandat et ainsi de penser une représentation ne prenant appui sur aucune relation interpersonnelle entre le représentant et le représenté. L'évocation d'une représentation de nature « politique » n'aurait toutefois que peu d'intérêt, du moins ici, si elle n'offrait qu'une justification, un fondement extra-juridique, aux actions collectives des groupements privés.

215. Parmi les différentes conceptions de la représentation comme incarnation, il en est alors une qui, si elle ne fournit pas directement un fondement juridique aux actions collectives des groupements privés, en suggère au moins un, y compris d'ailleurs pour les actions qui sont motivées par une atteinte directe à un intérêt collectif supra-personnel. Il s'agit de la « théorie de l'organe » qui permet de concevoir, que ce soit dans le cadre d'une vision anthropomorphique ou bien seulement à titre métaphorique, qu'une entité abstraite puisse exprimer une volonté, ou plutôt se la voit imputer par une ou plusieurs personnes à

⁵⁹⁹ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 35, p. 33. L'auteur réduit alors la « *représentation politique* » à la représentation-restitution évoquée précédemment. Il écrit ainsi que « la notion de représentation politique est distincte de la représentation juridique, elle est fondée sur l'idée que le représentant offre une image fidèle de certaines idées ou de certains hommes » (*Ibid.*). Dans le même sens, M. Benoît Gaboriau parle lui de représentation « politique ou sociale » (Benoît GABORIAU, *thèse.précit.*, p. 68).

⁶⁰⁰ Yves SINTOMER, « Les sens de la représentation politique : usages et mésusages d'une notion », *Raisons politiques*, vol. 50, n° 2, 2013, p. 14.

⁶⁰¹ « La représentation comme imposition, où les prétentions à la représentation imposent au représenté son identité ; la représentation comme composition, où le représenté préexiste au représentant qui doit composer avec lui ; la représentation comme proposition, où les prétentions à la représentation proposent au représenté des représentations de lui-même qu'il peut accepter, modifier ou contester » (Virginie DUTOYA, Samuel HAYAT, « Prétendre représenter. La construction sociale de la représentation politique », *RFSP*, 2016, p. 10).

travers laquelle ou lesquelles elle accède ainsi à l'existence⁶⁰². Cette théorie d'origine allemande⁶⁰³ rayonna au-delà de son berceau géographique en étant importée par les auteurs français dont le plus célèbre, à défaut d'être le seul ou le premier ou même le plus fidèle, fut sans doute Carré de Malberg⁶⁰⁴, mais aussi de son berceau théorique. Ainsi, elle ne fut pas simplement utilisée dans les théories de l'État pour définir l'État comme une personne juridique puisqu'elle fut employée par Léon Michoud dans le cadre de sa théorie dite de la réalité technique de la personnalité morale⁶⁰⁵ dont l'ambition était d'être transversale.

216. Dans le débat entre les tenants de la thèse de la fiction des personnes morales et ceux de sa réalité, dont l'enjeu pratique n'était rien de moins que la possibilité de reconnaître l'existence de personnes juridiques en dehors de la loi⁶⁰⁶, la position de Léon Michoud ne prend pas comme point de référence une quelconque réalité biologique ou « psycho-sociologique »⁶⁰⁷ pour se prononcer sur le point de savoir si la faculté de vouloir est ou non le propre de l'être humain⁶⁰⁸. Se démarquant de ces conceptions anthropomorphistes qui ne parvenaient pas à se départir du référent humain pour définir le sujet de droit, il se réfère à une autre réalité « sociale » dont la personnalité morale, déterminée à partir de critères

⁶⁰² Ce faisant, il n'est point besoin d'envisager de relations interpersonnelles comme cela est le cas avec la représentation, du moins telles qu'elle est entendue habituellement à partir du modèle du mandat de droit privé. Carré de Malberg résumait ainsi bien la dimension créative de la théorie de l'organe : « le propre de l'organe, c'est de vouloir pour le compte d'une collectivité unifiée, qui, en tant qu'entité abstraite, ne saurait par elle-même, ni vouloir, ni agir. L'organe ne présuppose pas une personnalité et une volonté déjà existantes ; mais la constitution de l'organe est le moyen par lequel la collectivité devient capable de volonté et d'action, par lequel se réalise, quant à sa formation une volonté de la collectivité qui n'existait pas jusque-là, par lequel donc cette collectivité acquiert, en tant que sujet juridique, une réalité d'existence, c'est-à-dire une personnalité, qu'elle ne posséderait pas sans ses organes » (Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, t. 2, 1922, n° 350, p. 228). Plus loin, il ajoutait : « tandis que la représentation suppose essentiellement deux personnes distinctes, dont l'une agit pour le compte de l'autre, l'organe, comme tel, n'a point de personnalité propre. Il n'y a pas ici deux personnes différentes, la collectivité et son organe : il n'y a qu'une personnalité unique, celle de la collectivité organisée ; et les organes de la collectivité ne forment avec elle qu'une seule et même personne. C'est même de là que vient principalement l'emploi, en cette matière, du nom d'organe : il signifie que les organes de la personne collective, de même que ceux de la personne physique, ne forment avec la collectivité qu'un seul être juridique » (Raymond CARRÉ de MALBERG, *op.cit.*, t. 2, n° 374, p. 286-287).

⁶⁰³ Sur les origines allemandes de la théorie de l'organe, V. Léon MICHOU, *op.cit.* t. 1, n° 60, p. 128-129 ; Éric MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003, p. 207-211.

⁶⁰⁴ Ainsi que le rappelle M. Éric Maulin, Carré de Malberg ne fut effectivement pas le premier à employer cette théorie puisqu'elle s'était déjà retrouvée, notamment, sous les plumes de Saripolos (Nikolaos SARIPOLOS, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, Paris, A. Rousseau, 1899, 2 vol., 483 p. et 480 p.), Mestre (Achille MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, A. Rousseau, 1899, 360 p.) Saleilles (Raymond SALEILLES, « La représentation proportionnelle », *RDP*, 1898, p. 215 et 385) ou encore Orlando (Vittorio Emanuele ORLANDO, « Du fondement juridique de la représentation politique », *RDP*, 1895, p. 1). Sur la réception et la transformation de la théorie de l'organe par Carré de Malberg qui, pour sa part, estimait que sa source intellectuelle se trouvait dans les travaux de la Constituante, V. Éric MAULIN, *thèse.précit.*, p. 198-237).

⁶⁰⁵ Elle se retrouvait déjà dans ses premiers écrits sur la notion de personnalité morale (V. Léon MICHOU « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, p. 5, p. 93). Sauf indication contraire, c'est la seconde édition de son ouvrage *La théorie de la personnalité morale et on application en droit français*, actualisée par Louis Trotabas, qui sera utilisée ici pour exposer la théorie et ses implications.

⁶⁰⁶ Ce qui n'était alors pas forcément dénué d'arrière-pensées politiques compte tenu du traitement que le législateur républicain réservait alors aux congrégations religieuses.

⁶⁰⁷ Pour reprendre l'expression employée par Jean Carbonnier (Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 21^e édition, 2000, n° 201) puis reprise par Mme Nathalie Baruchel (Nathalie BARUCHEL, *thèse.précit.*, n° 33, p. 22).

⁶⁰⁸ Pour un exposé de ces différentes conceptions, V. Léon MICHOU, *op.cit.*, n° 6-42, p. 16-91. Sur ce point, comme le souligne Mme Aurore Gaillet, il rejoint le projet de Georg Jellinek en faisant ainsi abstraction de la réalité physique dans sa définition de la personne juridique (Aurora GAILLET, « Léon Michoud et la doctrine allemande », in Xavier DUPRÉ de BOULOIS, Philippe YOLKA (dir.), *Léon Michoud*, Paris, Fondation Varenne, Colloques & Essais, 2014, p. 121).

techniques, devait être la consécration⁶⁰⁹. Ainsi, à partir d'une conception mixte du droit subjectif, Michoud estimait ainsi qu'il y avait une personne morale, un sujet de droit pouvant être titulaire de droits et d'obligations, dès lors que deux conditions étaient remplies, à savoir « un intérêt distinct des intérêts individuels » et « une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter ou défendre cet intérêt »⁶¹⁰.

217. Pour Michoud, la théorie de l'organe avait l'avantage de remédier aux problèmes que posait l'application de la représentation conventionnelle, du mandat et de la représentation légale. En effet, l'applicabilité du mandat n'est pas envisageable, sauf à se contenter d'« analogies approximatives », dès lors « qu'en dehors du représentant lui-même la volonté de l'être moral devient introuvable »⁶¹¹. Quant à la représentation légale, qui placerait la personne morale dans une situation analogue à celle de l'infans ou du fou, son application n'est pas non plus logiquement viable, au moins pour l'État « à qui il faudrait déjà une volonté pour se nommer à lui-même ce représentant »⁶¹². Surtout, elle conduit finalement à conditionner l'existence d'une personne morale à la reconnaissance de la qualité de représentant par un acte juridique. Au moins, la théorie de l'organe permet de s'émanciper de la tutelle du droit positif, et éventuellement du législateur, dans la mesure où la qualité d'organe découle de « la *constitution* même de la personne morale »⁶¹³. Au fait de l'état des réflexions outre-rhin sur la théorie de l'organe⁶¹⁴, Michoud ne la reprenait toutefois à son compte que « sous le bénéfice de deux observations importantes »⁶¹⁵. Tout d'abord, le terme « organe » n'est employé qu'à titre métaphorique, il ne saurait y avoir d'identité entre l'organe corporel d'une personne physique et l'organe d'une personne morale et ce dernier, « s'il n'est pas lui-même une personne *en tant qu'organe*, (...) est une personne *en tant qu'individu* »⁶¹⁶. En outre, et en cela il souhaitait d'ailleurs se démarquer de Jellinek qui estimait que « derrière la volonté de l'organe, il n'y a rien », il estime que la personne morale ne saurait être réduite à ses organes, qu'il ne faut pas occulter l'« être réel » qu'est le « groupe organisé » et qui peut agir autrement que par ses organes et même, en dehors ce cadre et lorsque la loi le prévoit, bénéficiaire des conséquences juridiques associées à ses faits.

⁶⁰⁹ Nathalie BARUCHEL, *thèse.précit.*, n° 58, p. 35 et s.. Ainsi, comme le rappelle M. Xavier Dupré de Boulois, le concept de personnalité morale de Michoud était alors assis « sur une perception de la réalité sociale qui se veut quasiment prescriptive », son auteur restant, comme Duguit ou Hauriou, obsédé par « la réalité sociale comme référent ultime de la construction du droit » (Xavier DUPRÉ de BOULOIS, « La personnalité morale selon Michoud : regard publiciste », in Xavier DUPRÉ de BOULOIS, Philippe YOLKA (dir.), *op.cit.*, p. 180-181). Cela transparaît aussi bien dans la définition qu'il donne de l'intérêt juridiquement protégé comme un intérêt protégé par le droit « objectif » qu'il distingue bien du droit « positif » en précisant que, pour lui, l'État est « l'interprète et non le créateur du droit » (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 50, p. 108).

⁶¹⁰ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 53, p. 112.

⁶¹¹ Léon MICHOU, *op.cit.* t. 1, n° 59, p. 127-128.

⁶¹² Léon MICHOU, *op.cit.* t. 1, n° 59, p. 128.

⁶¹³ Léon MICHOU, *op.cit.* t. 1, n° 60, p. 129 (en italique dans le texte)

⁶¹⁴ Sur l'influence de la pensée des auteurs allemands sur l'œuvre de Léon Michoud, V. Aurore GAILLET, « Léon Michoud et la doctrine allemande », in Xavier DUPRÉ de BOULOIS, Philippe YOLKA (dir.), *Léon Michoud*, Paris, Fondation Varenne, Colloques & Essais, 2014, p. 109.

⁶¹⁵ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 63, p. 135.

⁶¹⁶ (*Ibid.*) (en italique dans le texte).

Simplement, dans le cadre de cette théorie de la réalité technique, « l'organe seul a qualité pour faire au nom de la personne morale des actes juridiques »⁶¹⁷.

218. Cette acception de la personnalité morale conduit ainsi à admettre la transformation d'un intérêt collectif supra-personnel en intérêt personnel dès lors qu'un « organe », résultant de la constitution de la personne morale, peut lui imputer sa propre volonté unifiante. Dès lors, il y aurait bien un intérêt personnel pour agir, au sens classique du terme, qui autorise à considérer que les groupements privés rentrent dans le champ d'application des habilitations générales permettant à chacun de défendre ses propres intérêts. C'est du reste à partir de cette conception de la personnalité morale, et ce faisant de cette conception de la représentation qu'elle draine avec elle, que les actions collectives des groupements privés ont pu être insérées par certains auteurs⁶¹⁸, dont Michoud lui-même⁶¹⁹, dans les schèmes subjectivistes qu'une acception de l'intérêt collectif comme intérêt supra-personnel semblait jusqu'alors perturber. Dans le cadre, par exemple, d'un recours pour excès de pouvoir contre des actes réglementaires, ou plus précisément des actes réglementaires impersonnels, elle permet effectivement d'envisager à nouveau un lien, un rapport de droit interpersonnel. S'il fallut attendre 1954 pour voir cette acception de la personnalité morale expressément consacrée dans la jurisprudence de la Cour de cassation à propos des comités d'établissement⁶²⁰, il est néanmoins possible qu'elle ait pesé dans le raisonnement des Chambres

⁶¹⁷ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 63, p. 137.

⁶¹⁸ M. Norbert Foulquier estime ainsi que l'analyse de Michoud aurait pu « renverser le dogme du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir » (Norbert FOULQUIER, *thèse.précit.*, n° 377, p. 357). Une telle vision transparait aussi dans l'analyse des rapports entre les personnes morales et les actes réglementaires que Jean-Marie Rainaud attribue à Hauriou dans sa note sous l'arrêt du Conseil d'Etat *Boussuge* de 1912 (CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, Rec. Lebon, p. 1128) – à savoir que la position contentieuse d'un groupement attaquant un règlement est la même que celle d'un particulier contre un acte individuel - et que Bruno Kornprobst aurait reprise dans sa thèse en interprétant l'arrêt du Conseil d'Etat *Chambre syndicale des propriétés bâties de la Baule* du 7 mai 1948 (Jean-Marie RAINAUD, *thèse.précit.*, p. 188). Toutefois, si Bruno Kornprobst contestait bien la pertinence de la distinction entre acte individuel et réglementaire en arguant que la nature d'un même acte pourrait varier selon les personnes concernées et, plus précisément, selon que le requérant est un particulier ou un groupement (Bruno KORNPROBST, *thèse.précit.*, p. 288), il ne fut pas possible de trouver, à lecture de la note de Maurice Hauriou, et même de d'autres écrits de cet auteur, la citation faites par Jean-Marie Rainaud ou même de retrouver en substance l'analyse qu'il évoque. Il est probable qu'il ait été abusé par le renvoi que Bruno Kornprobst faisait lui-même à la note d'Hauriou avant de présenter sa propre analyse.

⁶¹⁹ Partant du principe que « toutes les actions en justice sont destinées à protéger des droits subjectifs » et que « seul peut intenter l'action le titulaire du droit subjectif qu'il s'agit de maintenir » (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 262, p. 199), Michoud approuvait ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait admis « l'action collective » par les syndicats consistant notamment en des actions en concurrence déloyales ou encore en responsabilité contre les personnes dont les agissements ont porté atteinte à l'intérêt de la profession (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 263, p. 201-202), c'est-à-dire autant d'actions qui apparaissent comme étant directement motivées par une atteinte à un intérêt collectif supra personnel. Par ailleurs, il semblait réserver le cas de « notre recours pour excès de pouvoir et les recours électoraux » dont il estimait - sans faire de distinction apparemment selon les actes attaqués pour le recours pour excès de pouvoir - qu'il se rapprochait « plus ou moins des recours populaires » (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 262, p. 199), rappelant même ensuite « que l'opinion commune, n'exige pas chez le demandeur l'existence d'un droit violé, mais seulement celle d'un intérêt froissé » pour le recours pour excès de pouvoir (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 263, p. 204). Néanmoins, il tempérerait immédiatement son propos dans une note infrapaginale en écrivant « et encore, même pour eux, on peut soutenir qu'il y a toujours un droit subjectif de la personne qui introduit le recours : mais ce n'est pas lieu d'examiner cette question » (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 262, p. 199, ndbp n° 1). Cette précision est toutefois équivoque car il n'est pas aisé de savoir si la note infrapaginale, introduite après la mention des « *recours électoraux* », ne visait que ces derniers ou bien si elle concernait aussi le recours pour excès de pouvoir. C'est la suite de ses développements, qui est consacrée au recours pour excès de pouvoir des personnes publiques, qui permet de se rallier à la seconde option.

⁶²⁰ « Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement

réunies en 1913. D'ailleurs, dans ses conclusions, le procureur Sarrut présentait la profession comme « une sorte de personne morale »⁶²¹. Dès lors, en parlant de « représentant », les Chambres réunies se seraient donc exprimées « d'une façon incorrecte », pour reprendre le mot de Carré de Malberg au sujet de la première Constituante⁶²², puisqu'il eût été préférable de présenter le syndicat, ou plutôt ses propres organes, comme l'organe de la profession.

219. Cette adaptation de l'intérêt collectif à des schèmes subjectivistes passe alors pour une manifestation du biais cognitif précédemment évoqué mais, surtout, semble se faire au prix de l'esprit libéral qui anime les textes encadrant la création de ces groupements privés et qui implique la liberté d'adhérer ou non au groupement se donnant pour objet de défendre un intérêt collectif ainsi que la possibilité d'un pluralisme dans la défense d'un même intérêt collectif. Il se heurte aux présupposés de la théorie de la réalité technique qui, dès le départ, était donc en décalage avec le droit positif⁶²³ alors qu'elle fut, elle aussi, élaborée dans un esprit libéral, au moins pour ce qui concerne les rapports entre les groupements et le législateur ou, plus largement, l'État⁶²⁴.

220. En effet, si les « intérêts collectifs et permanents des groupements humains »⁶²⁵ au fondement de la personnification sont bien, comme l'écrit Michoud, des intérêts « distincts » des intérêts individuels⁶²⁶, ils ne sont aussi selon lui que la « synthèse de *certain*s intérêts communs aux membres du groupe »⁶²⁷, ou

reconnus et protégés » (Civ. 2, 28 janvier 1954, n° 54-07.081, V. aussi s'agissant de la masse des créanciers dans la faillite (Com., 17 janvier 1956, *D.*, 1956, p. 265), des comités de groupe (Soc., 23 janvier 1990, n° 86-14.947)). La motivation de l'arrêt de la deuxième chambre civile était toutefois équivoque, si ce n'est contradictoire, car, immédiatement après avoir émancipé la création de la personnalité civile de la tutelle législative, elle ajoutait « que, si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ». Ainsi, à quelques mots d'écart, elle ne semblait plus assumer le caractère constructif de son interprétation en éprouvant ainsi le besoin de se raccrocher à l'intention du législateur.

⁶²¹ Il ne faisait toutefois pas référence à Michoud ni même à la théorie de l'organe, mais à une forme de représentation légale que Michoud récusait par ailleurs : « La profession apparaît comme une sorte de personne morale, d'entité juridique, que le syndicat professionnel représente, qu'il a mission légale de représenter. Défenseur attitré des intérêts économiques de la profession, le syndicat professionnel agit en vertu d'un droit propre et distinct, non en vertu d'une délégation, d'un mandat des membres qui la composent » (S. 1920, 1, p. 57).

⁶²² Raymond CARRÉ de MALBERG, *op.cit.*, t. 2, n° 371, p. 283.

⁶²³ À la suite de sa consécration jurisprudentielle, d'ailleurs bien timide et équivoque, le législateur s'en est effectivement lui-même écarté lorsqu'il a autorisé la création des sociétés unipersonnelles, en l'occurrence l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU), c'est-à-dire de personnes morales en l'absence de tout intérêt collectif.

⁶²⁴ Nicolas MATHEY, « La classification des personnes morales : le point de vue du privatiste », in Xavier DUPRÉ de BOULOIS, Philippe YOLKA (dir.), *op.cit.*, p. 148-149.

⁶²⁵ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 52, p. 111.

⁶²⁶ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 53, p. 112.

⁶²⁷ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 71, p. 168 (en italique dans le texte). L'auteur alors d'ajouter que « celui-ci, en effet, n'a d'autre motif d'exister que pour permettre à ses membres d'arriver à certains buts qu'ils ne pourraient atteindre isolément » (*Ibid.*). Pour l'auteur, cela ne vient toutefois pas contredire l'affirmation selon laquelle ledit intérêt est bien distinct de l'intérêt individuel de ses membres : « si le but que poursuit l'État, par exemple, est en dernière analyse le bien de ses membres, si ces derniers sont les seuls être vivants capables de ressentir les conséquences de la bonne ou de la mauvaise gestion des affaires communes, si, par conséquent, en ce qui concerne ce but final, il peut y avoir des avis différents parmi les membres, mais jamais d'opposition d'intérêts, il en va tout différemment lorsqu'il s'agit de l'acquisition et de la défense des *droits* destinés à atteindre ce but » (*Ibid.*) (en italique dans le texte). Un peu plus loin, l'auteur, répondant aux objections qu'avait formulées Ferrara notamment sur le caractère collectif de l'intérêt, insiste plutôt sur le caractère mouvant et indéterminé du groupe dont les membres ont un certain intérêt commun pour montrer l'autonomie de l'intérêt collectif (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 74A, p.180).

tout du moins « un certain intérêt type des membres du groupements ès qualités »⁶²⁸. Il précise aussi à d'autres moments que ce sont alors les « membres » de la personne morale qui lui fournissent son *substratum*. L'atteinte à l'intérêt visé par les statuts de la personne morale se trouve alors assimilée à une atteinte à l'intérêt de ses membres⁶²⁹ et Michoud ne semble pas envisager qu'un groupe de personnes extérieures puissent décider de prendre en charge et d'organiser sa défense, du moins dans le cadre de ce qu'il appelle les associations « libres » puisqu'il explique que ces dernières se distinguent des associations « forcées » en ce que l'organisation et la volonté n'émane pas de l'extérieur mais du groupe intéressé⁶³⁰ et ce n'est qu'à propos de la fondation, de cette personne morale « non corporative », qu'il envisage une distinction entre les fondateurs et le groupe de personnes dont les intérêts sont défendus⁶³¹. Ainsi, pour Michoud, les fondateurs de la personne morale et le reste des membres doivent appartenir au même groupe qui fournit l'intérêt commun visé par les statuts. Or, si l'intérêt en question se rapporte à l'exercice d'une activité en particulier ou à ses conditions d'exercice, une telle composition homogène n'est pas garantie par les conditions d'adhésion à la personne morale, exception faites sans doute des groupements empruntant la forme de syndicats ou d'associations professionnels⁶³². Rien ne dit, par exemple, que les membres une association ayant pour objet la protection d'une activité en particulier ou la protection du cadre de vie dans un quartier donné exercent effectivement ladite activité ou résident bien au lieu-dit. Pis, il ne semble pas seulement considérer que tous les membres de la personne morale doivent appartenir au groupe dont l'intérêt est défendu, mais bien que toutes les personnes appartenant au groupe dont l'intérêt est défendu doivent être regardés comme des membres de la personne morale. Pour qu'un syndicat professionnel puisse effectivement être considéré comme lésé personnellement, au sens où il l'entend, par un agissement affectant les intérêts d'une profession dans son ensemble ou d'une partie substantielle de celle-ci, il doit en réalité regrouper l'ensemble des membres de ladite profession, ce qui se rapproche alors plus des anciennes corporations⁶³³, ou, de même, pour qu'une association puisse arguer d'avoir été

⁶²⁸ Emmanuel GAILLARD, *thèse, précit.*, n° 297, p. 197.

⁶²⁹ Ainsi, Michoud évoquait une atteinte « aux intérêts de l'ensemble ou d'une fraction notable des syndiqués » pour désigner les actions en responsabilité du fait d'une atteinte à l'intérêt de la profession (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 263, p. 201-202).

⁶³⁰ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 54, p. 118.

⁶³¹ Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 1, n° 77, p. 206-207 : « A nos yeux, la fondation, comme la corporation, a pour *substratum* réel un groupement humain : pour elle, ce groupement est celui des destinataires, c'est-à-dire de ceux aux besoins desquels la fondation est destinée à pourvoir. C'est en eux que réside le premier et le principal caractère du droit subjectif, qui est l'intérêt protégé par le droit. Quant au second élément, c'est-à-dire la volonté nécessaire à l'exercice du droit, il ne réside plus ici dans le groupe des intéressés, mais dans l'organisme créé à l'effet d'administrer la fondation ; et cette volonté n'est pas absolument libre, elle est dirigée dans un sens déterminé par la volonté du fondateur. La différence entre la corporation et la fondation est donc la suivante : dans la corporation, l'élément intérêt et l'élément volonté se trouvent réunis ; c'est le groupe même des intéressés qui forme l'organisation destinée à dégager la volonté collective du groupe ; dans la fondation, au contraire, les deux éléments sont séparés ; ils sont reliés l'un à l'autre par une volonté extérieure au groupe lui-même, celle du fondateur ».

⁶³² V. les dispositions de l'article 2 de la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels, selon lesquelles « les syndicats ou associations professionnelles, même de plus de vingt personnes exerçant la même profession, des métiers similaires, ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, pourront se constituer librement sans l'autorisation du Gouvernement », qui furent reprises, puis amendées, à l'article L. 411-2 du code du travail.

⁶³³ S'appuyant sur les dispositions de la loi de 1884, telles qu'elles avaient été modifiées par la loi du 12 mars 1920 ratifiant la jurisprudence de 1913 des Chambres réunies, Michoud écrivait ainsi à propos du droit des syndicats professionnels « de

lésée personnellement par un acte administratif visant une catégorie de personnes, c'est à la condition de compter dans ses rangs toutes les personnes appartenant ladite catégorie. En réalité, plusieurs configurations sont envisageables. Le groupement peut avoir pour membres l'ensemble des personnes dont les intérêts sont défendus, comme c'est le cas, par exemple, des ordres professionnels ou des collectivités publiques. Il peut aussi ne réunir qu'une partie de ce groupe, ce qui est le cas des syndicats professionnels, des associations de protection de l'environnement *lato sensu*, des associations de protection des consommateurs. Il peut aussi n'être composé qu'en partie seulement des personnes lui appartenant ou, enfin, d'aucune de ces personnes.

221. Quant au pluralisme syndical ou associatif, il se concilie mal avec les nécessités qu'impose l'unité de la personne morale. En effet, il suppose alors qu'un même centre d'intérêt puisse se voir imputer des volontés concurrentes et potentiellement antagonistes par différents organes dont le champ de compétence, le « cercle d'action »⁶³⁴, est identique et qui n'entretiennent pas des « relations de subordination et de hiérarchie »⁶³⁵. À cet égard, la reconnaissance de la personnalité juridique au profit d'entités non humaines comme la « nature » en général, ou certains éléments de la faune ou de la flore, parfois présentée comme un moyen d'accroître leur protection⁶³⁶, pose inmanquablement la question du choix de la personne ou des personnes composant l'organe qui serait habilité à vouloir pour ces entités et qui, pour préserver l'unité de la personne ainsi créée, devrait nécessairement monopoliser la défense de ces intérêts collectifs⁶³⁷.

222. Quand bien même il y aurait confusion entre les membres du groupe défendu et les membres du groupement, cette assimilation de l'intérêt collectif du premier à l'intérêt personnel du second peut d'ailleurs être discutée. Il est possible de trouver des éléments pour la discuter dans la note de Maurice

défendre collectivement les intérêts collectifs de la corporation » que l'« on peut dire d'ailleurs que leur action reste dans le cadre habituel des actions en responsabilité introduites par la partie lésée. Ils sont réellement lésés dans leur intérêt quand il y a lésion de l'intérêt général de la profession. Car légalement, cet intérêt s'identifie avec le leur » (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 262, p. 200). Dans le même ordre d'idées, et même s'il réservait un traitement particulier au recours pour excès de pouvoir, il estimait qu'un syndicat avait bien un intérêt à intervenir au soutien d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision individuelle la question intéressait « l'ensemble des membres de la profession » (Léon MICHOU, *op.cit.*, t. 2, n° 263, p. 207). Cette confusion entre les membres du groupement et les membres du groupe dont l'intérêt est défendu explique sans doute que, dans leur *Précis de la législation industrielle*, Henri Capitant et Paul Cuhe, qui évoquaient par ailleurs Michoud en lui attribuant rien de moins que le mérite d'avoir amendé la définition du droit subjectif de Jhering (Henri CAPITANT, Paul CUCHE, *Précis de la législation industrielle*, Paris, Dalloz, 3^e édition, 1933, n° 86, p. 96, ndbp n° 1), aient considéré que la formule retenue par l'arrêt des Chambres réunies du 5 avril 1913, qu'ils présentaient comme une « énonciation fort grave », « était en contradiction avec la conception fondamentale de la loi du 21 mars 1884, puisqu'elle aboutit à faire des syndicats les organes représentatifs de la profession (...) à les rendre, dans cette mesure, virtuellement obligatoire » (Henri CAPITANT, Paul CUCHE, *op.cit.*, n° 87, p. 98).

⁶³⁴ Léon MICHOU, *op.cit.*, t.1, n° 64 bis, p. 142.

⁶³⁵ Léon MICHOU, *op.cit.*, t.1, n° 64 bis, p. 143.

⁶³⁶ V. sur ce point, l'article pionnier en la matière : Christopher STONE, « Should trees have standing ? Towards legal rights for natural objects », *Southern California law Review*, 45-2, 1972, p. 148 et, pour un aperçu de l'évolution des débats sur ce point : Marie-Angèle HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 66^e année, n° 1, 2011, p. 173 ; Meryem DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Paris, Institut de recherche juridique de la Sorbonne, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2015, n° 838-857, p. 532-544.

⁶³⁷ Dès lors, le choix des « représentants » de cette éventuelle personne morale ne saurait être regardé comme une question qui est seulement d'ordre « technique » (Matthieu POUMAREDE, « L'accès à la justice et la réparation des atteintes à l'environnement », in Julien BETAILLE (dir.), *op.cit.*, §19).

Hauriou sous l'arrêt *Syndicat agricole d'Herblay*⁶³⁸, même si l'auteur ne raisonnait alors pas en termes d'« intérêts » mais, comme le Conseil d'État selon lui, d'« activités ». En l'espèce, le Conseil d'État avait été saisi d'un recours émanant d'un syndicat agricole contre un décret qui avait déclaré d'utilité publique notamment des travaux de prolongement de l'émissaire général des eaux d'égout de Paris afin que la capitale « se vidange »⁶³⁹, ce qui n'était effectivement pas du goût des propriétaires et exploitants agricoles risquant d'être affectés par l'épandage des eaux de l'égout. Le Conseil d'État rejeta alors le recours au motif que le syndicat agricole ne justifiait pas selon lui d'avoir, à l'annulation de l'acte attaqué, un intérêt lui donnant qualité pour agir en dépit de la moins-value immobilière qu'une telle décision était susceptible de provoquer pour une partie des membres du syndicats ou du groupe qu'il avait vocation de défendre. Plus précisément, il rejeta le recours après avoir rappelé que « les syndicats professionnels ont pour objet la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles » et ne « peuvent ester en justice [que] dans le cas où les actes qui rentrent dans l'exercice de leur mission donnent lieu à des contestation ».

223. Partant du principe que « le droit est tout entier pour régler des activités » et « que l'intérêt à ester en justice [est] essentiellement l'intérêt que l'on a à écarter des obstacles qui se dressent devant l'activité », Hauriou estimait alors que le juge, par cette motivation, et en particulier par la référence aux « actes qui rentrent dans l'exercice de leur mission », invitait à considérer « l'exercice de leur mission » pour mesurer cette activité et, par là même apprécier leur intérêt pour agir en justice des syndicats, mais non un quelconque « intérêt » professionnel. Cela offrait un critère plus assuré pour canaliser l'action syndicale qui était en outre, selon l'auteur, plus en phase avec la « technique juridique »⁶⁴⁰. S'agissant des missions des syndicats, il fallait selon lui bien distinguer la mission « corporative » et la mission « professionnelle » selon qu'ils agissent pour leur propre compte de personnes morales et corporatives ou pour la défense des « intérêt qui se traduisent en des actes de la profession » que les syndicats n'effectuent pas eux

⁶³⁸ Maurice HAURIOU, Note sous Conseil d'État, 29 juin 1900, *Syndicat agricole d'Herblay*, S., 1903.3.1

⁶³⁹ Maurice HAURIOU, *art.précit.*

⁶⁴⁰ Comme cela fut dit précédemment, il était pour lui erroné de ne voir dans les droits, qui sont des « modes d'activité », que des intérêts. En effet, si l'intérêt, notion dont il rappelait par ailleurs l'origine économique, « produit des effets juridiques », « il n'est qu'une possibilité d'action » alors que le droit ne s'intéresse lui qu'aux activités. En outre, pour Hauriou, les faits de l'espèce illustraient bien les limites du critère de l'intérêt sur le plan pratique : « Voilà les propriétaires d'une commune qui vont être sérieusement touchés dans leurs intérêts par l'établissement dans leur voisinage de champs d'épandage ; ils sont organisés en un syndicat agricole pour la défense de leurs intérêts professionnels ; le syndicat n'a-t-il point qualité pour faire annuler l'acte administratif qui va engager l'opération d'épandage ? Tant que l'on restera dans la notion d'intérêt, on ne trouvera pas de solution. D'un côté, il est certain que les membres du syndicat seront touchés dans leurs intérêts et que le syndicat a mission de défendre leurs intérêts ; d'un autre côté, on sent bien quelque chose d'inélégant et de peu satisfaisant à considérer comme intérêt professionnel ce qui n'est que l'intérêt à éviter une moins-value. Tout de même, on ne voit pas le moyen d'opérer la distinction entre l'intérêt professionnel et l'autre ; on serait disposé à concéder que les deux intérêts sont connexes, intimement liés, on se laisserait aller peut-être à admettre le syndicat professionnel à intervenir. La netteté et la clarté juridique n'apparaissent qu'avec le critérium de l'activité ; l'intérêt professionnel est strictement mesuré sur l'activité professionnelle, et la question de plus-values et des moins-values est étrangère à l'activité professionnelle ». Tel n'est toutefois pas le cas en partant du principe qu'il peut exister un intérêt à exercer une activité et que le syndicat professionnel défend ainsi l'intérêt qu'a l'ensemble des membres de la profession à pouvoir exercer leur activité professionnelle, que c'est cela qui leur importe.

même⁶⁴¹. Ce qui est alors intéressant de relever ici ce n'est pas tant la différence qu'Hauriou faisait entre les missions du syndicat professionnel mais plutôt, à travers elle, celle qu'il suggérait entre l'activité du syndicat professionnel et celle des membres de la profession dont l'empêchement peut justifier la recevabilité du recours. En poussant un peu plus loin sa réflexion, cela voudrait donc dire que la reconnaissance d'un intérêt personnel pour agir pour les syndicats ne pourrait être justifiée, en dehors de tout texte, non par l'obstacle qui fut posé à l'exercice de la profession, dans la mesure où ils ne l'exercent pas eux-mêmes, mais seulement à des activités qui leur sont propres, c'est-à-dire celles qu'ils effectuent pour leur propre compte et celle consistant en la défense de cette activité professionnelle. L'analyse d'Hauriou montre qu'il est ainsi possible, et même qu'il convient, de distinguer l'atteinte que le groupement peut subir personnellement, et qui permettrait de lui reconnaître un intérêt pour agir, de celle subie par le groupe qu'il a pour mission de défendre, y compris lorsque le groupe défendu se confond avec les membres du groupements⁶⁴². Il est néanmoins douteux que le Conseil d'État, en empêchant ainsi qu'un syndicat professionnel puisse seulement servir à empêcher une dépréciation de propriétés immobilières, ait bien expressément substitué la « défense des actes professionnels » à la « défense des intérêts professionnels » dans cet arrêt⁶⁴³ et que l'activité - ou l'intérêt substantiel⁶⁴⁴ - qu'il est possible de dégager de l'analyse d'Hauriou, en l'occurrence la défense des actes des membres d'une profession ou plus généralement de son objet social, soit bien affectée à la suite d'une atteinte à l'intérêt collectif du groupe ou, pour reprendre Hauriou, aux activités des membres du groupe qu'il défend⁶⁴⁵.

§2- La mise en lumière de la fonction symbolique de la représentation

224. Plutôt que se demander si les groupements privés défendant des intérêts collectifs sont effectivement des représentants ou même de « bons » représentants des collectivités dont ils défendent

⁶⁴¹ Par exemple, s'agissant de la possibilité donnée par la loi du 30 novembre 1892 aux syndicats de médecins d'engager des poursuites pour exercice illégal de la médecine, l'auteur écrivait « le syndicat de médecins n'exerce point la médecine pour son compte ; s'il poursuit les empiriques, ce n'est pas non plus pour son propre compte ; c'est pour la défense des intérêts professionnels de ses membres ». Il ajoutait ensuite que les missions professionnelle et corporative du syndicat pourraient néanmoins se confondre « si la capacité civile des syndicats était élargie au point de leur permettre d'accomplir pour leur propre compte et au bénéfice de la caisse syndicale tous les actes de la profession ».

⁶⁴² Tout en admettant qu'il existait en théorie un pluralisme syndical, Hauriou écrivait « en fait cependant, il n'existe guère qu'un syndicat dans un même lieu, et il comprend tous les propriétaires d'une certaine aire géographique ; tel était vraisemblablement le cas du syndicat agricole d'Herblay ; telle est la pente des faits et la logique des choses ». Le syndicat agricole se présentait ainsi comme un « pouvoir territorial » susceptible de concurrencer l'Administration.

⁶⁴³ La lecture qu'Hauriou fit de de cet arrêt peut être effectivement discutée. Il écrivait ainsi : « Une intention apparaît clairement dans ces considérants, c'est de fonder exclusivement la qualité pour agir en justice des syndicats sur leur activité ; la proposition importante dans la phrase est certainement celle-ci : « les actes qui rentrent dans l'exercice de leur mission ». Si ces actes donnent lieu à contestation, le syndicat a intérêt à les défendre, et cet intérêt lui donne qualité pour ester en justice ». Or, « les actes » qu'évoquait le Conseil d'État, et qui sont susceptibles de donner lieu à « contestation », semblent être ceux de l'administration que le syndicat décide d'attaquer et non, comme il semble l'affirmer, ceux qui seraient le produit de la propre activité du groupement et qu'il aurait donc intérêt à « défendre ».

⁶⁴⁴ En tout état de cause, et c'est le parti qui fut pris ici, il est possible de considérer qu'il existe aussi un intérêt à l'exercice d'une activité

⁶⁴⁵ Empêcher l'exercice d'une activité ne conduit effectivement pas, *ipso facto*, à empêcher la défense de son exercice.

l'intérêt et si cette qualité permet d'éclairer les fondements juridiques de l'action en défense d'intérêts collectifs, il faut se demander ce qu'implique de les présenter comme tels, que cette présentation émane des pouvoirs publics ou de ces groupements eux-mêmes. À ce titre, la théorie de M. Michael Saward s'avère particulièrement utile⁶⁴⁶ puisqu'elle permet d'appréhender ce phénomène sans pour autant s'attacher à un critère de la représentation ou à certains effets juridiques (A) et, à défaut de fournir un fondement juridique, elle met en lumière un autre enjeu de l'action, notamment juridictionnelle, des groupements défendant des intérêts collectifs : la représentation n'est pas seulement un moyen permettant de justifier l'exercice d'un pouvoir – qu'il soit ou non public- mais elle est elle-même un phénomène de pouvoir (B).

A- La représentation comme une revendication performative

225. M. Michael Saward présente la représentation comme le résultat d'une activité de revendication, une revendication de représentativité⁶⁴⁷, dans laquelle « un auteur de représentation (A) met en avant un sujet (S) qui représente un objet (O) relié à un référent (R) devant un public (P) »⁶⁴⁸. L'étude des différents éléments de ce schéma relationnel permet de voir en quoi cette présentation se distingue de celles qui conçoivent la représentation comme une relation de « composition » ou comme d'« imposition », pour reprendre les idéaux-types de la représentation dégagés par Mme Virginie et M. Samuel Hayat⁶⁴⁹.

226. L'« auteur » de cette revendication de représentativité n'est pas nécessairement une autorité publique disposant de pouvoirs normateurs, une personne élue, ou même se présentant à une élection. Il

⁶⁴⁶ Michael SAWARD, *The representative claim*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 206 p.

⁶⁴⁷ Pour traduire en français le terme « *claim* », il est possible de retenir le terme « prétention ». Toutefois, comme le relèvent Mme Virginie Dutoya et M. Samuel Hayat, le mot « *claim* » recouvre deux sens qui sont distincts en français mais non en anglais, à savoir « revendiquer » et « prétendre » (Virginie DUTOYA, Samuel HAYAT, *art.précit.*, p. 8). Mme Marieke Louis retient d'ailleurs ces deux termes de prétention et revendication mais les présentent comme équivalents (Marieke LOUIS, *Qu'est-ce qu'une bonne représentation. L'Organisation internationale du travail de 1919 à nos jours*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Science politique, p. 166, ndbp n° 2). C'est le terme de « revendication » qui sera alors être préféré ici afin de ne pas entretenir la confusion dans la suite des développements avec la « prétention » au sens que lui donne le droit processuel. Dans ce cadre, la prétention doit être entendue comme l'« affirmation en justice tendant à la réclamation de quelque chose, soit de la part du demandeur (par demande principale ou additionnelle), soit de la part du défendeur (par demande reconventionnelle) et dont l'ensemble (prétentions respectives) détermine l'objet du litige (dans la mesure où chacun s'oppose à la prétention adverse) » (« Prétention », in Gérard CORNU (dir), *op.cit.*, p. 798). Toutefois, *stricto sensu*, la prétention ne devrait pas être confondue avec la demande. En effet, elle serait l'objet de la demande envisagée comme un acte juridique (Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 335, p. 270 ; n° 519, p. 413-414). Le terme « revendication » peut aussi être spécifié. C'est pour cela qu'il sera question ici de revendication de « représentativité ». La représentativité, qui est tout aussi polysémique que peut l'être la représentation, devant alors être simplement entendue comme le caractère de ce qui représente et non, ce qui est plus restrictif et dénote déjà une certaine conception de la représentation ou plutôt de ce qu'elle doit être, comme « une certaine ressemblance entre les représentés et les représentants » qui est la définition que retient Mme Olivia Bui-Xuan, en s'inspirant d'ailleurs de celle donnée par le dictionnaire de l'association Henri Capitant, et qui renvoie finalement au sens que revêt cette notion dans les débats sur la légitimité des représentants (Olivia BUI-XUAN, *op.cit.*, p. 15).

⁶⁴⁸ « *A maker of representations ('M') puts forward a subject ('S') which stands for an object ('O') that is related to a referent ('R') and is offered to an audience ('A')* » (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 36).

⁶⁴⁹ Virginie DUTOYA, Samuel HAYAT, *art.précit.*, p. 7.

peut s'agir de n'importe qui - un écrivain, un média, une association - pourvu qu'il soit capable de s'exprimer par écrit ou par oral.

227. Le champ des « sujets » potentiels est tout aussi variés à la nuance près qu'il ne s'agit pas forcément d'une entité qui, ayant un substratum humain, est capable de s'exprimer, de produire un discours, même si le sujet joue le rôle de représentant dans ce schéma relationnel. La revendication n'est effectivement pas synonyme pour l'auteur d'auto-proclamation. Il peut s'agir d'une revendication « à la deuxième personne »⁶⁵⁰. Il envisage ainsi que les qualités d'« auteur » et de « sujet » puissent différer en distinguant les revendications « externes » et « internes »⁶⁵¹.

228. Le sujet est ainsi mis en relation avec un « objet », qui là aussi n'est pas nécessairement une entité ayant un *substratum* humain, comme la nature par exemple, dont il est censé représenter incarner, défendre ou encore symboliser les intérêts, les besoins, les préférences ou encore le caractère authentique⁶⁵² et, en établissant cette relation, l'auteur de la revendication peut alors faire appel à différents critères de représentativité. Un même « objet » peut alors se trouver au cœur de discours concurrents qui lui associent divers représentants en recourant le cas échéant à des critères de représentativité différents⁶⁵³ et, inversement, un même sujet peut aussi être associé à des objets différents par plusieurs revendications externes.

229. Cet « objet » n'est toutefois que le portrait, une interprétation nécessairement partielle et sélective de ce que Michael Saward nomme le « référent » et qui est la chose telle qu'elle est dans la réalité⁶⁵⁴. La revendication est une forme de discours performatif par lequel son auteur, qu'il joue ou non le rôle de représentant, crée le représenté et structure ainsi éventuellement le groupe qui était, jusqu'alors, demeuré à l'état de latence, dissimulé. Elle apparaît ainsi pour l'auteur comme une manifestation de ce que

⁶⁵⁰ Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, 2010, n° 4, p. 11.

⁶⁵¹ Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 61-62. Comme revendications externes, il donne notamment l'exemple de « Marx (auteur) présentant la classe laborieuse (sujet) comme le symbole de l'espoir révolutionnaire (objet) aux membres potentiels de cette classe (public) » (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 37) ou encore du conseiller en communication qui présente un homme politique comme modèle du « père de famille » (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 48). À certains moments, il semble aussi admettre qu'une telle dissociation puisse n'être que partielle puisqu'il donne l'exemple dans lequel l'auteur s'inclut parmi les sujets représentants. Il donne ainsi l'exemple « des manifestants anti-mondialisation (auteurs) qui se posent eux-mêmes et leurs mouvements (sujets) comme représentants des opprimés et des marginalisés (objet) aux gouvernements occidentaux (public) » (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 37).

⁶⁵² Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 38.

⁶⁵³ Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une personne invitée sur une chaîne d'information en continue présente aux téléspectateurs un groupe de personnes revêtues de gilets de sécurité fluorescents homologués occupant un rond-point et *a priori* rétives à tout idée de représentation comme des « représentants du peuple », qu'un autre lui répond que seuls les élus sont les représentants du peuple et qu'une troisième personne ajoute enfin qu'il n'y a que les autorités participant à l'expression normative de la volonté nationale qui peuvent être qualifiées comme telles.

⁶⁵⁴ Donnant ainsi l'exemple d'« un membre ou [d']une membre du Parlement (auteur) qui se présente lui-même ou elle-même (sujet) comme l'incarnation des intérêts de sa circonscription électorale (objet) aux membres de cette circonscription », l'auteur voit dans le référent dans les personnes « de chair et de sang » qui composent cette circonscription (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 37) (Pour une critique de cette notion de référent, V. Thomas DECREUS, « Beyond representation ? A critique of the concept of the referent », *Representation*, 2013, p. 33).

Bourdieu nommait le pouvoir symbolique⁶⁵⁵, c'est-à-dire d'un pouvoir qui, quoiqu'étant dissimulé⁶⁵⁶, peut d'ailleurs se montrer particulièrement violent lorsqu'il aboutit à construire une vision péjorative ou même tout simplement essentialisante du groupe qui serait l'objet de la relation⁶⁵⁷. En cela, la représentation n'est pas abordée par l'auteur comme une « composition » mais comme la construction à la fois du représenté et du représentant.

230. Cette mise en relation entre un sujet, un objet et un référent est ensuite présentée à un « public » dont les contours doivent aussi être précisés. L'auteur distingue ainsi le public visé et le public réel, c'est-à-dire le groupe de personnes auquel la revendication est adressée et le groupe de personnes qui est effectivement conscient, en lisant ou en écoutant, de recevoir cette revendication et qui est en mesure d'y répondre⁶⁵⁸. De ce public, visé ou réel, il faut ensuite distinguer ce que l'auteur appelle la « circonscription »⁶⁵⁹ et qui peut être elle aussi « visée » ou « réelle ». La circonscription visée correspond alors au groupe pour lequel l'auteur prétend parler et au sujet duquel il prétend parler, c'est-à-dire l'objet de la proposition qui n'est elle-même que l'interprétation que l'auteur donne d'un certain référent⁶⁶⁰, et la circonscription réelle correspond au groupe dont les membres reconnaissent que la revendication a été faite pour eux et à leur sujet et qui voient ainsi leur intérêt à y être impliqués⁶⁶¹.

231. Il y a donc quatre groupes ou quatre cercles qui ne superposent pas nécessairement mais peuvent entretenir entre eux cinq types de liens. Ainsi, s'agissant du public réel et du public visé, il faut s'y imaginer deux cercles - dont le diamètre n'est d'ailleurs pas nécessairement égal - qui peuvent soit se superposer, soit être concentriques dans le cadre d'une relation d'inclusion, soit avoir seulement une partie de leurs circonférences respectives qui se recoupe soit, enfin, être totalement séparés et les mêmes types de

⁶⁵⁵ Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 51. L'auteur fait alors référence à ce passage de la conférence « La délégation et le fétichisme politique, qui fut publiée dans *Actes de la recherche en sciences sociales* en 1984 puis reprise notamment dans *Langage and Symbolic Power* édité par Polity Press en 1991 - qui semble être l'ouvrage utilisé par l'auteur - dont la version française est *Langage et pouvoir symbolique* édité par Fayard en 2014 et qui sera utilisé ici pour les citations - dans lequel Bourdieu dit « C'est parce que le représentant existe, parce qu'il représente (action symbolique), que le groupe représenté, symbolisé, existe et qu'il fait exister en retour son représentant comme représentant d'un groupe. On voit dans cette relation circulaire la racine de l'illusion qui fait que, à la limite, le porte-parole peut apparaître et s'apparaître comme *causa sui*, puisqu'il est la cause de ce qui produit son pouvoir, puisque le groupe qui le fait comme investi de pouvoirs n'existerait pas - ou en tout cas, n'existerait pas pleinement, en tant que groupe représenté - s'il n'était pas là pour l'incarner » (Pierre BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Editions Fayard, coll. Points, 2014, p. 260).

⁶⁵⁶ Sur la genèse et les évolutions de ce concept chez Bourdieu, V. Gérard MAUGER, « 4. Sur la violence symbolique », in Hans-Peter MÜLLER, Yves SINTOMER, *Pierre Bourdieu, théorie et pratique. Perspectives franco-allemandes*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2006 p. 84.

⁶⁵⁷ Philippe BRAUD, « Violence symbolique et mal-être identitaire », *Raisons politiques*, vol. n° 9, n° 1, 2003, p. 33 ; V. aussi, Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 327, 2000, p. 210 : « Une personne ou un groupe de personnes peuvent subir un dommage ou une déformation réelle si les gens ou la société qui les entoure leur renvoient une image limitée, avilissante ou méprisable d'eux-mêmes. La non-reconnaissance ou la reconnaissance inadéquate peuvent causer du tort et constituer une forme d'oppression en emprisonnant certains dans une manière d'être fautive, déformée et réduite ».

⁶⁵⁸ Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 50.

⁶⁵⁹ « *constituency* ». V. aussi, Andrew REHFELD, *The Concept of Constituency : Political Representation, Democratic Legitimacy and Institutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 259 p).

⁶⁶⁰ En cela, la circonscription visée se différencie d'ailleurs mal du « référent » dans la présentation de l'auteur.

⁶⁶¹ Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 49.

relations peuvent exister entre la circonscription visée et la circonscription réelle et entre le public - visé ou réel - et la circonscription visée ou réelle⁶⁶².

232. Ainsi appréhendée, la représentation est un phénomène omniprésent⁶⁶³, à l'origine d'un cycle ininterrompu de violence symbolique de tous contre tous et que rien ne semble pouvoir arrêter⁶⁶⁴, pas même une revendication qui serait portée par une personne qui s'afficherait comme représentante d'un groupe dont elle serait issue⁶⁶⁵. Néanmoins, c'est précisément à travers cette délibération constante, au cours de laquelle des revendications alternatives peuvent émerger, qu'il serait possible pour l'auteur d'apprécier la légitimité démocratique d'une revendication.

233. En effet, si l'auteur refuse de fournir à l'observateur un critère clef en main qui lui permettrait de dire quel type de revendication ou de critère de représentativité serait en lui-même démocratique, il estime en revanche que ce caractère démocratique peut être mesuré à l'aune de la réaction de ce qu'il appelle la « circonscription appropriée » qui peut discuter, accepter ou rejeter une revendication la concernant à l'aune de ses propres critères. C'est le jugement de cette « circonscription appropriée », qui est composée de la réunion de la circonscription visée et de la circonscription réelle⁶⁶⁶, puisqu'il ne revient pas, selon M. Michael Saward, à l'auteur de la revendication de définir lui-même les personnes pouvant se sentir concerner par elle, sur le caractère démocratique ou non de la revendication qui devrait l'emporter en dernier lieu⁶⁶⁷, même si, dans les faits, d'autres membres du public peuvent évidemment aussi se prononcer sur ce point et leurs avis peut être parfois aussi pris en compte. En somme, pour être jugée démocratique, une revendication doit réussir l'« épreuve du nombre » - dont l'élection n'est qu'un

⁶⁶² Toutefois, dans son ouvrage, l'auteur ne recourt à cette image que pour présenter les liens que peuvent entretenir le public et la circonscription, sans préciser en plus s'il s'agit des circonscriptions réelles ou visées et du public réel ou visé (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 50-51), et il la reprend, en substance, vers la fin dans le chapitre sur la légitimité démocratique pour évoquer les liens entre la circonscription réelle et la circonscription visée (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 148-149). En outre, il n'envisage que quatre types de relations, évacuant ainsi l'hypothèse dans laquelle il n'y en aurait en réalité aucune entre le public réel et la circonscription réelle (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 51). Pourtant, il est possible, et même probable en pratique, qu'il n'y ait aucun lien, par exemple, entre le public réel et le public visé, entre la circonscription réelle et la circonscription visée, entre le public visé et la circonscription réelle ou encore entre le public réel et la circonscription visée. D'ailleurs, l'auteur envisage bien cette dernière hypothèse dans la suite de l'ouvrage en prenant l'exemple du chanteur Bono qui, se présentant aux médias occidentaux comme le représentant des africains sans voix, ne serait pas du tout entendu en Afrique (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 150). La seule hypothèse qui n'est pas conceptuellement envisageable, au regard de la définition qu'il donne de ces deux termes, est celle dans laquelle il n'y a aucun recoupement entre le public réel et la circonscription réelle.

⁶⁶³ L'auteur parle d'ailleurs d'« ubiquité » de la représentation (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 79-81).

⁶⁶⁴ C'est ce que constatait Pierre Bourdieu à partir de l'exemple du président de la Société des agrégés qui - alors que ladite société n'avait pas de base - n'avait eu de cesse de s'exprimer au nom des agrégés au cours des journées de mai 1968 : « Autrement dit, pour combattre l'usurpation des porte-parole autorisés, que peut-on faire ? Il y a, bien sûr, les solutions individuelles contre toutes les formes d'écrasement par le collectif, *exit and voice*, comme dit Albert Hirschman, la sortie ou la protestation. Mais on peut aussi fonder une autre société. Si vous vous reportez aux journaux de l'époque, vous verrez que, vers le 20 mai 68, on a vu apparaître une autre Société des agrégés avec un secrétaire général, un sceau, un bureau, etc. On n'en sort pas. » (Pierre BOURDIEU, *op.cit.*, p. 265).

⁶⁶⁵ En effet, quoiqu'elle puisse apparaître comme un geste émancipateur de la part de certains membres du groupe, une telle revendication ne fait finalement que le perpétuer puisqu'elle n'est elle-même qu'une autre forme de violence symbolique pour les autres membres dudit groupe qui ne se distingue que par le critère de représentativité - en l'occurrence celui de la ressemblance - que son auteur a choisi pour la fabriquer.

⁶⁶⁶ Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 148.

⁶⁶⁷ Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 149.

avatar⁶⁶⁸ - auprès des principaux intéressés, ce qui n'est envisageable que dans une société qu'il qualifie d'« ouverte » et dans laquelle les droits et libertés fondamentaux doivent être garantis pour recevoir, formuler et discuter ces différentes revendications. Les signes permettant d'attester de l'acceptation ou du rejet d'une revendication ne sont toutefois pas nécessairement aussi évidents qu'une victoire à des élections libres et équitables ou la formulation d'une revendication alternative par des membres de la circonscription adéquate. Ainsi, M. Michael Saward estime que le sens du silence des personnes intéressées doit être apprécié à l'aune du contexte dans lequel la revendication est formulée, c'est-à-dire du caractère plus ou moins ouvert de la société dans laquelle elle s'exprime et qui permet aux principaux intéressés d'avoir connaissance de ladite revendication afin d'apprécier son caractère ou non démocratique - la circonscription adéquate ne correspondant pas nécessairement au public visé - et la certitude de pouvoir la contester sans être inquiétés⁶⁶⁹. C'est en ce cela que, même si l'auteur souligne le caractère constructif de la représentation, son effet sur la structuration des groupes représentés, sa revendication ne serait pas à ranger du côté des théories de la représentation comme « imposition » mais devrait plutôt être rattachée à un troisième idéal-type qui est celui de la représentation comme « proposition »⁶⁷⁰.

234. Cette présentation laisse ainsi en suspens les hypothèses dans lesquelles le référent, et par là même l'objet et la circonscription, ne sont pas humains ou même en mesure de se manifester sur la légitimité de la revendication, comme c'est le cas, par exemple, de la représentation de la nature. Pourtant, tout au long de l'ouvrage, l'auteur donne aussi des exemples impliquant des référents non-humains pour illustrer son schéma relationnel⁶⁷¹ qui est justement censée embrasser de telles hypothèses. D'une part, il semble difficile d'envisager une quelconque forme de violence « symbolique » à l'égard de la faune et la flore lorsqu'une personne prétend, par exemple, représenter la nature, comme cela semble être le cas de certaines associations de protection de l'environnement. Ce faisant, il n'y a pas non plus de circonscription humaine qui serait, en tant que circonscription adéquate, fondée à juger du caractère démocratique ou non de ce type de revendication. Il faut toutefois élargir la focale et admettre que la

⁶⁶⁸ Virginie DUTOYA, Samuel HAYAT, *art.précit.*, 18. Le terme est toutefois utilisé ici dans un sens plus général que les auteurs qui semblent, pour leur part, évoquer des modes de légitimation alternatifs à l'élection.

⁶⁶⁹ Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 151-160.

⁶⁷⁰ Comme le résumait Mme Virginie Dutoya et M. Samuel Hayat : « Tout l'enjeu est alors de rendre compte de ce qui, dans la proposition de representative claim de M. Saward, va au-delà d'une simple reprise de la conception de la représentation comme imposition. Saisie par ce prisme, deux éléments se dégagent de la conceptualisation proposée par M. Saward. D'une part, il existe chez lui une déconnexion entre le *claim-maker* et le sujet de la représentation : ce n'est pas seulement le représentant qui institue le représenté, fondant par là un déséquilibre irrefragable, mais une configuration relationnelle où celui qui prétend qu'il y a représentation n'est pas nécessairement celui qui prétend représenter. D'autre part, le représenté lui-même est loin d'être simplement passif : si l'objet de la représentation est bien construit par le *claim-maker*, c'est toujours devant un public, et en relation avec un référent dont l'existence sociale ne dépend pas de la représentation. Dès lors, il existe des marges de manœuvre pour juger, transformer et contester des prétentions à la représentation - sans nécessairement en passer par la remise de soi à d'autres représentants. Chez M. Saward, la représentation ne relève pas de l'imposition ni de la composition, mais plutôt d'une proposition : le *claim-maker* propose à un public d'établir une relation de représentation entre un sujet, un objet et un référent, et le succès ou l'échec de cette prétention à la représentation dépend largement de la façon dont ceux au nom desquels on parle réagissent à cette proposition » (Virginie DUTOYA, Samuel HAYAT, *art.précit.*, 18 et s.).

⁶⁷¹ Tel est le cas de l'exemple de Marx faisant de « l'espoir révolutionnaire » l'objet d'une revendication dont le sujet est la classe laborieuse (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 37).

force symbolique de la revendication puisse s'exercer sur l'ensemble du public réel, qui ne comprend d'ailleurs pas nécessairement de membres de la circonscription visée lorsque le référent est humain, qui voit se constituer ainsi un représentant et dont la perception de l'objet peut être remodelée. C'est d'ailleurs le public qui, dans l'hypothèse où la circonscription visée ne recouperait pas du tout le public réel, est, selon lui, appelé à apprécier le caractère démocratique ou non de la revendication⁶⁷².

235. C'est après ces quelques précisions, et en étant donc conscient des limites d'une telle présentation, qu'il faut désormais montrer comment ce schéma relationnel permet de rendre compte des actions collectives des groupements privés dans les rapports de droit public.

B- L'action juridictionnelle du groupement et l'habilitation à agir comme tentative de structuration d'un groupe latent

236. L'attribution de la qualité pour agir en défense d'un intérêt collectif à des groupement privés ainsi que l'action juridictionnelle de ces derniers peuvent être regardées l'une comme l'autre comme une forme de revendication de représentativité (1) qui exerce ainsi un pouvoir, au moins symbolique, sur le groupe auquel correspond l'intérêt que le groupement requérant prétend défendre (2).

1- L'action collective des groupements privés et son organisation comme vectrices de revendications de représentativité

237. L'action juridictionnelle collective des groupements privés défendant des intérêts collectifs peut parfaitement s'insérer dans un schéma relationnel mettant en rapport le groupement privé avec un objet qui serait l'interprétation d'un référent humain, comme une catégorie de personnes, ou non-humain. À cet égard, l'action des associations de protection de l'environnement n'implique d'ailleurs pas nécessairement un référent non-humain. Elle peut aussi s'appuyer sur un référent humain lorsqu'elle prétend, par exemple, défendre la qualité de vie d'un groupe de personnes. Le schéma relationnel peut aussi être appliqué aux hypothèses dans lesquels le groupement n'a pas pour objet de défendre un groupe de personnes ou une entité en particulier, mais de lutter contre une activité. Simplement, la revendication est ici implicite. En effet, un groupement qui se donne pour objet de lutte contre une activité a implicitement, mais nécessairement, aussi pour objet de lutter pour les personnes ou l'entité qu'une telle activité pourrait léser⁶⁷³. C'est néanmoins le critère des liens entre l'auteur et le sujet de la revendication qui sera retenu ici pour rendre compte des types de revendications auxquelles l'action collective des

⁶⁷² Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 150.

⁶⁷³ Les associations luttant contre les discriminations, par exemple, sont aussi des associations défendant les personnes victimes de ces pratiques.

groupements privés peut donner lieu (a) et des conflits qu'une telle action est ainsi susceptible de provoquer (b).

a- Les groupements privés requérants comme auteurs et sujets de revendications de représentativité

238. En ne considérant que les effets juridiques des actions collectives que les groupements n'exercent pas en qualité de mandataires, il est difficile d'y voir, au moins pour l'ensemble d'entre elles, des hypothèses de représentation, même au sens le plus large que donne à voir la définition de M. Philippe Didier. Certes, ce dernier ne semble avoir aucun mal à regarder l'action en justice des groupements, ou plus précisément de ce qu'ils nomment les « associations représentatives » défendant une « grande cause »⁶⁷⁴, comme une situation de représentation, au sens où il l'entend et qui est retenu ici, et ce, quelle qu'en soit la forme⁶⁷⁵. Rien n'est toutefois moins évident, d'autant plus qu'il ne précise pas explicitement dans quelles mesures ces actions donneraient à voir une imputation dérogatoire d'effets juridiques, mais se concentre sur l'effet structurant de la définition de l'intérêt collectif pour le groupe latent ce qui, même si ce n'est pas anecdotique, demeure non-juridique⁶⁷⁶. Ainsi, il ne dit pas s'il estime qu'il y a représentation en raison des effets du jugement que ces actions permettent éventuellement d'obtenir, comme l'effet substantiel ou l'autorité de la chose jugée, ou en raison des effets déclenchés par l'introduction de ces actions, comme la création d'un lien d'instance ou une interruption des délais de prescription et de forclusion dans lesquels ils peuvent agir, étant d'ailleurs entendu que les deux peuvent être liés comme la création du lien d'instance et l'extension de la dimension négative de l'autorité de la chose jugée. Même si seule la première option permet de comprendre pourquoi l'auteur, qui estime par ailleurs qu'il ne faut pas se laisser abuser par le masque que constitue un intérêt collectif présenté comme supra-personnel et qu'il est possible d'envisager ainsi des « sujets d'imputation » dotés de la personnalité juridique, semble ainsi considérer que toutes les actions collectives, indépendamment de leur but prioritaire, sont des hypothèses de représentation, c'est la seconde qui est la plus cohérente au regard de sa définition. En effet, à la différence de la requête introductive d'instance, la décision juridictionnelle pouvant avoir des effets sur les tiers dont l'intérêt est défendu ne saurait être regardée, à proprement parler, comme un « acte » du groupement requérant, comme peut l'être, par exemple, une convention collective signée par un syndicat, même si c'est bien son action qui est à l'origine de son édicton. Il ne dit pas non plus quel

⁶⁷⁴ Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 498, p. 358-359. Plusieurs passages montrent toutefois que les syndicats - même les syndicats dits non représentatifs - ne sont en réalité pas exclus de son analyse (Par ex., Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 513, p. 368 ; n° 529, p. 377).

⁶⁷⁵ En effet, s'il n'évoque qu'explicitement les actions en représentation conjointe (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 528, p. 376) et les actions de substitution (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 529, p. 377), il fait aussi référence au « risque d'agence », qui est pour lui consubstantielle à la représentation, lorsqu'il évoque de manière générale « l'utilisation des tribunaux, et particulièrement des tribunaux judiciaires, comme forum pour la promotion d'une nouvelle légalité » (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 521, p. 373), ce qui peut concerner toute forme d'action collective.

⁶⁷⁶ Même si, en « reconstruisant » au préalable la définition de la représentation, l'auteur ne retient que les « effets juridiques » (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 145, 103).

est l'effet ou quels sont les effets de « droit » qui sont pertinents pour parler d'actes d'un représentant⁶⁷⁷. Il semble néanmoins qu'il faille tout de même s'en tenir aux effets de droit directs et individualisables, c'est-à-dire qui entraînent directement la modification de la situation juridique d'une ou de plusieurs personnes en particulier, sauf à priver cette définition de la représentation de tout caractère opératoire⁶⁷⁸.

239. Force est alors de constater que toutes les actions collectives des groupements privés ne peuvent être regardées comme des actes émanant de représentants, même à partir de la définition, somme toute assez large, que l'auteur retient de l'« imputation »⁶⁷⁹ ou de celle qui est retenue ici de l'« effet de droit »⁶⁸⁰. Il faut effectivement exclure la plupart des actions collectives consistant en des actions tendant à défendre en priorité l'intérêt personnel du groupement privé ou bien l'intérêt collectif supra-personnel d'une catégorie puisqu'elles n'ont pas, en elles-mêmes ou à travers le jugement qu'elles tendent à obtenir, un effet juridique individualisable sur les personnes appartenant au groupe visé par les statuts⁶⁸¹. En se plaçant du point de vue des effets de l'action, il ne semble en fait possible de retenir comme hypothèse de représentation que les nouvelles actions collectives qui seront étudiées plus avant et dont les textes constitutifs prévoient que l'action juridictionnelle du groupement, qui prend la forme d'une requête motivée par l'atteinte à des intérêts personnels et qui tend, dans un premier temps, à défendre en priorité un intérêt supra-personnel, interrompt les délais de prescription et, devant les juridictions administratives, de forclusion pour les personnes appartenant au groupe défendu.

240. Il serait ensuite possible de trouver des hypothèses de représentation du côté des actions collectives qui tendent en priorité à la satisfaction des intérêts personnels de tiers, comme les actions de substitution. Cela suppose toutefois de ne se focaliser que sur l'effet substantiel de la décision juridictionnelle que de telles actions permettent d'obtenir et qui affecte effectivement, de façon dérogatoire, la situation juridique de la personne pour le compte de laquelle un groupement substituant agit. Or, à proprement parler, les groupements ne sont pas les auteurs de l'acte juridictionnel et ils perdent leur qualité de représentants dès lors que ce sont les seuls effets de l'acte dont ils sont bien les auteurs qui sont considérés, à savoir celui au moyen duquel ils introduisent ces actions de substitution. En effet, cet acte n'a pas, pour les tiers dont les intérêts sont ainsi défendus, un effet similaire à celui pouvant émaner

⁶⁷⁷ Pour préciser ce qu'il entend par « effet de droit », l'auteur explique ainsi que : « l'existence d'un effet est le postulat ou la base du droit. En inventant le droit, l'homme a posé comme un axiome que certains de ses actes auront des conséquences qu'il aura lui-même définies. Le droit est une façon de voir le monde et d'attribuer à des événements des conséquences. Il tire ce trait de sa nature d'ordre normatif ». (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 166, p. 116).

⁶⁷⁸ Intégrer les effets *erga omnes* reviendrait à considérer que tout acte juridique est finalement un acte de représentation en raison de sa seule opposabilité à l'égard des personnes qui n'ont pas participé à son édicton.

⁶⁷⁹ Reprenant Michel Storck, l'auteur définit ainsi l'imputation comme « le mécanisme qui affecte [des] effets juridiques à un sujet de droit » (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 165, p. 116).

⁶⁸⁰ C'est-à-dire sans distinguer, après avoir exclu un effet *erga omnes* comme l'opposabilité, ce qui relève des attributs ou de l'effet substantiel s'agissant des incidences de l'acte juridictionnel qui sont susceptibles de s'imputer de façon dérogatoire.

⁶⁸¹ Par ex., Soc., 20 mai 1985, n° 83-60.040. L'arrêt en question est d'ailleurs mal référencé dans les annotations sous l'article 480 du code de procédure civile des éditions Dalloz puisque, tout en reprenant la motivation de la décision, la note renvoie à un arrêt de la Chambre sociale du 7 octobre 1981 qui semble être celui portant le numéro de pourvoi « 80-12.495 », du moins selon le lien hypertexte de la version électronique du code car le numéro au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, qui est le seul indiqué dans les annotations, renvoie lui à un arrêt du 1^{er} avril 1981. En tout état de cause, l'un et l'autre n'ont strictement rien à voir avec l'arrêt dont la motivation est reproduite.

d'un mandataire ou d'un créancier dans une hypothèse de solidarité active⁶⁸². Comme cela sera développé par la suite, les personnes substituées ne sont pas regardées comme des parties à l'instance. Il n'y a donc pas de création de lien d'instance à leur égard. S'agissant ensuite de l'effet interruptif qu'une action juridictionnelle pourrait avoir sur les différents délais d'action, les juridictions administratives comme judiciaires restent rétives - dans le silence de la loi - à l'idée d'en étendre le bénéfice aux tiers dont les intérêts seraient défendus en l'absence d'un mandat⁶⁸³.

241. Pour ce qui est des actions collectives exercées dans l'intérêt personnel de tiers, il faudrait alors réserver l'hypothèse dans laquelle le groupement n'engage pas l'action dans le cadre d'un mandat ou même d'une action de substitution mais, en réalité comme un prête-nom puisque la Cour de cassation considère qu'il y a extension de l'autorité de la chose jugée à la personne ainsi représentée⁶⁸⁴. En revanche, l'ensemble des actions collectives des groupements rentre bien dans le schéma relationnel décrit par M. Michael Saward, qui fait abstraction de leurs effets juridiques ou de ceux qu'elles permettent d'obtenir, et peuvent alors donner lieu à deux types de revendication.

242. « Cette sorte de ventriloquie usurpatrice »⁶⁸⁵ n'étant pas toujours le fait du représentant, du sujet de cette revendication, les qualités d'auteur et de sujet pouvant être dissociées, le premier type de revendication auquel les actions juridictionnelles des groupements défendant des intérêts collectifs peuvent donner lieu sont des revendications externes. Il en va ainsi, par exemple, lorsque les médias relaient une action en cours d'un groupement privé en le présentant comme le représentant du groupe dont il défend l'intérêt. D'ailleurs, ainsi que cela sera étudiée plus avant avec les nouvelles actions collectives, une telle publicité peut même être obligatoire afin de donner la possibilité aux personnes appartenant au groupe dont l'intérêt est défendu de se manifester, de permettre au groupe défendu de sortir de l'état de latence dans lequel il était jusqu'alors confiné. Cette revendication peut aussi prendre la forme d'un commentaire doctrinal de la décision s'étant prononcée sur l'action du groupement privé. Enfin, les pouvoirs publics peuvent eux-mêmes fabriquer de telles revendications dans le cadre de leur activité normative, le droit, qui peut apparaître comme la « forme par excellence du pouvoir symbolique »⁶⁸⁶ auquel faisait allusion M. Michael Saward, pouvant servir de véhicule à ce discours performatif. Ainsi, la norme constitutionnelle elle-même évoque la représentation de certains « objets » en désignant parfois les organes ou les catégories de personnes censées les représenter. Tel est aussi le cas, par exemple, lorsque le législateur permet à certaines organisations syndicales de participer à

⁶⁸² Art. 1312 du code civil : « Tout acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers ».

⁶⁸³ C'est du moins ce qui ressort, implicitement, de la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 3, 27 février 2008, n° 06-21.965) et d'une interprétation par analogie des décisions rendues par le Conseil d'État sur l'effet interruptif de recours administratifs engagés dans l'intérêt personnel de tiers sur les délais de prescription quadriennale (CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 7 mai 2008, n° 292954) et de forclusion (CE, 2^e et 7^e chambres réunies, 19 juillet 2017, n° 402185).

⁶⁸⁴ Civ., 26 juillet 1848, *D.*, 1852, 5, p. 97.

⁶⁸⁵ Pierre BOURDIEU, *op.cit.*, p. 269.

⁶⁸⁶ Pierre BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, vol. 64, p. 13.

l'élaboration des conditions de travail⁶⁸⁷, donne la possibilité à certains groupements de siéger au sein des instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable⁶⁸⁸ ou encore réserve à certains autres la possibilité de représenter les usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique⁶⁸⁹ en faisant même appel à la « notion de représentativité » comme critère de sélection, mais aussi, pour ce qui intéresse ici, lorsqu'il habilite certains groupements à agir en justice pour défendre les intérêts d'une catégorie de personnes. De même, les juridictions peuvent fabriquer de telle revendication dans leurs décisions, et ce, qu'elles reconnaissent ou non à cette occasion une habilitation à agir en justice à un groupement en particulier ou une catégorie de groupement comme le montre l'arrêt des Chambres réunies du 5 avril 1913 ou la décision n° 89-257 DC du Conseil constitutionnel dans laquelle les organisations syndicales représentatives furent assimilées aux « délégués » évoqués au huitième alinéa du Préambule de 1946⁶⁹⁰. En résumé, au moyen de telles habilitations, qui pour certaines d'entre elles permettent d'agir en justice, les organes normateurs présentent certains types de groupements comme les représentants attitrés d'un groupe ou d'une entité à l'ensemble des individus devant avoir connaissance de cette norme. L'effet « catalyseur » de la représentation sur la structuration d'un groupe latent qu'évoque M. Philippe Didier⁶⁹¹ n'est donc pas seulement le fait des groupements, mais il peut aussi provenir d'un organe tiers au groupement.

243. Le second type de revendication regroupe des revendications internes puisqu'il renvoie à l'hypothèse dans laquelle un groupement privé est à la fois l'auteur et le sujet, c'est-à-dire qu'il se présente, à travers son action juridictionnelle, comme le représentant du groupe dont il défend l'intérêt devant un public qui est composé évidemment du juge qui sera amené à se prononcer sur la recevabilité et le bien-fondé de sa requête, mais aussi d'autres autorités publiques auxquels ils voudraient démontrer sa représentativité par son activisme juridictionnel, et enfin les personnes appartenant au groupe dont il prétend défendre ainsi l'intérêt, étant entendu que le public ainsi visé ne recoupe alors pas forcément le public réel car, en dépit du principe de publicité gouvernant le fonctionnement de la justice, il se peut que les personnes composant la juridiction et, plus largement, celles participant à l'instance soient les seuls points communs entre ces deux cercles. L'élément structurant de la revendication du groupement requérant se loge alors dans la motivation de la requête qui doit faire état d'une atteinte - directe ou indirecte - à un intérêt collectif. En effet, pour qu'une lésion puisse être identifiée, encore faut-il au

⁶⁸⁷ Art. L. 2121-1 du code du travail.

⁶⁸⁸ Art. L. 141-3 du code de l'environnement.

⁶⁸⁹ I de l'article L. 1114-1 du code de la santé publique.

⁶⁹⁰ CC, n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, cons. n° 10 à 11. Le Conseil constitutionnel est toutefois revenu sur cette interprétation en considérant que « que si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective » (CC, n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, cons. n° 8).

⁶⁹¹ Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 506, p. 363.

préalable tracer les contours, définir l'intérêt défendu⁶⁹². Ainsi défini, l'intérêt collectif ne permet pas seulement de caractériser la lésion que la décision juridictionnelle doit faire disparaître ou éviter, il sert ainsi de boussole à la structuration du groupe latent. Ce caractère constitutif et structurant de l'action ne se retrouve d'ailleurs pas seulement dans les hypothèses où le groupement a pour objet de défendre un intérêt collectif supra-personnel. Il existe évidemment aussi lorsque l'intérêt collectif défendu est présenté comme une somme d'intérêts individuels, comme c'est le cas dans le cadre de la jurisprudence sur les ligues de défense. Les organes dirigeants du groupement que constitue la ligue de défense proposent aussi une certaine vision de l'intérêt individuel que les membres du groupe défendu ont en partage.

244. Il faut enfin relever que le schéma relationnel ne varie pas seulement au niveau de la position qu'occupent l'auteur et le sujet dans ces deux types de revendications. En effet, si le sujet est toujours particularisé dans le cadre des revendications internes, puisqu'il s'agit d'un groupement privé en particulier, il peut être éventuellement générique dans le cadre des revendications externes, c'est-à-dire renvoyer à une catégorie de groupements privés. Tel est du moins nécessairement le cas lorsque c'est une norme d'habilitation impersonnelle qui lui sert de support. Ensuite, le public, même celui qui est visé, est généralement plus restreint dans le cadre des revendications internes alors qu'il peut être beaucoup plus large dans le cadre des revendications externes, en particulier celles qui passent par le *medium* d'une norme.

b- Les relations entre les différentes revendications internes et externes de représentativité

245. Les relations entre ces revendications internes et externes ou entre des revendications du même type peuvent s'avérer conflictuelles et conduire les groupements privés à contester des représentations institutionnalisées.

246. Elles ne le sont pas quand les revendications mettent en rapport un même sujet avec un même objet ou même lorsque les sujets de ces revendications, quoique différents, entretiennent tout de même entre eux des relations d'inclusion, elles se relaient même. Ainsi, une revendication interne d'un groupement peut venir relayer une revendication externe lorsque son action est fondée juridiquement sur une habilitation, légale ou jurisprudentielles réservant à la catégorie de groupement auquel il appartient la possibilité de défendre en justice les intérêts d'un groupe donné. Cet ordre chronologique n'est toutefois pas immuable en ce qu'une revendication externe peut très bien relayer une revendication interne. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le groupement a engagé une action collective en dehors de toute habilitation spéciale, c'est-à-dire sur le fondement du droit à un recours effectif, et que le juge, après avoir accepté de statuer sur le bien-fondé de sa requête, présente dans la motivation de sa décision ce groupement ou la

⁶⁹² Et rien ne garantit alors que la définition de cet intérêt collectif concorde avec celle que l'ensemble des membres du groupe concerné peuvent en avoir ou même avec celle qu'ils peuvent avoir de leurs intérêts propres. Sur ce point, le décalage serait même inévitable, V. Olivier de SCHUTTER, « Formes d'action collective en justice et dialectique entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif », Thomas BERNIS (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droits, territoires, cultures, 2004, p. 313).

catégorie de groupements auquel il appartient comme représentant l'intérêt collectif qui était défendu en l'espèce. Plusieurs autres revendications externes sont susceptibles de lui emboîter le pas à travers des commentaires doctrinaux, qui peuvent alors appuyer cette présentation en l'approuvant explicitement ou simplement en la reprenant, ou même d'une norme législative venant éventuellement ratifier - et au passage encadrer - cette création prétorienne. Cette succession de revendications forme ainsi une chaîne dont les maillons juridiques permettent à la revendication externe initiale de gagner en généralité ainsi qu'en efficacité symbolique.

247. En revanche, des situations conflictuelles peuvent apparaître, en premier lieu, lorsqu'un même objet est mis en rapport avec des sujets différents qui n'entretiennent même pas entre eux une relation d'inclusion. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'une loi réserve à une certaine catégorie de requérants la possibilité de défendre un intérêt collectif et qu'un groupement ne rentrant pas le champ d'application personnel de cette habilitation législative décide tout de même d'introduire une action en justice pour défendre cet intérêt. C'est aussi le cas lorsque deux groupements privés, qu'ils s'appuient d'ailleurs ou non sur une revendication externe jouant le rôle de fondement juridique, se rejoignent sur l'interprétation à donner d'un référent mais prétendent ainsi tous les deux représenter le même objet. Même s'il y a alors apparemment une concordance d'intérêts entre les deux, comme c'est le cas, par exemple, lorsqu'un groupement intervient dans une instance au soutien de la demande d'un autre groupement, il y a aussi finalement une concurrence pour apparaître comme le meilleur représentant auprès du public.

248. Le conflit peut aussi naître au niveau de l'objet de la représentation et plus précisément de l'interprétation divergente que les auteurs des revendications retiennent d'un même référent ou de deux référents entretenant entre eux des relations d'inclusion. Les sujets ne varient alors pas nécessairement entre ces revendications antagonistes. Ainsi, un groupement peut être présenté comme le représentant d'un groupe dont il est donné une vision dépréciative et ce même le groupement peut, en réponse, formuler une revendication dans laquelle il se pose comme représentant du même groupe mais en donne une image plus favorable. L'identité du sujet et l'interprétation peuvent devenir toutes deux une source de conflit lorsque deux groupements privés prétendent défendre un même groupe mais ne donnent pas le même contenu à son intérêt. Il ne s'agit alors pas d'un simple conflit de définitions mais d'une lutte pour l'obtention du monopole de la violence symbolique à l'égard de ce groupe avec, en toile de fond, la question de sa structuration. Un groupement peut aussi chercher à neutraliser une première revendication en ne donnant pas une interprétation différente du même référent mais d'un référent qui entretient une relation d'inclusion avec celui de la première. En effet, soit il sape le caractère unifiant de l'intérêt que la première revendication avait défini en mettant à jour l'intérêt collectif de la sous-catégorie qu'il prétend défendre, soit il dissout le groupe que la première revendication cherchait à structurer en prétendant défendre l'intérêt collectif d'un groupe plus large. Lorsque deux revendications viennent ainsi se télescoper, il n'est alors pas exclu qu'une troisième intervienne pour relayer l'une des deux. Ainsi, dans l'exemple précédent du groupement qui introduit une requête en défense d'un intérêt collectif en lieu et

place de ces représentants attirés, si jamais le juge estime tout de même que son action est recevable, il ne rendra pas seulement une décision *contra legem*, il produira aussi une revendication externe qui relâiera celle du groupement mais heurtera celle du législateur.

249. Ce bref exposé n'est pas seulement destiné à montrer comment ces différentes revendications peuvent s'articuler, il montre aussi ce que l'action des groupements privés défendant des intérêts collectifs peut avoir de subversif pour l'État et plus généralement pour les organes que ce dernier a habilités à représenter, notamment en justice, les intérêts d'une collectivité donnée qu'il s'agisse, par exemple, du ministère public pour les intérêts de la société toute entière ou des organes d'une collectivités territoriale pour l'intérêt collectif local. En effet, lorsqu'un groupement privé décide, en arguant de l'atteinte à l'intérêt d'un groupe bénéficiant déjà d'une représentation institutionnalisée, d'introduire une action en lieu et place de ses représentants institutionnels qui auraient choisi de s'abstenir ou même pour discuter la légalité d'une de leur décision qui fut prise en principe au nom de l'intérêt dudit groupe, il ne remet pas simplement en cause leur propre décision d'agir ou de s'abstenir mais propose finalement une définition alternative de l'intérêt collectif, une autre voie de structuration. Ce caractère subversif de l'action collective demeure lorsque le groupement se prévaut d'une atteinte à l'intérêt d'une partie seulement du groupe bénéficiant de la représentation institutionnalisée. Démontrant, au travers de sa requête, qu'il n'y pas d'unité du groupe, il descend de son piédestal l'intérêt collectif qui avait pu être défini par les organes habilités pour le faire. Il le met à nu en levant le voile sur les équilibres et les conflits que son caractère transcendantal permettait jusqu'alors de dissimuler.

2- La structuration du groupe latent : enjeu de lutte pour le pouvoir symbolique

250. Un même groupe, une même catégorie de personnes peut ainsi se retrouver au centre d'une multitude de revendications de représentativité⁶⁹³ qui, pouvant se superposer ou s'opposer avec une force symbolique variable, n'en demeurent pas moins des relations asymétriques. En ce qu'elle est aussi porteuse d'une revendication de représentativité, l'action collective des groupements privés ne fait elle-même qu'entretenir ces rapports en les relayant ou en tentant de s'y substituer, y compris lorsqu'elle a vocation à garantir l'effectivité des droits de catégories de personnes que les textes et la jurisprudence qualifient aujourd'hui de « vulnérables »⁶⁹⁴. Alors que leur intervention dans les rapports de droit public au moyen de l'action collective pouvait apparaître comme un remède au déséquilibre caractérisant cette relation, elle se révèle, lorsqu'elle est appréhendée comme une revendication de représentativité, comme n'étant elle-même qu'un autre rapport de force, une manifestation du pouvoir dont les analyses foucaaldiennes invitent, en s'affranchissant d'une grille de lecture « juridico-discursive », à considérer qu'il

⁶⁹³ M. Michael Saward parle à cet égard « d'ubiquité » de la représentation (Michael SAWARD, *op.cit.*, p. 79).

⁶⁹⁴ Pierre BOURDIEU, *op.cit.*, p. 263.

ne se réduit pas à un lieu ou une instance en particulier⁶⁹⁵ mais s'insinue « entre chaque joint d'un corps social »⁶⁹⁶. Indépendamment même de ses éventuels effets juridiques, sur lesquels se focalise la définition que M. Philippe Didier propose de la représentation, l'action collective des groupements privés dans les rapports de droit public apparaît donc comme une manifestation de pouvoir sur le groupe défendu qui est d'autant plus insidieuse lorsqu'elle prétend le contester.

251. Face à ce phénomène inévitable et irréductible, il est *a priori* difficile pour les membres du groupe défendu, qui fournissent à la fois le référent de ces revendications et en constituent la circonscription adéquate, de manifester leur adhésion aux actions collectives par laquelle un groupement privé prétend le représenter, ce qui constitue la seule mesure de leur caractère démocratique. En effet, au sein du public qui est alors visé par le groupement seul compte finalement l'avis du juge qui se prononce sur la recevabilité de l'action et l'adhésion ou non du groupe soutenu à cette démarche contentieuse ne rentre alors pas en ligne de compte, du moins pas directement et pas nécessairement.

252. Comme cela sera étudié plus avant avec les nouvelles actions collectives, la phase au cours de laquelle les victimes peuvent se manifester pour décider d'adhérer ou non au groupe identifié par le juge à la suite de l'introduction de l'action de groupe indemnitaire ou de l'action en reconnaissance de droits pour obtenir satisfaction de leurs intérêts personnels dans le cadre de ces procédures permet justement de mesurer leur soutien à la revendication du groupement requérant.

253. Il faut aussi envisager les hypothèses dans lesquelles ce soutien se manifeste en réalité en amont de l'action juridictionnelle et conditionne indirectement sa recevabilité. Tel est le cas lorsque la reconnaissance de la qualité pour agir du groupement est conditionnée par une reconnaissance administrative préalable dont l'obtention est elle-même conditionnée par l'existence d'un nombre minimum d'adhérents. L'action juridictionnelle n'étant elle-même que la reformulation juridique d'autres revendications que le groupement privé a pu formuler dans le cadre de ses activités, l'existence d'un

⁶⁹⁵ « (...) ce mot de « pouvoir » risque d'induire plusieurs malentendus. Malentendus concernant son identité, sa forme, son unité. Par pouvoir, je ne veux pas dire « le Pouvoir », comme ensemble d'institutions et d'appareils qui garantissent la sujétion des citoyens dans un État donné. Par pouvoir, je n'entends pas non plus un mode d'assujettissement, qui par opposition à la violence, aurait la forme de la règle. Enfin, je n'entends pas un système général de domination exercée par un élément ou un groupe sur un autre, et dont les effets, par dérivations successives, traverseraient le corps social tout entier. L'analyse, en termes de pouvoir, ne doit pas postuler, comme données initiales, la souveraineté de l'État, la forme de la loi ou l'unité globale d'une domination ; celles-ci n'en sont plutôt que les formes terminales. Par pouvoir, il me semble qu'il faut comprendre d'abord la multiplicité des rapports de force qui sont immanents au domaine où ils s'exercent, et sont constitutifs de leur organisation ; le jeu qui par voie de luttes et d'affrontements incessants les transforme, les renforce, les inverse ; les appuis que ces rapports de force trouvent les uns dans les autres, de manière à former chaîne ou système, ou, au contraire, les décalages, les contradictions qui les isolent les uns des autres; les stratégies enfin dans lesquelles ils prennent effet, et dont le dessin général ou la cristallisation institutionnelle prennent corps dans les appareils étatiques, dans la formulation de la loi, dans les hégémonies sociales. (...). Omniprésence du pouvoir : non point parce qu'il aurait le privilège de tout regrouper sous son invincible unité, mais parce qu'il se produit à chaque instant, en tout point, ou plutôt dans toute relation d'un point à un autre. Le pouvoir est partout ; ce n'est pas qu'il englobe tout, c'est qu'il vient de partout. Et « le » pouvoir dans ce qu'il a de permanent, de répétitif, d'inerte, d'auto-reproducteur, n'est que l'effet d'ensemble, qui se dessine à partir de toutes ces mobilités, l'enchaînement qui prend appui sur chacune d'elles et cherche en retour à les fixer. Il faut sans doute être nominaliste : le pouvoir, ce n'est pas une institution, et ce n'est pas une structure, ce n'est pas une certaine puissance dont certains seraient dotés : c'est le nom qu'on prête à une situation stratégique complexe dans une société donnée » (Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1976, vol. 1., p. 121).

⁶⁹⁶ Michel FOUCAULT, « Entretien avec Lucette Finas », *la Quinzaine Littéraire*, 1-15 janvier 1977, p. 5.

nombre suffisant d'adhérents peut apparaître, si ce n'est comme la preuve au moins comme un indice, de l'accueil favorable que rencontre sa démarche au sein du groupe concerné. À cet égard, le législateur et le pouvoir réglementaire tendent d'ailleurs à valoriser cette épreuve par le nombre lorsqu'ils fixent, à travers des revendications externes et générales, les différents critères de « représentativité » que doivent présenter les groupements. En témoignent la réforme des critères de représentativité syndicale dans les secteurs privé⁶⁹⁷ puis public⁶⁹⁸ dans laquelle le législateur, notamment, supprima la présomption irréfragable de représentativité et valorisa le critère de l'audience électorale, mesurée lors des élections professionnelles, parmi les critères de représentativité et de validité des accords collectifs ou encore la réforme de l'agrément des associations de protection de l'environnement par le décret n° 2011-832 du 12 juillet 2011⁶⁹⁹ qui fit passer le nombre d'adhérents du rang d'indice permettant d'attester le respect des conditions d'obtention de l'agrément⁷⁰⁰ à celui de condition autonome⁷⁰¹ et s'appuya sur lui pour filtrer les associations qui, étant déjà agréées, peuvent être en plus désignées pour prendre part au débat sur l'environnement se déroulant dans le cadre des instances consultatives nationales, régionales et départementales ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable⁷⁰². Il semble alors que ce soit en tant que succédanée de la légitimité électorale qui - quoiqu'étant concurrencée - marque toujours la démocratie politique, que cette épreuve par le nombre, qui ne prend pas nécessairement la forme d'une élection, lui apparaît comme la panacée pour désamorcer les procès en illégitimité régulièrement faits aux différents acteurs appelés à prendre part à la démocratie dite « sociale », « environnementale » ou encore « sanitaire ».

254. Ce critère numérique n'est toutefois jamais suffisant pour permettre aux groupements d'obtenir lesdites reconnaissances administratives⁷⁰³. Il n'est pas non plus exigé pour toutes les reconnaissances qui ne sont d'ailleurs elles-mêmes pas au nombre des exigences communes auxquelles les groupements

⁶⁹⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Sur cette réforme, qui apparaît comme un aboutissement de la critique qui était adressée depuis longtemps à la conception « essentialiste » de la représentation syndicale Pierre ROSANVALLON, *La question syndicale*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1999, p. 208), V. Cyril WOLMARK, « Les transformations du droit français de la représentation collective », in Antoine LYON-CAEN, Olivier LECLERC (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Paris Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 163 ; Antoine BEVORT, « La réforme des règles de la représentativité syndicale (2008-2010) », *Idées économiques et sociales*, 2011, p. 8 ; pour un exposé et une analyse des critères de représentativité des syndicats de travailleurs mais aussi, après la réforme introduite par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, patronaux, V. notamment, Pascal LOKIEC, *Droit du travail*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2019, n° 506-520, p. 503-516)

⁶⁹⁸ Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique. (Sur la réforme, V. Didier JEAN-PIERRE, « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *JCP A*, 2010, n° 2284).

⁶⁹⁹ Décret n° 2011-832 du 12 juillet 2011 relatif à la réforme de l'agrément au titre de la protection de l'environnement et à la désignation des associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique au sein de certaines instances.

⁷⁰⁰ Ancien art. R. 141-3 du code de l'environnement.

⁷⁰¹ 2° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement.

⁷⁰² Art. R. 141-21 du code de l'environnement.

⁷⁰³ Au reste l'obtention de cette reconnaissance administrative n'est elle-même pas toujours suffisante pour que le groupement puisse porter sa revendication dans certaines instances comme le montre le « super-agrément » qui est prévu notamment en matière de protection de l'environnement. Ce « super-agrément » ne permet aux groupements que de figurer sur une liste au sein de laquelle l'autorité administrative sélectionnera ensuite ceux qu'elle accepte de voir siéger au sein des instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable.

doivent se plier pour introduire des actions collectives devant les juridictions internes⁷⁰⁴. En tout état de cause, même s'il permet d'objectiver l'acceptation des revendications au sein d'un groupe donné, du moins lorsqu'il est rédigé - ce qui n'est pas toujours le cas - sous la forme d'un seuil chiffré, rien ne dit que ce critère soit toujours pertinent puisqu'il n'est ni toujours garanti que les adhérents appartiennent bien à la circonscription adéquate, c'est-à-dire au groupe défendu, ni que le seuil retenu corresponde à la majorité ou à une partie substantielle de cette circonscription. Inadéquat sur ce point, le critère numérique ne permettrait finalement que d'éviter l'émiettement du paysage associatif et syndical et, pour ce qui concerne plus spécialement l'action en justice, qu'à filtrer les groupements en fonction de leurs ressources financières.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

255. Le recours à la notion de « représentation » pour décrire les actions collectives des groupements privés ne montre donc pas seulement la gêne que ce type d'action juridictionnelle peut susciter dès lors qu'il ne semble pas adapté au modèle individualiste d'action en justice. Il révèle aussi l'un des enjeux de la conduite des actions collectives, mais aussi de leur présentation et de leur organisation, qui est la structuration d'un groupe, d'une catégorie de personnes.

SECTION 2 : Les multiples fondements juridiques d'une action en justice mutagène

256. En dépit de la multiplicité des normes susceptibles de servir de fondement juridique aux différentes actions juridictionnelles des groupements privés défendant des intérêts collectifs (§1), il est possible de trouver un premier élément d'unité à ces actions. Il s'agit de l'effet perturbateur qu'elles ont sur la finalité des voies qu'elles empruntent et sur l'équilibre entre les dimensions collectives et individuels des litiges qu'elles invitent à trancher (§2).

§1- Des fondements juridiques hétérogènes

257. Pour intervenir dans les rapports de droit public au moyen de l'action en justice, les groupements privés peuvent compter sur un archipel de fondements juridiques spéciaux qui leur réservent la possibilité d'exercer des actions attitrées, c'est-à-dire qui leur reconnaissent une qualité pour agir sans qu'ils aient besoin de faire la preuve de l'existence d'un intérêt personnel pour agir (A). Ils peuvent aussi parfois

⁷⁰⁴ Cf, *Infra*, Section 1 du Chapitre 1 du Titre 2 de la première partie.

bénéficier d'une interprétation fonctionnelle⁷⁰⁵ des conditions d'application de ces fondements généraux de l'action en justice que sont les normes garantissant le droit d'accès au juge ou, plus largement, à un recours juridictionnel effectif (B).

A- La multiplication des fondements spéciaux

258. Si c'est du côté de la norme habilitant les groupements privés défendant des intérêts collectifs à introduire une action en justice qu'il convient de chercher le fondement juridique des différentes formes d'action collective que les groupements privés peuvent introduire devant les juridictions internes pour intervenir dans les rapports de droit public, force est alors de constater que c'est l'hétérogénéité qui domine tant sur le plan matériel que formel.

259. Il est possible, en premier lieu, de trouver des dispositions législatives qui les habilitent à exercer des actions civiles en réparation, de substitution, en annulation ou encore aux fins d'injonction devant les juridictions judiciaires, pénales comme civiles ou bien parfois seulement civiles, et administratives et aux fins de faire respecter des normes intervenant dans des domaines aussi variés que la consommation, l'environnement, la lutte contre les discriminations, contre la corruption ou encore les rapports entre les employeurs *lato sensu* et leurs préposés.

260. Ces différents fondements juridiques spéciaux⁷⁰⁶ ne sont néanmoins pas exclusivement législatifs. Ils peuvent être aussi réglementaires, comme le montrent les actions de substitution en matière de lutte contre les discriminations organisées par le code de procédure civile⁷⁰⁷ et le code de justice administrative⁷⁰⁸, ou même jurisprudentielles. D'ailleurs, toutes les normes législatives encadrant l'action collective des groupements privés ne fournissent pas nécessairement des fondements juridiques spéciaux à l'action des groupements. Tel est le cas des dispositions encadrant les actions dites « en représentation conjointe » existant en matière de consommation, d'environnement, pour la défense des investisseurs ou encore pour les litiges ayant trait aux rapports locatifs. En effet, dans le cadre de cette forme d'action collective qui sera étudiée en détail par la suite, les groupements privés agissent simplement en vertu de mandats écrits, c'est-à-dire sur le fondement d'une norme conventionnelle.

261. La reconnaissance au profit des groupements privés d'un intérêt pour agir leur permettant d'introduire des actions collectives ne fut jamais l'apanage du législateur comme le montre le cas du recours pour excès de pouvoir puisque, même si le Conseil d'État prit parfois soin de s'appuyer sur

⁷⁰⁵ L'interprétation fonctionnelle étant celle qui « vise à attribuer à la règle une fonction objective, qui peut être différente de celle visée par l'auteur. On se demande non pas ce que l'auteur du texte a réellement voulu, mais, maintenant que la règle doit être appliquée dans une situation historique différente, quel sens il convient de lui donner si l'on veut obtenir un résultat jugé satisfaisant » (Michel TROPER, « La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, 1987, p. 81).

⁷⁰⁶ Les critères - tout aussi hétérogènes et pas nécessairement cohérents - permettant de trier les groupements auxquels ces fondements spéciaux sont censés bénéficier seront étudiés dans le détail plus avant (Cf Chapitre 1 du titre 2 de la première partie).

⁷⁰⁷ Art. 1263-1 du code de procédure civile.

⁷⁰⁸ Art. R. 779-9 du code de justice administrative.

l'article 3 de la loi des 7-14 octobre 1790 pour développer cette voie de droit, l'élaboration des conditions de reconnaissance de l'intérêt donnant qualité pour agir des groupements privés comme des autres requérants et la reconnaissance de qualité attitrée contre certains actes au travers des cercles d'intérêts fut et demeure essentiellement jurisprudentielle. La compétence exclusive du législateur fut aussi contestée par les juridictions judiciaires, y compris dans des domaines qui, comme la procédure pénale, devraient pourtant en relever.

262. Le fondement juridique de l'action des « ligues de défense » devant les juridictions civiles ne doit donc pas être recherché dans un quelconque mandat ou du côté d'une quelconque cession de créance qui, au demeurant, ne saurait constituer un fondement juridique mais permet seulement de rendre applicable les fondements généraux de l'action en justice. Il faudrait, plus simplement, le rechercher dans la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même et considérer que ces groupements bénéficient d'une habilitation prétorienne. Il en allait de même, dans un premier temps, pour l'action des syndicats en défense des intérêts collectifs supra-personnels de la profession. C'est effectivement au terme d'une interprétation constructive des dispositions de la loi de 1884 que les Chambres réunies de la Cour de cassation avaient reconnu la recevabilité d'une telle action en 1913 et le législateur n'a fait ensuite que la ratifier avec la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est d'ailleurs aussi d'une concrétisation par le juge de la norme garantissant la liberté de se regrouper, en l'occurrence l'article 11 de la CESDHLF relatif à la liberté d'association, et non de celle garantissant le droit à un recours effectif, que procède la « liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci »⁷⁰⁹. Plus récemment encore, la consécration de l'existence d'un « préjudice écologique pur » par la Cour de cassation dans son arrêt *Erika* ainsi que la possibilité pour certaines associations de protection de l'environnement, mais aussi des collectivités territoriales, d'en réclamer l'indemnisation peut apparaître comme la création jurisprudentielle d'une action en réparation attitrée, création que le Conseil d'État, attentiste, n'a pour sa part pas désiré imiter dans ses arrêts *ASPAS* du 30 mars 2015 mais que le législateur a ensuite reprise et organisée dans sa loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

263. Concurrencé, le législateur est aussi parfois contraint d'élaborer des fondements spéciaux par des normes supra-législatives garantissant l'accès à la justice de certains groupements privés. Tel est le cas, par exemple, des différentes directives européennes édictées en la matière de lutte contre les discriminations depuis le début des années 2000⁷¹⁰ ou encore, plus récemment, du règlement (UE)

⁷⁰⁹ CEDH (Plén.), 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, n° 4464/70, § 39.

⁷¹⁰ §2 de l'article 7 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; §2 de l'article 9 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; §3 de l'article 6 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion

2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE⁷¹¹ et de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquête et de poursuite en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données⁷¹² qui composent le « paquet protection des données ». S'imposant au législateur, et même plus largement au jurislatureur puisqu'il n'y a pas de raison d'exclure les organes juridictionnels, ces normes supra-législatives interviennent alors dans des domaines où les groupements privés bénéficiaient peut-être déjà de fondements spéciaux pour exercer certaines formes d'action collective mais leur permettent éventuellement d'élargir leur champ d'action ou les formes de cette dernière. Surtout, pour les groupements privés, ces normes supra-législatives garantissant leur accès au juge pour exercer des actions collectives offrent en plus l'avantage de bénéficier, comme celles garantissant le droit à recours juridictionnel effectif pour défendre un intérêt personnel, de leur propre système de garantie et, lorsqu'elles émanent de l'Union européenne ou de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'un système de garantie qui est même juridictionnalisé. Il en est même certaines qui bénéficient d'un double système de garantie.

264. Tel est cas en matière de protection de l'environnement où l'action des groupements privés s'impose au jurislatureur français tout d'abord par la Convention de la Commission économique de l'ONU pour l'Europe sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement signée à Aarhus le 25 juin 1998, dite Convention d'Aarhus. Cette dernière ne se contente pas d'imposer aux parties contractantes une obligation générale d'accorder « la reconnaissance et l'appui voulus aux associations, organisations ou groupes qui ont pour objectif la protection de l'environnement » et de mettre leur système juridique national en compatibilité avec cette

professionnelles, et les conditions de travail tel que modifié par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, aujourd'hui repris au § 2 de l'article 17 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ; § 3 de l'article 8 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

⁷¹¹ Art. 80 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

⁷¹² Art. 55 de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

obligation⁷¹³. En effet, donnant un effet contraignant au dixième principe de la Déclaration de Rio⁷¹⁴ et aux directives de Sofia⁷¹⁵, cette convention repose sur trois piliers : le droit à l'information, le droit à la participation aux processus décisionnels ainsi que le droit d'accès au juge qui, pouvant prendre la forme tant d'un recours juridictionnel qu'à administratif, est censé garantir l'effectivité des droits attachés aux deux premiers piliers ou du moins d'une partie d'entre eux. Les deux premiers paragraphes de l'article 9 de la convention garantissent effectivement l'accès au juge aux fins d'assurer le respect du droit à l'information mentionné à l'article 4 et du droit à la participation mentionné à l'article 6, c'est-à-dire à l'égard des décisions relatives aux « activités particulières » qui sont celles énumérées dans la première annexe à la Convention ou qui sont simplement susceptibles d'avoir « un effet important sur l'environnement ». Dans cette dernière hypothèse, les bénéficiaires du droit d'accès au juge sont les membres du « public concerné »⁷¹⁶ qui, au regard du droit interne des parties contractantes, ont un intérêt suffisant pour agir ou font valoir une atteinte à un droit et auxquels sont assimilés les organisations non gouvernementales qui œuvrent en faveur de la protection de l'environnement et qui remplissent les conditions pouvant être requises en droit interne⁷¹⁷. Quoique renvoyant au droit interne des parties contractantes, ces stipulations ne s'en remettent pas pour autant à leur seule appréciation. Ainsi, elles prennent soin de préciser que ce qui constitue cet intérêt suffisant ou cette atteinte à un droit doit être aussi déterminé conformément à « l'objectif consistant à accorder au public concerné un large accès à la justice dans le cadre de la présente Convention ». Ce sont du reste pas seulement les obstacles juridiques à l'accès au juge qui se trouvent dans la ligne de mire de l'article 9 puisqu'il insiste aussi sur l'importance de l'effectivité des recours ainsi garantis et sur la nécessité de faire disparaître les obstacles cognitifs⁷¹⁸ et financiers⁷¹⁹ qui seront évoqués par la suite.

⁷¹³ Art. 3 § 4 de la Convention d'Aarhus.

⁷¹⁴ Aux termes du principe 10 de la Déclaration de Rio de l'environnement et du développement : « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré ».

⁷¹⁵ V. Les lignes directrices n° 25 et 26 approuvées par la déclaration des ministres de l'environnement des pays de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies adoptée à Sofia le 25 octobre 1995 lors de la conférence ministérielle « Un environnement pour l'Europe ».

⁷¹⁶ Ce que le cinquième paragraphe de l'article 2 de la Convention définit comme « le public qui est touché ou qui risque d'être touché par les décisions prises en matière d'environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l'égard du processus décisionnel ».

⁷¹⁷ Cette assimilation, qui prend la forme d'une présomption d'intérêt suffisant, se retrouve tant au cinquième paragraphe de l'article 2 qu'au deuxième paragraphe de l'article 9 de la Convention.

⁷¹⁸ « En outre, et sans préjudice du paragraphe 1, les procédures visées aux paragraphes 1, 2 et 3 ci-dessus doivent offrir des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par injonction s'il y a lieu, et doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif. Les décisions prises au titre du présent article sont prononcées ou consignées par écrit. Les décisions des tribunaux et, autant que possible, celles d'autres organes doivent être accessibles au public » (Art. 9 § 4 de la Convention d'Aarhus).

⁷¹⁹ « Pour rendre les dispositions du présent article encore plus efficaces, chaque Partie veille à ce que le public soit informé de la possibilité qui lui est donnée d'engager des procédures de recours administratif ou judiciaire, et envisage la mise en place de mécanismes appropriés d'assistance visant à éliminer ou à réduire les obstacles financiers ou autres qui entravent l'accès à la justice » (Art. 9 § 5 de la Convention d'Aarhus).

265. Un mécanisme d'examen du respect de la Convention fut ensuite mis en place à l'occasion de la première réunion des parties par une décision⁷²⁰ adoptée sur le fondement de son article 15⁷²¹. Celui-ci fait d'ailleurs la part belle aux associations de protection de l'environnement. En effet, ce sont la réunion des parties et un « Comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus » qui furent érigés comme organes responsables de l'examen du respect de la Convention et ledit Comité est composé de neuf membres élus par la réunion des parties sur proposition des États signataires ainsi que des organisations non gouvernementales de protection de l'environnement admises à participer à la réunion des parties en qualité d'observateurs⁷²². Le Comité rend compte de son activité de contrôle lors de chaque session de la réunion des parties, laquelle est compétente pour obtenir le respect de la convention auprès des Etats, mais il peut aussi, en attendant ces sessions et à condition que les parties concernées ne s'y opposent pas, recommander des mesures particulières en cas atteinte à la Convention. Le déclenchement de cette procédure de contrôle est en outre suffisamment ouvert pour permettre à certaines associations de la solliciter puisque le Comité d'examen peut être saisi de communications émanant de membres du « public », c'est-à-dire notamment de groupements privés ayant pour objet de défendre l'environnement. L'effectivité de la convention n'est d'ailleurs pas seulement garantie par ce système de suivi et de pétition auprès d'un organe *ad hoc* qui, s'il semble novateur en matière de protection de l'environnement, est devenu somme toute classique en droit international.

266. Elle bénéficie aussi de la primauté et du système de contrôle juridictionnel de la Communauté européenne, puis de l'Union européenne, dont elle a intégré l'ordonnancement juridique à la suite de la décision n° 2005/370/CE du Conseil du 17 février 2005⁷²³, rejoignant ainsi la catégorie des accords dits « mixtes ». D'ailleurs, il faudrait sans doute encore ajouter le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, bien que ne la comptant pas parmi ses références, a pu s'en servir pour interpréter les stipulations de l'article 6§1 de la CESDHLF⁷²⁴. Avant même la ratification de la Convention, les directives du Conseil 85/337 CEE sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement de certains projets publics et privés - qui inspira d'ailleurs tant le contenu que le champ d'application matériel d'une partie stipulations de la Convention - et 96/61 CE relative à la prévention et la réduction intégrée de la pollution, furent

⁷²⁰ Décision I/7, doc. ECE/EMP.PP/2002/2.

⁷²¹ Article qui stipule que « la Réunion des Parties adopte, par consensus, des arrangements facultatifs de caractère non conflictuel, non judiciaire et consultatif pour examiner le respect des dispositions de la présente Convention. Ces arrangements permettent une participation appropriée du public et peuvent prévoir la possibilité d'examiner des communications de membres du public concernant des questions ayant un rapport avec la présente Convention ». (sur la mise en place de ce mécanisme d'examen, V. Koester VEIT, « Le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus : un panorama des procédures et de la jurisprudence », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2007, p. 251)

⁷²² « Toute organisation non gouvernementale qui possède des compétences dans des domaines ayant un rapport avec la présente Convention et qui a fait savoir au Secrétaire exécutif de la Commission économique pour l'Europe qu'elle souhaitait être représentée à une Réunion des Parties est autorisée à participer en qualité d'observateur à moins qu'un tiers au moins des Parties n'y fassent objection » (§5 de l'article 10 de la Convention d'Aarhus).

⁷²³ Décision n° 2005/370/CE du Conseil du 17 février 2005 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, JOUE n° L 124 du 17 mai 2005, p. 1-2.

⁷²⁴ Cf. *Infra*, n° 294.

même modifiées en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice⁷²⁵. Ce mouvement de mise en conformité du droit de l'Union avec la Convention d'Aarhus s'est ensuite poursuivi comme le montrent les dispositions du b) de l'article 23 de la directive dite « Seveso III »⁷²⁶ qui reprennent, dans leur champ d'application, celles des directives précédemment évoquées sur l'accès à la justice des associations de protection de l'environnement en tant que « membres du public concerné ». La mise en œuvre de l'accès à la justice demeure toutefois éclatée, inachevée au niveau européen et se trouve parfois même contrariée par l'intransigeance de la Cour de Justice comme de la Commission. Le cas de la Convention d'Aarhus, et plus précisément de son application aux recours formés contre les actes de l'Union européenne, montre ainsi que l'existence d'un double système de garantie, *a priori* favorable aux bénéficiaires de ces normes supra-législatives, n'est pas exclusif de quelques interférences.

267. Ainsi, le règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement n'est pas à même de compenser les conditions que la Cour de justice pose à la reconnaissance de la qualité pour agir des personnes physiques et morales dans le cadre du recours en annulation contre les actes de portée générale depuis son arrêt *Plaumann*. Ces dernières demeurent tellement strictes qu'elles passent effectivement pour un bastion que le modèle holiste du contentieux administratif français de l'excès de pouvoir n'a pu conquérir⁷²⁷ et que le règlement

⁷²⁵ Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil. Les dispositions de l'article 10 *bis* de la directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement qui garantissaient notamment aux associations de protection de l'environnement le droit d'accès à la justice sont aujourd'hui reprises à l'article 11 de la directive n° 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, quant à celles de l'article 15 *bis* de la directive n° 96/61/CE du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution garantissant le même droit, après avoir été reprises à l'article 16 de la directive n° 2008/1/CE du 15 janvier 2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution elles se trouvent désormais, à l'article 25 de la directive n° 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution).

⁷²⁶ Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil.

⁷²⁷ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c. Commission européenne*, aff. C625/62 : « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire ». Ainsi, plus soucieuse visiblement de la défense des droits que de celle du Droit, la Cour n'admettait le recours en annulation de particuliers contre de tels actes que dans la mesure où ils s'en trouvaient affectés d'une façon aussi directe et individuelle que s'ils en avaient été destinataires. Si tel n'était pas le cas, le contrôle de la validité de tels actes n'était alors pas totalement fermé mais seulement retardé, du moins en principe, car ces requérants devaient attendre d'être lésés individuellement par une mesure d'application pour pouvoir espérer les contester, selon l'auteur de la mesure, dans le cadre soit d'un renvoi en validité soit d'une exception d'illégalité ou encore pouvaient exercer un recours en responsabilité extracontractuelle. Autrement dit, les requérants pouvaient, et devaient, compter sur la complétude du système des voies de droit instauré par les traités (CJCE, 23 mars 1993, *Weber c. Parlement*, aff. C-324/91, pt. 8). Néanmoins, l'équivalence des voies de droit vers lesquelles les requérants ordinaires étaient ainsi renvoyés pouvaient paraître illusoire puisqu'aucune ne conduisait à l'annulation de l'acte litigieux et, pour ce qui concerne le renvoi préjudiciel, son exercice est tributaire de l'appréciation des juges nationaux et l'organisation juridictionnelle des États membres. En tout état de cause, pour exciper de leur illégalité à l'occasion d'un recours en annulation ou d'un recours devant les juridictions nationales, cela supposait que de telles mesures d'applications existassent au niveau de la Communauté ou des États membres. En l'absence

(CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 n'a pas non plus permis de faire tomber dans la mesure où son champ d'application peut apparaître lacunaire au regard des stipulations du troisième paragraphe de l'article 9 de la Convention. Ledit règlement met à la disposition des ONG un mécanisme de réexamen interne des actes non législatifs⁷²⁸ édictés en matière environnementale par les institutions de l'Union européenne⁷²⁹. Il ne s'agit toutefois pas seulement de leur permettre d'exercer un recours gracieux mais aussi de saisir éventuellement la Cour d'un recours en annulation ou d'un recours en carence contre la décision ou l'omission provoquée par cette demande de réexamen dont elles sont alors destinataires⁷³⁰. Néanmoins, outre le fait de n'être réservée qu'aux seules ONG et non aux membres du « public », cette procédure de réexamen ne concerne que les actes non législatifs de « portée individuelle »⁷³¹.

268. Or, contrairement à ce que pouvait espérer le Comité de suivi lorsqu'il prononça, en réponse à la communication de l'ONG ClientEarth, ses conclusions et recommandations le 14 avril 2011 à partir de l'état du droit applicable avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁷³², c'est-à-dire de la Charte des

de telles mesures, les requérants ordinaires pouvaient ainsi croire que le seul moyen de lier un contentieux à l'occasion duquel serait contesté la légalité d'un tel acte était de l'enfreindre et d'être ainsi poursuivis devant les juridictions internes. Cette condition d'affectation individuelle et l'interprétation que retenait la Cour de justice des communautés depuis son arrêt *Plaumann* pouvait ainsi créer des angles morts dans la systématique des voies de droits mettant ainsi en péril tant l'effectivité du droit au recours que l'existence même de cette « Communauté de droit » que la Cour de justice des communautés avait mise en avant dans son arrêt *Les Verts*. Ainsi, le 21 mars 2002, à l'occasion de ses conclusions dans l'affaire *Union de Pequenos Agricultores*, l'avocat général Jacob plaida pour une interprétation plus souple de la notion de personne individuellement concernée que rien dans les traités n'imposait selon lui. Avant que la Cour ne rende sa décision dans l'affaire *UPA*, le Tribunal de première instance reprit à son compte le raisonnement de l'avocat général et, soulignant aussi à quel point la situation pouvait être inconfortable pour les requérants et périlleuse pour leur droit au recours effectif, qui se trouvait par ailleurs réaffirmé par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, lorsque l'acte contesté ne prévoit pas l'adoption de mesure d'exécution par les États membres, accepta de retenir une appréciation plus souple de la condition d'affectation individuelle (TPI, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c. Commission*, T-177/01). La Cour de justice des communautés ne suivit néanmoins ni son avocat général (CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores (UPA) c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50-00 P), ni le Tribunal (CJCE, 1^{er} avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P), estimant qu'elle ne pouvait infléchir ainsi sa jurisprudence sans neutraliser en réalité la condition d'affectation individuelle et, par là même, empiéter sur la compétence des auteurs des traités. Elle renvoyait ainsi aux États membres en tant qu'ils sont compétents pour réviser les traités mais aussi pour organiser un système juridictionnel qui est censée garantir, lui aussi, la complétude des voies de droit. À ce titre, elle rappelait que les juridictions nationales sont aussi tenues, dans le cadre du principe de coopération loyale, d'interpréter et d'appliquer les règles de procédures de telle manière que les requérants ne soient finalement pas contraints de violer l'acte communautaire de portée générale qu'ils voudraient contester dans l'hypothèse où celui-ci ne prévoirait pas de mesures nationales d'application.

⁷²⁸ Considérant préliminaire n° 7 du règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

⁷²⁹ c) du paragraphe 1 de l'article 2 du règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

⁷³⁰ Art. 12 du règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

⁷³¹ g) du paragraphe 1 de l'article 2 du règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

⁷³² Décision du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus concernant l'Union européenne n° ACCC/C/2008/32 du 14 avril 2011.

droits fondamentaux garantissant le droit au recours effectif⁷³³ et la clause dite « *Jégo-Quéré* » exonérant les requérants de la preuve d'une affectation individuelle en présence de certains actes de portée générale⁷³⁴, la Cour de justice de l'Union européenne continua à faire montre de la même réserve après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en s'abritant derrière une interprétation génétique⁷³⁵ des nouvelles stipulations⁷³⁶. Elle n'accepta pas non plus, contrairement au Tribunal, d'accueillir l'exception d'inconventionnalité contre le règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006⁷³⁷, en se prévalant de l'absence d'effet direct du troisième paragraphe de l'article 9 et en refusant d'étendre le champ de ses jurisprudences *Fediol*⁷³⁸ et *Nakajima*⁷³⁹, qui permettent précisément d'apprécier la conventionnalité d'actes de droit dérivé au regard des stipulations dépourvues d'effet direct, au-delà des accord dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et de l'Organisation mondiale du commerce. Les ONG maintinrent alors la pression auprès du Comité de suivi qui ne put que constater, le 17 mars 2017, que ni le règlement (CE) n°1367/2006 ni la jurisprudence de la CJUE ne respectaient les paragraphes 3 et 4 de l'article 9 de la Convention d'Aarhus⁷⁴⁰. La Commission fit alors savoir aux membres du Conseil de l'Union que de telles recommandations ne sauraient être entérinées à l'occasion de la sixième réunion des parties qui se tint du 11 au 14 septembre 2017 à Budva,

⁷³³ Alors qu'elle n'était pas encore contraignante, elle avait été évoquée, toutefois sans succès, tant dans les conclusions de Jacobs sur l'arrêt *UPA* que par le Tribunal dans l'arrêt *Jégo-Quéré* pour appuyer l'infléchissement de la jurisprudence *Plaumann*.

⁷³⁴ Bien qu'elle ne survécût pas à la déférence de la Cour de justice des communautés européennes à l'égard de la lettre des traités, la jurisprudence *Jégo-Quéré* essaima dans l'esprit des rédacteurs du Traité établissant une Constitution pour l'Europe qui, afin de rendre effective et moins périlleuse pour les requérants la systématique des voies de droit, acceptèrent d'introduire un correctif à la jurisprudence *Plaumann* à l'article III-365 du Traité. Cette stipulation fut reprise ensuite au quatrième alinéa de l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) : « toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

⁷³⁵ « L'interprétation génétique repose sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte. On suppose que cette volonté a été mal exprimée dans le texte même, ambigu ou vague et qu'on peut la connaître à travers les travaux préparatoires » (Michel TROPER, « La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, 1987, p. 78).

⁷³⁶ La Cour a d'abord retenu, au terme d'une interprétation génétique et systémique, une conception restrictive de cette notion d'« acte réglementaire » qui semblait perturber la nomenclature des actes telle qu'établie dans le TFUE en décidant de les singulariser parmi les actes de portée générale et en recourant pour ce faire, et faute de mieux, à un critère procédural. Doivent ainsi être regardés comme réglementaires les actes qui ne sont pas adoptés au terme d'une procédure législative ordinaire ou spéciale (CJUE, (G.C.), 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami et a. c. Commission européenne et a.*, aff. C-583/11P). En outre, la Cour de justice a précisé, de manière implicite (CJUE, (G.C.), 19 décembre 2013, *Telefonica*, aff. C-274/12 P ; CJUE, 1^{ère} chambre, 27 février 2014, *Stichting Woonlinie et a. c. Commission*, aff. C-133/12 P) puis explicite (CJUE, (G.C.), 28 avril 2015, *T & L Sugars Ltd et Sidul Açúcares Unipessoal Lda c. Commission*, aff. C-456/13), qu'il importait peu que l'État membre fût ou non en situation de compétence liée lorsqu'il adopta un acte sur le fondement de l'acte de droit dérivé pour apprécier l'existence d'une « mesures d'exécution » et écarter le cas échéant l'application de cette clause. Il est vrai que, dans le cas contraire, la condition tenant à l'absence de « mesures d'exécution » aurait fait double emploi avec celle aussi mentionnée au quatrième alinéa de l'article 263 du TFUE, tenant à l'existence d'une « affectation directe » qui, pour sa part, « requiert que la mesure communautaire incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation communautaire sans application d'autres règles intermédiaires » (CJCE, 5 mai 1998, *Dreyfus c. Commission*, aff. C-386/96 P, pt. 43).

⁷³⁷ CJUE, 13 janvier 2015, *Conseil et Commission c. Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe*, aff. C-404/12 P et C-405/12 P.

⁷³⁸ CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-70/87.

⁷³⁹ CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Conseil des Communautés européennes*, aff. C-69/89.

⁷⁴⁰ Décision du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus concernant l'Union européenne n° ACCC/C/2008/32 du 17 mars 2017.

provoquant en retour la réaction des ONG qui firent aussi pression directement auprès des États membres. C'est finalement une position intermédiaire, consistant à accepter une version amendée du projet, qui fut présentée au nom de l'Union européenne. Elle n'emporta toutefois pas la conviction de la réunion des parties qui décida de reporter l'examen du projet à 2021, date à laquelle la prochaine session doit se tenir. À la suite du blocage de Budva, le Conseil, s'appuyant sur l'article 241 du TFUE, invita seulement la Commission « à soumettre, d'ici au 30 septembre 2019, une étude sur les moyens dont dispose l'Union pour répondre aux conclusions du comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus » et « d'ici au 30 septembre 2020, le cas échéant pour tenir compte des résultats de l'étude, une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1367/2006, ou à l'informer des autres mesures nécessaires pour donner suite à l'étude »⁷⁴¹, ce qui était en deçà de ce qu'espéraient le Parlement⁷⁴² ainsi qu'une partie des ONG⁷⁴³ et des États membres⁷⁴⁴ pour lesquels la révision du règlement n'est pas optionnelle⁷⁴⁵.

269. Une telle discordance est d'autant plus regrettable que, comme vont le montrer les arrêts tendant à reconnaître un intérêt personnel aux groupements privés à défendre les intérêts collectifs visés par leurs statuts, la Convention d'Aarhus apparaît, pour les associations de protection de l'environnement, comme un instrument permettant - voire imposant - de procéder à une interprétation fonctionnelle des conditions de recevabilité encadrant leur action, et plus largement, de faciliter leur accès aux juges tant devant les juridictions internes que supranationales européennes, y compris celles qui ne la comptent pas parmi les normes de référence qu'elles ont pour mission de faire respecter. Elle permettrait, à l'échelle européenne, d'envisager une articulation de l'ensemble des voies de droit qui, devant les juridictions nationales et supranationales, permettent aux groupements privés d'intervenir dans des rapports de droit public.

⁷⁴¹ Décision (UE) 2018/881 du Conseil du 18 juin 2018 invitant la Commission à soumettre une étude sur les moyens dont dispose l'Union pour répondre aux conclusions du comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus dans l'affaire ACCC/C/2008/32 et, le cas échéant pour tenir compte des résultats de l'étude, une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1367/2006.

⁷⁴² §16 de la résolution du Parlement européen du 15 novembre 2016 sur un plan d'action pour le milieu naturel, la population et l'économie (2017/2819(RSP)) et §26 de la résolution du Parlement européen du 16 novembre 2017 sur l'examen de la mise en œuvre de la politique environnementale de l'Union européenne (2017/2705(RSP)).

⁷⁴³ V. la lettre ouverte adressée le 10 avril 2018 aux ministres de l'environnement de l'UE par ClientEarth et le Bureau Européen de l'Environnement (disponible en ligne, en anglais, à l'adresse suivante : <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2018-04-10-clientearth-and-eeb-joint-letter-on-access-to-justice-coll-en.pdf>).

⁷⁴⁴ V. Déclaration conjointe du 4 juin 2018 des délégations française, luxembourgeoise, italienne et espagnole, soutenue par la délégation lettone.

⁷⁴⁵ Au 1^{er} octobre 2020, la proposition de modification du règlement n'avait toujours pas été communiquée au Parlement. Toutefois, les travaux réalisés entre temps par les services de la Commission (Commission européenne, *Study on EU implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters. Final report*, septembre 2019, 07.0203/2018/786407/SER/ENV.E.4, 384 p. ; Commission européenne, *Report on European Union implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters*, 10 octobre 2019, SWD (2019)378 final, 33 p.), vont dans le sens d'une meilleure prise en compte des exigences de la convention d'Aarhus et peuvent laisser penser qu'il sera bien proposé de modifier le règlement (CE) n° 1367/2006 pour inclure, notamment, les actes de portée « général ».

B- La mobilisation ponctuelle des fondements généraux

270. Il est possible de trouver quelques décisions juridictionnelles qui semblent reconnaître aux groupements privés un intérêt personnel - au sens d'exclusif – pour agir en défense des intérêts collectifs visés par leurs statuts et, par là-même, fonder leurs actions collectives sur les normes garantissant à tout un chacun le droit à un recours effectif (2). Un tel courant jurisprudentiel peut alors passer pour une consécration de la théorie de la réalité technique de la personnalité morale, à condition toutefois de bien distinguer l'intérêt collectif que le groupement a pour objet de défendre et celui qui sert de fondement à sa personnification, ce dernier n'étant qu'un certain intérêt commun de ses membres au respect de l'intérêt visé par son objet social (1).

1- La personnalisation de l'intérêt pour agir des groupements privés

271. Les différents fondements spéciaux étudiés pourraient être résorbés en admettant que les groupements ont un intérêt propre à défendre l'intérêt collectif qui est mentionné dans leur objet social. En effet, dans cette hypothèse, leurs différentes actions collectives pourraient être fondées sur les normes qui garantissent, non pas la liberté de se regrouper au sein de structures associatives ou syndicales, mais le droit de tout un chacun à défendre ses intérêts personnels en justice. La théorie de la réalité technique de la personnalité morale permet de concevoir l'existence d'un tel intérêt personnel. Il faut néanmoins tenir compte des remarques qui ont été formulées à son égard⁷⁴⁶, c'est-à-dire ne pas confondre l'intérêt collectif au fondement de la personnification de l'association ou du syndicat et celui du groupe qu'il s'est donné pour objet de défendre.

272. Si l'intérêt collectif servant de fondement à la personnification du groupement n'est qu'un certain « intérêt commun » à ses membres pour reprendre l'expression de Michoud, c'est plutôt vers la raison d'être de la personne morale qu'ils ont créée ou à laquelle ils ont adhéré qu'il faut le chercher, c'est-à-dire ce qui constitue son objet social, cette « cause finale »⁷⁴⁷ dont la personnalité juridique et ses attributs sont censés faciliter la réalisation. Or, la cause finale d'un groupement ayant pour objet de défendre l'intérêt collectif d'une catégorie de personnes n'est pas cet intérêt collectif lui-même. Il ne s'agit pas non plus des activités que le groupement peut exercer pour le défendre comme des actions en justice ou l'assistance des personnes appartenant au groupe défendu. Pour ses membres, la défense d'un intérêt collectif n'est pas une fin en elle-même, même lorsqu'elle est mentionnée dans les statuts et que le groupement fut créé pour la faciliter. S'ils poursuivent un but commun, c'est obtenir, grâce au groupement, que l'intégrité de l'intérêt collectif de telle ou telle catégorie de personnes soit respectée. Voilà ce qui correspond à la

⁷⁴⁶ Cf. *Supra*, n° 219-221.

⁷⁴⁷ Yves CHAPUT, « De la cause et/ou de l'objet de la société ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand Université d'Auvergne, 2001, p. 26.

réalisation de l'objet social de la personne morale qu'ils ont créée ou à laquelle ils ont simplement adhéré en exerçant leur liberté d'association ou syndicale.

273. Ce faisant, le respect de l'intégrité d'un intérêt collectif supra-personnel constitue déjà en soi un intérêt collectif supra-personnel pour les membres du groupement ayant pour objet sa défense. À ce titre, il n'est pas nécessaire que les membres du groupement appartiennent effectivement au groupe dont l'intérêt les préoccupe. Par exemple, l'exercice dans les meilleures conditions d'une activité sportive A dans une commune X peut très bien être regardée comme étant l'intérêt collectif au fondement de la personnification d'une association dont les membres exercent pourtant une activité B dans une commune Y. Cet intérêt collectif supra-personnel à la réalisation de l'objet social existe d'ailleurs même lorsque le groupement a pour objet la défense d'un intérêt collectif pluripersonnel, y compris lorsqu'il s'agit des intérêts personnels de ses membres comme c'est le cas avec les associations correspondant aux « ligues de défense » dans la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. L'intérêt commun des membres de l'association est alors d'assurer, à travers la forme associative, l'intégrité des intérêts individuels d'un groupe de personnes ayant été victime de la même lésion, ce qui est bien distinct de l'intérêt personnel qu'ils peuvent avoir chacun séparément - car rien ne garantit que le groupe des victimes et le groupe des membres se confondent parfaitement - à ce que les conséquences préjudiciables de la lésion qu'ils ont pu personnellement subir soient réparées.

274. Certes, l'intérêt se trouvant ainsi au fondement de la personnification du groupement n'a, de prime abord, rien d'exclusif puisqu'il est possible de le trouver chez des personnes appartenant à d'autres groupements ou même qui n'appartiennent à aucun groupement. L'existence d'un environnement sain, par exemple, n'est pas l'affaire des seuls adhérents d'une association de protection de l'environnement en particulier, ou même des seuls adhérents de telles associations en général. Néanmoins, par le truchement de l'objet social, cet intérêt se particularise pour les membres de l'association et il devient même personnel du point de vue de cette dernière puisqu'il renvoie à sa raison d'être. En réalité, la personnalité morale invite simplement à changer de perspective, c'est-à-dire à regarder l'intérêt supra-personnel des membres du groupement au respect de l'intégrité d'un intérêt collectif comme un intérêt personnel du groupement à la réalisation de sa propre raison d'être. Ensuite, cet intérêt propre au groupement peut très bien être matériellement similaire ou identique à celui d'autres groupements qui ont le même objet que lui. Quant aux personnes composant les organes de la personne morale qui sont censées lui imputer une volonté, elles donnent leur propre définition de l'intérêt visé par l'objet social - qu'il s'agisse d'un intérêt collectif supra-personnel ou de l'intérêt type des personnes appartenant à un groupe de victimes dans le cadre des ligues de défense - lorsqu'elles déterminent ce qui, étant bénéfique ou préjudiciable à cet intérêt, est susceptible de compromettre la réalisation de l'objet social. Enfin même si l'intérêt collectif supra-personnel défendu par le groupement privé n'est pas celui qui, étant au fondement de sa personnification, lui est personnel, il y a bien une lésion du second lorsque le premier est atteint. Toutefois, la lésion de l'intérêt personnel du groupement privé ne se confond alors pas avec celle de l'intérêt collectif défendu,

comme cela serait le cas si ces deux intérêts étaient assimilés. Elle n'en n'est qu'une conséquence, c'est-à-dire une lésion par ricochet. Ce faisant, pour reprendre la vision dynamique de l'action en justice précédemment évoquée, les actions collectives des groupements privés peuvent être regardées comme étant toujours motivées par une atteinte indirecte à leur intérêt personnel⁷⁴⁸, ce qui implique donc une appréciation plus souple de l'intérêt pour agir de la part du juge, de la qualité du rapport entre le motif et le but de l'action.

275. Cet intérêt personnel à la réalisation de l'objet social ne doit pas non plus être confondu avec un autre intérêt du groupement dont la lésion, même s'il peut sembler proche, ne permettrait pas d'embrasser ainsi l'ensemble de leurs actions collectives : l'intérêt personnel du groupement privé à défendre les intérêts collectifs que vise cet objet social ou, ce qui revient au même, à défendre son objet social. C'est pourtant cet intérêt du groupement dont Hauriou estimait, à la lecture de la motivation de l'arrêt du Conseil d'État *Syndicat agricole d'Herblay*, que la lésion ouvrait qualité pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir. C'est ensuite le même intérêt personnel des groupements privés défendant des intérêts collectifs que M. Pierre Romuald, plus d'un siècle plus tard et au terme d'un raisonnement différent, dégagera dans sa thèse consacrée aux droits fondamentaux des personnes morales de droit privé⁷⁴⁹.

276. Cherchant, selon ses termes, à repenser l'alliance entre ceux « deux notions controversées et parfois décriées »⁷⁵⁰ que sont la personnalité morale - entendue comme une « réalité technique »⁷⁵¹ - et les droits fondamentaux - dont il semble retenir une conception exclusivement matérielle même s'il s'appuie essentiellement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁵² -, M. Pierre Romuald conteste le principe de l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques. Il estime qu'il a pu donner lieu à des dérives, dont témoigne d'ailleurs le traitement de certaines actions collectives de groupements privés, et promeut son remplacement par une conception qu'il décrit comme « autonome » des droits fondamentaux des personnes morales⁷⁵³. Cette conception serait autonome dans la mesure où la titularité des droits serait « fondée »⁷⁵⁴ - au sens semble-t-il de justifier pour l'auteur, du moins la plupart du temps⁷⁵⁵ - non sur ce qui rapproche les personnes morales des personnes physiques qui sont, pour

⁷⁴⁸ Il apparaît toutefois une difficulté pour les associations *ad hoc*, c'est-à-dire celles qui se seraient constituées postérieurement à l'événement ayant provoqué la lésion de l'intérêt collectif visé dans l'objet social, ce qui est peut être le cas, notamment, pour les ligues de défense puisque la Cour de cassation a admis que leur action est recevable même lorsqu'elles invoquent un préjudice antérieur à leur date de leur constitution (Civ. 1, 27 mai 1975, Bull. civ I, n° 174). En effet, à proprement parler, le fait litigieux mis en avant dans la motivation de leur requête ne saurait avoir lésé, ni même avoir risqué de léser, leur intérêt personnel lorsqu'il s'est produit. C'est un intérêt personnel qui, alors inexistant, fut indirectement lésé.

⁷⁴⁹ Pierre ROMUALD, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé. Contribution à l'étude de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Editions universitaires européennes, 2010, 604 p.

⁷⁵⁰ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 24, p. 24.

⁷⁵¹ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 5-16, p. 4-14.

⁷⁵² Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 17-18, p. 14-17. Il retient ainsi comme définition du droit fondamental : « une prérogative subjective d'une valeur supérieure et essentielle »

⁷⁵³ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 165, p. 250-251.

⁷⁵⁴ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 165, p. 251.

⁷⁵⁵ Dans la suite de ses développements, M. Pierre Romuald emploie effectivement le terme de « justification » pour développer sa conception autonome en distinguant alors entre des justifications « normatives » et des justifications « fonctionnelles » et

leur part, titulaires de tels droits en raison de leur nature humaine, mais sur ce qui fait leur singularité en tant que sujet de droit ou, à la limite, sur la « prééminence du droit » tel que dégagée par la Cour européenne dans sa jurisprudence et qui renvoie pour lui à la raison d'être de la prérogative en question, transcendant donc la qualité du sujet de droit⁷⁵⁶. L'auteur trouve alors la spécificité ainsi que le dénominateur commun - la « matrice » - des personnes morales dans l'existence d'une organisation et la poursuite d'une finalité précise à travers un objet social. Il distingue ensuite des droits fondamentaux « matriciels », en ce qu'ils sont destinés à protéger cette matrice, des droits fondamentaux qu'il qualifie de « secondaires » ou « d'accessoires » aux premiers⁷⁵⁷. Au sein de cette matrice, il semble en réalité accorder une place première à l'objet social qu'il entend aussi comme « cause finale » de la personne morale. En effet, le droit matriciel qu'il dégage est celui à l'obtention de la personnalité juridique par la personne morale lui permettant de « s'accaparer »⁷⁵⁸ ledit objet et il le présente ensuite comme « un authentique « vecteur de la fundamentalité » »⁷⁵⁹, promotion qui, ayant ses propres « justifications », implique pour lui un « droit à libre détermination de l'objet social », un « droit de libre exercice de l'objet social » et un « droit à la défense de l'objet social »⁷⁶⁰ qui correspondrait à la défense de l'intérêt collectif qu'il mentionne⁷⁶¹.

277. Selon M. Pierre Romuald, il serait alors possible de trouver des traces de ce droit - et par là même de cet intérêt personnel - à la défense de l'objet social dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme notamment dans la décision de recevabilité qu'elle rendit le 28 mars 2006 dans l'affaire *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France*⁷⁶² qui a reconnu qu'une association de protection de l'environnement puisse être regardée comme une « victime » d'une

en sous-distinguant au sein des justifications fonctionnelles entre les fonctions « essentialistes » et « existentialistes » et, au sein des justifications « normatives », entre les justifications « formelles » et « substantielles ». Or, ce que l'auteur désigne comme des « justifications normatives formelles » semblent parfois correspondre à des fondements juridiques. Ainsi, s'agissant du droit des personnes morales à l'obtention de la personnalité juridique, il se tourne notamment vers les normes garantissant la liberté d'association (Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 175-176, p. 270-275) et dont l'effectivité n'est véritablement garantie que lorsque leurs bénéficiaires peuvent, en se regroupant, créer une entité dotée d'une personnalité juridique distincte de la leur.

⁷⁵⁶ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 165, p. 251.

⁷⁵⁷ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 166, p. 253.

⁷⁵⁸ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 168, p. 258.

⁷⁵⁹ Plus précisément, l'auteur écrit qu'« au-delà de la composition bigarrée de cette catégorie de sujets de droit, l'évolution de la société dans son ensemble montre leur caractère indispensable. Les personnes morales acquièrent ainsi une légitimité sociale qui exige une considération effective. L'effectivité de la légitimité conquise sur le plan juridique et social entraîne une certaine élévation de leur raison d'être et renforce la nécessité de prendre en compte l'importance des éléments dont la présence est indispensable à une réflexion sur les droits fondamentaux d'une personne morale. Et, en tant qu'élément matriciel justifiant la titularité de droits fondamentaux par une personne morale, l'objet social est « irradié » par la fundamentalité » (Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 201, p. 311).

⁷⁶⁰ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 225-241, p. 338-363.

⁷⁶¹ Ce « droit à la défense de l'objet social » semble d'ailleurs inclus en réalité dans ce que l'auteur appelle le « droit au libre exercice de l'objet social » et qu'il regroupe avec « le droit à la libre détermination de l'objet social » au sein du « droit à la liberté de l'objet social ». En effet, pour illustrer la reconnaissance du libre exercice de l'objet social, M. Pierre Romuald donne l'exemple de l'arrêt *Syndicat national de la police belge* précité dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, en s'appuyant sur l'article 11 de la Convention, la liberté de défendre les intérêts professionnels des membres d'un syndicat (Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 221, p. 333-334), ce qui n'est guère différent pour les syndicats du droit à la défense de l'objet social tel qu'il l'entend.

⁷⁶² CEDH, 2^e section, 28 mars 2006, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox contre la France*, n° 75218/01.

violation des droits garantis par la Convention et, plus précisément, qu'elle puisse alléguer d'une violation des stipulations de l'article 6§1 de la Convention à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir qu'elle avait introduit devant le Conseil d'État français contre un décret autorisant une entreprise à étendre une usine de recyclage de plutonium. Pour admettre l'applicabilité de cette stipulation, la Cour a dû nécessairement admettre que l'association requérante était potentiellement titulaire d'un droit de caractère civil sur lequel l'instance litigieuse pouvait avoir une incidence directe. Or, pour M. Pierre Romuald, ce droit ne pouvait être que celui « à la défense de l'objet social »⁷⁶³ et c'est sa lésion qui aurait permis aux groupements privés de se placer sous l'égide du droit au recours effectif tel que garanti par l'article 6§1 de la CESDHLF. Néanmoins, outre le fait qu'une telle lecture de cette décision en particulier est discutable⁷⁶⁴, cette interprétation pose plusieurs problèmes de manière générale.

278. Dans le cas présent, s'agissant de l'article 6§1 de la CESDHLF, elle conduit à rechercher la condition d'applicabilité du droit au recours effectif dans l'atteinte au droit de défendre l'objet social alors qu'il ne s'agit en réalité que d'une déclinaison de ce dernier dont il faut donc encore chercher les conditions d'exercice. L'auteur n'évoque pas ces conditions d'exercice mais il va plutôt chercher la « justification formelle » de la reconnaissance de ce droit dans l'article 11 de la Convention qui ne semble alors pas être simplement un adjuvant interprétatif pour apprécier l'applicabilité de l'article 6§1 mais bien le fondement de ce droit à la défense de l'objet social et dont il faut dès lors encore trouver les conditions d'applicabilité. Cela ne signifie alors pas que les actions collectives des groupements privés seraient en réalité garanties devant les juridictions nationales par les stipulations de l'article 13 qui concernent l'octroi d'un « recours effectif devant une instance nationale » - qui n'est d'ailleurs pas nécessairement juridictionnelle - en cas d'atteinte aux droits et libertés garantis par les autres stipulations de la Convention, en l'occurrence la liberté de se regrouper à titre permanent, plutôt que par celles l'article 6§1 dans la mesure où les secondes constituent une *lex specialis* par rapport aux premières⁷⁶⁵. Toutefois, cela revient à considérer que toute atteinte à l'intérêt collectif visé par l'objet social du groupement privé serait en réalité une atteinte au droit de défendre cet intérêt collectif, c'est-à-dire *in fine* à la liberté de se regrouper. Or, tel n'est pas le cas. Ainsi, par exemple, un acte polluant ou susceptible de provoquer une pollution n'affecte en rien, même pas indirectement, la possibilité pour les associations de protection de l'environnement de saisir une juridiction afin de défendre l'intérêt collectif auquel il a été porté atteinte. Il ne s'agit pas d'un obstacle juridique ou non-juridique à l'accès au juge pour le groupement. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France*, le droit de l'association de défendre son objet social par la voie d'un recours juridictionnel n'était en aucun cas susceptible d'être mis en cause par l'issue du litige portant sur la légalité du décret attaqué. En revanche, cet intérêt personnel du groupement à la défense de son objet social pourrait être atteint,

⁷⁶³ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 232, p. 351.

⁷⁶⁴ Cf, *Infra*, n° 295.

⁷⁶⁵ CEDH, 2^e section, 27 mai 2003, *Crisan c. Roumanie*, n° 42930/98, § 32.

indirectement, par une restriction des conditions d'exercice de la liberté d'association ou syndicale de ses membres ou, directement, par une restriction de sa capacité d'exercice des droits dont il dispose en tant que personne morale⁷⁶⁶.

279. Ce n'est donc pas l'intérêt personnel de l'association à la défense de son objet social qui, dans l'affaire *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France*, a pu justifier l'applicabilité de l'article 6§1 à la procédure devant le Conseil d'État et lui a permis d'alléguer une violation des droits qu'elle tient de cette stipulation devant la Cour. Plus généralement, ce n'est pas la lésion de cet intérêt à la défense de l'objet social qui est à même de permettre l'applicabilité des normes servant de fondement général à l'action en justice à l'ensemble des actions collectives des groupements privés.

2- Une reconnaissance hésitante de l'intérêt personnel des groupements privés

280. Les juridictions administratives, judiciaires et même européennes semblent s'accorder pour reconnaître un intérêt personnel pour agir aux groupements défendant des intérêts collectifs qui pourraient, dans le silence des décisions, être cet intérêt personnel exclusif du groupement privé à la réalisation de son objet social, entendu comme l'intérêt personnel à ce que soit garantie l'intégrité des intérêts collectifs qu'il vise (a). Cette « symphonie jurisprudentielle » est néanmoins ponctuée de quelques fausses notes émanant de ces mêmes juridictions et le Conseil constitutionnel semble de toute façon décidé à jouer sa propre partition comme le montre le raisonnement qu'il tint dans sa décision n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011 (b).

a- Une reconnaissance implicite d'un intérêt propre des groupements privés par les juridictions nationales et européennes

281. Il est possible de trouver dans les jurisprudences des juridictions administratives et judiciaires des décisions qui reconnaissent implicitement la lésion d'un intérêt personnel - au sens de propre - aux groupements privés lorsqu'ils exercent des actions collectives motivée en partie par la lésion d'un intérêt collectif supra-personnel (i), reconnaissance qui est imposée par des normes supra-législatives telles qu'interprétées, pour certaines d'entre elles, par la Cour européenne des droits de l'Homme (ii).

⁷⁶⁶ Dans cette hypothèse, c'est alors une atteinte indirecte à la liberté d'association ou syndicale de ses membres.

i- La reconnaissance par des juridictions internes

282. La reconnaissance de l'intérêt personnel des groupements au respect de l'intégrité de l'intérêt collectif visé par leur objet social transparaît dans les décisions ayant admis, en dehors de toute habilitation législative spéciale, la recevabilité d'actions de groupements en réparation des préjudices causés par l'atteinte à un intérêt collectif supra-personnel. Certes, comme cela fut précédemment expliqué, le dommage, ou même le préjudice dont le requérant demande la réparation dans le cadre d'une action en responsabilité ne saurait être confondu avec l'intérêt lui donnant qualité pour agir. Toutefois, il n'en reste pas moins que le préjudice, en tant qu'atteinte à un intérêt substantiel, miroite sur l'intérêt processuel du demandeur. Ce faisant, pour le juge, admettre que le requérant a un intérêt personnel à demander la réparation du préjudice qu'il allègue avoir subi revient implicitement, mais nécessairement, à concéder qu'il est probable qu'un intérêt qui lui est propre ait été lésé. Dans le cas des groupements privés réclamant la réparation du préjudice qu'ils ont subi en raison de l'atteinte à l'intérêt collectif visé par leur objet social, la reconnaissance de leur intérêt pour agir en responsabilité revient à concéder qu'ils ont pu subir une atteinte à intérêt substantiel qui leur est personnel, au sens d'exclusif. Ce dernier ne peut alors qu'être cet intérêt personnel au respect de l'intégrité de leur objet social.

283. Il pourrait alors être objecté que les exemples qui seront donnés plus avant ne sont pas très probants, c'est-à-dire que les décisions citées n'ont pas reconnu aux groupements un intérêt personnel pour agir comme le requièrent les normes servant de fondements généraux aux actions en justice, mais qu'elles se sont contentées en réalité d'édicter de nouveaux fondements spéciaux qui les dispensent justement de faire la preuve d'une atteinte plausible à un intérêt personnel. Toutefois, en elle-même, la création d'un fondement spécial par une norme jurisprudentielle ne dit rien de ses conditions d'application. En outre, et surtout, la reconnaissance par les juridictions administratives et judiciaires de l'intérêt pour agir des groupements privés en dehors des habilitations législatives spéciales s'est faite ici en s'appuyant, implicitement ou explicitement, sur les normes servant de fondements généraux aux actions en justice.

284. Ainsi, le Conseil d'État a, dès son arrêt *Loubal* du 25 janvier 1935, admis le principe de la recevabilité d'actions en responsabilité extracontractuelle de groupements privés tendant à obtenir la réparation du préjudice résultant pour eux de l'atteinte à l'intérêt collectif qu'ils défendent, sans avoir besoin de s'appuyer sur des fondements spéciaux⁷⁶⁷, en le rattachant ensuite dans son arrêt d'Assemblée *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin* du 18 janvier 1980⁷⁶⁸, comme le proposait alors la commissaire du gouvernement, à la catégorie du préjudice moral, ce qu'il a confirmé ensuite en matière environnementale dans ses deux arrêts *Association pour la protection des animaux sauvages (ASPAS)* du 30

⁷⁶⁷ CE, Sect., 25 janvier 1935, *Loubal*, n° 27610.

⁷⁶⁸ CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, n° 07636.

mars 2015⁷⁶⁹. Le même mouvement de reconnaissance de la personnalisation de l'atteinte aux intérêts collectifs par les groupements privés ayant pour objet de les défendre peut s'observer dans la jurisprudence de la Cour de cassation mais il fut alors plus tardif. La Cour n'est effectivement que progressivement revenue sur la défiance dont elle avait preuve à l'égard des associations au début du XX^e siècle en refusant d'étendre à leur profit la solution qu'elle avait dégagée pour les organisations syndicales⁷⁷⁰. Elle les confinait, en l'absence de toute habilitation spéciale, au rôle de « ligues de défense » devant les juridictions civiles sans renvoyer, alors que cela aurait été après tout possible, à l'habilitation générale permettant d'agir en justice devant ces juridictions. Dans un premier temps, à partir des années 1970, la chambre criminelle accepta ponctuellement⁷⁷¹, ainsi d'ailleurs que la première chambre civile⁷⁷², de s'émanciper de la tutelle du législateur en admettant l'action d'associations. Le mouvement reprit ensuite à partir des années 2000 aussi bien devant la Chambre criminelle⁷⁷³ que devant les formations civiles qui peuvent connaître d'actions tendant à la réparation de préjudices causés par des faits infractionnels que non infractionnels⁷⁷⁴. La première d'entre elles en profita même pour énoncer, dans ce qui ressemble à un considérant de principe, que « même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social »⁷⁷⁵. Confrontées à l'inapplicabilité des normes offrant un fondement spécial ou même à l'absence de tout fondement spécial, les formations de la Cour de cassation ne se sont pas contentées d'évoquer la loi du 1^{er} juillet 1901, et en l'occurrence son article 1^{er}⁷⁷⁶, mais sont allées chercher les normes donnant les fondements généraux de l'action en justice en cas d'atteinte à un intérêt personnel c'est-à-dire, selon les cas, l'article 31 du code de procédure civile ou l'article 2 du code de procédure pénale. Face à ce qui apparaît comme une ouverture de l'accès au juge pour les associations, le législateur peut alors décider de reprendre la main et, comme ce fut le cas après l'arrêt rendu dans l'affaire dite des « biens mal acquis », décider d'encadrer leur action par l'adoption d'un nouveau fondement spécial⁷⁷⁷. Le Conseil d'État et la Cour de cassation reconnaissent alors que le groupement privé est recevable à demander la réparation d'un préjudice « moral » sans se prononcer néanmoins explicitement sur la substance de ce dernier et, par là-même, sur celle de l'intérêt personnel qui est ainsi susceptible d'être atteint. Tout au plus, il est possible de deviner que, s'agissant de

⁷⁶⁹ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 mars 2015, *ASPAS*, n^os 375144, 374394.

⁷⁷⁰ Crim. 18 octobre 1913, Bull. crim., n^o 449 ; Ch. réunies., 15 juin 1923, *DP*, 1924, 1., p. 153.

⁷⁷¹ Crim. 14 janvier 1971, n^o 70-90.558 ; Crim., 7 février 1984, n^o 82-90.338 ; Crim., 29 avril 1986, n^o 84-93.719.

⁷⁷² Civ. 1, 16 novembre 1982, n^o 81-15.550.

⁷⁷³ Crim., 12 septembre 2006, n^o 05-86.958 ; Crim., 9 novembre 2010, n^o 09-88.272.

⁷⁷⁴ Civ. 2, 27 mai 2004, n^o 02-15.700 ; Civ. 2, 7 décembre 2006, n^o 05-20.297 ; Civ. 3, 26 septembre 2007, n^o 04-20.636 ; Civ. 1, 18 septembre 2008, n^o 06-22.038 ; Civ. 3., 1^{er} juillet 2009, n^o 07-21.954.

⁷⁷⁵ Civ. 1, 18 septembre 2008, n^o 06-22.038.

⁷⁷⁶ Article qui, pour rappel, dispose que « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ».

⁷⁷⁷ C'est à cet effet que l'article 1^{er} de la loi n^o 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a ainsi inséré un article 2-23 dans le code de procédure pénale.

personnes morales, c'est une acception large du préjudice moral qui fut retenue, c'est-à-dire qui englobe, au côté des « atteintes aux sentiments », les atteintes aux « droits de la personnalité »⁷⁷⁸, comme l'atteinte à la réputation ou à la vie privée⁷⁷⁹.

285. Il est aussi possible de lire en creux la reconnaissance de cette lésion d'un intérêt personnel dans des affaires où la recevabilité des actions de groupements privés en réparation de préjudices causés par l'atteinte aux intérêts collectifs qu'ils défendent fut admise sur le fondement d'habilitations spéciales. Certes, la chambre criminelle semble avoir écarté toute idée de lésion de l'intérêt personnel d'une association en cas d'atteinte à l'intérêt collectif qu'elle défend lorsqu'elle a refusé d'admettre, dans son arrêt du 3 mai 2006⁷⁸⁰, qu'une association, en l'occurrence de défense des consommateurs, puisse demander l'indemnisation d'un « préjudice associatif » sur le fondement de l'article 2 du code de procédure pénale distinct du « préjudice collectif » dont elle pouvait demander l'indemnisation sur le fondement d'une habilitation spéciale, motif pris que ledit préjudice « associatif », qui aurait bien été propre à l'association à la différence du préjudice « collectif », ne « trouv[ait] son origine ni dans une atteinte directe ou indirecte à l'intérêt collectif des consommateurs ni dans un dommage personnellement et directement causé à l'association demanderesse ».

286. Néanmoins, elle semble avoir ensuite abandonné cette approche dans son arrêt *Erika* dont l'intérêt ne réside pas seulement dans la reconnaissance d'un « préjudice écologique pur » et dans l'habilitation de certaines associations à en demander la réparation. Il est aussi intéressant de relever qu'elle a maintenu le préjudice moral résultant de l'atteinte aux intérêts collectifs visés par l'objet social parmi les chefs de préjudices dont les associations de protection de l'environnement sont recevables à demander la réparation dans le cadre d'une action civile devant le juge judiciaire pénal. La reconnaissance de ce préjudice véritablement « objectif » - c'est-à-dire qui ne correspond pas à la traduction d'un

⁷⁷⁸ Sur cette redéfinition des contours de la catégorie du préjudice moral, V. notamment, Philippe STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice moral des personnes morales », *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2007, p. 959.

⁷⁷⁹ Indépendamment de la question de savoir s'il est pertinent de reconnaître qu'une personne morale puisse ainsi subir un préjudice moral, et qui sera discutée plus avant, une telle extension de cette catégorie de préjudice par l'intégration des atteintes aux droits de la personnalité, qui peut aussi profiter aux personnes physiques, est en elle-même discutable. Comme le résume M. Mathias Houssin : « Il existe une différence entre les droits de la personnalité et le droit au respect de ce qu'un auteur a appelé le « patrimoine moral », dont la violation caractériserait le préjudice moral. Une observation de la jurisprudence montre que celui-ci vise l'atteinte aux sentiments d'une personne vis-à-vis d'elle-même. Ainsi, lorsqu'une personne est licenciée dans des circonstances qui ne respectent pas son statut de salarié protégé, elle peut être choquée et blessée dans son amour-propre ; lorsqu'une personne subit les conséquences inattendues d'un examen médical, elle craint pour sa personne. Le préjudice moral doit être recherché dans le for intérieur d'une personne, sans que ne compte l'avis des tiers ou leur perception : ce préjudice n'est rien d'autre qu'un préjudice d'état d'âme. Les tiers ne jouent un rôle que dans la formation du dommage, non dans l'intensité du préjudice moral. À l'inverse, les droits de la personnalité ont la particularité de ne pas détacher le préjudice subi par la victime des tiers qui profitent d'un aspect de la vie d'une personne, ce qui n'est pas le cas du préjudice moral. L'exposition d'une image, d'éléments de la vie privée ou de la correspondance d'une personne engendre un préjudice en raison de la révélation aux tiers de données personnelles. La mesure du préjudice moral, donc la mesure du dommage, est à rechercher dans la réaction des tiers, et non de la victime elle-même. Il convient ainsi d'opposer la diminution de la valeur d'une personne aux yeux des tiers à la diminution qu'elle subit dans son propre regard pour appréhender utilement la question du préjudice moral des personnes morales. Dans cette optique, la catégorie des droits de la personnalité ne paraît pas adéquate pour encadrer les préjudices moraux qu'une personne est susceptible de subir ». (Mathias HOUSSIN, « Critique de la reconnaissance du préjudice moral des personnes morales », *D.*, 2018, p. 366).

⁷⁸⁰ Crim., 3 mai 2006, n° 05-85.715.

dommage dans le patrimoine d'une personne identifiée ou même identifiable - qu'est le « préjudice écologique pur » n'a pas entraîné l'éviction d'un préjudice qui fut pourtant parfois présenté comme étant lui-même objectif⁷⁸¹. Par l'arrêt *Erika* et la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, le juge judiciaire puis le législateur n'ont donc pas seulement mis en place une nouvelle action attitrée. Ils ont aussi révélé, en quelque sorte par effet de contraste, le caractère « subjectif » - au sens de personnel - pour les groupements privés du préjudice résultant de l'atteinte à l'intérêt collectif visé par leur objet social. En résumé, ils ont montré que, dans une telle hypothèse, les associations pouvaient bien se prévaloir de l'atteinte à un intérêt personnel pour exercer une action collective. A cet égard, il importe d'ailleurs peu que ce soit au moyen d'actions fondées sur des habilitations spéciales que les associations aient réussi à obtenir l'indemnisation de leur préjudice « moral » dans l'affaire *Erika*⁷⁸². En effet, si ces habilitations dispensent les associations requérantes de faire la preuve de la plausibilité d'une lésion personnelle, elles ne signifient pas pour autant qu'une telle lésion n'existe pas.

287. Toutefois, une partie de la doctrine conteste toujours le caractère personnel du préjudice que peuvent subir les associations de protection de l'environnement. C'est ce que montrent les débats qui eurent lieu au sein du groupe de travail présidé par M. Yves Jégouzo sur la réparation du « préjudice écologique »⁷⁸³ ou encore la présentation que font Mme Mathilde Boutonnet et M. Laurent Neyret des chefs de préjudices moraux dont les associations peuvent, selon eux, demander la réparation en cas d'atteinte à l'environnement ou - ce qui est parfois distingué dans la motivation des décisions et mérite de l'être⁷⁸⁴ - d'atteinte aux intérêts collectifs qu'ils défendent. En effet, constatant que la jurisprudence se joue dans ces hypothèses des traditionnelles catégories de préjudices moraux, ces auteurs tentent de la clarifier en faisant le départ entre les préjudices moraux résultant d'une atteinte aux « intérêts propres » de l'association, ce qui correspondrait alors à une atteinte à son image si elle était en charge de l'espace dégradé ou à son droit de jouissance propre si elle avait vocation, comme une fédération de pêche avec une rivière par exemple, à l'utiliser pour son activité, et ceux résultant d'une atteinte à des intérêts « collectifs ». Ils sous-distinguent alors, d'une part, l'atteinte aux intérêts « altruistes », et, d'autre part, aux intérêts « catégoriels », ce qui renvoie en réalité aux intérêts collectifs « égoïstes » tels que l'entendait M. Louis Boré⁷⁸⁵, et sous distinguent encore au sein des premiers entre l'atteinte aux « activités effectuées »

⁷⁸¹ V. Olivier BERG, « Le dommage objectif », *Liber amicorum : Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 595 ; Camille DREVEAU, « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.*, 2011, p. 249. Il est possible, à tout le moins, de reconnaître que ce préjudice servit de succédané à l'absence de préjudice écologique « pur ». C'est la raison pour laquelle certains auteurs estiment que la consécration du second condamne, à terme, la reconnaissance du premier (V. par exemple, Meryem DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Paris, Institut de recherche juridique de la Sorbonne, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2015, n° 948, p. 604).

⁷⁸² En l'occurrence, il s'agissait, pour la plupart des différentes associations de protection de l'environnement parties à l'affaire, de l'article L. 142-2 du code de l'environnement.

⁷⁸³ Yves JÉGOUZO (dir.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, p. 15.

⁷⁸⁴ Cf. *Infra*, n° 320-327.

⁷⁸⁵ Car, après tout, tout intérêt collectif est un intérêt catégoriel.

par l'association, dont la réparation correspondrait au « prix du découragement », à la déception causée par une atteinte à l'environnement compte tenu des efforts qu'elle a pu déployer pour sa protection, ou « simplement affichées » dans ses statuts, ce qui renvoie alors plutôt à l'atteinte à sa raison d'être. Néanmoins, outre le fait que cette *summa divisio* s'appuyait sur l'arrêt du 3 mai 2006 précité et fut élaborée avant la décision rendue par la Cour de cassation en 2012, elle n'était de toute façon pas vraiment opératoire puisque ce qu'ils décrivent comme des atteintes aux intérêts « propres » de l'association résultent aussi en réalité, indirectement, d'atteintes à des intérêts collectifs et ce qu'ils présentent comme des atteintes à des intérêts collectifs, en particulier les « préjudices inhérents à l'activité affichée par les statuts de l'association », peut très bien s'analyser aussi comme des atteintes à des intérêts propres. Enfin, si la cour d'appel de Paris, puis la Cour de cassation, ont semblé s'aligner sur les conditions d'indemnisation du préjudice moral des associations pour fixer celles de leur « préjudice écologique pur », au point que certains auteurs ont pu douter de la réelle autonomie de ce préjudice « objectif »⁷⁸⁶, cela permet éventuellement de relativiser la portée de cette distinction entre les chef de préjudice mais ne remet pas en cause la reconnaissance du caractère personnel d'une partie d'entre eux pour les associations, bien au contraire cela montrerait son caractère attractif dans le raisonnement du juge.

288. Il n'en reste pas moins que la motivation parfois trop succincte des arrêts ne permet effectivement pas toujours de saisir la substance du préjudice moral, et par là même de l'intérêt personnel lésé, dont les juridictions admettent ainsi la réparation. À ce titre, si l'atteinte aux « activités simplement affichées » pourrait justement correspondre à l'atteinte à cet intérêt personnel au respect de l'intégrité des intérêts collectifs visé par leurs statuts, force est toutefois de constater, à la lecture des quelques décisions dont la motivation est plus développée sur ce point ou des conclusions des rapporteurs publics devant les juridictions administratives, que c'est plutôt l'atteinte aux « activités effectuées » qui semble avoir les faveurs des juridictions judiciaires et administratives, celle-ci offrant l'avantage de permettre d'écarter les groupements qui ne seraient que des coquilles vides.

289. La reconnaissance du caractère personnel de l'intérêt lésé pour l'association n'est en outre pas suffisante pour lui reconnaître qualité pour agir dans le cadre de ces habilitations générales, cette lésion doit aussi être certaine et directe. C'est d'ailleurs l'absence de caractère direct qui fut, avec l'absence de caractère personnel, l'une des principales raisons ayant conduit la Cour de cassation à considérer comme irrecevables des constitutions de partie civile d'associations en l'absence d'habilitation spéciale⁷⁸⁷ et qui explique justement que la plupart de ces habilitations précisent que les groupements qu'elles visent

⁷⁸⁶ Gaëlle RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 154, 2016, n° 537-541, p. 407-412 ; Mathilde BOUTONNET, « L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique », *Environnement*, 2013, Étude 2. ; Aude-Solveig EPSTEIN, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 1236.

⁷⁸⁷ Philippe BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, n° 45-47, p. 69-74.

peuvent saisir le juge en raison d'un fait « portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs »⁷⁸⁸ qu'ils défendent ou à la « mission » qu'ils remplissent⁷⁸⁹, ce qui n'est alors pas la même chose puisque cela renvoie à la mise en œuvre de l'objet social et non aux intérêts qu'il vise. Or, si le caractère indirect de l'atteinte à l'intérêt collectif peut être discuté en présence d'une atteinte à l'intérêt personnel de l'un des membres du groupe⁷⁹⁰, la lésion de l'intérêt personnel du groupement se présente en revanche bien comme une lésion indirecte par rapport à celle de l'intérêt collectif qu'il défend. Ce faisant, le préjudice dont les groupements cherchent à obtenir l'indemnisation dans le cadre de leurs actions collectives, qui ne sont finalement que des actions dont le but prioritaire est de satisfaire leur intérêt personnel, est bien indirect même en présence d'un « préjudice direct » aux intérêts collectifs qu'ils défendent et les juridictions pourraient même l'analyser comme étant indirect au deuxième degré lorsque c'est une atteinte à l'intérêt personnel de l'un des membres du groupe défendu qui révèle celle aux intérêts collectifs visés par les statuts.

ii- La reconnaissance imposée au niveau européen

290. Cette interprétation compréhensive des conditions d'application des fondements généraux peut, comme pour la création de fondements spéciaux, être facilitée, voire commandée par des normes supra-législatives garantissant l'accès à la justice spécialement ou notamment aux groupements défendant des intérêts collectifs.

291. Ainsi, pour admettre la recevabilité de la constitution de partie civile de l'association « *Transparence International France* » dans l'affaire dite des « biens mal acquis », qui permettait en outre de surmonter l'inertie du ministère public⁷⁹¹, la chambre criminelle de la Cour de cassation pouvait s'appuyer sur les stipulations de la convention des Nations unies contre la corruption du 11 décembre 2003 - dite convention de Mérida - qui était évoquée dans le pourvoi de l'association et, notamment, sur son article 35 stipulant que « chaque État Partie prend les mesures nécessaires conformément aux principes de son droit interne, pour donner aux entités ou personnes qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption le droit d'engager une action en justice à l'encontre des responsables dudit préjudice en vue d'obtenir réparation ». Dans le même ordre d'idées, la Convention d'Aarhus n'est sans doute pas

⁷⁸⁸ Art. 2-21 du code de procédure pénale ; art. L. 2132-3 du code du travail ; art. L. 4122-1, L. 4123-1, L. 4231-2, L. 4312-7 du code de la santé publique ; art. L. 480-1, L. 480-4 du code de l'urbanisme ; art. L. 132-1, L. 142-2 du code de l'environnement ; art. L. 621-1 du code de la consommation ; art. L. 452-1 du code monétaire et financier. L'utilisation du terme « *préjudice* » étant alors, au passage, regrettable ici car il conviendrait sans doute mieux de parler d'un « *dommage* » pour décrire cette atteinte à un intérêt (Gaëlle RABUT-BONALDI, *thèse.précit.*, n° 531, p. 400-402).

⁷⁸⁹ Art. 2-5, 2-11 du code de procédure pénale et 48-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁷⁹⁰ Il serait préférable d'y voir une lésion concomitante mais intellectuellement accessoire (Cf. Introduction).

⁷⁹¹ Ainsi, l'association « *Transparence International France* », dont la plainte avec constitution de partie civile fut finalement déclarée recevable par la Chambre criminelle du 9 novembre 2010, avait auparavant déposé plainte auprès du procureur de la République de Paris pour recel de détournement de fonds publics à l'encontre des chefs d'État de l'Angola, du Burkina Faso, du Congo-Brazzaville, de la Guinée Equatoriale et du Gabon ainsi que des membres de leur entourage. Toutefois, comme les associations SHERPA, Survie et la Fédération des Congolais de la Diaspora avant elle, elle s'était heurtée à l'inertie du parquet

non plus étrangère à certaines des décisions ayant admis l'action en responsabilité d'associations de protection de l'environnement en dehors de toute habilitation spéciale même si cela ne ressort pas de leur motivation.

292. La reconnaissance de la qualité pour agir des groupements privés défendant des intérêts collectifs peut être aussi imposée aux juridictions administratives et judiciaires par l'interprétation que les juridictions supranationales retiennent de normes supra-législatives susceptibles de servir de fondement général à l'action justice. Néanmoins, ces quelques décisions ne sont pas nécessairement probantes quant à la reconnaissance de l'intérêt personnel à la réalisation de l'objet social.

293. À cet égard, la décision de recevabilité que la Cour européenne rendit le 28 mars 2006 dans l'affaire *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France* évoquée précédemment n'intéresse pas seulement la question de l'accès à la Cour pour les groupements privés défendant des intérêts collectifs mais aussi celle de leur accès aux juridictions internes puisque la reconnaissance de la qualité de « victime » au sens et pour l'application de l'article 34 de la Convention, conditionnant pour partie la recevabilité des requêtes individuelles, dépendait ici de l'applicabilité des stipulations du §1 de l'article 6 à l'action collective menée par l'association devant les juridictions nationales, c'est-à-dire *in fine* de la probable titularité d'un droit ou d'une obligation à caractère civil au sens et pour application de cet article. Quoique le règlement au fond de l'affaire put sembler décevant, dans la mesure où aucun manquement ne fut finalement constaté⁷⁹², la seule décision admettant la recevabilité de la requête de l'association marquait un tournant dans la jurisprudence de la Cour puisqu'elle rejetait jusqu'à présent les requêtes dans lesquelles les associations de protection de l'environnement, se prévalant d'une atteinte à un intérêt collectif supra-personnel devant les juridictions nationales, alléguaient d'une violation des droits qu'elles tiendraient du premier paragraphe de l'article 6 au motif que la procédure litigieuse conduite devant les juridictions nationales visait à « la défense de l'intérêt général et non à celle de « droits (...) de caractère civil » dont ladite association serait susceptible de se prétendre titulaire en son nom propre »⁷⁹³.

294. Pour autant, le « droit de caractère civil » dont elle finit par admettre l'existence en 2006 n'était alors pas expressément lié à la reconnaissance de l'intérêt personnel de l'association à défendre son objet social. La reconnaissance de ce droit procédait d'une interprétation fonctionnelle des conditions d'application du §1 de l'article 6 que la Cour effectua en mettant en avant le « rôle important que jouent les associations dans la société civile actuelle, notamment en défendant certaines causes devant les juridictions internes - en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement - » mais aussi, et surtout, à l'aune des stipulations de la Convention d'Aarhus et des droits procéduraux qu'elles reconnaissent notamment à ces associations. En effet, même si la Cour admit ainsi de reconnaître, la

⁷⁹² CEDH, 2^e section, 12 juin 2007, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France*, n° 75218/01.

⁷⁹³ CEDH, 3^e section, 29 février 2000, *L'association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et a. c. France*, n° 45053/98, § 20.

qualité de victime à des personnes morales dont l'action est tournée essentiellement vers la protection d'un intérêt général, elle exigeait tout de même qu'elles puissent se prévaloir de la lésion concomitante d'un intérêt individuel, qu'il s'agisse d'un intérêt qui leur soit propre ou des intérêts de leurs membres. Or, c'est bien la Convention d'Aarhus ainsi que les directives prises pour son application, en ce qu'elles reconnaissent un droit à la participation du public concerné auquel appartiennent les associations de protection de l'environnement, qui permirent à la Cour de forcer son interprétation. Ce sont elles qui lui ont fourni une prise pour reconnaître que la « contestation » soulevée par l'association requérante devant les juridictions internes, portant en particulier sur le fait que le décret contesté n'ayant pas été précédé d'une enquête publique, avait un lien suffisant avec un « droit » dont elle pouvait se dire titulaire en tant que personne morale au titre l'article 6§1 de la Convention et, par là même, permis à cette dernière de se présenter comme victime d'une violation de la Convention. Ce faisant, en se contentant d'évoquer ainsi la Convention d'Aarhus et les directives prises pour son application, la Cour n'est pas allée chercher pour ce « droit civil », qui doit être reconnu de manière défendable en droit interne, un fondement qui soit suffisamment général pour permettre de transposer cette solution à l'ensemble des actions collectives conduite par les groupements privés devant les juridictions internes.

295. Néanmoins, la motivation de la décision était sans doute encore un peu ambiguë puisque M. Pierre Romuald y voit, pour sa part, justement une consécration de ce qu'il appelle le « droit à la défense de l'objet social » en relevant que la Cour, après avoir admis que « l'objet de la procédure litigieuse était essentiellement la défense de l'intérêt général », soulignait que « la contestation avait « en sus » un lien suffisant avec un droit qu'elle pouvait revendiquer en tant que personne morale »⁷⁹⁴. En réalité, ce n'est pas la motivation de la décision du 2006 qui jette le trouble puisque la Cour se contentait bien dans ce passage de « déduire » ce lien de ce qu'elle venait d'énoncer à propos des droits tirés de la Convention d'Aarhus et des directives et « en sus » ne signifie pas « en tout état de cause ». C'est plutôt une partie de la jurisprudence postérieure qui est venue brouiller le regard qu'il était possible d'avoir sur cette décision et qui explique sans doute la lecture que l'auteur en fit au soutien de sa propre thèse. En effet, dans son arrêt *Erablière A.S.B.L. c. Belgique* du 24 février 2009⁷⁹⁵, la Cour admit aussi la recevabilité d'une requête émanant d'une association de protection de l'environnement arguant qu'elle avait subi une violation des droits qu'elle tenait de l'article 6§1 en raison du rejet pour irrecevabilité de son recours en annulation d'un permis de construire par le Conseil d'État belge, alors qu'à aucun moment ne furent invoquées la Convention d'Aarhus ou les directive prises pour son application devant les juridictions internes⁷⁹⁶. Tout au plus, pour admettre qu'elle n'était pas en présence d'une *actio popularis* et que l'article 6§1 était applicable, la Cour s'est contentée de relever que la requérante défendait un intérêt collectif supra-

⁷⁹⁴ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 232, p. 351.

⁷⁹⁵ CEDH, 2^e section, 24 février 2009, *Erablière A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07.

⁷⁹⁶ Ce qui, pour la Cour, distinguait d'ailleurs bien cette affaire du précédent *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France* (CEDH, 2^e section, 24 février 2009, *Erablière A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07, § 27).

personnel avait tout de même un « but géographiquement et matériellement limité » et, ce qui est un peu équivoque puisque cela semble faire référence à sa propre jurisprudence sur les « ligues de défense » alors qu'elle n'était pas applicable ici⁷⁹⁷, que « tous les fondateurs et administrateurs de la requérante sont domiciliés dans ces communes, de sorte qu'ils peuvent être considérés comme des riverains directement affectés par le projet d'extension de la déchetterie »⁷⁹⁸. Elle admit donc l'existence d'un droit différent de celui qui avait été consacré dans *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France* et qui, alors inconnu, ne pouvait être que celui de poursuivre la défense de l'objet social pour M. Pierre Romuald⁷⁹⁹, mais pourrait très bien être celui au respect de sa raison d'être, même s'il était alors regrettable sur le plan conceptuel, mais compréhensible après tout sur le plan pratique, que la Cour distinguât ainsi les groupements pouvant prétendre en être titulaire selon le champ de leur objet social.

b- Une reconnaissance à éclipses et contrariée

296. La reconnaissance de l'existence d'un intérêt propre des groupements privés qui permettrait de rattacher leurs actions collectives aux normes servant de fondement général à l'action en justice ne fait pas l'unanimité au sein des juridictions puisque le Conseil constitutionnel semble, pour sa part, l'avoir totalement exclu dans le raisonnement qu'il tint dans sa décision n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011 (ii) et que les autres juridictions ne semblent pas décidées à s'engager dans la voie d'une reconnaissance explicite et systématique (i).

i- Les palinodies des juridictions

297. Cette volonté de nier, ou tout du moins ne pas reconnaître expressément, l'intérêt personnel des groupements privés à réaliser leur objet social se retrouve effectivement parfois dans la jurisprudence de juridictions qui n'ont pourtant pas eu de problème pour l'admettre au moins implicitement.

298. Ainsi, la décision d'irrecevabilité que la Cour européenne rendit ensuite le 13 décembre 2011 dans l'affaire *Greenpeace France c. France*⁸⁰⁰, qui semble constituer le dernier état de la jurisprudence en la matière et que M. Pierre Romuald n'avait pu voir dans sa thèse soutenue en 2010, paraît revenir sur sa reconnaissance. En effet, alors qu'elle était saisie d'une requête d'une association de protection de l'environnement similaire à celles dont elle avait eu à connaître en 2006 et en 2009⁸⁰¹, la Cour a conclu à l'inapplicabilité des stipulations de l'article 6§1 au litige porté devant la juridiction nationale en relevant

⁷⁹⁷ Cf. *Supra*, n° 166. Il ne s'agissait pas d'une association *ad hoc* comme dans l'affaire *Gorraiz Lizarraga* (comp. CEDH, 4^e section, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et a. c. Espagne*, n° 62543/00 §36).

⁷⁹⁸ CEDH, 2^e section, 24 février 2009, *Erablère A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07, § 28.

⁷⁹⁹ Pierre ROMUALD, *thèse précit.*, n° 232, p. 352.

⁸⁰⁰ CEDH, 5^e section, 13 décembre 2011, *Association Greenpeace France c. France*, n° 55243/10.

⁸⁰¹ En l'espèce, l'Association Greenpeace France alléguait une violation des stipulations de l'article 6§1 en raison des conditions dans lesquelles son recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire avait été rejeté par le Conseil d'État français.

que « c'est très essentiellement l'intérêt général de la protection de l'environnement qui en l'espèce constituait l'objet et l'enjeu du litige, plutôt qu'un « droit » de « caractère civil » de l'association requérante », alors même qu'était ici en cause le « droit de chacun de vivre dans un environnement sain » garanti en droit interne par la Charte de l'environnement. Tout en admettant qu'il pouvait s'agir là d'un « droit de caractère civil » pouvant conduire à l'applicabilité de l'article 6§1, elle refusa de considérer que l'association requérante puisse en être elle-même titulaire. Autrement dit, refusant de pécher par anthropomorphisme, elle n'a pas transposé aux « droits substantiels environnementaux », comme le droit à vivre dans un environnement sain, la solution qu'elle avait retenue dans l'arrêt *Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France* s'agissant du droit d'accès au juge, c'est-à-dire de l'un des « droits procéduraux » environnementaux⁸⁰², en se plaçant sous les auspices de la Convention d'Aarhus. Ce qui est plus regrettable, et surprenant, c'est que la Cour ne se soit alors pas appuyée sur ce droit innomé qu'elle avait consacré dans son arrêt *Erablière A.S.B.L. c. Belgique* qui n'est d'ailleurs pas du tout évoqué dans sa décision parmi les précédents⁸⁰³. Il n'est alors pas évident de savoir si la Cour l'a totalement abandonné, si elle a estimé qu'il était en tout état de cause inutile de s'y référer dans la mesure où elle considérait par ailleurs qu'il était douteux que le décret contesté devant la juridiction nationale constituât un « *risque sérieux, précis et imminent* » d'atteinte au droit à un environnement sain et que l'issue de la procédure litigieuse fût ainsi directement déterminante pour lui comme celui pour l'association de défendre son objet social⁸⁰⁴ ou encore si elle a considéré que les conditions d'application de la jurisprudence *Erablière A.S.B.L.* n'étaient pas réunies compte tenu des circonstances de l'espèce et, notamment, du champ d'action particulièrement large d'une association comme Greenpeace France. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'applicabilité de l'article 6§1 aux actions collectives des groupements privés semble dès lors être revenue au point où elle était en 2006, c'est-à-dire ne bénéficier qu'aux associations de protection de l'environnement lorsque les droits procéduraux qu'elles tiennent de la Convention d'Aarhus et des directives européennes sont en cause. Il aurait pourtant été possible pour la Cour de l'étendre à tous les groupements privés agissant devant les juridictions françaises en s'appuyant précisément sur ces différents arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation qui, sans s'appuyer alors sur la CESDHLF, leur reconnurent implicitement dans les contentieux de la responsabilité extracontractuelle un intérêt personnel pour agir en cas d'atteinte à l'intégrité de l'intérêt visé par leur objet. De prime abord, cela peut sembler étrange de chercher ainsi les conditions d'un encadrement supra-législatif de la marge d'appréciation des juridictions internes pour réguler l'accès à leur prétoire dans leur propre jurisprudence. Cela s'entend toutefois dès lors que c'est du côté du droit interne que la Cour doit se tourner pour trouver

⁸⁰² Jean-Pierre MARGUENAUD, « Chronique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (août 2011/juillet 2012) », *RJE*, 2012 p. 700.

⁸⁰³ En revanche, la décision *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox - Collectif Stop Melox et Mox c. France* était quant à elle mentionnée.

⁸⁰⁴ En l'espèce, il s'agissait du décret n° 2008-209 du 3 mars 2008 relatif aux procédures applicables au traitement des combustibles usés et des déchets radioactifs provenant de l'étranger.

la base légale du droit matériel invoqué par le requérant, sa défendabilité, étant entendu que cette base légale peut très bien être jurisprudentielle. Il faudrait néanmoins compter sur l'appréciation souple que la Cour est capable de retenir du critère de la « défendabilité » pour que la jurisprudence des juridictions françaises puisse être regardée comme une base satisfaisante pour lancer ce mouvement dialectique qui permettrait de renforcer à terme leur accès au juge au niveau européen et interne. En effet, la reconnaissance de ce « droit à caractère civil » des groupements privés y demeure implicite et, surtout, à éclipses en ce qui concerne les juridictions pénales.

299. La reconnaissance de l'intérêt personnel pour agir des groupements en réparation du préjudice causé par l'atteinte à l'intérêt collectif qu'ils défendent n'a effectivement pas la même systématisme devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation que devant les juridictions civiles. Ainsi, postérieurement à l'affaire des « biens mal acquis », la Chambre criminelle infirma le raisonnement de juridictions du fond qui avaient cru pouvoir, dans son sillage, s'émanciper aussi de la tutelle législative pour admettre la recevabilité de la constitution de partie civile d'une association avec un objet similaire dans une affaire analogue⁸⁰⁵, ce qui, même si la Cour ne reprend pas la motivation lapidaire et péremptoire qui pouvait être la sienne auparavant⁸⁰⁶, apparaît bien comme un retour en arrière.

300. Toutefois, comme le montre l'avis du Conseil d'État *Association Nonant Environnement* du 29 mai 2015⁸⁰⁷, ce refus de reconnaître explicitement un intérêt personnel aux groupements privés à exercer une action collective dans le cadre de voies de droit individualistes ne se traduit pas nécessairement par une restriction de leur accès au juge. En effet, si le Conseil d'État a alors accepté d'assouplir les conditions de recevabilité de la tierce opposition au profit notamment de certains groupements privés dans le

⁸⁰⁵ Crim., 31 janvier 2018, n° 17-80.659. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a encore récemment fermé la porte à la reconnaissance systématique d'un tel intérêt personnel à agir des groupements lorsqu'elle a examiné la recevabilité de plaintes avec constitution de partie civile du chef de mise en danger de la vie d'autrui en raison de la pollution atmosphérique qui émanait d'associations de protection de l'environnement (Crim., 8 septembre 2020, n° 19-84.995). Pour écarter l'applicabilité des normes servant de fondement général à l'action civile devant le juge pénal, il eût été alors possible de seulement mettre en avant, au travers d'une motivation circonstanciée, l'absence de correspondance entre l'intérêt type qu'une telle infraction vise à protéger et celui qui est visé par les statuts de ces associations, ainsi que l'absence de lien de causalité entre cette infraction, en l'occurrence la mise en danger de la vie d'autrui provoquée par la pollution atmosphérique, et le préjudice personnel qu'une association de protection de l'environnement peut subir en raison de l'atteinte à l'intérêt collectif visé par ses statuts, le second ne découlant pas de la première mais ayant alors seulement le même fait générateur. Toutefois, la Cour de cassation a préféré reprendre la motivation des juges du fond qui eux ont considéré, plus généralement, que « le délit dénoncé de mise en danger d'autrui se définit comme le fait d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement » et qu'« une association personne morale ne peut, par essence, exciper d'une telle exposition au risque d'atteinte à l'intégrité physique ». Ce faisant, les juridictions judiciaires ont préféré insister sur « l'essence » de ces requérants pour considérer, qu'indépendamment même de leur objet social, ils ne sauraient être recevables à se constituer parties civiles du chef d'une telle infraction, du moins en l'absence d'habilitation spéciale. Il serait donc exclu que même une association dont l'objet serait, par exemple, de défendre la santé, l'intégrité physique d'un groupe de personnes pût se voir reconnaître la qualité pour agir devant le juge pénal sur le fondement des articles 2 du code de procédure pénale en cas de mise en danger de la vie de ces personnes.

⁸⁰⁶ Auparavant, avant de conclure à l'irrecevabilité de la constitution de partie civile d'une association, elle pouvait effectivement relever que « le préjudice moral que la juridiction du second degré, dans les motifs rapportés au moyen, considère comme ayant été occasionné à [l'association] n'est pas distinct du préjudice résultant du trouble que les infractions poursuivies causent aux intérêts généraux de la société et dont la réparation est assurée par l'exercice de l'action publique » (Crim., 6 mars 1990, n° 88-81.385).

⁸⁰⁷ CE, avis, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 29 mai 2015, *Association Nonant Environnement*, n° 381560.

contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement, il n'est pas allé jusqu'à leur reconnaître la titularité d'un intérêt personnel exclusif à défendre l'intégrité d'un intérêt collectif.

301. D'inspiration individualiste, les conditions de recevabilité de cette voie de rétractation ne paraissent pas propices à l'exercice d'actions collectives en l'absence de reconnaissance d'un intérêt personnel exclusif du requérant. La mise en œuvre de la tierce opposition contre une décision juridictionnelle par une personne étant restée étrangère à l'instance, c'est-à-dire qui ne fut ni partie ni représentée même éventuellement au travers d'une simple concordance d'intérêts, suppose effectivement que ladite décision ait préjudicié à ses « droits »⁸⁰⁸, y compris dans le contentieux de l'excès de pouvoir, ce qui fit d'ailleurs débat tant cela semblait heurter le dogme objectiviste qui sous-tendait son développement, en particulier pour les décisions annulant des actes impersonnels dont les bénéficiaires ne sont donc pas aisément identifiables⁸⁰⁹. Les contours de cette exigence relative à la lésion d'un « droit » par la décision attaquée, inspirée des anciennes conditions applicables à la tierce opposition devant les juridictions civiles, ne sont alors pas faciles à tracer. La notion de « droit » est effectivement autonome, propre à la tierce opposition⁸¹⁰, et apparaît surtout fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle semble utilisée par le juge comme un « verrou »⁸¹¹ pour lui permettre de s'éloigner, au besoin, de la condition relative à l'atteinte d'un intérêt sur laquelle les actions collectives, conduites ou non par des groupements privés, purent prospérer dans le contentieux de l'excès de pouvoir. À cet égard, si le Conseil d'État refusa d'abandonner formellement cette condition de recevabilité au profit de l'atteinte à un simple intérêt, comme le fit le nouveau code de procédure civile en 1976 pour la tierce opposition devant les juridictions civiles dont il est vrai que les modalités, l'objet et les effets sont quelque peu différents, il put jouer sur le flou entourant la distinction entre le droit et l'intérêt en retenant aussi bien des interprétations larges⁸¹² que restrictives⁸¹³. Or, dans le cadre d'un litige de plein contentieux comme celui des installations classées pour la protection de l'environnement, ce verrou risquait de créer un angle mort pour les membres du « public concerné » dont l'accès au juge est garanti par la Convention d'Aarhus et les dispositions des directives européennes la reprenant lorsque le juge ne se contente pas de se prononcer sur les prescriptions auxquelles est soumis l'exploitant, puisqu'il est toujours possible de les contester devant l'administration ou le juge nonobstant

⁸⁰⁸ Art. R. 832-1 du code de justice administrative.

⁸⁰⁹ Sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État s'agissant de la recevabilité de la tierce opposition dans le contentieux de l'excès de pouvoir jusqu'à l'arrêt *Bossuge*, V. notamment Hélène LEPETIT-COLLIN, *thèse.précit.*, n° 567, p. 510, ndbp n° 184.

⁸¹⁰ V. en ce sens, Jacques RIGAUD, Conclusion sur CE, Ass., 29 octobre 1965, *Dame Béry*, D., 1966, p. 105.

⁸¹¹ Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 7^e édition, 2005, n° 379, p. 457.

⁸¹² CE, Ass., 29 octobre 1965, *Dame Béry*, Rec., Lebon, p. 565.

⁸¹³ Ainsi, le Conseil d'État avait estimé que la qualité de propriétaire des parcelles se trouvant dans un secteur classé par un plan d'occupation des sols n'ouvrait pas la tierce opposition contre le jugement annulant ledit document d'urbanisme, quand bien même celui-ci restreindrait donc son droit à construire (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 16 novembre 2009, *Société les Résidences de Cavalière*, n° 308624). Certes, il ne s'agissait effectivement que d'un droit potentiel qui n'avait pas été encore concrétisé par une décision individuelle. Il n'en reste pas moins que la notion de droit lésé fut bien interprétée de façon plus stricte que dans l'arrêt *Dame Béry* dans lequel le Conseil d'État avait admis que la gardienne précaire d'un enfant, ayant entamé les démarches d'une procédure d'adoption, pût exercer la tierce opposition contre le jugement qui, annulant la décision inscrivant l'enfant comme pupille de l'État, l'obligeait à rendre l'enfant à l'assistance publique.

l'existence de l'autorité de la chose jugée en arguant d'un changement de circonstances, mais qu'il décide, à la suite d'un recours contre un refus d'exploiter, d'accorder lui-même l'autorisation d'exploiter en lieu et place de l'administration.

302. Ainsi, « afin de garantir le caractère effectif du droit au recours des tiers en matière d'environnement et eu égard aux effets sur les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 du code de l'environnement de la décision juridictionnelle délivrant une autorisation d'exploiter », le Conseil d'État a admis d'assouplir les conditions de recevabilité contre les décisions juridictionnelles attribuant des autorisations d'exploiter au profit de certains tiers - et non aux seules associations agréées comme le proposait la rapporteure publique à partir finalement d'une vision un peu étriquée du public concernée⁸¹⁴ - en les alignant sur les conditions de recevabilité des recours par voie d'action dirigés contre les autorisations délivrées par l'administration, ce qui impliqua d'ailleurs d'ajuster aussi les conditions de publicité de la décision. Pour parvenir à un tel résultat, il a ouvert la tierce opposition aux personnes qui « justifieraient d'un intérêt suffisant pour demander l'annulation de la décision administrative d'autorisation » en précisant alors qu'il dérogeait à l'exigence de justifier de la lésion d'un « droit »⁸¹⁵. Ce faisant, le Conseil d'État n'a pas choisi, au moins pour reconnaître la qualité pour agir des associations parmi les membres du public concerné, de s'appuyer sur cet intérêt personnel qu'il leur avait reconnu dans le contentieux de la responsabilité⁸¹⁶ et qui aurait pu servir de matière première au « droit » dont la lésion est exigée par le code de justice administrative. En s'appuyant sur les différentes normes supra-législatives garantissant l'accès au juge des membres du public concerné, il n'a pas non plus choisi - ce qui n'aurait alors pas été probant quant à l'existence d'un tel intérêt personnel - de jouer sur la plasticité de la notion de « droit lésé », ni même de les faire expressément bénéficier d'une présomption de lésion d'un droit. En choisissant ainsi la voie de la dérogation pour conduire son raisonnement, le Conseil d'État semble en réalité soucieux de préserver la distinction entre l'intérêt et le droit. Or, si cette attention est sans doute louable sur le plan conceptuel, elle est un peu tardive en la matière. Surtout, pour ce qui concerne plus spécialement les groupements privés défendant les intérêts collectifs, cela revient à amalgamer l'intérêt personnel pour agir dont ils pourraient se prévaloir contre les autorisations d'exploiter en raison de l'atteinte portée à leur objet social avec cet « intérêt suffisant » dont se prévaudraient les autres membres du public concerné, qui pourrait alors éventuellement correspondre à un intérêt personnel non exclusif et qu'il décide de toute façon de bien distinguer du « droit » dont il retient par conséquent une définition restrictive.

⁸¹⁴ Suzanne Von COESTER, Conclusions inédites sur CE, avis, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 29 mai 2015, *Association Nonant Environnement*, n° 381560.

⁸¹⁵ En effet, c'est par un « toutefois » que le Conseil d'État, après avoir rappelé les conditions de recevabilité imposées par le code de justice administrative pour la tierce opposition, présente celles applicables contre les décisions juridictionnelles attribuant des autorisations d'exploiter des installations classées pour la protection de l'environnement.

⁸¹⁶ Alors même que Mme Suzanne Von Coester évoquait par exemple l'arrêt *Association pour la protection des animaux sauvages* du 30 mars 2015 dans ses conclusions.

ii- Le refus implicite du Conseil constitutionnel

303. Si le Conseil constitutionnel semble reconnaître l'existence de l'intérêt des groupements privés à défendre les intérêts collectifs visés par leur objet social, il ne semble néanmoins pas encore y voir un intérêt qui leur est personnel et mériterait, à ce titre, de bénéficier de la protection offerte par le droit à un recours juridictionnel effectif.

304. C'est ce qu'il est possible de déduire de la motivation de sa décision n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011 et, plus précisément, de l'appréciation qu'il fit de l'atteinte portée au droit au recours des associations par les dispositions de l'article L. 600-1-1 du code l'urbanisme qui, dans sa version issue de l'article 14 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, disposaient qu'« une association n'est recevable à agir contre une décision relative à l'occupation ou l'utilisation des sols que si le dépôt des statuts de l'association en préfecture est intervenu antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire ». Destinée à lutter contre les recours d'associations *ad hoc*, c'est-à-dire d'associations créées pour contester une autorisation d'occupation ou d'utilisation des sols en particulier, qui sont parfois perçues comme des recours abusifs⁸¹⁷, cette disposition posait donc un obstacle juridique à l'accès au juge pour les associations qui n'avaient pas été créées avant l'affichage de la demande du pétitionnaire, mais aussi pour celles qui n'étaient tout simplement pas déclarées à ce moment-là et ne disposaient donc pas de la personnalité morale selon les conditions posées par l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901. En validant ces dispositions, la décision du Conseil constitutionnel paraît dénier aux groupements privés défendant des intérêts collectifs, en l'occurrence aux associations, tout intérêt personnel à la réalisation de leur objet social qui, indépendant de celui de leurs membres, permettrait de leur faire bénéficier en propre des dispositions constitutionnelles protégeant le droit au recours effectif tel qu'il l'a finalisé dans sa jurisprudence, montrant d'ailleurs au passage que la discussion sur le sens de la maxime nul ne plaide par procureur, et par là même la vision qu'elle charrie de l'action des groupements défendant des intérêts collectifs, est effectivement loin d'être anodine. C'est du moins ce qui apparaît en lisant les motifs de la décision à l'aune du commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* rédigé sous la responsabilité du secrétaire général de ce même Conseil.

305. En effet, après avoir considéré que « le législateur a souhaité empêcher les associations, qui se créent aux seules fins de s'opposer aux décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols, de contester celles-ci », qu'il « a [ainsi] entendu limiter le risque d'insécurité juridique » et relevé notamment que la disposition litigieuse « prive les seules associations, dont les statuts sont déposés après l'affichage en mairie d'une demande d'autorisation d'occuper ou d'utiliser les sols, de la possibilité d'exercer un recours contre la décision prise à la suite de cette demande » - ce qui n'est pas tout à fait exact puisqu'il y a aussi les associations qui, existant auparavant, n'ont tout bonnement pas déposé leur

⁸¹⁷ Ce qui est d'ailleurs une présentation qui est elle-même - parfois - aussi abusive (Cf. *Supra*, n° 599).

statut⁸¹⁸ - et « que la restriction ainsi apportée au droit au recours est limitée aux décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols », le Conseil constitutionnel a estimé que « l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme ne porte pas d'atteinte substantielle au droit des associations d'exercer des recours ». Dès lors, en examinant ainsi le moyen au fond, il semble implicitement, mais nécessairement, considérer que les associations sont bien titulaires du droit d'exercer un recours effectif et qu'elles défendent donc bien un intérêt qu'il leur est personnel en exerçant un recours pour excès de pouvoir contre une autorisation d'occupation ou d'utilisation des sols lésant l'intérêt collectif qu'elles se sont données pour objet de protéger. L'intérêt en question serait du reste bien distinct de celui des membres de l'association puisque, s'agissant de ces derniers, le Conseil opère une appréciation différente de l'atteinte en concluant que cette disposition ne porte, cette fois-ci, « aucune atteinte » à leur droit au recours⁸¹⁹. La motivation de la décision est toutefois trompeuse ou, tout du moins, elle ne correspond pas vraiment au raisonnement - par ailleurs un peu contradictoire - dont rend compte le commentaire aux cahiers lorsqu'il explique pourquoi il n'était pas pertinent de raisonner par analogie avec les décisions ayant déclaré non-conformes d'autres limitations au droit à un recours effectif.

306. Ainsi, partant du principe que le « droit d'agir en justice » « n'est qu'une forme du droit de défendre **ses propres intérêts** »⁸²⁰ et que c'est là sa « fonction essentielle », le commentaire présente le « droit reconnu aux associations par la jurisprudence administrative d'agir en justice pour la défense de leur objet » comme une « une dérogation au principe selon lequel « nul ne plaide par procureur » », qu'il associe à l'exigence de justifier de la lésion d'un intérêt personnel avec une formule qui montre bien que la vision strictement patrimoniale de la personnalité juridique, que Michoud évoquait en son temps, n'a pas entièrement disparu puisque ledit intérêt est assimilé à un intérêt patrimonial. En effet, s'appuyant sur la jurisprudence judiciaire et, semble-t-il, plus précisément sur la jurisprudence du juge judiciaire civil sur la recevabilité des actions motivées par une atteinte à des intérêts collectifs supra-personnels⁸²¹, le

⁸¹⁸ Il semble néanmoins que le Conseil constitutionnel confonde la déclaration de l'association, qui lui permet d'acquérir la personnalité juridique et qui n'est pas obligatoire pour exercer un recours pour excès de pouvoir, et sa création. C'est ce que confirme le commentaire aux cahiers qui, explicitant ce passage relatif à la portée de la disposition législative litigieuse, la présente comme ayant « « simplement » pour effet d'interdire aux associations ad hoc, ou associations créées dans le seul but de contester le projet en cours, de saisir le juge administratif d'un recours contre l'autorisation qui peut être délivrée » (Commentaire aux cahiers du conseil constitutionnel, p. 7). La confusion est donc regrettable dans la mesure où elle conduit le Conseil constitutionnel à minorer la portée de la disposition. Cela ressort aussi de sa réponse au grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité entre les associations puisque le Conseil l'écarte en relevant « qu'au regard de l'objet de la loi, les associations qui se créent postérieurement à une demande d'occupation ou d'utilisation des sols ne sont pas dans une situation identique à celle des associations antérieurement créées » (CC, n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry* [Recours des associations], cons n° 8). Pourtant, le dossier documentaire de la décision mentionne bien l'arrêt du Conseil d'État du 31 octobre 1969 *Syndicat de défense des canaux de la Durance et du sieur Blanc* qui réaffirme la possibilité pour les associations non-déclarées d'exercer un recours pour excès de pouvoir.

⁸¹⁹ CC, n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry* [Recours des associations], cons. n° 7.

⁸²⁰ Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry* (Recours des associations), p. 7 (en gras dans le texte).

⁸²¹ Civ. 1, 2 mai 2001, n° 99-10.709, *Bull. I*, n° 114.

commentaire ajoute qu'« en principe, « l'intérêt moral » ne donne pas qualité à agir »⁸²². Les conditions d'applicabilité du droit à un recours effectif semblaient donc faire ici défaut et le grief aurait dû être rejeté comme inopérant. En réalité, le Conseil semble avoir considéré, comme en 1982 lorsqu'il fut saisi de la loi sur les nationalisations⁸²³, les personnes morales que constituent les associations sont transparentes, c'est-à-dire qu'elles ne font pas « écran entre les personnes physiques et les droits fondamentaux qui leur sont applicables »⁸²⁴, en l'occurrence le droit à un recours juridictionnel effectif.

307. C'est effectivement ce qui ressort des « deux situations » que le commentaire expose après avoir ainsi dénié l'intérêt personnel des associations et qui, devant être examinées selon lui, l'ont sûrement été par le Conseil constitutionnel. Pour le commentaire, qui mérite ici d'être intégralement reproduit, « soit l'irrecevabilité résultant de la disposition contestée frappe une association qui a pour unique objet de défendre collectivement les intérêts de ses membres qui avaient eux-mêmes, individuellement, qualité et intérêt à agir (associations dites « ligues de défense ») ; dans ce cas, la restriction du droit d'agir est réelle (puisque les personnes qui ont constitué l'association perdent le confort qu'offre l'organisation collective de leur défense par le biais de l'association) mais elle est limitée (puisque les sociétaires conservent leur droit d'agir individuellement) » ; « soit l'irrecevabilité frappe une association dont les membres n'avaient pas eux-mêmes qualité et intérêt à agir et, dans ce cas, l'atteinte au droit au recours d'une association qui n'existait pas au moment du fait générateur de l'action en justice paraît infime. La protection constitutionnelle du droit au recours protège le droit d'agir pour celui qui existe, non le droit d'exister pour agir ». C'est donc seulement en tant qu'elles affectent la possibilité pour les membres des associations de se servir d'elles pour faciliter l'exercice de leurs actions en justice sur le plan matériel que les dispositions restreignant les conditions dans lesquelles ces personnes morales peuvent saisir le juge sont perçues par le Conseil constitutionnel comme une atteinte au droit à un recours effectif. Transparente, l'association n'est alors perçue que dans sa dimension instrumentale. Dès lors, le considérant de la décision relatif au grief tiré de l'atteinte au droit à un recours effectif devrait être plutôt lu comme faisant la distinction non pas entre des titulaires de ce droit constitutionnellement garanti, mais entre des modalités d'exercice de celui-ci. Ainsi, il n'y aurait pas d'atteinte « substantielle » - ce qui inclurait donc l'atteinte « infime » évoquée pour la seconde situation - à l'exercice collectif du droit au recours effectif et « aucune atteinte » à son exercice individuel. Le résultat obtenu en lisant ainsi la motivation de la décision, en la réécrivant à l'aune du commentaire est assez surprenant puisqu'il laisse entendre que le Conseil constitutionnel, en différenciant ainsi les conditions d'exercice du droit au recours sous couvert

⁸²² *ibid.* La formulation du commentaire est toutefois un peu équivoque puisqu'elle peut renvoyer aussi bien à la nature de l'intérêt dont la lésion motive l'action qu'à celle de l'intérêt qu'il y a, au regard de la décision juridictionnelle sollicitée, à exercer l'action. Dans la seconde hypothèse, il pouvait déjà être objecté que, quoique l'intérêt substantiel lésé soit extrapatrimonial, l'intérêt pour agir peut-être quant à lui d'ordre patrimonial lorsque l'action tend, par exemple, à obtenir une réparation pécuniaire de la lésion causée à un intérêt collectif.

⁸²³ CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. n° 29.

⁸²⁴ Louis FAVOREU, Jérôme TREMEAU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Annabelle PENA, Guy SOFFONI, *op.cit.*, 7^e édition, 2015, n° 189, p. 159.

d'une distinction entre ses titulaires, n'a pas opéré une appréciation globale, qui est pourtant la seule qui vaille, de l'effectivité du droit au recours des « membres » de l'association. En lui-même, le raisonnement ayant mené à cette appréciation morcelée de l'atteinte au droit à un recours effectif pose d'ailleurs plusieurs problèmes.

308. En effet, si l'approche anthropomorphique des personnes morales est discutable lorsqu'elle conduit à leur reconnaître des droits fondamentaux ne concernant *a priori* que les seuls êtres humains, le raisonnement fondé sur leur « transparence », qui ne consiste donc pas seulement à considérer qu'une atteinte aux droits de la personne morale est une atteinte indirecte à ceux des personnes physiques qui la composent et que le Conseil constitutionnel avait pourtant pu abandonner après 1982⁸²⁵, est aussi affectée de « deux défauts majeurs »⁸²⁶. D'une part, il suppose de partir du principe que lesdites personnes morales ne sont composées que de personnes physiques, ce qui ne correspond pas au droit positif et, d'autre part, conduit à nier leur qualité de sujet de droit distinct des personnes pouvant les composer.

309. Le choix de lever ainsi le voile de la personnalité morale s'expliquait sans doute par le fait que le Conseil constitutionnel ne percevait pas ce que pouvait être l'intérêt collectif qui, distinct de celui des membres du groupement, pouvait justifier la reconnaissance d'une personnalité distincte. En effet, dans les deux situations évoquées par le commentaire, l'intérêt visé par l'objet social de l'association est présenté comme étant le même que celui de ses membres, les deux types d'associations évoqués étant finalement des « ligues de défense » dont les membres avaient, dans le premier cas, un intérêt donnant qualité pour agir et ne l'avaient pas dans le second. Or, en occultant ainsi l'intérêt distinct du groupement qui peut pourtant aussi exister dans le cadre des ligues de défense, le raisonnement était là encore captieux puisqu'il revient à considérer, dans le premier cas, que l'adhésion à l'association est nécessairement conditionnée par le partage d'une communauté d'intérêts autre que celui consistant dans la réalisation de l'objet social et, dans le second, que l'intérêt collectif défendu par l'association n'est de toute façon que la simple addition des intérêts individuels de ses membres. Pourtant, et c'est là que la contradiction apparaît, le commentaire semble au départ bien considérer que les associations ont un intérêt distinct lorsqu'il évoque ce fameux intérêt « moral » dont la lésion n'est pas censée leur ouvrir la reconnaissance de la qualité pour agir, c'est-à-dire que, même si cet intérêt n'est selon lui pas « propre » aux associations,

⁸²⁵ CC, n° 83-167 DC du 19 janvier 1984, *Loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit* ; CC, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*. M. Pierre Romuald estime, pour sa part, que la jurisprudence de 1982 - qu'il considère par ailleurs comme discutable - ne fut pas remise en cause par la suite. Néanmoins, il n'évoque alors que la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 dans laquelle le Conseil constitutionnel, saisi alors de la future loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, s'était prononcé notamment sur une possible atteinte au principe d'égalité « entre les sociétés ». L'auteur considère alors que si le Conseil constitutionnel utilise le principe d'égalité sans faire référence aux personnes physiques, cette décision n'est tout de même pas probante puisqu'il « s'intéressait uniquement à la mise en œuvre du principe d'égalité et non à son applicabilité » (Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n° 142, p. 208). Il pourrait toutefois être objecté que cela n'est pas non plus une confirmation explicite de la décision de 1982 et, qu'en tout état de cause, le Conseil constitutionnel s'est implicitement, mais nécessairement, prononcé sur l'applicabilité du principe d'égalité avant de s'intéresser à sa mise en œuvre.

⁸²⁶ Louis FAVOREU, Jérôme TREMEAU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Annabelle PENA, Guy SOFFONI, *op.cit.*, n° 189.

ces dernières ne se contentent tout même pas de défendre l'intérêt de leurs membres comme il le dit ensuite en exposant les deux « situations ». En outre, même en l'absence d'un intérêt propre - ou tout du moins qu'il considère comme tel - pour les membres de l'association dans le cadre de la seconde situation, le commentaire semble finalement considérer qu'il existe bel et bien une atteinte au droit au recours effectif alors que cette absence devrait tout simplement rendre inopérant le grief. En effet, même « infime », l'atteinte au droit au recours qu'il concède alors n'en demeure pas moins une.

310. Enfin, il pourrait être reproché au commentaire de partir aussi du postulat que la possibilité de se prévaloir d'une atteinte à un intérêt « moral » ne serait que l'apanage des associations. Or, tel n'est pas le cas, en particulier dans le cadre du recours pour excès de pouvoir qui était d'ailleurs la voie de droit concernée par la disposition litigieuse. Les membres d'une association, y compris les personnes physiques, peuvent aussi, pour reprendre les termes du commentaire, avoir « eux-mêmes, individuellement, qualité et intérêt à agir » en raison de l'atteinte à un intérêt collectif supra-personnel, à un intérêt qu'il qualifierait alors sûrement de « moral ». À la décharge du commentaire, auquel il pourrait être ainsi reproché de construire son raisonnement sur une vision biaisée, trop étriquée et parcellaire de l'intérêt donnant qualité pour agir, il faut toutefois rappeler que la qualité de « voisin », qui seule en principe permet aux personnes physiques de contester devant le juge de l'excès de pouvoir les autorisations d'occupation et d'utilisation des sols que la disposition litigieuse visait à sécuriser, faisait déjà l'objet d'une interprétation relativement stricte de la part du juge administratif qui fut d'ailleurs par la suite reprise et même encore un peu plus resserrée par l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme⁸²⁷. Ce faisant, pour les propriétaires ou les locataires pouvant s'en prévaloir, l'atteinte aux intérêts substantiels associés à cette qualité tendait à se rapprocher, même encore imparfaitement, d'une atteinte aux conditions de jouissance du bien sur lequel ils disposent d'un titre exclusif, c'est-à-dire, finalement, de la lésion d'un intérêt qui leur est personnel au sens d'exclusif.

§2- L'action collective des groupements privés : agent mutagène des voies de droit et du litige

311. Alors que dans le modèle individualiste de l'action en justice, qui se caractérise par la confusion des qualités de « bénéficiaire » et de « titulaire » des intérêts prétendument lésés, le juge doit en principe se focaliser sur la situation personnelle du requérant, les actions collectives des groupements privés, qu'elles soient motivées par une atteinte à un intérêt collectif supra-personnel ou pluri-personnel, le contraignent à décentrer son regard. Surtout, il apparaît que l'action collective des groupements bouscule l'équilibre entre les dimensions individuelle et collective des litiges. Cela peut se manifester par un détournement de voies de droit individualistes, même lorsqu'elle est seulement motivée par une atteinte à un intérêt collectif, comme le recours en responsabilité extracontractuelle devant les juridictions

⁸²⁷ Cette jurisprudence et l'apport de l'ordonnance seront évoqués plus avant (Cf. *Supra*, n° 402-405).

judiciaires ou administratives (A), mais aussi par l'assouplissement des conditions de recevabilité dans le cadre d'une voie de droit qui, comme le recours pour excès de pouvoir, peuvent pourtant être regardées comme étant déjà holistes (B).

A- La finalité normative d'actions collectives en responsabilité

312. Ce rééquilibrage en faveur de la finalité holiste des voies de droit qu'induit le caractère collectif des actions menées par les groupements privés est patent dans le cadre de l'action en responsabilité extracontractuelle dont la finalité, non exclusive mais prioritaire, est en principe réparatrice comme le suggère le principe de l'indemnisation intégrale qui est censée guider - mais aussi limiter - l'appréciation des juges judiciaires et administratifs. En effet, même si elle conduit, par une réparation pécuniaire ou non, à abonder en premier lieu le patrimoine du groupement requérant, l'action en responsabilité extracontractuelle voit l'importance de sa fonction normative réévaluée lorsqu'elle est utilisée pour réparer un préjudice personnel trouvant sa source dans une atteinte portée à un intérêt collectif. Dans cette hypothèse, la décision juridictionnelle ne permet pas seulement d'obtenir une condamnation de la personne reconnue responsable à compenser le préjudice, mais, à travers elle, que son comportement soit modifié au profit des personnes appartenant au groupe défendu par le requérant, ce qui se traduit, lorsqu'elle est utilisée dans le cadre des rapports de droit public, par une redéfinition des contours de l'intérêt général que les autorités publiques sont autorisées à poursuivre. La modification de la finalité prioritaire de cette voie de droit découle alors tant du caractère collectif de la lésion qui - sans être nécessairement initiale comme le montrent les hypothèses dans lesquelles l'action est motivée par l'atteinte à l'intérêt personnel d'un membre du groupe défendu - constitue la cause de la lésion personnelle dont le groupement privé demande la réparation et lui donne une fonction préventive (2), que du caractère extrapatrimonial du préjudice à réparer qui lui donne aussi une fonction répressive (1).

1- La fonction répressive d'actions collectives en responsabilité

313. Comme cela fut dit précédemment, c'est en admettant que les groupements privés peuvent subir un préjudice moral, dont il n'est pas toujours aisé de cerner la substance, que les juridictions administratives et judiciaires ont admis la recevabilité de leurs actions en responsabilité extracontractuelle en cas d'atteinte aux intérêts collectifs visés par leurs statuts. Or, et cela n'est pas propre aux actions menées par les groupements privés défendant des intérêts collectifs ou même les personnes morales en général, le caractère extrapatrimonial du préjudice moral, quelle que soit son étendue, affecte bien la fonction réparatrice de l'action en responsabilité dans la mesure où il est difficile, si ce n'est impossible, de l'évaluer objectivement afin de fixer sa réparation pécuniaire intégrale. C'est du reste parce qu'elles craignaient un éventuel détournement de l'action en responsabilité qui serait ainsi mise au service de

l'allocation de dommages et intérêts pécuniaires, que les juridictions, en particulier administratives, furent longtemps réticentes à admettre son indemnisation et il apparaît effectivement que le montant des sommes alloués aux groupements privés en réparation d'un tel préjudice par les juridictions administratives et judiciaires n'ont plus rien à voir avec le franc symbolique que le Conseil d'État avait accepté d'accorder dans ses arrêts *Loubal* et *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*⁸²⁸. À cet égard, si la substance du préjudice moral semble parfois insaisissable dans la motivation des décisions, les critères permettant d'évaluer le montant des dommages et intérêts censés le réparer le sont encore plus. La condamnation au paiement de dommages et intérêts peut alors apparaître comme une source d'enrichissement indu pour les groupements qui en sont bénéficiaires, une « allocation de fonctionnement »⁸²⁹ dont rien ne garantit, en l'absence de fléchage des sommes allouées, qu'elle profitera bien aux groupes dont ils revendiquent de défendre les intérêts, c'est d'ailleurs pour éviter ce reproche que le législateur a priorisé la réparation non pécuniaire lorsqu'il a organisé l'action en réparation du préjudice écologique pur.

314. Du point de vue des groupements privés, une telle action présente alors une utilité indéniable pour garantir l'effectivité des normes relatives aux intérêts visés par leur statut. Elle leur permet éventuellement de compenser l'impossibilité dans laquelle elles peuvent se trouver de mettre en mouvement l'action publique devant les juridictions pénales. Par exemple, lorsqu'elle est exercée devant les juridictions administratives, elle permet éventuellement de compenser les limites posées au principe de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public qui ne concerne pas les infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public s'agissant des collectivités territoriales et de leurs groupements et, de manière générale, l'État⁸³⁰. En effet, même si le Conseil d'État semble, pour sa part, réticent à s'appuyer sur les textes habilitant certains groupements à exercer l'action civile pour admettre la recevabilité de leur action en responsabilité, ainsi que le montre l'arrêt *ASPAS* qui laisse de côté l'article L. 142-2 du code de l'environnement⁸³¹, il leur ouvre néanmoins la possibilité d'obtenir la condamnation d'une personne publique, et notamment de l'État, au paiement de dommages et intérêts punitifs alors que l'acte dommageable qui lui est imputable

⁸²⁸ A titre d'exemple, il était de 5 000 euros pour les associations dans l'affaire « *Erika* » devant les juridictions judiciaires.

⁸²⁹ Coralie AMBROISE-CASTEROT, « Rejet de la dissociation du préjudice des associations : préjudice collectif et préjudice associatif », *RSC*, 2007, p. 99.

⁸³⁰ Art. 121-2 du code pénal.

⁸³¹ D'une façon un peu maladroite, et sans qu'il soit effectivement possible de savoir si cela est le fait des requérants l'ayant évoqué dans leur pourvoi en cassation ou du juge lui-même ainsi que le relève M. Benoist Busson dans sa note, le Conseil d'État a évoqué dans cet arrêt l'article L. 141-2 du code de l'environnement qui a trait au contentieux de l'excès de pouvoir et non l'article L. 142-2 dudit code qui a lui pour objet de faciliter l'action civile de certaines associations de protection de l'environnement en présence de certaines infractions et dont les formations civiles de la Cour de cassation ont estimé qu'il était aussi applicable devant les juridictions civile au nom du droit d'option dont disposent les partie civiles. En revanche, son applicabilité aux actions en responsabilité devant les juridictions administratives a pu être admise par certaines juridictions administratives du fond (CAA Lyon, 23 avril 2009, *Association Club mouche saumon Allier et a.*, n° 07LY02634 ; V. aussi les conclusions du commissaire du gouvernement sur le jugement du tribunal administratif de Rennes du 25 octobre 2007 (TA Rennes, 25 octobre 2007, *Association Halte aux marées vertes et a.*, n° 0400630) (Dominique REMY, « La responsabilité de l'État en matière de « marées vertes » », *AJDA*, 2008, p. 470) qui fut, notamment sur la recevabilité du recours en responsabilité des associations, confirmé ensuite en appel (CAA de Nantes, 1^{er} décembre 2009, n° 07NT03775)).

pourrait être qualifié d'infractionnel et rentrer ainsi dans le champ d'application de ces habilitations spéciales.

315. L'action en responsabilité extracontractuelle devant les juridictions administratives peut même apparaître aux groupements comme un moyen plus efficace pour infléchir l'action de la puissance publique, contester sa propre définition de l'intérêt général devant le juge, que ne l'est, par exemple, le recours pour excès de pouvoir ou tout autre recours en annulation. En effet, il n'est pas besoin ici que la lésion motivant leur requête procède d'un acte normateur, elle peut aussi très bien résulter d'une inaction totale de la personne publique devant garantir l'intégrité des intérêts collectifs visés par leurs statuts. Ce faisant, compte tenu de ses effets, l'action en responsabilité de la puissance publique devant les juridictions administratives ne leur permet d'ailleurs pas seulement d'obtenir, avec la réparation de leur « préjudice moral », la cessation d'atteintes aux intérêts qu'ils défendent et que la puissance publique aurait directement causées mais aussi d'atteintes causées directement par des personnes dont la puissance publique est censée réglementer et sanctionner le comportement lorsque c'est son inaction - totale ou partielle - pour garantir l'intégrité de ces intérêts collectifs qui est mise en cause.

316. Une telle utilisation de l'action en responsabilité de la puissance publique, qui conduit finalement à socialiser la réparation pour mettre fin à un dysfonctionnement présenté comme structurel, peut toutefois se heurter à l'exigence du lien de causalité. Ainsi, l'exigence d'un préjudice direct et la théorie de la causalité adéquate, consistant à identifier la cause déterminante du dommage, s'acclimate mal, par exemple, aux contentieux climatiques portés devant les juridictions administratives. En effet, ces derniers se caractérisent par une causalité « fractionnée et plurielle »⁸³² dont l'établissement suppose que le juge maîtrise des données techniques et scientifiques alors que la moindre incertitude peut fragiliser l'un des maillons de la chaîne causale remontant de l'atteinte à l'environnement, qui, lorsqu'elle est diffuse, ne se manifeste précisément qu'au bout d'un certain temps en étant même atténuée par le phénomène de résilience écologique⁸³³, jusqu'à la puissance publique⁸³⁴.

317. Néanmoins, pour les groupements, l'intérêt de telles actions ne réside pas dans le montant des dommages et intérêts qui peuvent leur être alloués pour indemniser leur préjudice « moral » et qui représente d'ailleurs une contrainte budgétaire somme toute relative pour les autorités publiques lorsque c'est l'État qui est mis en cause. Il n'est même pas dans le caractère infamant de la condamnation qu'ils

⁸³² Mireille BACACHE, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *EEL*, n° 8-9, août 2018, dossier 30.

⁸³³ Maryse DEGUERGUE, « Les imperfections de la responsabilité administrative environnementale », *AJDA*, 2018, p. 2077.

⁸³⁴ L'obstacle ne serait toutefois pas dirimant pour Mme Agathe Van Lang (Agathe Van LANG, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État », *RFDA*, 2019, p. 652, V. aussi Maryse DEGUERGUE, *art.précit.*,). Elle rappelle ainsi que les juridictions administratives du fond reconnaissent la responsabilité de la puissance publique dans le contentieux des algues vertes en Bretagne et, surtout, que le Conseil d'État lui-même accepta d'assouplir la théorie de la causalité adéquate pour permettre à la causalité juridique d'accueillir l'incertitude de la causalité scientifique dans le contentieux du vaccin contre l'hépatite B (sur cette question V. Aude ROUYERE, « Variations jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques », *RFDA*, 2008, p. 1011, et, plus généralement, sur les rapports entre causalité scientifique et juridique : Christophe RADE, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *D.*, 2012, p. 112).

peuvent obtenir. En réalité, il faudrait plutôt le chercher dans la possibilité d'obtenir du juge qu'il consacre l'existence d'une obligation pesant sur les autorités publiques au profit des membres du groupe qu'ils défendent et que celles-ci ont ou même auraient pu simplement violée. C'est ce que montre aussi le recours des associations dans l'« affaire du siècle » puisqu'il vise à obtenir la consécration d'une obligation de lutte contre le changement climatique, étendant ainsi le champ de celles que les juridictions administratives ont déjà pu reconnaître et même sanctionner en tant que juges de l'excès de pouvoir⁸³⁵ ou de la responsabilité dans le contentieux de l'amiante⁸³⁶, des algues vertes⁸³⁷ ou de la pollution atmosphérique⁸³⁸. Le recours invite aussi le juge administratif à consacrer un principe général du droit, celui du droit de vivre dans un système climatique soutenable, qui ne permettra pas seulement de consolider l'obligation pesant sur la puissance publique mais pourra aussi servir par la suite dans des contentieux de l'annulation.

318. Sans doute bénéfique en pratique du point de vue de la défense des intérêts collectifs, cet usage de l'action en responsabilité extracontractuelle n'en demeure pas moins discutable sur le plan théorique dans la mesure où il apparaît, d'une part, comme un détournement de cette voie de droit indemnitaire et qu'il bénéficie, d'autre part, d'un dévoiement de catégories juridiques qui sont d'ordinaire employés dans son cadre.

319. En effet, la reconnaissance d'un préjudice moral peut sembler, en elle-même, incongrue pour des personnes morales. D'ailleurs, en dépit de l'unanimité jurisprudentielle autour de la reconnaissance d'un tel préjudice pour groupements privés défendant des intérêts collectifs ou, plus largement, des personnes morales qu'elles aient ou non un but lucratif et qu'elles soient ou non privées⁸³⁹, la doctrine universitaire demeure divisée, une partie d'entre elle craignant qu'une telle poussée anthropomorphique ne conduise à occulter l'aspect purement instrumental de ces sujets de droits⁸⁴⁰. Au reste, le recours à une conception extensive de la catégorie du préjudice moral incluant les préjudices résultant d'atteintes aux droits de la personnalité ne permet d'évacuer le problème, il ne fait que le déplacer puisqu'il interroge alors sur la titularité desdits droits par des personnes morales. Or, l'applicabilité de tels droits, qui furent pour partie

⁸³⁵ CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre France*, n° 394254.

⁸³⁶ CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité*, n° 241152.

⁸³⁷ CAA de Nantes, 5^e chambre, 23 décembre 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, n° 13NT01737.

⁸³⁸ En effet, même s'il n'a pas fait droit aux demandes d'indemnisation de la requérante, qui butèrent précisément sur l'exigence de causalité, le jugement a tout de même relevé que l'État avait commis une faute du fait de l'insuffisance des mesures prises en matière de qualité de l'air pour remédier au dépassement, entre 2012 et 2016, dans la région Ile-de-France, des valeurs limites de concentration de certains gaz polluants (TA de Montreuil, 25 juin 2019, n° 1802202). Auparavant, le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de se prononcer, à la suite d'un recours formé par l'association « *Les Amis de la Terre* », sur le respect des obligations découlant des articles 13 et 23 de la directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe. Faisant alors droit aux conclusions de l'association requérante aux fins d'annulation, il avait même enjoint au Premier ministre et au ministre chargé de l'environnement de prendre « *toutes les mesures nécessaires* » pour atteindre les objectifs fixés au niveau européen en matière de lutte contre la pollution atmosphérique (CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre*, n° 394254, Sur cette décision, V. Alix PERRIN, Meryem DEFFAIRI, « Le juge administratif, garant de la qualité de l'air », *AJDA*, 2018, p. 167).

⁸³⁹ V. s'agissant de l'Etat, Marie GREN, « Le droit à la réputation de l'État », *Tibonien*, 2019, p. 142.

⁸⁴⁰ Véronique WESTER-OUISSSE, « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP G*, n° 10-11, 4 Mars 2009, doctr. 121.

- comme le droit au respect de la vie privée - élevés au rang de droits fondamentaux, c'est-à-dire intégrés à une catégorie dont l'axiome est censé être la protection et la promotion de la dignité de la personne humaine, à des sujets de droits se caractérisant tant par leur « assensibilité »⁸⁴¹ que leur « apudicité »⁸⁴² encourt toujours le même reproche. Finalement, si de telles actions permettent bien d'accroître l'effectivité des normes protégeant les intérêts de catégories composées de personnes humaines, c'est au risque de rabaisser sur le plan symbolique le primat dont sont censés bénéficier les sujets de droits, auxquels elles doivent *in fine* profiter. Une telle redéfinition - qui pourrait même apparaître comme une dénaturation - des contours du préjudice moral peut même constituer un risque notamment pour les groupements privés. En effet, elle ne bénéficie pas uniquement aux groupements privés défendant des intérêts collectifs mais bien à l'ensemble des personnes morales, c'est-à-dire aussi à des personnes morales de droit privé avec un but lucratif ou même des personnes morales de droit public dont l'action peut être contestée par ces mêmes groupements privés, parfois d'ailleurs autrement que par la voie juridictionnelle. C'est la même approche anthropomorphique qui favorise les « poursuites-baillons » de la part de personnes morales désirant protéger leur réputation contre des allégations qu'elles estiment diffamatoires⁸⁴³. C'est elle qui permettrait, par exemple, à une société commerciale de réclamer le paiement de dommages et intérêts exorbitants en réparation du « préjudice moral » qu'elle estime avoir subi en raison de l'atteinte à sa réputation à une association de protection de l'environnement ayant mis en cause publiquement l'impact de ses activités sur l'environnement.

2- La fonction préventive d'actions collectives en responsabilité

320. Dans la mesure où il suffit pour les groupements de faire état de la lésion d'un intérêt collectif pour arguer avoir subi un préjudice et ainsi obtenir de la personne mise en cause qu'elle cesse le comportement qui en est à l'origine au moyen d'une action en responsabilité extracontractuelle, cette dernière se révèle avoir aussi une fonction préventive au moins pour les personnes appartenant au groupe dont ils défendent l'intérêt ou même, lorsque leur action est motivée par une atteinte directe à l'intérêt individuel de l'une d'elle, d'une partie d'entre elles puisqu'elle permet éventuellement d'empêcher la répétition d'une telle lésion pour les personnes se trouvant dans une situation similaire ou identique.

321. Il est toutefois possible d'hésiter sur le point de savoir ce que recouvre exactement l'atteinte aux intérêts collectifs visés par les statuts du groupement lorsque leur raison d'être réside dans le respect de l'intégrité d'une « chose » - pour prendre un terme large et non juridique - qui est physiquement perceptible et qui fait par ailleurs l'objet d'une protection juridique spéciale, comme, par exemple, les monuments historiques ou l'environnement. Faut-il dès lors considérer que l'intérêt personnel des

⁸⁴¹ Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n°119, p. 165.

⁸⁴² Pierre ROMUALD, *thèse.précit.*, n°137, p. 199.

⁸⁴³ V. pour un exemple de poursuites visant un enseignant-chercheur : CA Paris, 28 septembre 2017, n° 17/00854.

groupements n'est atteint que lorsque ladite chose est endommagée ou admettre qu'il puisse l'être simplement en raison de la violation des normes ayant pour finalité première de protéger l'intérêt collectif visé par leurs statuts, c'est-à-dire que cette lésion personnelle résulte de la « transgression de valeurs juridiquement protégées » par les lois et règlements⁸⁴⁴, ce qui correspondrait au « bien juridique protégé » s'agissant des infractions pénales⁸⁴⁵ ? Comme le montre le contentieux en matière d'environnement, l'effet préventif de l'action peut alors être plus ou moins prononcé selon l'acception que le juge retient de l'atteinte à l'intérêt collectif susceptible de léser personnellement les groupements qui le visent dans leur statut. Tandis que dans la première hypothèse, l'action en responsabilité des associations ne permet de prévenir que les préjudices individuels susceptibles de résulter de dommages corporels ou matériels résultant eux-mêmes du dommage environnemental, elle permet éventuellement, dans la seconde, d'intervenir encore plus en amont en prévenant aussi la réalisation du dommage environnemental.

322. C'est à cette seconde acception, qui est donc la plus large, de l'atteinte à l'intérêt collectif susceptible de provoquer un préjudice moral pour les associations de protection de l'environnement que la Cour de cassation semble s'être, pour sa part, ralliée. En effet, pour admettre la recevabilité des actions en responsabilité exercées sur le fondement de l'article L. 142-2 du code de l'environnement, elle semble faire abstraction de la persistance et même l'existence d'un dommage environnemental pour s'en tenir simplement à la commission d'une infraction aux règles ayant pour finalité de protéger l'environnement. Ainsi, dans le contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement, elle n'a pas seulement admis l'existence d'un préjudice indemnisable lorsque l'infraction avait cessé⁸⁴⁶, mais aussi en raison du « seule risque de pollution majeure pour l'environnement [que cette infraction] a fait courir »⁸⁴⁷.

323. En revanche, alors que le juge de l'excès de pouvoir s'en tient aussi à la violation des normes garantissant les intérêts collectifs pour admettre l'atteinte à l'intérêt collectif, c'est l'acception la plus restrictive que le Conseil d'État semble avoir quant à lui retenue dans ses arrêts *ASPAS* du 30 mars 2015 lorsqu'il avait eu à sa prononcer, en tant que juge de cassation, sur le rejet au fond des conclusions aux

⁸⁴⁴ Patrice JOURDAIN, « Action associative : la Cour de cassation retient une conception large du préjudice moral des associations de défense de l'environnement », *RTD Civ.*, 2011, p. 765.

⁸⁴⁵ Sur cette notion, d'origine germanique, et son utilisation dans la théorie de l'infraction en France, V. Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Paris, LGDJ, coll. Fondation Varenne, n°39, 2011, 553 p., et, sur son rapprochement avec les notions de « valeurs » et d'« intérêts » protégées telles qu'employées par la doctrine française, V. Claire BALLOT-SQUIRAWSKI, *Les éléments constitutifs. Essai sur les composantes de l'infraction*, Thèse. dactyl., Université Paris-Sud Saclay, 2017, n° 181, p. 172-174.

⁸⁴⁶ Civ. 3, 9 juin 2010, n° 09-11.738.

⁸⁴⁷ Dans son arrêt du 8 juin 2011, la troisième chambre civile de la Cour de cassation n'a ainsi pas infirmé le raisonnement de la cour d'appel qui avait déduit que « le non-respect des dispositions de l'arrêté préfectoral pris au titre de la réglementation des installations classées, en ce qu'il était de nature à créer un risque de pollution majeure pour l'environnement, et notamment pour les eaux et les sols, portait atteinte aux intérêts collectifs que les associations avaient pour objet de défendre, et que cette seule atteinte suffisait à caractériser le préjudice moral indirect de ces dernières que les dispositions spécifiques de l'article L. 142-2 du code de l'environnement permettent de réparer » (Civ. 3, 8 juin 2011, n° 10-15.500). Ce faisant, il faut relativiser l'inconvénient que peut sembler représenter l'irrecevabilité de principe que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment opposée à des associations de protections de l'environnement – et d'ailleurs seulement en l'espèce à des associations non-agrées – qui désiraient se constituer parties civiles du chef de mise en danger de la vie d'autrui en raison de la pollution atmosphérique (Crim., 8 septembre 2020, n° 19-84.995). Par leurs actions collectives, de telles associations peuvent parfaitement prévenir la lésion des intérêts personnels des personnes physiques devant les juridictions judiciaires.

fins d'indemnisation que l'association avait dirigé contre l'État du fait de l'édiction par les préfets de la Haute-Marne⁸⁴⁸ et de l'Aube⁸⁴⁹ d'arrêtés fixant la liste des animaux classés nuisibles et les conditions de leur destruction dont l'association avait obtenu l'annulation partielle devant le juge de l'excès de pouvoir. En effet, s'il admet sur le principe l'existence d'un préjudice moral pour les associations de protection de l'environnement, il paraît néanmoins exiger qu'elles puissent faire la preuve d'un dommage à l'environnement et, qui plus est, d'un dommage notable à celui-ci. Ne suivant pas son rapporteur public qui avait conclu à l'annulation des jugements attaqués en estimant entre autres qu'ils avaient fait une mauvaise application de la jurisprudence *Carliez* encadrant les conditions d'engagement de la responsabilité pour faute de la puissance publique du fait d'une décision administrative illégale⁸⁵⁰, le Conseil d'État a ainsi approuvé le raisonnement des juridictions du fond estimant que l'association n'établissait pas, « par la circonstance qu'un certain nombre » des animaux ayant été illégalement intégrés dans la liste des nuisibles par les arrêtés préfectoraux annulés « auraient » été détruits sur leur fondement, l'existence d'un préjudice moral résultant de l'atteinte portée aux intérêts qu'elle s'est donnée pour mission de défendre. L'utilisation du conditionnel passé dans ce considérant, dont la rédaction est similaire dans les deux arrêts, indique alors bien que pour le juge de cassation la preuve de la destruction d'un certain nombre de ces animaux n'était pas indifférente pour reconnaître l'existence d'un préjudice moral à l'association mais bien, au contraire, une condition nécessaire. Ce faisant, comme le résume M. Benoist Busson, « l'édiction d'une décision administrative illégale ne peut [donc] à elle seule constituer une atteinte aux intérêts collectifs d'une association, quand bien même l'objet de la décision entrerait spécialement en conflit avec son objet social »⁸⁵¹, ce qui n'est pas le cas dans le contentieux de l'excès de pouvoir, l'édiction d'un acte impersonnel, par exemple, pouvant suffire pour considérer qu'il y a une atteinte à l'intérêt collectif défendu par le groupement et conduit bien, pour ce qui concerne le contentieux indemnitaire en matière d'environnement, à diminuer l'effet préventif que peuvent avoir les actions des associations.

324. En outre, M. Benoist Busson estime, dans sa note sous l'un de ces arrêts, que cette exigence d'une atteinte effective à l'environnement contribue à obscurcir la frontière entre préjudice moral des associations et préjudice écologique pur tel qu'il avait été alors consacré par la Cour de cassation⁸⁵². Néanmoins, même s'il est vrai que ces conclusions n'ont pas été suivies, le rapporteur public avait bien pris soin d'exposer devant la juridiction la distinction entre ces deux types de préjudice. En outre, dès lors que le dommage, entendu comme l'atteinte objectivement identifiable, et le préjudice, entendu comme la traduction juridique du dommage, sont distingués, une telle exigence est parfaitement compréhensible puisqu'elle signifie simplement qu'un même dommage peut être la source de divers

⁸⁴⁸ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 mars 2015, *ASPAS*, n° 375144.

⁸⁴⁹ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 mars 2015, *ASPAS*, n° 374394.

⁸⁵⁰ CE, Sect., 19 juin 1981, *Carliez*, n° 20619.

⁸⁵¹ Benoist BUSSON, « L'action en réparation du préjudice moral subi par les associations de protection de l'environnement », *AJDA*, 2015, p.174.

⁸⁵² *Ibid.*

préjudices à savoir le préjudice écologique pur et le préjudice moral des associations, qui serait en plus en réalité un préjudice par ricochet. En revanche, cet arrêt pose un autre problème que M. Benoist Busson ne relève pas - ou du moins pas explicitement - dans son commentaire qui est l'adoption par le Conseil d'État d'une conception plus restrictive du caractère personnel du préjudice par le truchement du caractère certain de l'atteinte à l'environnement dont il est censé résulter.

325. Néanmoins, il convient peut-être de relativiser la portée de cette décision du Conseil d'État au regard des circonstances de l'espèce et rien ne dit qu'il ne pourrait pas amender sa position en admettant l'existence d'un préjudice moral pour les associations en l'absence du constat d'une atteinte notable à l'environnement. En effet, il n'était pas ici établi que les décisions illégales avaient bien, pendant la période durant laquelle elles furent en vigueur, causé un dommage notable pour les intérêts défendus par l'association et, ayant été annulées, elles n'étaient de toute façon plus susceptibles d'en causer. Il n'y avait donc plus aucun risque pour l'environnement. Ce faisant, il ne faut peut-être pas exclure que dans l'hypothèse où l'acte litigieux, n'ayant pas fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, serait toujours en vigueur et qu'un risque certain persisterait alors pour l'environnement, le juge administratif admette que les associations de protection de l'environnement puissent tout de même subir un préjudice moral. D'ailleurs, s'agissant des « atteintes à la mission de protection de l'environnement » des associations, la proposition de nomenclature des préjudices environnementaux évoquait « un dommage » ou « une menace imminente de dommage environnemental »⁸⁵³. Ce faisant, sans rejoindre totalement la jurisprudence de la Cour de cassation, le Conseil d'État sauvegarderait une partie de l'effet préventif de leur action pour l'environnement. Toutefois, dans la mesure où dans une telle hypothèse, l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir accompagné d'un référé-suspension demeure ouvert, le Conseil d'État ayant effectivement estimé qu'un risque de « préjudice écologique » était au nombre des éléments susceptibles de caractériser l'urgence au sens et pour application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative⁸⁵⁴, le juge serait peut-être moins enclin à assouplir son interprétation de l'atteinte à l'intérêt collectif en matière environnemental.

326. Il fut ainsi possible de relever la fonction punitive et la fonction préventive que revêt l'action en responsabilité extracontractuelle lorsqu'elle est exercée par un groupement défendant un intérêt collectif, ce qui lui donne une finalité holiste et conduit à faire finalement disparaître la dimension individuelle du litige qui est pourtant en principe prégnante dans ce type de contentieux. Il pourrait alors être objecté que les seuls exemples qui furent donnés ici sont des cas dans lesquels les groupements ont exercé des actions collectives motivées par une atteinte à un intérêt collectif supra-personnel et que les actions collectives qui, comme celles des « ligues de défense », sont motivées par une atteinte à un intérêt collectif pluri-personnel et tendent alors à satisfaire, au moins indirectement, cet intérêt, n'ont, quant à elles, pas

⁸⁵³ Laurent NEYRET, Gilles. J. MARTIN (dir), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2012, p. 19.

⁸⁵⁴ CE, 7^e chambre, 31 mars 2017, *Société Commercialisation décharge et travaux publics*, n° 403297.

un tel effet mutagène. En réalité, celui-ci est seulement plus limité. En effet, si dans une telle hypothèse, les fonctions curative et indemnificatrice de l'action en responsabilité semblent effectivement préservées, et plus généralement sa finalité individualiste, force est de constater qu'il n'en va pas de même de l'équilibre entre les dimensions individuelle et collective du litige. De telles actions collectives, qui n'épousent pas non plus parfaitement le modèle individualiste de l'action en justice, permettent de mettre la focale sur le fait générateur unique de ces multiples préjudices, sur le manquement qui a conduit à léser les intérêts d'un groupe entier de personnes et, ce faisant, de stigmatiser un dysfonctionnement éventuellement structurel, ce qui relève alors plutôt de la dimension « objective » du litige. Comme dans le cadre des actions collectives en responsabilité motivées par une atteinte à un intérêt collectif supra-personnel, la dimension collective se trouve ainsi valorisée.

327. Il faut donc parfois voir au-delà de la finalité prioritaire des voies de droit empruntées pour appréhender l'effet mutagène de l'action collective et c'est plutôt du côté de l'équilibre entre les dimensions individuelles et collectives du litige qu'il est possible d'observer un effet commun aux différentes formes qu'elle revêt. C'est ce que tend à confirmer l'étude de l'action collective dans le contentieux de l'excès de pouvoir devant les juridictions administratives. En effet, si elle ne détourne alors pas cette voie de droit de sa finalité prioritaire, elle peut en revanche conduire à valoriser cette espèce de dimension collective du litige qui est la dimension jurisprudentielle.

B- La dimension jurisprudentielle du litige révélée par des actions collectives des groupements privés

328. La finalité holiste du recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire la volonté du jurislatureur de faire du requérant le défenseur de la totalité sociale - ou au moins d'un groupe - plutôt que de sa seule situation personnelle, est particulièrement prégnante lorsqu'il est dirigé contre un acte réglementaire, du moins lorsqu'il correspond à un acte impersonnel, dans la mesure où la lésion motivant sa requête dépasse la plupart du temps cette situation personnelle tout comme le bénéfice qu'il est possible de tirer de la décision l'annulant, mais elle n'est pas non exclue dans le cadre de recours dirigés contre des actes personnels lorsqu'ils sont introduits par des tiers. Du côté du litige que le juge doit trancher, cela se traduit alors par une valorisation de sa dimension collective - qui correspond à la dimension objective et jurisprudentielle - au détriment de sa dimension personnelle qui est minorée voire occultée. L'exigence d'un intérêt personnel pour agir, même désubstantialisé pour être entendu largement, est alors le signe d'une tension, de la recherche d'un équilibre entre, d'un côté, cette volonté d'assurer le primat de la totalité sociale atteinte par l'acte litigieux et, de l'autre, celle de réguler les flux contentieux et d'assurer la stabilité des situations juridiques. L'examen de la jurisprudence montre alors que le juge administratif accepte parfois de faire pencher la balance un peu plus du côté de la dimension collective du litige lorsque le recours est introduit par des groupements défendant des intérêts collectifs, y compris lorsque celui-ci emprunte une voie de droit avec une finalité holiste. Pourtant, ce n'est pas la nature du requérant mais

bien celle de l'intérêt qu'il défend qui permet de donner une teinte holiste ou individualiste au recours et de valoriser la dimension collective du litige, y compris sa dimension jurisprudentielle. À cet égard, l'assouplissement - relativement récent - des conditions d'appréciation de l'intérêt pour agir des unions de groupements ou des groupements ayant un champ d'action national dans le contentieux de l'excès de pouvoir contre des décisions administratives dont le champ d'application matériel et territorial est plus réduit que celui de leur objet social (1) montre bien que c'est le caractère collectif de l'intérêt dont la lésion directe ou indirecte motive la requête qui élargit l'horizon du juge en l'invitant, par exemple, à ne pas considérer simplement l'effet substantiel de sa propre décision d'annulation (2). L'aspect collectif du litige s'en trouve alors renforcé puisque le juge est plus enclin à reconnaître sa dimension jurisprudentielle.

- 1- L'évolution de la jurisprudence sur l'intérêt pour agir des unions de groupements et des associations nationales

329. L'action des groupements défendant des intérêts collectifs semble avoir parfois pour effet de valoriser la dimension collective des litiges y compris lorsqu'ils font usage de voies de droit qui sont pourtant déjà holistes. C'est ce que tendent à montrer les infléchissements récents de la jurisprudence du Conseil d'État sur l'intérêt pour agir des unions syndicales contre des actes n'affectant directement que les intérêts d'une partie des personnels que les organisations affiliées ont pour objet de défendre ou encore des groupements nationaux contre des actes édictés par des autorités locales.

330. S'agissant des regroupements - pour prendre un terme générique englobant à la fois l'union et la fédération - de syndicats, le juge de l'excès de pouvoir n'admettait en principe leur intérêt pour agir que contre les actes lésant les intérêts de l'ensemble des personnels que ces différents groupements affiliés ont pour objet de défendre⁸⁵⁵. Lorsque l'effet de l'acte litigieux était plus réduit, qu'il n'affectait qu'une partie de ce groupe, leur recours était en revanche subsidiarisé puisque leur intérêt pour agir n'était reconnu qu'en l'absence de syndicat défendant la catégorie de personnels directement concernés⁸⁵⁶ ou si l'acte en question lésait les intérêts de plusieurs - ce qui n'est pas un critère évident à apprécier⁸⁵⁷ - de ces catégories et que plusieurs syndicats affiliés auraient ainsi eu un intérêt pour agir plus direct contre eux⁸⁵⁸. En suspendant ainsi la reconnaissance de l'intérêt pour agir du regroupement à l'existence ou non d'un groupement affilié qui serait plus directement concerné, la jurisprudence du Conseil d'État rendait ainsi aléatoire l'appréciation de la recevabilité, la faisant dépendre finalement de la diligence du défendeur, et

⁸⁵⁵ CE, 11 juin 1958, *Chambre syndicales des agents généraux d'assurance de la Marne*, Rec. Lebon, p. 334.

⁸⁵⁶ CE, 12 janvier 1966, *Chambre syndicale des cochers et voitures de place de la région parisienne*, Rec. Lebon, p. 28.

⁸⁵⁷ René Chapus estimait ainsi que le Conseil d'État n'exigeait pas la majorité mais tout de même un « certain nombre », ce qui correspond donc à une proportion dont l'appréciation peut être éminemment subjective (René CHAPUS, *op.cit.*, n° 588, p. 494). Quant à M. Jean Lessi, en résumant l'état de la jurisprudence dans ses conclusions sur l'arrêt *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière et autre*, il estimait que cette exception est applicable dès lors que seulement deux syndicats sont plus directement concernés par l'acte.

⁸⁵⁸ CE, Ass., 21 juillet 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*, Rec. Lebon, p. 584.

divergeait de celle de la Cour de cassation qui est, et cela peut sembler surprenant lorsqu'il est question du recours pour excès de pouvoir, plus libérale. En effet, elle ne suit pas un principe de subsidiarité mais, pour reprendre l'image de M. Jean Lessi dans ses conclusions sur l'arrêt *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière* du 24 mai 2017⁸⁵⁹, de capillarité entre les organisations syndicales-filles et l'union-mère qui, prenant appui sur les dispositions du code du travail alignant les prérogatives des unions sur celles des syndicats y appartenant, permet de reconnaître l'intérêt pour agir de la seconde dès lors que celui des premières existe⁸⁶⁰. Dès lors, sans aller jusqu'à s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de cassation, le Conseil d'État a, à partir de son arrêt d'Assemblée du 12 décembre 2003 *USPAC-CGT-Syndicat CGT des personnels des affaires culturelles*⁸⁶¹, tempéré - voire abandonné pour certains commentateurs⁸⁶² - sa jurisprudence en la matière en admettant qu'une union de syndicats puisse, « *en égard à [sa] portée* », contester par la voie du recours pour excès de pouvoirs une décision qualifiée de réglementaire affectant directement les intérêts défendus par une seule des organisations qu'elle regroupe, solution qu'il étendit ensuite aux décisions individuelles dans son arrêt *Commune de Loos* du 2 juin 2010⁸⁶³.

331. C'est peu ou prou le même raisonnement qu'il reprit ensuite dans son arrêt du 4 novembre 2015 *Ligue française des droits de l'Homme c. Commune de la Madeleine*⁸⁶⁴ au sujet de l'intérêt pour agir des associations nationales contre les décisions prises par des autorités locales, plus précisément municipales. En l'espèce, la Ligue des française des droits de l'homme - association dont le champ d'action est national - avait introduit un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté par lequel le maire de la commune de la Madeleine avait interdit la fouille des poubelles, conteneurs et lieux de regroupement de déchets sur le territoire de la commune, c'est-à-dire contre une mesure de police dont l'objet n'avait qu'une portée locale. En principe, l'exigence d'adéquation territoriale qui encadre les conditions d'appréciation de

⁸⁵⁹ Jean LESSI, Conclusions inédites sur CE, 1^{ère} et 6^e chambres réunies, 24 mai 2017, *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière et a.*, n^{os} 392661, 392676, 392678.

⁸⁶⁰ Soc., 18 décembre 2000, n^o 98-17.739.

⁸⁶¹ CE, Ass., 12 décembre 2003, *USPAC-CGT-Syndicat CGT des personnels des affaires culturelles*, n^{os} 239507 245195.

⁸⁶² Comme le montre M. Jean Lessi dans ses conclusions sur l'arrêt *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière et autre*, une telle distinction entre l'ajout d'une nouvelle exception ou l'abandon pur et simple du principe consistant à vérifier l'existence d'un syndicat plus directement concerné est loin d'être anodine. Dans le premier cas, l'appréciation de l'intérêt pour agir de l'union est effectivement perçue comme une exception et sera plus stricte s'il existe bien une entité plus directement concernée. Pour sa part, il se ralliait à la seconde option qui avait le mérite, comme le souhaitait alors l'Assemblée du contentieux, d'alléger l'office du juge en ne lui imposant pas de rechercher l'existence de ces entités. C'est aussi ce que laisse entendre le titrage de l'arrêt aux recueils Lebon puisqu'il le présente comme l'abandon de jurisprudence faisant application de l'ancien principe (CE, 16 février 1940, *Union nationale des syndicats des grandes pharmacies de France et des colonies*, Rec. Lebon, p. 67) et n'invite pas simplement à la comparaison avec ces arrêts. En revanche, du côté de la doctrine universitaire, c'est plutôt la thèse du tempérament qui semble l'avoir emporté. René Chapus ne présentait ainsi cette jurisprudence que comme une nouvelle exception au principe (René CHAPUS, *op.cit.*, n^o 588, p. 494) et M. Paul Cassia, dans son commentaire de l'arrêt CE, Ass., 12 décembre 2003, *USPAC-CGT-Syndicat CGT des personnels des affaires culturelles* dans *Les grands arrêts du contentieux administratif*, écrit que l'Assemblée du contentieux l'a abandonné « partiellement » (Paul CASSIA, « CE, Ass., 12 décembre 2003, *USPAC-CGT-Syndicat CGT des personnels des affaires culturelles* », in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, col. Grands arrêts, 7^e édition, 2020, §7, p. 714), tout en reconnaissant ensuite que « l'étendue du revirement de jurisprudence ainsi opéré reste toutefois incertaine » mais en visant alors ses conditions d'application (Paul CASSIA, *op.cit.*, §8, p. 700).

⁸⁶³ CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 2 juin 2010, *Commune de Loos*, n^o309446.

⁸⁶⁴ CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 4 novembre 2015, *Ligue Française pour la Défense des Droits de l'Homme et du Citoyen c. Commune de la Madeleine*, n^o 375178.

l'intérêt pour agir devait conduire à rejeter sa requête comme irrecevable⁸⁶⁵. Or, le Conseil d'État a admis la recevabilité de leurs requêtes « lorsque la décision soulève, en raison de ses implications, notamment dans le domaine des libertés publiques, des questions qui, par leur nature et leur objet, excèdent les seules circonstances locales ». Cette jurisprudence neutralisant l'exigence d'adéquation territoriale fut ensuite ponctuellement reprise par le Conseil d'État lorsqu'il eut à connaître d'autres recours pour excès de pouvoir d'associations nationales dirigés contre des actes édictés par des autorités locales⁸⁶⁶, mais aussi, même si cela demeurait alors implicite, en dehors du contentieux de l'excès de pouvoir pour des référés liberté⁸⁶⁷. Le Conseil d'État s'est toutefois limité pour l'instant aux recours dirigés contre les actes réglementaires pris par des maires dans le cadre de leur pouvoir de police, ainsi que l'avait proposé la rapporteure publique dans ses conclusions en 2015 en invoquant la « logique propre » qui gouvernerait le contentieux des actes individuels⁸⁶⁸, ce qui est somme toute étrange puisque la jurisprudence *USPAC-CGT* fut bien étendue aux actes individuels et, surtout, que le Conseil d'État avait déjà admis des assouplissements des conditions d'adéquation géographique au regard des effets, avérés ou attendus, d'une décision individuelle. Ainsi, dans son arrêt *Association de défense, de protection et de valorisation du patrimoine naturel et historique de Corse* du 10 février 1997, il avait estimé, sans le soutien alors de dispositions législatives, qu'une association de protection de l'environnement avec un champ d'action régional justifiait d'un intérêt suffisant lui donnant qualité pour contester la légalité d'un arrêté accordant un permis de construire, dès lors que le terrain d'assiette de la construction projetée se situait à l'intérieur d'une zone d'intérêt écologique, faunistique et floristique⁸⁶⁹.

332. Dans les deux hypothèses évoquées précédemment, le recours introduit contre ces actes aurait bien eu pour finalité prioritaire de faire prévaloir la totalité sociale s'il avait été introduit par un syndicat affilié ou une association locale et la dimension collective du litige aurait aussi été prééminente. Néanmoins, l'admission de l'intérêt pour agir des unions et des associations nationales montre que le juge a tenu compte des intérêts d'un groupe encore plus vaste et qu'il a réévalué la dimension collective du litige que sa décision permettrait de trancher.

333. Ces différents arrêts invitent alors à s'interroger sur ce qu'il faut entendre par « portée » de la décision. Néanmoins, les rares définitions qui sont données de la portée ne sont guère éclairantes. Ainsi, selon le dictionnaire de l'Association Henri Capitant, il faudrait entendre par « portée » : « un terme neutre

⁸⁶⁵ Par ex., *a contrario* : CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, n°354596.

⁸⁶⁶ CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 7 février 2017, *Association Aides et a.*, n° 392758 ; CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 6 juin 2018, *Ligue des Droits de l'Homme c. Commune de Béziers*, n° 410774.

⁸⁶⁷ CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres et Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, n°s 402742, 402777 ; CE, ord., 26 septembre 2016, *Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, n° 403578.

⁸⁶⁸ Laurence MARION, Conclusions inédites sur CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 4 novembre 2015, *Ligue Française pour la Défense des Droits de l'Homme et du Citoyen c. Commune de la Madeleine*, n° 375178.

⁸⁶⁹ CE, 7^e et 10^e sous-sections réunies, 10 février 1997, *Association de défense, de protection et de valorisation du patrimoine naturel et historique de Corse*, n° 140841. D'ailleurs, dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Loos*, Mme Emmanuelle Cortot-Boucher évoquait cet arrêt du 10 février 1997 pour justifier l'extension de la jurisprudence *Union des syndicats C.G.T. des personnels des affaires culturelles* aux décisions individuelles.

souvent employé à propos d'une règle, d'une décision de justice ou d'une convention (ex. portée d'une loi, d'une disposition, d'un arrêt, d'un accord) pour désigner : 1. Son domaine d'application ; 2. Son objet et ses effets directs (la réforme opérée, la mesure arrêtée) ; 3. Plus indirectement, ses incidences (monétaires, économiques, psychologiques, ex. comportement des investisseurs) ; 4. Son efficacité ou son effectivité⁸⁷⁰. Cette définition, qui en réalité recense les usages qui sont fait du mot « portée », explique que celle-ci peut être identifiée à partir d'éléments se rapportant au contenu de la décision elle-même - sens n°1 -, à partir d'éléments extérieurs au contenu de la décisions - sens n°3 - ou à partir des deux à la fois - sens n°2 -, les « effets » et les « incidences » évoqués pouvant d'ailleurs être aussi bien juridiques qu'extra-juridiques. Enfin, comme quatrième sens, cette définition assimile la portée à l'« effectivité » et l'« efficacité », c'est-à-dire plutôt à des appréciations portées sur les effets provoqués par une décision, dont la synonymie est par ailleurs discutable et discutée⁸⁷¹. Les autres définitions, non lexicales, données par la doctrine peuvent être aussi plus ou moins larges. Par exemple, M. Mathieu Disant, en introduisant la seconde partie de sa thèse sur « La portée de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel », écrit que « la notion de « portée » utilisée peut se revendiquer de son usage figuré lorsqu'elle se dit de la force, de la valeur, voire de l'importance de ce qui est visée ; elle soulève encore, dans un sens plus précis, la question générale de ses effets et celle de son efficacité pour atteindre le but qui lui est assigné »⁸⁷². Concluant la recherche sur la force normative, Mme Catherine Thibierge présente quant à elle la « portée normative » comme l'un des trois pôles de cette force formative et la définit comme « en lien avec les effets de la norme », comme « le force de la norme perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires »⁸⁷³, rejoignant ainsi la définition retenue par certains membres de la juridiction administrative, comme M. Yann Aguilla qui estimait dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune d'Annecy* que « c'est au moment de sa concrétisation qu'une norme prend tout son sens et qu'il devient alors possible d'en préciser la portée exacte »⁸⁷⁴. Ces auteurs expliquent donc que pour appréhender la portée, il convient de s'intéresser à des effets qui seraient évaluables *ex-post*.

334. Toutefois, il ressort de l'usage de l'expression « portée de la décision » dans la jurisprudence du Conseil d'État que le juge apprécie parfois *ex-ante* des effets juridiques ou même extra-juridiques par exemple lorsqu'il apprécie l'intérêt pour agir des associations de protection de l'environnement contre une décision qui n'a pas encore été complètement exécutée⁸⁷⁵. De manière générale, lorsque le juge

⁸⁷⁰ « Portée », in Gérard CORNU (dir.), p. 774.

⁸⁷¹ V. Luc HEURSCLING, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p. 27.

⁸⁷² Mathieu DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t.135, 2010, p.771.

⁸⁷³ Catherine THIBIERGE « Conclusion. Le concept de force normative », in Catherine THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LDGJ/Bruylant, 2009, p. 840 et s.

⁸⁷⁴ Yann AGUILA, Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, RFD, 2008, p. 1147.

⁸⁷⁵ CE, 7^e et 10^e sous-sections réunies, 2 avril 1993, n°129906.

administratif apprécie si l'intérêt pour agir n'est pas trop indirect ou incertain, il est parfois conduit à adopter une telle démarche prospective.

335. Ainsi, en prenant le sens le plus large, il semble que s'interroger sur la portée d'une décision revienne pour le juge administratif à s'intéresser à ses effets, juridiques comme extra-juridiques, appréhendés *ex-ante* comme *ex-post*, ce qui n'est pas forcément plus éclairant. L'originalité de ce courant jurisprudentiel ainsi que l'apport des actions de requérants se prévalant d'une atteinte à un intérêt collectif supra-personnel apparaissent en revanche en s'interrogeant sur la norme administrative à laquelle ces effets sont associés.

2- La portée jurisprudentielle comme critère d'appréciation de l'intérêt pour agir des groupements privés

336. Pour percevoir ce que la mention de cette « portée » peut avoir de novatrice dans les arrêts *Union des syndicats CGT, Commune de Loos et Ligue des droits de l'homme c. Commune de la Madeleine* et dans quelle mesure elle permet d'accroître la dimension collective du litige (b), il faut au préalable rappeler quelle est la norme qui est, en principe, considérée par le juge administratif lorsqu'il apprécie la recevabilité de la requête, et plus précisément le respect de la condition relative à l'intérêt pour agir, dans le contentieux de l'excès de pouvoir (a).

a- La méthode traditionnelle d'appréciation de l'intérêt pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir

337. C'est, de prime abord, du côté de la norme créée par l'acte attaqué, de ce qui correspond à son dispositif lorsqu'il prend une forme écrite, qu'il faudrait essayer de cerner cette « portée » compte tenu du rôle qu'elle joue dans les conditions d'appréciation de la recevabilité des recours pour excès de pouvoir et notamment de l'intérêt pour agir. Il ressort de la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur que c'est effectivement cette partie de l'acte qui est en principe prise en considération pour apprécier son incidence sur la situation personnelle, factuelle ou juridique, du requérant, s'il lui fait grief, ou tout du moins, suffisamment grief et mérite ainsi de déranger le juge administratif. C'est aussi cette partie de l'acte normateur qui est, en principe, employée pour apprécier l'intérêt donnant qualité pour agir, le Conseil d'État ayant refusé de reconnaître un intérêt pour agir en raison des motifs de l'acte⁸⁷⁶. La possibilité qui est aujourd'hui reconnue de contester par la voie du recours pour excès de pouvoir certains actes non-décisifs ne remet pas en cause en ce principe. Le Conseil d'État, après avoir épousé une conception

⁸⁷⁶ CE, 10^e sous-section, 28 avril 1986, *Mme Allard-Latour*, n° 74517. Il va d'ailleurs de même dans le cadre des voies de recours permettant de contester des actes juridictionnels. L'intérêt à faire appel en raison des motifs de la décision rendue par les juges en première instance est en principe exclu (CE, Sect., 13 décembre 2002, *Morez*, n° 243109).

plus large de la normativité, ne fait finalement - et c'est sans doute déjà beaucoup - qu'admettre que l'impérativité de l'acte juridique et l'existence d'une sanction garantissant son respect, qui n'étaient déjà pas des conditions suffisantes pour exercer un recours pour excès de pouvoir comme le montre la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur, ne sont plus des conditions nécessaires pour reconnaître l'existence d'un grief auquel une éventuelle décision d'annulation du juge de l'excès de pouvoir pourrait remédier. La modification apportée à la situation de fait ou de droit du requérant, correspondant aux intérêts substantiels dont il se prévaut, doit alors, en principe, bien constituer une lésion, c'est-à-dire que l'acte normateur doit lui être défavorable. À ce titre, le juge peut procéder à une appréciation contextualisée⁸⁷⁷ du caractère défavorable en tenant compte du comportement et des *desiderata* des destinataires de l'acte⁸⁷⁸, quitte à procéder à une instruction plus poussée⁸⁷⁹, ou des groupements prétendant défendre leurs intérêts⁸⁸⁰ ou à une appréciation non-contextualisée en s'appuyant simplement sur l'importance modification que l'acte litigieux provoque sur la situation de droit ou de fait de ses destinataires⁸⁸¹. La lésion ainsi provoquée par l'acte doit ensuite lui être personnelle, c'est-à-dire affecter un intérêt qui lui appartient en propre ou plutôt, compte tenu du sens que peut revêtir le caractère personnel de l'intérêt dans le contentieux de l'excès de pouvoir⁸⁸², qui ne soit pas trop diffus et le faire de façon directe et certaine.

338. Les caractères de la modification provoquée par l'acte normateur sur les intérêts substantiels du requérant se reflètent ensuite sur son intérêt pour agir, à obtenir une décision d'annulation du juge, qui peut être ou non réel, personnel, direct et certain. En effet, c'est à cette lésion provoquée par le dispositif de l'acte décisoire ou non décisoire attaqué ou - pour être plus précis et ne pas exclure certaines formes d'actes - par la norme produite par l'administration⁸⁸³, que doit ensuite répondre le dispositif de l'acte juridictionnel, la norme d'annulation sollicitée par le requérant. C'est ce que traduit aussi bien le principe selon lequel « l'intérêt pour agir d'un requérant s'apprécie au regard des conclusions qu'il présente et non des moyens invoqués à leur soutien »⁸⁸⁴, c'est-à-dire finalement au regard du dispositif de la décision juridictionnelle sollicitée et non des motifs que les moyens viennent eux suggérer, qu'il faut bien distinguer du principe selon lequel le requérant, dont l'intérêt pour agir est ainsi reconnu, n'a pas ensuite à faire la

⁸⁷⁷ Sur cette notion d'appréciation contextualisée, cf. *Supra*, n° 490.

⁸⁷⁸ Ainsi, il a estimé que les destinataires de décision ne sont pas recevables à les attaquer dès lors qu'elles font droit totalement ou même partiellement à leur demande (CE, 19 juin 1958, *Pecunia et Viard*, Rec. Lebon, p. 973 ; CE, 12 janvier 1972, *Société éditions du square*, Rec. Lebon, p. 35 ; CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 18 octobre 2002, *Diraison*, n° 231771).

⁸⁷⁹ En recherchant, par exemple, si aucun vice de consentement n'affectait la demande du destinataire de l'acte (CE, 3^e sous-section, 22 juin 1994, *Commune de Lançon-Provence*, n° 124183 125046 ; CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 26 avril 2006, n° 278730).

⁸⁸⁰ CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 18 novembre 2011, *M.B., ADIFE, ADIFS*, n° 332082.

⁸⁸¹ Le Conseil d'État a ainsi admis que les destinataires de décisions faisant droit à leur demande ou dont ils semblaient se satisfaire dans un premier temps avaient un intérêt pour agir contre elle compte de tenu de l'importance de leurs effets sur leur situation personnelle. Il en va ainsi, par exemple, des décisions accédant à la demande de démission d'un agent (CE, 22 mai 1968, *Ministre de l'éducation nationale c. Demoiselle Khalef*, Rec. Lebon, p. 991 ; CE, 5 novembre 1971, *Commune de Billières*, Rec. Lebon, p. 667).

⁸⁸² Cf. *Supra*, n° 187.

⁸⁸³ Ou par la juridiction du premier degré dans le cadre des voies de recours contre les décisions juridictionnelles.

⁸⁸⁴ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705.

preuve d'un intérêt à soulever des moyens⁸⁸⁵. Pour être plus précis, il vaudrait mieux dire que le juge administratif apprécie, en principe, l'intérêt pour agir à partir des seules conclusions et, pour rendre compte des différentes variations jurisprudentielles en la matière, qu'il ne l'apprécie jamais exclusivement à partir des moyens. En laissant de côté la jurisprudence, aujourd'hui dépassée, sur le recours pour excès de pouvoir des membres des organes collégiaux décisionnels ou consultatifs contre les actes pris en méconnaissance des prérogatives de ces organes⁸⁸⁶ qui sera évoquée plus avant au titre des vraies exceptions à ce principe, il est possible de trouver des hypothèses dans lesquelles le juge administratif s'est tourné vers les moyens soulevés par le requérant pour apprécier le caractère défavorable de la décision attaquée, c'est-à-dire la réalité de son intérêt pour agir⁸⁸⁷. Les conclusions n'étaient alors pas absentes de son raisonnement puisque les moyens lui servaient précisément à apprécier l'utilité que la décision d'annulation sollicitée pouvait avoir pour le requérant. Les moyens du requérant peuvent alors éventuellement inviter le juge à se tourner vers les motifs de l'acte litigieux, mais il ne s'agit alors que d'éclairer le dispositif dont ils constituent le soutien nécessaire, de montrer en quoi la modification qu'il provoque sur sa situation personnelle lui est bien défavorable.

339. Partant de là, le juge administratif peut encore procéder à des appréciations différenciées, c'est-à-dire qu'il peut décider de ne pas s'en tenir aux modifications que l'acte normateur provoque directement sur la situation de ses destinataires, ni même, lorsqu'il s'agit d'un acte décisionnel répondant aux anciens critères de la normativité juridique, aux seules modifications provoquées directement sur leur situation juridique, qui se traduit alors par une appréciation plus ou moins souple des exigences associées à l'intérêt pour agir. La jurisprudence sur l'intérêt pour agir des groupements privés défendant des intérêts collectifs rend bien compte de ces appréciations différenciées, la reconnaissance de la lésion par l'acte litigieux d'un intérêt qui leur est personnel, en l'occurrence celui consistant en la réalisation de leur objet social, supposant d'ailleurs déjà une appréciation plus souple de l'exigence tenant au caractère direct⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ CE, 15 mai 1957, *Israël*, n° 31113, Rec. Lebon, p. 174 ; CE, Sect., 13 décembre 1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c. Dlle de Gratet du Bouchage*, n° 91496. Il n'y a aucun lien entre le principe selon lequel l'intérêt agir est apprécié à l'aune des conclusions et celui selon lequel le requérant peut soulever tous les moyens au soutien de ses conclusions, même lorsque le champ des moyens pouvant être soulevés est limité par l'exigence d'un intérêt « à soulever », comme semblent pourtant le présenter les responsables du centre de recherches et de diffusion juridiques dans leur chronique consacrée à la recevabilité des moyens en contentieux administratif lorsqu'ils introduisent le second par la locution adverbiale « autrement dit » (Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA*, 2016, p. 479). Le juge peut très bien, dans un premier temps, apprécier l'intérêt pour agir du requérant à partir des seules conclusions puis, dans un second temps, apprécier son intérêt à soulever certains moyens au soutien desdites conclusions. Au reste, tel est le cas dans les exemples que les deux auteurs donnent ensuite en dehors du contentieux de l'excès de pouvoir avec la jurisprudence *Mme Drannikova* dans le contentieux de cassation (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 15 mars 2000, n° 185837) et la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* dans le contentieux contractuel (CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n° 358994).

⁸⁸⁶ La distinction entre organes collégiaux « délibérants » et organes collégiaux « consultatifs », que suggèrent certaines présentations de cette jurisprudence (Par ex., Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, Guillaume ODINET, *art.précit.*), n'est pas vraiment pertinente dans la mesure où ces différents organes collégiaux, qu'ils rendent un acte décisionnel ou un simple avis, ont bien en commun de délibérer.

⁸⁸⁷ C'est semble-t-il à partir des moyens que le Conseil d'État, dans son arrêt *Commune de Lançon-en-Provence* (CE, 3^e sous-section, 22 juin 1994, *Commune de Lançon-Provence*, n°s 124183, 125046), a pu percevoir que la décision avait été demandée par le requérant sous la contrainte et qu'il avait ainsi un intérêt réel pour agir contre elle.

⁸⁸⁸ Sur l'atteinte à l'intérêt personnel du groupement comme atteinte par ricochet (Cf. *Supra*, n° 271-274).

340. Ainsi, dans l'arrêt *Association de défense, de protection et de valorisation du patrimoine naturel et historique de Corse*, le juge s'était attaché, eu égard à l'importance de la construction autorisée et à la sensibilité du secteur dans lequel elle était envisagée, à l'impact environnemental de la décision sur une zone plus étendue que celle correspondant à la compétence *ratione loci* de l'autorité normatrice, ce qui correspond à des effets non-juridiques indirects.

341. Il est même des situations dans lesquelles le juge décide de ne pas tenir compte des modifications provoquées par l'acte normateur. Ainsi, lorsqu'il eut à se prononcer sur la recevabilité du recours de la Cimade dirigé contre une note par laquelle le ministre de l'intérieur invitait les préfets à mettre en œuvre un dispositif transitoire de traitement des demandes d'asile présentées par les étrangers placés en rétention administrative en vue de leur éloignement dans l'attente de l'intervention d'une loi visant à mettre en conformité les procédures applicables aux demandeurs d'asile avec les exigences du droit européen, le Conseil d'État reconnut qu'elle avait qualité pour agir en précisant non que le dispositif n'était pas plus favorable, mais que « l'intérêt à agir d'un requérant s'apprécie au regard de l'objet des dispositions qu'il attaque et non du contenu de ces dispositions »⁸⁸⁹. Le sens et - pour reprendre une expression consacrée mais finalement bien vague - la portée de cet arrêt *La Cimade* sont néanmoins assez difficiles à cerner, au sens où il n'est pas évident de savoir en présence de quel type de recours cette modalité d'appréciation doit être employée.

342. D'une part, il n'est pas aisé de percevoir ce que le Conseil d'État met derrière « l'objet » et le « contenu » des dispositions ou plutôt des normes ainsi produites, l'objet pouvant renvoyer, sous la plume de certains auteurs, à la modification provoquée directement par la norme donc, *in fine*, à son contenu. Quant aux conclusions du rapporteur public, qui est visiblement à l'origine de cette distinction, elles ne sont pas plus éclairantes. Il est toutefois possible de le deviner en s'aidant des circonstances de l'arrêt, plus précisément de la fin de non-recevoir qui avait été opposée en défense. En l'espèce, le ministre avait contesté l'intérêt pour agir de l'association contre la note en arguant que le dispositif qu'elle mettait en place était plus favorable à la catégorie de personnes dont l'association défend l'intérêt. En somme, il contestait la réalité de l'intérêt pour agir qui - proche mais bien distincte de l'exigence relative à l'existence d'un grief suffisant⁸⁹⁰ - suppose que le requérant ne peut attaquer qu'un acte qui lui est défavorable et impose toujours au juge, quelle que soit l'appréciation qu'il décide de retenir, de considérer, au moins à titre de comparaison, la modification opérée par l'acte normateur. Comme le relève M. Olivier Le Bot⁸⁹¹, dans la mesure où le Conseil d'État neutralise ici l'exigence de réalité de l'intérêt pour agir en refusant

⁸⁸⁹ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 30 juillet 2014, *Cimade*, n° 375430.

⁸⁹⁰ À ce titre, M. Edouard Crépey distinguait bien dans ses conclusions la question du grief provoqué par l'acte litigieux, en appliquant la jurisprudence *Duignères* aux dispositions de la note, de celle relatif à son caractère défavorable qu'il décidait donc d'occulter. Il faisait bien correspondre l'exigence d'un grief suffisant, dont l'examen précède en principe l'appréciation relatif au caractère réel de l'intérêt pour agir, à une modification significative, en l'occurrence de l'ordonnancement juridique s'agissant des circulaires réglementaires.

⁸⁹¹ Olivier LE BOT, « Chronique de contentieux administratif : décisions de juillet à septembre 2014 », *JCP A*, 2014, n° 6, 9 Février 2015, 2029, p. 3.

d'apprécier le caractère défavorable ou non de l'acte, ce sont bien les modifications provoquées par les dispositions attaquées qu'il refuse de prendre en considération lorsqu'il évoque le « contenu » des dispositions. Quant à l'« objet » des dispositions, dont il relève ensuite l'adéquation avec celui du groupement requérant, il ne semble en réalité renvoyer qu'au champ d'application des normes, « ce sur quoi elles portent »⁸⁹², c'est-à-dire ce que Kelsen appelait le « secteur de la conduite humaine » qu'elles ont vocation à régir et qui, s'il se rapporte bien à la norme, ne relève pas à proprement parler de ses éléments constitutifs comme l'a ensuite montré Charles Eisenmann⁸⁹³.

343. D'autre part, il n'est pas évident de savoir si cette solution vaut pour tous les recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire les recours émanant de n'importe quel type de requérant et dirigé contre n'importe quel type d'acte⁸⁹⁴ - ce qui reviendrait alors à faire disparaître totalement l'exigence relative à la réalité de l'intérêt pour agir - ou seulement pour certains d'entre eux, c'est-à-dire, par exemple, seulement pour les recours dirigés contre des actes impersonnels comme c'était le cas en l'espèce ou pour les recours émanant de groupements privés défendant des intérêts collectifs⁸⁹⁵ ou encore seulement les recours des groupements privés dirigés contre des actes impersonnels. En dépit de la formulation assez générale employée par le Conseil d'État dans sa décision, et bien que le rapporteur public ne le dise pas dans ses conclusions, il semble qu'il faille écarter la première option et plutôt retenir la troisième. En effet, le titrage de la décision au Recueil Lebon ne présente pas la décision comme un abandon des jurisprudences imposant l'exigence de réalité de l'intérêt agir et nul doute que ce qui correspond ainsi à la première option l'aurait mérité. Il invite même plutôt à « comparer » avec l'arrêt *M. Diraison* qui concerne l'absence d'intérêt pour agir d'un fonctionnaire demandant l'annulation d'une décision faisant droit à sa demande et, par la suite, le Conseil d'État a continué à exiger des personnes physiques qu'elles fassent la preuve de la réalité de leur intérêt pour agir, procédant si besoin est à une appréciation purement abstraite du caractère défavorable de l'acte contesté⁸⁹⁶, s'appuyant sur son seul « contenu ». En revanche, les quelques

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ Charles EISENMANN, « Sur la théorie kelsenienne du domaine de validité des normes juridiques », *Law, State and international legal Order : essays in honor of Hans Kelsen*, Knoxville, Salo Engel. University of Tennessee Press, 1964, p. 63. Il est du reste aussi difficile de faire abstraction du « contenu » de la norme pour pouvoir en appréhender les contours car, comme le relevait l'auteur, « cette matière ou objet, on les détermine en analysant le contenu concret objectif de la norme, c'est-à-dire les actes qu'elle prescrit, prohibe ou permet, par référence au système de concepts qui distingue et classe divers secteurs de relations ou de vie sociale » (*Ibid.*).

⁸⁹⁴ Telle est, semble-t-il, l'opinion de MM. Bertrand Seiller et Mattias Guyomar qui évoquent cet arrêt parmi les conditions générales d'appréciation de l'intérêt pour agir, c'est-à-dire sans distinguer entre les requérants dont les requêtes sont concernées par cette modalité d'appréciation de l'intérêt pour agir (Bertrand SEILLER, Mattias GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, HyperCours, 5^e édition, 2019, n° 634, p. 310).

⁸⁹⁵ Ce qui est l'opinion de MM. Olivier Le Bot (Olivier LE BOT, « Chronique de contentieux administratif : décisions de juillet à septembre 2014 », *JCP A*, 2014, n° 6, 9 Février 2015, 2029, p. 3) et Rémi Rouquette (Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Paris, Dalloz, 2018, p. 493). Là où le second auteur parle des « associations », le premier évoque toutefois les « personnes morales » et, pour justifier une telle interprétation de la portée de l'arrêt *Cimade*, il écrit « en effet, il est de jurisprudence constante qu'un individu n'a pas intérêt (au point de vue contentieux) à attaquer une mesure qui lui est favorable ». L'argument n'est alors pas très convaincant. En effet, une jurisprudence n'est constante que jusqu'au jour où elle est renversée, ce qui n'était peut-être pas exclu ici. Surtout, les personnes morales sont aussi soumises à cette exigence de réalité de l'intérêt pour agir.

⁸⁹⁶ V. s'agissant d'une décision prononçant la mise à la retraite pour invalidité et la radiation des cadres d'office pour inaptitude physique d'un agent (CE, 2^e et 7^e chambres réunies, 26 juillet 2018, *Serre*, n° 405917).

arrêts qui reprirent ensuite cette décision - du moins comme le laissent à penser les conclusions des rapporteurs publics puisque la formule de l'arrêt *Cimade* ne fut plus employée par le Conseil d'État dans les motifs de ses décisions - furent rendus à la suite de recours pour excès de pouvoir formés par des groupements privés défendant des intérêts collectifs contre des actes impersonnels⁸⁹⁷. Neutralisant l'exigence de réalité de l'intérêt pour agir pour les groupements privés défendant des intérêts collectifs, le Conseil d'État semble accorder un privilège procédural à cette catégorie de requérants qui, trouvant ici la possibilité de demander l'annulation de normes dont l'objet et le but paraissent, *prima facie*, converger avec les leurs, voient s'accroître leur capacité d'intervention dans les rapports de droit public au moyen de l'action contentieuse, leur permettant éventuellement de reprocher devant le juge aux organes administratifs normateurs de ne pas faire assez à leurs yeux. Néanmoins, rien ne dit qu'un tel privilège procédural soit appelé à se maintenir en toutes circonstances. En effet, même si rien ne l'indique dans le fichage de l'arrêt ou dans les conclusions du rapporteur public, cet arrêt n'était en fait lui-même que la reprise d'un arrêt du 3 novembre 1989 dans lequel le Conseil d'État avait énoncé, au terme d'une motivation différente, que la recevabilité du recours de groupements privés contre un acte impersonnel ne dépendait pas du point de savoir si la réglementation qu'il mettait en place était ou non plus libérale que la précédente⁸⁹⁸, ce qui ne l'a pas empêché, par la suite, d'appliquer l'exigence de réalité de l'intérêt pour agir au recours des groupements privés contre des actes impersonnels. L'exigence de réalité de l'intérêt pour agir ne serait en fait pas systématique pour les groupements privés défendant des intérêts collectifs, le juge de l'excès de pouvoir profitant de leur recours pour se prononcer sur la légalité d'actes impersonnels dont il ne pourrait être saisi autrement si ce n'est, passé un certain délai et par voie d'exception, dans le cadre de recours contre des actes personnels pris sur leur fondement.

b- L'innovation introduite dans le cadre des actions collectives des groupements privés

344. Les conclusions sur l'arrêt *Union des syndicats CGT* ayant inauguré ce courant jurisprudentiel permettent de mieux cerner la nature de cette « portée » dont il est question dans la jurisprudence sur l'intérêt pour agir des unions de groupements et comment elle doit donc être évaluée. Il apparaît alors que le juge doit déplacer sa focale pour apprécier l'intérêt pour agir, c'est-à-dire laisser de côté le dispositif de l'acte attaqué pour envisager ses motifs ainsi que les motifs de la décision juridictionnelle qu'il sera ensuite amené à prendre.

⁸⁹⁷ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le Racisme et pour le respect de l'identité française, SARL Les productions de la Plume et M. B.*, n^os 376107, 376291 ; CE, 10^e et 9^e chambres, 13 avril 2016, *Cimade et autres*, n^o 394114.

⁸⁹⁸ CE, 5^e et 10^e sous-sections réunies, 3 novembre 1989, *Jaguar Driver's Club et a.*, n^o 66363. Les conclusions du commissaire du gouvernement confirment que c'est bien la question de l'intérêt donnant qualité pour agir que le Conseil d'État a tranché dans la motivation de son arrêt en évoquant la recevabilité (Marc FORNACCIARI, « Les conditions d'immatriculation des voitures de collection », *D.*, 1990, p. 262).

345. Ainsi, M. Gilles Le Châtelier évoquait comme condition de cet assouplissement de l'appréciation de la recevabilité l'existence d'une « question de principe », dépassant le cadre du litige que le juge doit trancher. Il s'agirait donc des conséquences juridiques de la décision du juge de l'excès de pouvoir. Il ne s'agit toutefois pas de celles qui, produites par l'éventuelle décision d'annulation de l'acte administratif contestée, sont visibles dans son dispositif mais de celles qui sont associées à la norme jurisprudentielle qu'il serait amené à produire et sur le fondement de laquelle il prendrait cette éventuelle décision d'annulation. Il semble donc que ce ne soit pas seulement la portée de la décision administrative qui compte mais aussi celle de la décision juridictionnelle devant trancher la question de principe, la portée de la décision administrative étant alors fonction de celle de la décision juridictionnelle appelée à se prononcer sur sa légalité. Cette vision semble toutefois un peu trop simplificatrice. En effet, le juge administratif prend nécessairement appui sur l'effet juridique que l'acte litigieux produit en lui-même, c'est-à-dire indépendamment même de son exécution complète. En réalité, le recours en annulation viserait ainsi à éviter l'établissement d'un « précédent » au sein de l'administration, d'une doctrine dont l'acte litigieux serait le support et qui pourrait servir de modèle à d'autres autorités administratives n'entretenant d'ailleurs pas forcément des liens hiérarchiques ou de tutelle avec son auteur. Dans l'arrêt *Ligue française des droits de l'Homme c. Commune de la Madeleine*, par exemple, le risque était que la mesure de police, en l'occurrence l'interdiction de fouiller les poubelles, conteneurs et autres lieux de regroupement de déchets sur le territoire de la commune, pût être reproduite dans d'autres communes, en dehors de la compétence *ratione loci* de l'autorité ayant édicté l'acte administratif litigieux.

346. Il y aurait ainsi la reconnaissance d'une forme de « doctrine » de l'administration⁸⁹⁹ par le juge administratif à laquelle il répond dans le cadre de son office jurisprudentiel. Dès lors, et c'est là qu'apparaîtrait la nouveauté, ce sont en réalité plutôt les motifs de l'acte attaqué que le juge doit considérer - et non son dispositif -, motifs auxquels doivent ensuite répondre les motifs de la décision juridictionnelle. Certes, comme cela a été vu précédemment, les effets du dispositif de la décision attaquée pour ses destinataires sont parfois éclairés par ses motifs que pointent les moyens du requérant et, même dans le cadre de la jurisprudence *Ligue française des droits de l'Homme c. Commune de la Madeleine*, le dispositif de l'acte attaqué n'est pas totalement ignoré. En effet, si la décision soulève des « questions qui, par leur nature et leur objet, excèdent les seules circonstances locales », c'est « en raison de ses implications, notamment dans le domaine des libertés publiques », ce qui rétroagit d'ailleurs sur la « nature » de la question de principe que doit trancher le juge⁹⁰⁰. Le dispositif n'est toutefois pas utilisé ici comme référentiel dans l'appréciation de l'intérêt pour agir, mais comme l'une des conditions d'application de la

⁸⁹⁹ Sur ce concept, V. Wafa TAMZINI, *Recherches sur la doctrine de l'administration*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, 690 p.

⁹⁰⁰ Il est possible de reprendre l'analyse de M. Jean Lessi dans ses conclusions sur l'arrêt *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière et autre* (CE, 1^{ère} et 6^e chambres réunies, 24 février 2017 *Fédération des employés et cadres CGT-Force ouvrière et autre*, n^{os} 391716, 391718, 391719, 391724), pour qui la « nature » de la question soulevée renvoie à la matière - en l'occurrence les libertés publiques - et « l'objet » à son importance.

jurisprudence imposant au juge d'assouplir son contrôle de l'adéquation géographique en se tournant vers les motifs, condition qui est, au passage, somme toute assez vague car tout acte unilatéral affecte - ce qui n'est pas synonyme d'atteinte illégale - les « libertés publiques » de ses destinataires dès lors qu'il encadre leur conduite. C'est aussi vers le dispositif de l'acte attaqué que se tournait M. Jean Lessi dans ses conclusions sur l'arrêt *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière et autre*, puisqu'il proposait de rationaliser les conditions d'application de la *Union des syndicats CGT* en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'action syndicale, c'est à dire d'apprécier l'existence d'une question de principe à partir de l'existence d'une atteinte à « l'ordre public social ». Or, c'est bien le dispositif de l'acte, lésant ou non les prérogatives découlant des règles constituant cet ordre public social, qui permet en principe d'apprécier l'existence de cette atteinte, au moins dans l'immédiat⁹⁰¹. Il reste toutefois à déterminer les critères permettant d'apprécier l'importance de cette question, ce qui serait son « objet » pour reprendre les termes de la jurisprudence applicable aux mesures de police municipale, mais les conclusions du rapporteur public, se limitant à l'atteinte à l'objet social, ne le précisaient alors pas. Il ne semble de toute façon pas avoir été suivi dans son raisonnement puisqu'en l'espèce le Conseil d'État a, contrairement à lui, estimé que l'union n'avait pas un intérêt lui donnant qualité pour agir.

347. En ce qu'elle conduit ainsi le juge à se détourner du dispositif de la décision pour s'intéresser à ces motifs et à envisager le contenu des motifs de sa propre décision, la prise en compte de cette « portée » ne perturbe pas seulement les conditions d'appréciation de l'intérêt pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir, elle affecte aussi la vision traditionnelle des sources formelles du droit. Lesdits motifs des actes administratifs ainsi que des actes juridictionnels n'en seraient alors en réalité pas, c'est-à-dire qu'il ne s'agirait pas de l'explication des normes contenues dans leur dispositif lorsqu'ils prennent une forme écrite, mais bien d'autres normes dont le champ d'application personnelle est alors relativement plus large et, éventuellement, relativement plus général. Ces normes « paratopiques », « sans forme ou existant en dépit de toute régulation formelle »⁹⁰² mais que les groupements privés défendant des intérêts collectifs permettraient de révéler en justifiant de leur intérêt pour agir, seraient alors produites aussi par l'auteur de la décision administrative et juridictionnelle en dehors des formes normatives préalablement établies. Dans le cadre de l'acte administratif litigieux, qui se présente en réalité comme un assemblage de normes, cette norme paratopique ne serait que le résultat de l'interprétation - au sens de concrétisation - des normes relativement plus générales et impersonnelles l'habilitant à agir, s'y substituerait comme fondement juridique des normes se trouvant dans le dispositif et offrirait aussi un modèle pour d'autres autorités administratives habilitées à agir sur le fondement des mêmes normes. La norme paratopique qui

⁹⁰¹ Après analyse, il s'avère effectivement que l'atteinte, par exemple aux libertés publiques pour prendre l'exemple de la jurisprudence *Ligue française des droits de l'homme* s'agissant des mesures de police municipale, résulte aussi de la norme contenue dans les motifs et dont celle contenue dans le dispositif n'est en réalité que la concrétisation.

⁹⁰² Otto PFERSMANN, « Le problème des normes paratopiques » in Michel FROMONT, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thales MORAIS DA COSTA, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, Bibiana GRAEFF, Tanisia MARTINI VILARINO (dir.), *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 557.

est ensuite produite par l'autorité juridictionnelle est, quant à elle, censée remplacer la première en fournissant une autre interprétation des normes habilitant cette catégorie d'autorités normatrices et encadrant leur action⁹⁰³. Ces pseudos motifs ne sont alors plus le fondement de la norme contenue dans le dispositif entendu comme la justification qui en constituerait le soutien nécessaire, mais leur fondement juridique.

348. En liant ainsi l'assouplissement des conditions de recevabilité des requêtes dirigés contre les actes administratifs et l'existence d'une « question de principe », le Conseil d'État montre que l'action motivée par la lésion de l'intérêt collectif est un moyen de mobiliser l'office jurisprudentiel du juge, qu'elle joue comme un révélateur de cette dimension jurisprudentielle qui est à l'état de latence dans chaque litige et peut être plus ou moins importante selon la place de la juridiction qui en est saisie dans la hiérarchie juridictionnelle. Il consacre une forme d'« intérêt jurisprudentiel » pour agir au profit de ces groupements, qui n'étant ainsi pas simplement confinés dans une fonction de gardiens de la légalité, du droit existant, seraient aussi appelés, avec leurs recours, à contribuer à l'évolution du droit. Elle permettrait aussi de mettre en lumière et de corriger des problèmes structurels dont un acte personnel, ou mêmes impersonnel, de l'administration ne serait que le symptôme. Tout cela, Corneille l'évoquait déjà dans ses conclusions l'arrêt *Fedel et autres* de 1913⁹⁰⁴, mais il n'avait alors pas été suivi par la juridiction dans sa volonté d'assouplir les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir émanant d'associations de fonctionnaires.

349. Ce ne serait toutefois pas l'apanage des groupements privés, ou plus largement des requérants se prévalant d'une atteinte à un intérêt collectif, de mettre ainsi en lumière une norme administrative camouflée dans les motifs d'une décision, même s'il est vrai que cela est plus facile lorsque l'action contre cette dernière est motivée par l'atteinte à l'intérêt collectif d'un groupe dépassant celui des personnes qui,

⁹⁰³ Ainsi, par exemple, lorsqu'il avait été saisi comme juge de cassation dans son arrêt *Ligue française des droits de l'Homme c. Commune de Béziers*, le Conseil d'État, après avoir décidé de régler lui-même l'arrêt au fond et admis l'intérêt pour agir de l'association contre un arrêté municipal imposant un couvre-feu pour les mineurs de treize ans, a renvoyé au troisième considérant les motifs pour lesquels il venait d'annuler l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille pour erreur de qualification juridique des faits qui lui-même ne faisait qu'appliquer le deuxième considérant qui avait les allures d'un vademecum pour toutes les juridictions du fond ainsi que les autorités municipales titulaires du pouvoir de police : « Ni les pouvoirs de police générale que l'État peut exercer en tous lieux vis-à-vis des mineurs, ni l'article 371-2 du code civil selon lequel la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant sont confiées par la loi à ses parents, qui ont à son égard droit et devoir d'éducation, ni enfin les articles 375 à 375-8 du même code selon lesquels l'autorité judiciaire peut, en cas de carence des parents et si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger, prononcer des mesures d'assistance éducative ne font obstacle à ce que, tant pour contribuer à la protection des mineurs que pour prévenir les troubles à l'ordre public qu'ils sont susceptibles de provoquer, le maire fasse usage, en fonction de circonstances locales particulières, des pouvoirs de police générale qu'il tient des articles L. 2212-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. Toutefois, la légalité de mesures restreignant à cette fin la liberté de circulation des mineurs est subordonnée à la condition qu'elles soient justifiées par l'existence de risques particuliers de troubles à l'ordre public auxquels ces mineurs seraient exposés ou dont ils seraient les auteurs dans les secteurs pour lesquels elles sont édictées, adaptées à l'objectif pris en compte et proportionnées » (CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 6 juin 2018, arrêt *Ligue française des droits de l'Homme c. Commune de Béziers*, n° 410774). Ce n'est toutefois pas toujours le Conseil d'État qui se charge lui-même de produire cette norme paratopique annulatoire. Par exemple, dans le cadre de l'arrêt *Ligue française des droits de l'homme c. Commune de la Madeleine*, le Conseil d'État, après avoir annulé l'arrêt d'appel en ce qu'il avait refusé de reconnaître l'intérêt pour agir de l'association nationale, a décidé de renvoyer l'affaire devant la cour administrative d'appel de Douai qui décida en revanche de rejeter le recours au fond (CAA de Douai, 2^e chambre, formation à 3, 5 juillet 2016, n° 15DA01895).

⁹⁰⁴ Louis CORNEILLE, Conclusions sur CE, 17 janvier 1913, *Fedel et a.*, D., II, 1916, p. 67.

sans en être d'ailleurs nécessairement les destinataires, sont les plus directement affectées par les effets qu'elle produit. Tel peut être le cas d'actions qui sont motivées par une atteinte à un intérêt personnel et dirigées contre un acte personnel mais dont le requérant soutient qu'il fut inspiré par un motif discriminatoire. Même lorsqu'elle est directe, la discrimination a nécessairement une dimension collective puisque la décision prise en raison de l'appartenance réelle ou supposée de la personne à une catégorie peut laisser penser que l'autorité administrative prendra la même décision lorsqu'elle fera à nouveau usage de ces prérogatives à destination d'une personne appartenant ou supposée appartenir à une même catégorie. Là aussi, il y a, même si elle demeure implicite, une « doctrine administrative » qui heurte alors les intérêts substantiels que le destinataire de la décision tient des normes prohibant les discriminations, qui provoque pour lui une lésion pouvant se rajouter à celle que la norme contenue dans le dispositif de la décision peut par ailleurs provoquer. Même si cela ne concerne pas l'intérêt pour agir mais une condition de recevabilité que le juge doit examiner en amont, c'est à l'aune de cette distinction qu'il est possible de lire la récente jurisprudence du Conseil d'État sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des décisions pourtant présentées comme des mesures d'ordre intérieur : si elles ne semblent pas faire suffisamment grief à leur destinataire au regard des seuls effets produits directement par leur dispositif, il en va autrement en considérant ceux résultant de leurs motifs lorsqu'ils sont discriminatoires⁹⁰⁵. Si elle permet au juge de l'excès de pouvoir de garantir l'effectivité des normes prohibant les discriminations, le principal défaut de cette jurisprudence, dont il est d'ailleurs possible de trouver des prémices dans la jurisprudence sur les conditions d'appréciation de l'existence d'une atteinte à une liberté fondamentale au sens et pour application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁹⁰⁶, n'est alors pas tellement de conduire à la « dénaturation »⁹⁰⁷ de la notion de mesures d'ordre intérieur en admettant ainsi qu'elles puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir - sauf à considérer qu'une notion doit se définir par son régime, en l'occurrence son régime contentieux⁹⁰⁸

⁹⁰⁵ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 15 avril 2015, n° 373893 ; CE, Sect., 25 septembre 2015, n° 372624 ; CE, 3^e et 8^e chambres réunies, 7 décembre 2018, n° 401812. Tel que fixé par ce dernier arrêt, le considérant de principe que le Conseil d'État utilise alors est : « Les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours. Il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou de leur contrat ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent de perte de responsabilités ou de rémunération. Le recours contre de telles mesures, à moins qu'elles ne traduisent une discrimination ou une sanction, est irrecevable ».

⁹⁰⁶ CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, n° 229163 : « Considérant que si la décision mettant fin aux fonctions d'un agent public à la suite d'un refus de titularisation n'est pas, par son seul objet, de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale, les motifs sur lesquels se fonde cette décision peuvent, dans certains cas, révéler une telle atteinte ; que, dès lors, le juge des référés du tribunal administratif de Nancy a commis une erreur de droit en considérant qu'un refus de titularisation ne pouvait, "quels qu'en soient les motifs", porter une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ». L'arrêt ne dit alors pas qu'il s'agit de « révéler » une atteinte provoquée par le dispositif de la disposition, mais ce sont les effets des motifs qui, en eux-mêmes, sont en réalité perçus comme la source d'une atteinte potentielle.

⁹⁰⁷ Charles FORTIER, « Mesures d'ordre intérieur » : de la clarification à la dénaturation », *AJFP*, 2016, p. 39.

⁹⁰⁸ M. Charles Fortier parle, pour sa part, « d'effet contentieux », ce qui revient en réalité au même. En effet, l'auteur ne définit ainsi pas les mesures d'ordre intérieur comme des actes d'administratifs entraînant une modification négligeable de la situation de leurs destinataires, mais comme des actes entraînant une modification de la situation de leurs destinataires qui n'est pas suffisante pour qu'ils puissent faire suffisamment grief et être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir.

-, mais de conduire le juge à s'intéresser au fond de la requête alors qu'il n'est encore qu'au stade de la recevabilité puisque ce sont les moyens du requérant, et non ses conclusions, qui permettent de révéler le grief causé par les motifs. Le cas des sanctions déguisées, que le Conseil d'État mentionne aussi dans le dernier état de sa jurisprudence, est quelque peu différent. En effet, s'il se détourne du dispositif de l'acte administratif en étant aiguillé par les moyens soulevés par le requérant, il ne s'agit pas pour lui de chercher le grief du côté des motifs, mais plutôt d'appréhender la finalité punitive de l'acte, les motifs étant alors éventuellement pris en compte comme de simples justifications. Si tel est le cas, le grief suffisant pour saisir le juge administratif ne résulte alors pas à proprement parler de l'acte normateur, c'est-à-dire des normes contenues dans son dispositif et éventuellement ses motifs, mais des conditions dans lesquelles il fut adopté, en l'occurrence en portant atteinte aux droits que son destinataire tire des normes encadrant l'édition des sanctions.

350. Sans doute, il convient de relativiser le caractère novateur de cette jurisprudence, le juge ayant déjà accepté de faire abstraction du dispositif de l'acte attaqué pour apprécier l'intérêt pour agir et même reconnu l'existence d'un tel intérêt jurisprudentiel à le saisir.

351. Ainsi, avant 2003, il acceptait déjà de déplacer la focale, de ne pas rechercher du côté du dispositif le grief pouvant donner un intérêt pour agir au requérant dans le cadre de sa jurisprudence, aujourd'hui en partie datée, par laquelle il reconnaissait la qualité pour agir des membres des assemblées décisionnelles ou consultatives contre les actes édictés en méconnaissance de leurs prérogatives en limitant toutefois les moyens qu'ils pouvaient invoquer à l'atteinte aux normes garantissant lesdites prérogatives⁹⁰⁹. Dans cette

⁹⁰⁹ Dans un premier temps, le Conseil d'État reconnut que les membres des organes décisionnels des collectivités territoriales, en l'occurrence les conseillers municipaux, n'étaient recevables à attaquer les délibérations de ces organes que si et dans la mesure où ils invoquaient des irrégularités procédurales ayant porté atteinte à leurs prérogatives (CE, 1^{er} mai 1903, *Bergeon et a.*, Rec. Lebon, p. 324), puis il étendit cette jurisprudence aux membres des organismes seulement consultatifs en admettant qu'ils étaient, en cette qualité, recevables à attaquer une décision administrative par des moyens tirés soit de ce que la consultation obligatoire de l'organisme avait été omise (CE, 30 avril 1926, *Suran*, Rec. Lebon, p. 149), soit de ce qu'elle s'était déroulée irrégulièrement (CE, 26 octobre 1956, *Cavalier*, Rec. Lebon, p. 387). La jurisprudence du Conseil d'État revenait alors à limiter les moyens invocables et à faire dépendre la recevabilité de l'action à l'examen des moyens que les requérants étaient autorisés à soulever compte tenu de leur qualité. Le Conseil d'État revint toutefois progressivement et discrètement sur cette limitation pour les membres des organismes consultatifs (CE, 25 janvier 1963, *Lemaresquier*, Rec. Lebon, p. 48) puis décisionnels (CE, Sect., 23 décembre 1988, *Département du Tarn c. Barbut*, n° 60678). Rendus au milieu des années 1990, les arrêts *M. Fourcade*, s'agissant des membres d'organes consultatifs (CE, 16 octobre 1995, *M. Fourcade*, n° 124385), et *Mmes Paris et Roignot* (CE, Sect., 22 mars 1996, *Mmes Paris et Roignot*, n° 151719), s'agissant des membres d'organes décisionnels, ne firent finalement - ce qui est toutefois loin d'être dérisoire - qu'explicitier et fixer cette évolution. Pour autant, ainsi que le rappellent M Louis Dutheil de Lamothe et Guillaume Odinet, le raisonnement *Bergeon* et *Suran* n'a pas été entièrement condamné et la limitation des moyens invocables n'a pas totalement disparu lorsque le membre d'un organisme collégial attaque en cette qualité un acte qui n'a pas été édicté par l'organisme dans lequel il siège ou après consultation de celui-ci. En effet, pour apprécier l'intérêt pour agir du requérant, le juge doit vérifier si l'organisme était bien compétent ou devait être consulté et, si tel est effectivement le cas, il n'a plus besoin, en principe, d'examiner les autres moyens qui aurait trait à la légalité interne de l'acte pour déclarer que la requête est fondée et annuler l'acte litigieux motif pris de l'incompétence de son auteur ou de la violation d'une règle de procédure (Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA*, 2016, p. 479). Il convient néanmoins sûrement de nuancer ce constat et de réserver l'hypothèse dans laquelle l'acte est attaqué par un membre d'un organisme collégial consultatif dont les avis, quoiqu'obligatoires, seraient simples. En effet, il n'est alors pas exclu que le juge, neutralisant ce vice de légalité externe en application de la jurisprudence *Danthony*, soit conduit à examiner les autres moyens soulevés par le requérant. Il ne faut pas non plus oublier que le Conseil d'État accepte, dans certaines circonstances, de passer outre la règle de l'économie des moyens (CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 15 avril 2016, *Fédération nationale des usagers des transports*, n° 387475) et que cela lui est même parfois imposé comme le montre la jurisprudence *Société Eden* qui sera évoquée plus avant.

hypothèse, le grief ne résulte effectivement pas du contenu du dispositif de la décision ou même de celui des motifs, qui finalement importe peu, mais des conditions d'élaboration de cet acte normateur. Cette jurisprudence se distinguait aussi de celle qui sont étudiées ici dans la mesure où l'intérêt pour agir ne s'appréciait alors pas nécessairement par rapport à la norme que pourraient contenir les motifs de la décision juridictionnelle. Certes, le Conseil d'État ne s'appuyait alors que sur les moyens que pouvaient soulever les requérants et qui sont censées fournir les motifs de la future décision juridictionnelle et ils pouvaient éventuellement avoir intérêt à ce que le juge profitât de ce recours pour rappeler ou fixer dans les motifs de sa décision les conditions de légalité externe de la décision attaquée et que son auteur pourrait avoir tendance à ignorer. Néanmoins, le recours permet surtout d'obtenir l'annulation de la décision et, ce faisant, éventuellement aux personnes appartenant aux organes délibérant de se prononcer à nouveau sur son contenu si l'autorité administrative décide de la reprendre. Dès lors, les motifs que suggèrent ces moyens de légalité externe ne sont en réalité jamais déconnectés intellectuellement du dispositif de la décision d'annulation, ils sont suggérés en tant qu'ils peuvent en être le soutien nécessaire. Il n'est donc pas besoin pour les requérants qu'une quelconque norme viennent s'y loger pour mettre fin à la lésion qu'ils ont subie, ces motifs peuvent rester ce qu'ils devraient en principe être : une justification. La prise en compte des moyens et surtout leur limitation permettait alors au juge d'avoir une analyse plus fine de l'utilité de décision d'annulation que le requérant lui demande de rendre à travers ses conclusions, elle garantit que son exécution permettra de mettre fin à la lésion qu'elle a causée. Avec le maintien de la qualité pour agir des personnes appartenant à ces organes délibérants et l'abandon de la limitation des moyens invocables, le juge administratif continue de chercher la lésion éventuelle du côté des conditions d'adoption de l'acte normateur mais l'utilité de son intervention, du point de vue de l'atteinte aux intérêts substantiels attachés à cette qualité, est devenue plus aléatoire. C'est en ce sens d'ailleurs que l'exigence d'un intérêt à soulever les moyens dans les recours en annulation, qu'il en conditionne ou non la recevabilité, conduit à les « subjectiviser ». Il permet aux requérants d'obtenir une décision d'annulation sur mesure, c'est-à-dire dont les motifs répondent aux lésions que l'édition de l'acte normateur a pu provoquer pour leurs intérêts substantiels.

352. Pour trouver des exemples dans lesquels le juge administratif a pu déplacer la focale en s'intéressant, d'une part, aux motifs de la décision litigieuse et, d'autre part, envisager l'intérêt qu'il pouvait y avoir à le saisir au regard de la seule norme que pourraient contenir ses motifs, il faut en réalité se tourner du côté des recours par voie d'intervention. En effet, lorsque la portée jurisprudentielle était évoquée, c'était d'ordinaire pour apprécier l'intérêt pour intervenir, et non pour agir, des groupements. Ainsi, c'est « en raison de l'intérêt que peut présenter pour certains de ses membres la solution de la question posée »⁹¹⁰ que le Conseil d'État avait admis qu'un intérêt à intervenir du Syndicat national des médecins, chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics au soutien du recours pour excès de pouvoir

⁹¹⁰ CE, 27 mai 1964, *Choulet et Syndicat national des chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics*, Rec. Lebon, p. 302.

qu'un médecin avait dirigé contre les décisions le suspendant et le révoquant de ses fonctions, mais il avait estimé qu'un tel intérêt « jurisprudentiel » n'était pas de nature à lui permettre d'attaquer les décisions individuelles litigieuses par voie d'action en lui refusant la possibilité d'interjeter appel en tant que tiers intervenant. Il était aussi possible de trouver des traces dans la jurisprudence de la Cour de cassation de la reconnaissance d'un intérêt jurisprudentiel à intervenir en présence d'une « question de principe » au profit des syndicats ou mêmes des associations⁹¹¹.

353. Ce ne sont pas seulement les conditions d'appréciation de l'intérêt pour agir contre les actes administratifs qui devraient évoluer grâce à cette jurisprudence. En effet, en admettant que des requérants puissent avoir été lésés par une norme se trouvant dans les motifs d'une décision administrative rendue par une autorité locale et soient ainsi recevables à exercer un recours pour excès de pouvoir contre ces décisions devant les tribunaux administratifs, qui sont en principe les juridictions compétentes pour en connaître, c'est-à-dire finalement qu'ils aient un intérêt à obtenir l'édiction d'une norme annulatoire dans les motifs du jugement, le Conseil d'État devrait, en toute cohérence, revoir aussi sa jurisprudence sur l'intérêt à interjeter appel et à se pourvoir en cassation et admettre aussi un intérêt à contester ces décisions juridictionnelles en fonction de leurs seuls motifs, sans considération pour le dispositif dont ils peuvent constituer le soutien nécessaire. Pour M. Cédric Meurant, l'arrêt Société *Eden* rendu par le Conseil d'État le 21 décembre 2018⁹¹², et l'« édénisation » gagnant l'ensemble du contentieux de l'annulation, serait d'ailleurs un premier pas en ce sens⁹¹³. Rien n'est toutefois moins sûr.

⁹¹¹ L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 juin 1971 est, en ce sens, assez illustratif. En l'espèce, le syndicat des entrepreneurs de manutention du port de Marseille était intervenu en cause d'appel en appui des prétentions de l'une de ses sociétés adhérentes dont la responsabilité avait été reconnue en première instance. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait toutefois estimé que cette intervention tendant à faire écarter la responsabilité de l'un des membres du syndicat, c'est-à-dire dans le cadre d'un litige portant sur une action en responsabilité dont l'effet substantiel est donc personnalisé, était irrecevable dans la mesure où, la décision à intervenir n'ayant pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les membres syndiqués, l'intérêt collectif défendu par le syndicat n'était pas en cause. Ce raisonnement, qui semblait par ailleurs reposer sur une certaine confusion entre l'intérêt collectif défendu par le groupement et celui de l'ensemble de ses membres, fut alors infirmé par la Cour de cassation qui retint « qu'en écartant l'intervention du syndicat, alors que, du chef de la violation alléguée par le syndicat des règles précitées invoquées pour l'appréciation de la responsabilité des acconiers du port de Marseille, et du précédent défavorable pouvant en résulter, comme l'arrêt l'énonce lui-même le syndicat était recevable en son intervention » (nous soulignons) (Com., 7 juin 1971, n° 69-10.254, Bull. civ. IV, n° 160). Autrement dit, la Cour de cassation estime que l'intérêt jurisprudentiel est suffisant pour qu'un groupement, par ailleurs habilité par le législateur pour agir en justice pour défendre un intérêt collectif, soit recevable à intervenir à titre accessoire dans un litige susceptible de donner lieu à une décision juridictionnelle dont l'effet substantiel est personnalisé et l'autorité de la chose jugée - tant dans sans dimension négative que positive - demeure relative. Un tel intérêt - finalement accessoire - à intervenir en présence d'une « question de principe » est ainsi reconnu par la Cour de cassation au profit des syndicats, avec d'ailleurs le même raisonnement pour apprécier leur intérêt pour agir (Par ex., Soc., 4 juin 2014, n° 13-15.142 ; Soc, 14 novembre 2013, n° 13-14.094 ; Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865 ; Soc, 23 septembre 2009, n° 08-42.108), ou même des groupements associatifs (Soc., 16 juin 2010, n° 09-40.183 à 09-40.223 ; Civ. 1, 30 janvier 2007, n° 04-15.543). La portée jurisprudentielle de la future décision juridictionnelle est aussi prise en compte par le juge administratif lorsqu'il reconnaît l'intérêt pour intervenir d'un groupement dans des litiges portant sur la légalité de décisions individuelles après avoir évoqué l'intérêt que peut présenter « la solution de la question de droit posée » (CE, 27 mai 1964, *Choulet et Syndicat national des chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics*, Rec. Lebon, p. 302) ou « la solution de la question litigieuse » (CE, 4^e et 1^{er} sous-sections réunies, 19 décembre 1980, n° 19176). L'expression « question de principe » se retrouve, quant à elle, sous sa plume pour justifier l'assouplissement de l'intérêt pour agir des groupements dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

⁹¹² CE, Sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678.

⁹¹³ Cédric MEURANT, « L'« édénisation » de l'office du juge de l'excès de pouvoir, Note sous CE, Sect., 21 déc. 2018, *Soc. Eden*, n° 409678, au Lebon », *Revue générale du droit on line*, 2019, numéro 48863 (disponible en ligne à l'adresse suivante : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=48863).

354. Certes, cette décision invite bien le juge d'appel, comme d'ailleurs le juge de cassation même si elle ne le mentionne pas, à s'intéresser aux motifs de la décision rendue par le juge de première instance ayant statué comme juge de l'excès de pouvoir. En effet, l'arrêt *Société Eden*, dont la motivation a trait à l'office du juge de l'excès de pouvoir mais qui fut ensuite reprise pour d'autres contentieux dans lesquels le juge administratif est saisi de conclusions aux fins d'annulation⁹¹⁴, vise à encadrer, dans certaines circonstances, le pouvoir d'appréciation du juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il use de la technique dite de l'économie des moyens, c'est-à-dire qu'il décide de ne pas répondre à l'ensemble des moyens opérants soulevés par les parties. L'arrêt *Société Eden* ne fait alors pas disparaître cette technique qui permet au juge de l'excès de pouvoir de ne retenir qu'un seul moyen d'annulation lorsque plusieurs sont fondés mais a le défaut, qui est patent lorsqu'il s'en tient à un vice de légalité externe, d'empêcher de purger entièrement le litige dont il est saisi et de rendre plus aléatoire la satisfaction des conclusions aux fins d'enjoindre l'administration d'édicter une décision dans un sens déterminé qui peuvent assortir les conclusions aux fins d'annulation des requérants⁹¹⁵.

355. Néanmoins, tout en refusant ainsi d'étendre l'exception législative⁹¹⁶ et les quelques exceptions jurisprudentielles⁹¹⁷ qui sont apparues en la matière, le Conseil d'État encadre le pouvoir d'appréciation du juge de l'excès de pouvoir dans le choix des moyens d'annulation lorsque le requérant a présenté des conclusions accessoires aux fins d'injonction - que le juge peut d'ailleurs désormais prononcer d'office⁹¹⁸ - ou qu'il a décidé, dans le délai de recours, de hiérarchiser ses prétentions en fonction de la cause juridique sur laquelle reposent, à titre principal, ses conclusions aux fins d'annulation, c'est-à-dire lorsque le requérant a présenté une demande d'annulation fondée sur des moyens de légalité interne et une autre sur des moyens de légalité externe en les hiérarchisant. Ainsi il doit, dans la première hypothèse, « examiner prioritairement les moyens qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de l'injonction demandée » et, dans la seconde, « statuer en respectant cette hiérarchisation, c'est-à-dire en examinant prioritairement les moyens qui se rattachent à la cause juridique correspondant à la demande

⁹¹⁴ CE, 5 avril 2019, *Société mandataires judiciaires associés*, n° 413712.

⁹¹⁵ Art. L. 911-1 du code de justice administrative. L'exécution d'une décision du juge de l'excès de pouvoir annulant, par exemple, une décision de refus motif pris d'un vice de légalité externe correspond alors à l'injonction de réexamen prévu à l'article L. 911-2 dudit code.

⁹¹⁶ « Lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier » (art. L. 600-4-1 du code de l'urbanisme).

⁹¹⁷ L'économie des moyens est ainsi écartée dans le contentieux des décisions d'homologation ou de validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi d'une entreprise qui n'est pas en redressement ou en liquidation judiciaire puisque le juge doit toujours, nonobstant l'existence d'autres moyens susceptibles de justifier l'annulation, se prononcer sur le moyen tiré de l'absence ou de l'insuffisance de ce plan s'il est soulevé devant lui (CE, 4^e et 5^e chambres réunies, 15 mars 2017, *Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, n° 387728) et, de manière générale, lorsqu'il doit apprécier l'opportunité de moduler dans le temps les effets de sa décision d'annulation (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886). Le classement de cette seconde hypothèse parmi les exceptions peut toutefois être débattu. En effet, même si le juge est bien tenu d'examiner « l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause », il ne s'agit alors pas pour lui de choisir un motif d'annulation, mais d'apprécier les conséquences de l'annulation qu'il a déjà choisi de prononcer.

⁹¹⁸ Articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative tels que modifiés par l'article 40 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

principale du requérant ». Ce faisant, l'office du juge d'appel, évoqué par le Conseil d'État dans cet arrêt, ainsi que celui du juge de cassation s'en trouvent effectivement alourdi puisque dans l'hypothèse où, comme le permet l'arrêt, le juge de première instance motive sa décision en ne mentionnant qu'un moyen d'annulation fondant les conclusions subsidiaires, il doit en réalité, comme le relève M. Cédric Meurant, reconstituer son raisonnement, contrôler les motifs implicites pour apprécier s'il ne devait effectivement pas faire droit aux conclusions principales⁹¹⁹. Pour autant, l'intérêt à contester cette décision juridictionnelle n'est pas apprécié à l'aune de ses motifs, du reste Mme Sophie Roussel ne le souhaitait pas dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Eden*⁹²⁰. La lésion dont se prévaut le requérant n'est effectivement pas déconnectée du dispositif du jugement puisque celui-ci lui est défavorable en tant qu'il « n'a pas fait droit à sa demande principale » pour reprendre les termes de l'arrêt. Les motifs ne permettent alors que d'apprécier la réalité de cette lésion dans la mesure où ils répondent à la hiérarchisation des demandes qu'il a formulées en première instance. En revanche, il en va autrement avec les motifs des décisions que le juge de l'excès peut rendre en première instance lorsqu'il applique les jurisprudences *Union des syndicats CGT*, *Commune de Loos* et *Ligue des droits de l'homme c. Commune de la Madeleine*. La norme jurisprudentielle qui viendrait se loger dans ces motifs et porterait atteinte aux intérêts défendus par les requérants pourrait très bien prendre la forme d'un *obiter dictum* et être déconnectée intellectuellement du dispositif du jugement.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

356. L'étude du contentieux de la responsabilité extracontractuelle et d'une partie du contentieux de l'annulation devant les juridictions administratives montre donc que l'action collective des groupements privés ne perturbe pas seulement les schémas de pensée de la doctrine mais aussi l'équilibre des litiges qu'elle donne à trancher et des voies de droit qu'elle emprunte. Certes, cette action pourrait parfaitement se lover dans les cadres d'analyse subjectivistes s'il était clairement reconnu que les groupements privés ont un intérêt personnel au respect de l'intégrité de l'intérêt collectif visé par leur objet social. Toutefois, d'une part, le législateur et les juges français perdraient alors totalement la maîtrise sur le développement de l'action collective puisqu'elle pourrait s'imposer à eux au travers des normes supra-législatives et extérieures garantissant le droit à un recours juridictionnel effectif. D'autre part, cette action ne s'en trouverait pas pour autant complètement normalisée. En effet, elle conserverait tout même cet effet mutagène qu'il a été possible de constater et qui se traduit par une hypertrophie de la dimension collective du litige voire, dans certaines circonstances, par une modification complète de la finalité prioritaire de la voie de droit empruntée.

⁹¹⁹ Cédric MEURANT, *art.prévit.*

⁹²⁰ Sophie ROUSSEL, Conclusions inédites sur CE, Sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

357. L'hétérogénéité des fondements juridiques des actions collectives des groupements privés n'est pas une fatalité, pas plus que l'absence d'intérêt personnel à laquelle une analyse en termes de « représentation » tentait de remédier. Celles-ci peuvent très bien faire l'objet d'une lecture subjectiviste, c'est-à-dire qu'elles peuvent être regardées comme étant en réalité une action en défense de leur intérêt personnel qui trouve son fondement juridique dans les normes permettant de défendre des intérêts personnels exclusifs en justice et renforcé par le droit à un recours effectif tel que garanti au niveau constitutionnel et conventionnel. Néanmoins, ce qui apparaît alors comme une « subjectivisation » des actions collectives des groupements est parfois présentée comme étant, dans le même temps, une « objectivation » des voies de droit qu'elles empruntent et une altération de leur condition d'utilisation pour reprendre les mots de M. Tristan Pouthier dans sa note sous l'avis *Association Nonant Environnement*⁹²¹. Face à ce qui semble être un paradoxe, il convenait donc de se tourner vers des grilles d'analyse qui, comme la classification finaliste des recours et la représentation multidimensionnelle des litiges, permettent de faire abstraction de l'existence ou non d'un droit subjectif ou d'un intérêt personnel exclusif susceptible de constituer l'objet du litige. En dépit de cet habillage subjectiviste, les actions collectives des groupement privés s'avèrent pour la plupart d'entre elles être des actions holistes, y compris lorsqu'elles sont exercées dans le cadre de voies de droit qui sont d'ordinaires organisées comme des voies de droit individualistes. Ce faisant, lorsqu'il reconnaît ainsi un intérêt personnel exclusif aux groupements défendant des intérêts collectifs, le jurislatureur ne perturbe pas seulement les catégories doctrinales mais change éventuellement les finalités traditionnellement assignées aux voies de droit individualistes et, dans tous les cas, l'équilibre pouvant exister entre la dimension individuelle et la dimension collectives des litiges que le juge est ainsi appelé à trancher.

⁹²¹ Tristan POUTHIER, « Tierce opposition et environnement », *AJDA*, 2015, p. 1805.

CHAPITRE 2 : La révélation des vertus correctrices de l'action collective des groupements privés

358. Les groupements privés ne sont pas toujours étrangers à l'attribution d'habilitation à agir en justice à leur profit. Dès lors, il peut être tentant de ne voir dans le développement de leur action collective qu'une manifestation d'une attitude clientéliste de la part du législateur qui, désinhibé par l'allongement continu de la liste des habilitations à agir en justice, peut difficilement refuser à certains groupements ce qu'il a accordé à d'autres. Une telle analyse demeure néanmoins partielle et superficielle puisque toutes les habilitations ne sont pas d'origine législative et, surtout, elle ne permet pas de percevoir l'utilité que peuvent effectivement présenter les actions collectives des groupements pour le jurislature. Il faut ainsi aller au-delà pour percevoir les « causes profondes » de ces différentes habilitations pour reprendre l'expression de Jean Carbonnier⁹²². Grâce ou parfois indépendamment de son effet sur les finalités des voies de droit, l'action juridictionnelle des groupements privés apparaît alors comme une action correctrice qui permet à la fois de pallier la défaillance éventuelle des organes ou des autres personnes habilités à saisir les juridictions internes d'une action visant ou permettant simplement la défense d'un intérêt collectif (Section 1) et de réguler le flux contentieux que la montée des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, et en particulier la promesse d'une approche hyper contextualisée de la part du juge, risque de susciter (Section 2).

SECTION 1 : Les limites des autres actions publiques et privées

359. C'est par un effet contraste, c'est-à-dire à l'aune des défaillances des actions publiques ou des autres actions privées ayant pour finalité première ou même simplement pour effet de défendre des intérêts collectifs (§1), qu'apparaît une partie des vertus correctrices des actions collectives des groupements privés à même de justifier leur développement (§2).

§1- Les défaillances des actions publiques et privées

360. Dans la mesure où la défense contentieuse des intérêts collectifs n'est pas nécessairement portée par des groupements privés, ni même d'ailleurs dans l'enceinte juridictionnelle, il faut tenir compte de la possibilité qui est reconnue à d'autres personnes publiques ou privées d'introduire des actions ayant pour but immédiat ou seulement pour effet de défendre des intérêts collectifs. Il apparaît alors que l'action

⁹²² « La cause de la loi (sa cause efficiente), c'est, dans la masse, un complexe de pratiques, de besoins, d'aspirations ; l'occasion de la loi (sa cause occasionnelle, si l'on préfère), c'est souvent un petit fait, sans lequel la cause profonde serait restée à l'état de virtualité » (Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014, p. 180).

collective des groupements privés ne sert pas seulement à colmater les « failles de l'appareil d'État »⁹²³. En effet, outre les actions en défense d'intérêts collectifs qui ont été institutionnalisées, il ne faut pas donc pas omettre d'autres acteurs qui sont aussi en mesure de défendre en justice, immédiatement ou non, ces intérêts collectifs. Pour apprécier l'utilité de l'action des groupements défendant des intérêts collectifs, ce n'est pas seulement la défaillance des organes étatiques habilités à défendre des intérêts collectifs en justice qui doit être considérée (A) mais aussi celle des actions qui n'émanant pas de groupements privés ayant pour objet de défendre des intérêts collectifs peuvent, pour leur part, être aussi qualifiées d'actions privées et qui, quoique motivées par une atteinte directe à un intérêt personnel et tendant à la satisfaction directe de ce dernier, peuvent être mises au service de la défense d'intérêts collectifs par le jurislatureur (B).

A- L'atténuation de l'obligation de défense des intérêts collectifs pesant sur les autorités publiques

361. L'action du ministère public en matière pénale et le déferé préfectoral illustrent bien les lacunes que peuvent présenter les actions publiques ayant pour finalité ou pour effet de défendre des intérêts collectifs devant les juridictions administratives et judiciaires⁹²⁴ et qui tiennent tant aux règles encadrant la mise en œuvre de ces actions (1) qu'aux liens que les organes habilités à les exercer entretiennent avec le pouvoir politique (2).

1- La compétence largement discrétionnaire des autorités publiques

362. L'affirmation du principe d'opportunité dans l'usage de ces prérogatives destinées à défendre la légalité (a) et la mise en œuvre de ce principe d'opportunité (b) font apparaître l'utilité que peut présenter notamment l'action de groupements se revendiquant comme les dépositaires d'intérêts collectifs.

a- L'affirmation de l'opportunité dans l'exercice d'actions publiques

363. L'évolution que connurent tant le principe de l'opportunité des poursuites que la consécration du caractère facultatif de l'exercice du déferé préfectoral montrent que le jurislatureur a adopté une approche

⁹²³ Jacques MARTIN, Raymond MARTIN, « L'action collective », *JCP*, 1984, I, 3162.

⁹²⁴ Ce ne sont évidemment pas les seules actions juridictionnelles que des organes étatiques, ni que ces organes en particuliers, sont habilités à exercer pour garantir la protection d'intérêts collectifs supra-personnels devant les juridictions administratives ou judiciaires. Ainsi, le ministère public peut aussi exercer l'action publique devant les juridictions judiciaires en matière civile (V. ainsi, Marianne COTTIN (dir), *Le parquet en matière civile, commerciale et sociale. Recensement des textes et étude empirique des activités non pénales du parquet*, GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2011, 503 p.). Quant au préfet, il a aussi d'autres voies de recours à sa disposition devant les juridictions administratives, comme c'est le cas, par exemple, pour les contraventions de grande voirie (article L. 774-2 du code de justice administrative). L'action publique du ministère public et le déferé préfectoral n'ont été retenus ici qu'en raison de leur caractère emblématique et, la plupart des remarques sur leur caractère lacunaire, pourront être étendues aux autres actions juridictionnelles à la disposition de ces autorités publiques dans la mesure où elles tiennent à la nature même de ces dernières.

pragmatique du respect de la légalité qui laisse un espace pour d'autres actions conduites par des requérants qui, bien que n'étant pas habilités à défendre un tel intérêt, apparaissent comme des compléments nécessaires.

364. Le principe de l'opportunité des poursuites, qui est aujourd'hui consacré aux articles 40⁹²⁵ et 41-1⁹²⁶ du code de procédure pénale, s'est d'abord imposé sous l'empire du code d'instruction criminelle comme une pratique des parquets qui, même si elle heurtait tant la lettre que l'esprit du code, reçut le soutien leur hiérarchie⁹²⁷ puis la bénédiction de la Cour de cassation⁹²⁸. Il s'agissait de trouver un moyen permettant de faire face aux contraintes liées à l'augmentation des flux pénaux et les parquets tirèrent partie de la liberté qu'imposait une telle nécessité avec le développement du système de l'« enquête officieuse » qui, les faisant sortir du « rôle mécanique d'approvisionnement des juridictions pénales » dans lequel les confinait le principe de séparation des fonctions de poursuites, d'instruction et de jugement, leur donnait l'occasion d'opérer un premier tri et ouvrait même la voie à des mécanismes alternatifs aux poursuites comme l'admonestation préventive⁹²⁹.

365. La même approche pragmatique se retrouve plus d'un siècle plus tard du côté du déféré préfectoral. Alors même que le Conseil constitutionnel avait rappelé au législateur l'importance que revêt le contrôle du représentant de l'État⁹³⁰ et qu'une interprétation littérale de la loi du 2 mars 1982 pouvait laisser accroire le contraire⁹³¹, le Conseil d'État, dont la jurisprudence s'employa à banaliser le régime de cette voie de droit, a ménagé une marge d'appréciation au préfet dans l'exercice du déféré préfectoral similaire d'ailleurs à celle qu'il reconnaît à tout organe administratif pour saisir la justice, à l'exception notable de la saisine du juge des contraventions de grande voirie pour les autorités chargées de la police

⁹²⁵ Art. 40 du code de procédure pénale : « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner ».

⁹²⁶ Art. 40-1 du code de procédure pénale : « Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun :

1° Soit d'engager des poursuites ;

2° Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1, 41-1-2 ou 41-2 [du code de procédure pénale] ;

3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».

⁹²⁷ V. en ce sens la circulaire du Ministre de la justice en date du 8 mars 1817 prescrivant « au ministère public de ne poursuivre, sur les plaintes qui lui sont faites, que lorsque le délit intéresse essentiellement l'ordre public, sauf, dans le cas contraire, et quand le délit ne blesse que des intérêts privés, à renvoyer le plaignant à se pourvoir lui-même comme partie » (cité in Éric MATHIAS, *Les procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris, Ed. CNRS, coll. CNRS droit, 1999, p. 78).

⁹²⁸ Cass., 8 décembre 1826, Bull. n° 260.

⁹²⁹ Xavier MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », *Archives de politique criminelle*, 2003, p. 89-92.

⁹³⁰ CC, n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*.

⁹³¹ En effet, employant le présent de l'indicatif, qui a, en principe, valeur d'impératif, l'article 3 de la loi du 2 mars 1982 disposait que « le représentant de l'État dans le département défère au tribunal administratif les actes (...) qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission ». Le Conseil constitutionnel semblait d'ailleurs s'être rangé à cette interprétation des dispositions habilitant le représentant de l'État à exercer un contrôle de légalité puisqu'il était passé d'une simple « faculté » dans sa décision n° 82-137 DC (CC, n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, cons. n° 5) à une obligation dans ses décisions n° 93-335 DC (CC, n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. n° 21) et n° 96-373 DC (CC, n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. n° 14).

et de la conservation du domaine public⁹³². Il a ainsi estimé qu'il ne se trouvait pas dans une situation de compétence liée lorsqu'il est saisi d'une demande de déféré mais aussi, revenant d'ailleurs sur sa propre jurisprudence⁹³³, que la décision de refus susceptible de naître à cette occasion n'est même pas susceptible de recours⁹³⁴ en s'appuyant tant sur l'intention du législateur que sur des arguments d'opportunité⁹³⁵. Il est vrai qu'il est peu utile de contrôler, et par là même de potentiellement censurer, le refus de saisir le juge administratif d'un recours contre une décision qui ne serait elle-même plus susceptible de recours. L'effectivité de cette obligation, dont le contrôle « ouvrirait un contentieux sur du contentieux qui serait plus artificiel qu'efficace »⁹³⁶, serait en tout état de cause illusoire eu égard aux conditions matérielles dans lesquelles ce contrôle de légalité est exercé par ces structures déconcentrées. En effet, ces dernières, qui n'ont pas été épargnées par la révision générale des politiques publiques⁹³⁷, ne sont pas en mesure d'éponger le flot normatif provenant de ces autorités décentralisées que le législateur ne fait lui-même qu'abonder en leur transférant dans le même temps de plus en plus de compétences, au nom parfois d'ailleurs d'une meilleure rationalisation de l'action publique et afin de délester le budget de l'État.

366. Ce principe d'opportunité ne revêt toutefois pas la même portée pour ces deux voies de droit. Tandis qu'il n'a été borné que par la possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'État dont la carence doit en plus revêtir le caractère d'une faute lourde dans le cadre le déféré préfectoral⁹³⁸, il souffre de nombreuses exceptions législatives s'agissant de l'action publique en matière pénale. En effet, le législateur a restreint la marge d'appréciation dont dispose les magistrats du parquet dans la conduite de l'action publique⁹³⁹ ou le choix des modes de poursuites⁹⁴⁰, mais aussi au stade de leur mise en mouvement, sans que cela soit d'ailleurs nécessairement au soutien de la répression. Si le procureur de la République peut être contraint d'engager des poursuites sur instruction de son supérieur hiérarchique, recouvrant toutefois sa liberté lors de l'audience, il est aussi des hypothèses dans lesquelles il ne peut spontanément mettre en mouvement l'action publique puisque celle-ci est subordonnée à l'existence

⁹³² CE, Sect., 23 février 1979, *Ministre de l'Équipement c. Association « Des amis des chemins de ronde »*, Rec. Lebon, p. 75.

⁹³³ CE, 2^e et 6^e sous-sections réunies, 18 novembre 1987, *Marcy*, n° 75312.

⁹³⁴ CE, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur*, n° 80969. L'arrêt du Conseil d'État du 16 juin 1989 *Préfet des Bouches-du-Rhône* laissait déjà augurer une telle solution en tant qu'il admettait la possibilité pour le préfet de se désister d'un déféré (CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, Lebon, Tables, p. 855).

⁹³⁵ V. en ce sens les conclusions prononcées par M. Bernard Stirn sur l'arrêt *Brasseur* (Bernard STIRN, « Les incidences d'un refus de déféré préfectoral sur le contrôle de légalité des actes locaux », *RFDA*, 1991 p. 587)

⁹³⁶ Bernard STIRN, *conclusions.précit.*,

⁹³⁷ La Cour des comptes relevait ainsi dans son rapport qu'« entre 2009 et 2014, dans l'ensemble des départements de métropole, les effectifs des préfetures et sous-préfetures affectés au contrôle de légalité ont diminué de 30 %, près des trois quarts de cette réduction ayant été opérés en 2009 et 2010 » (Cour des comptes, *Rapport public annuel 2016. Tome I : Les observations*, 2016, p. 346).

⁹³⁸ CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, n° 202058.

⁹³⁹ Dans le cadre de la procédure sur reconnaissance préalable de culpabilité, il est ainsi seulement prévu que le ministère public puisse interjeter appel à titre incident de l'ordonnance d'homologation (art. 495-11 du code de procédure pénale), ce qui est somme toute compréhensible dès lors que ce sont les peines qu'il a lui-même proposées qui sont l'objet de cette dernière et que le président du tribunal judiciaire, ou le juge qu'il délègue, ne peut ni modifier ni compléter cette proposition.

⁹⁴⁰ V. par ex. les dispositions spéciales applicables aux poursuites contre les mineurs (art. 5 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante).

d'une plainte de la partie lésée par l'infraction⁹⁴¹ ou de l'administration intéressée⁹⁴², d'un avis de cette dernière⁹⁴³, qui peut d'ailleurs être exigé en sus de la plainte⁹⁴⁴, d'une mise en demeure⁹⁴⁵, d'une décision judiciaire⁹⁴⁶ ou encore à l'absence de poursuite administrative⁹⁴⁷

b- La mise en œuvre de leur compétence discrétionnaire par les autorités publiques

367. Le risque de l'illégalité, que porte en lui le caractère facultatif de la saisine du juge, est assumé du côté du déféré préfectoral puisque le législateur n'a nullement cherché à imposer la systématique du contrôle, ce qui nécessiterait « une bonne dose d'idéalisme »⁹⁴⁸ et aussi d'accroître les moyens des administrations déconcentrées. En revanche, il tente de « moderniser et rationaliser le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire » pour reprendre les termes employés dans le projet annuel de performance annexé aux lois de finances.

368. Il s'agit, en réalité, de recentrer le contrôle sur des actes dits « à risque », et le rendre plus efficace dans ce cadre. Ainsi, la loi « *MURCEF* » a inauguré un mouvement de réduction des actes transmissibles

⁹⁴¹ C'est le cas, par exemple, en matière d'injure et de diffamation (art. 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) ou encore d'atteinte à la vie privée (art. 226-6 du code pénal).

⁹⁴² C'est là aussi le cas en matière de presse puisque dans le cas d'injure ou de diffamation envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l'air, les corps constitués – entendus comme ceux « ayant une existence légale permanente, et auxquels la Constitution ou les lois ont dévolu une portion de l'autorité ou de l'administration publique » (Crim., 26 avril 1952, Bull. crim. n° 106) - et les administrations publiques, le ministère public ne peut déclencher les poursuites que sur une délibération prise par eux en assemblée générale et qui requiert les poursuites ou, si le corps n'a pas d'assemblée générale, sur la plainte du chef du corps ou du ministre duquel ce corps relève (1° de l'article 48 de loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse).

⁹⁴³ L'avis de l'autorité des marchés financiers est ainsi obligatoire lorsque les poursuites sont engagées pour obtenir la sanction des « atteintes à la transparence des marchés » réprimées par le code monétaire et financier (art. L. 466-1 du code monétaire et financier). Les délits boursiers, et les tentatives de délits, visés ici sont en l'occurrence le délit d'initié (art. L. 465-1 du code monétaire et financier), la recommandation ou l'incitation à l'utilisation d'une information privilégiée (art. L. 465-2 du code monétaire et financier), la communication d'une information privilégiée (art. L. 465-3 du code monétaire et financier), la manipulation des cours (art. L. 465-3-1 du code monétaire et financier), la diffusion d'informations fausses ou trompeuses (art. L. 465-3-2 du code monétaire et financier), la manipulation d'indice (art. L. 465-3-3 du code monétaire et financier).

⁹⁴⁴ Il résulte ainsi de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales que l'action publique pour la répression de certaines infractions fiscales ne peut être déclenchée par le ministère public qu'à la suite d'une plainte de l'administration fiscale qui ne peut elle-même être déposée que sur l'avis conforme de la Commission des infractions fiscales (Sur ce dispositif qu'il est convenu d'appeler le « verrou de Bercy », qui fut validé par le Conseil constitutionnel (CC, n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.* [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration]), et son déverrouillage partiel par l'article 36 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la fraude, V. Ludovic AYRAULT, « Le «verrou de Bercy» après la loi du 23 octobre 2018 », *RFDA*, 2018, p. 1185).

⁹⁴⁵ Par exemple, à moins que les faits constatés « présentent un danger grave ou imminent pour l'intégrité physique des travailleurs » (art. L. 4721-4 du code du travail), les agents de contrôle de l'inspection du travail doivent, avant de dresser un procès-verbal, mettre l'employeur en demeure de se conformer aux prescriptions violées en matière d'hygiène et de sécurité au travail (art. L. 4721-4 du code du travail).

⁹⁴⁶ Art. 6-1 du code de procédure pénale : « lorsqu'un crime ou un délit prétendument commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire impliquerait la violation d'une disposition de procédure pénale, l'action publique ne peut être exercée que si le caractère illégal de la poursuite ou de l'acte accompli à cette occasion a été constaté par une décision devenue définitive de la juridiction répressive saisie ».

⁹⁴⁷ Pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel, qui avait constaté une atteinte à ce qui peut apparaître comme un principe *non bis in idem* « au rabais » en matière de délit d'initié (cf. *Infra*, n° 734), le législateur a mis en place, à l'article L. 465-3-6 du code monétaire et financier, un mécanisme d'aiguillage des poursuites administratives et pénales pour les infractions consistant en une « atteintes à la transparence des marchés ».

⁹⁴⁸ Pierre BON, « La responsabilité du fait des actes de tutelle », *RFDA*, 2000, p. 1096.

en retirant de la liste les marchés passés en procédure adaptée⁹⁴⁹, mouvement qui s'est poursuivi en 2004⁹⁵⁰ et accéléré en 2009⁹⁵¹, le préfet conservant néanmoins une faculté d'évocation de ces actes qui demeurent soumis à son contrôle de légalité⁹⁵². Partant de là, une stratégie de contrôle a été élaborée faisant le départ entre ceux dont le contrôle est considéré comme prioritaire au niveau national - en l'occurrence dans le domaine de la commande publique, de l'urbanisme et de la fonction publique territoriale - et local et ceux pouvant donner lieu à un contrôle aléatoire. Ainsi recentré, le contrôle est censé être aussi facilité grâce au développement de la télétransmission des actes⁹⁵³.

369. Néanmoins, cette dernière peine à s'imposer⁹⁵⁴ et, même si sa mise en œuvre n'est plus appelée à être fondée uniquement sur le volontariat⁹⁵⁵, elle n'offre en tout état de cause pas un appui suffisant à un contrôle qui demeure lacunaire. En effet, même s'il oscille autour de 90 % depuis 2006, le « taux de contrôle des actes prioritaires reçus en préfecture », qui est censé refléter la capacité du préfet à assumer sa mission de contrôle en fonction de la stratégie qu'il a préalablement arrêtée et constitue l'un des sous-indicateurs retenu par le projet annuel de performance pour apprécier si l'objectif de rationalisation et de modernisation est effectivement atteint, n'est qu'un cache misère dans la mesure où l'élaboration d'une stratégie de contrôle prioritaire n'est « qu'une manière pudique de dire que l'autorité chargée du contrôle essaie de gérer au mieux un contrôle qu'elle est dans l'incapacité d'assurer véritablement »⁹⁵⁶. Ce taux qui du reste s'érode d'année en année ne rend pas non pas compte des inégalités pouvant exister entre les territoires et que révèlent l'enquête de terrain menée par la Cour des comptes⁹⁵⁷. Il ne rend pas non plus compte de la qualité dudit contrôle qui est mené par des services dont la Cour des comptes déplorait le manque d'expertise⁹⁵⁸ et que le rapport sénatorial d'information de 2012 qualifiait « d'anecdotique, voire même contreproductif »⁹⁵⁹. A la lecture des différentes études statistiques réalisées sur les suites données au contrôle de légalité, il est permis de douter de la réalité et de l'apport de ce contrôle du point de vue du respect de la légalité. En effet, alors que « le nombre d'actes transmis a été sensiblement réduit, ce qui

⁹⁴⁹ I de l'article 11 de la loi n° 2002-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier

⁹⁵⁰ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

⁹⁵¹ V. ainsi l'ordonnance n°2009-1401 du 17 novembre 2009 portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité, adoptée en application de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures et ratifiée par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

⁹⁵² Art. L. 2131-3, L. 3131-4 et L. 4141-4 du code général des collectivités territoriales.

⁹⁵³ Initiée à partir de 2004, la dématérialisation du contrôle de légalité passe par l'application « @CTES » qui est l'acronyme de « Aide au Contrôle de légalité dématérialisé ». Elle a d'ailleurs son pendant pour le contrôle budgétaire qui est l'application « ACTES budgétaire » initiée, quant à elle, en 2012.

⁹⁵⁴ Sur le total des actes reçus en préfecture en 2017, seulement 52 % firent l'objet d'une telle transmission (Projet annuel de performances annexé au projet de loi de finance 2018, programme n° 307-Administration territoriale, p. 11).

⁹⁵⁵ Afin d'accélérer ce mouvement de modernisation qui était fondé sur le volontariat des collectivités territoriales, le législateur s'est néanmoins montré plus pressant en imposant aux collectivités territoriales et aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, du moins ceux de plus de 50 000 habitants, l'adhésion au système @CTES à l'horizon 2020 (III de l'article 107 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République).

⁹⁵⁶ Jean-Marie PONTIER, « Le XIX^e rapport sur le contrôle de légalité », *La Revue administrative*, 2005, n° 346, p 391.

⁹⁵⁷ Cour des comptes, *rapport.précit.*, p. 335-338.

⁹⁵⁸ Cour des comptes, *rapport.précit.*, p. 336.

⁹⁵⁹ Jacques MÉZARD, *Rapport d'information n° 300 fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, enregistré à la Présidence du Sénat le 25 janvier 2012, p. 41.

aurait pu permettre un renforcement du contrôle sur les actes restants, réputés plus difficilement analysables (les marchés publics par exemple), le nombre d'observations et de déférés a également diminué, atteignant des proportions encore plus faibles que par le passé »⁹⁶⁰.

370. En revanche, cette simple faculté de poursuivre qui est ménagée au profit du ministère public ne semble pas être un obstacle à l'effectivité du droit au regard de l'évolution constante du taux de réponse pénale⁹⁶¹ depuis 2001. Face à la pression de la demande sociale, ce serait au tour de ce principe d'opportunité d'être *de facto* remis en cause. Ainsi, entre 2001 et 2014, ce taux est passé de 67,3⁹⁶² à 88,5 %⁹⁶³. Quant au taux des affaires, au sein des affaires dites « poursuivables », ayant donné lieu à des poursuites devant une juridictions d'instruction ou de jugement, il est demeuré relativement stable et accuse même une légère baisse durant la période considérée, le taux des poursuites pouvant ainsi laisser croire que le principe d'opportunité des poursuites a disparu au profit d'une réponse pénale systématique⁹⁶⁴.

371. Ce taux n'est pas nécessairement probant puisque, comme le révèle la commission de modernisation de l'action publique dans son rapport de 2013, pour obtenir un taux de classement « *sec* » aussi faible, les parquets - qui ne sont pas épargnés par les impératifs de performance - tendent à travestir une partie des classements en opportunité en classement après rappel à la loi, voire suppriment, dans les formulaires normalisés de classement sans suite, les cas de classement en opportunité⁹⁶⁵. Au-delà, c'est la qualité même de cette réponse pénale qui peut être discutée. Les enquêtes de terrain révèlent ainsi que, dans les juridictions dites sous tension, les mesures alternatives sont moins des instruments au service d'un politique pénale réfléchie que des moyens commodes permettant d'absorber le flux des affaires poursuivables⁹⁶⁶. Il y a donc là un dévoiement managérial des mesures alternatives aux poursuites dont le

⁹⁶⁰ Jacques MÉZARD, *rapport.précit.*, p. 37. La Cour des comptes relevait, pour sa part, qu'entre 2011 et 2014, « 2,9 % en moyenne des actes contrôlés (soit 0,7 % des actes reçus) ont donné lieu à une lettre d'observation valant recours gracieux et 0,1 % des actes contrôlés ont donné lieu à un déferé préfectoral au juge administratif » (Cour des comptes, *rapport.précit.*, p. 338).

⁹⁶¹ Employé comme indicateur de performance, ce taux de réponse pénale est calculé à partir du nombre des affaires dites « poursuivables », c'est-à-dire qui correspondent à des infractions juridiquement constituées et élucidées. Cet indicateur permet de mesurer la part de ces affaires « poursuivables » ayant fait l'objet d'une réponse judiciaire de toute nature - rappel à la loi par un officier de police judiciaire ou par un délégué du procureur, composition pénale, procédure alternative aux poursuites, saisine d'un juge d'instruction ou d'une juridiction de jugement - et, par là même, d'obtenir le taux de classement sans suite.

⁹⁶² Ministère de la justice, *Les chiffres-clés de la justice 2002*, 2002, p. 16.

⁹⁶³ Ministère de la justice, *Les chiffres-clés de la justice 2015*, 2015, p. 14.

⁹⁶⁴ Commission de modernisation de l'action publique, *Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice : refonder le ministère public*, 2013, p. 46. À ce titre, la Commission de modernisation présidée par M. Jean-Louis Nadal, et avant elle le jury de la conférence de consensus relative à la prévention de la récidive, recommandait de redonner son plein effet au principe d'opportunité des poursuites. Cette course à la performance constituerait une source de « judiciarisation excessive » (Françoise TULKENS (dir.), *Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre : pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes*, 2013, p. 16, point 30) et asphyxierait les parquets (Commission de modernisation de l'action publique, *Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice : refonder le ministère public*, 2013, p. 46).

⁹⁶⁵ Commission de modernisation de l'action publique, *Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice : refonder le ministère public*, 2013, p. 47.

⁹⁶⁶ Laura AUBERT, « Systématisme pénal et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil », *Droit et société*, 2010, n° 74, p. 17.

projet annuel de performance rend d'ailleurs lui-même compte⁹⁶⁷. En réalité, cela revient plutôt à repousser au stade de leur exécution les inconvénients du manque de moyens, ce que le projet annuel de performance, dans lequel l'efficacité de la réponse pénale est pourtant inscrite comme objectif, ne permet pas vraiment d'appréhender au travers du « taux d'alternatives aux poursuites ». Bien qu'en légère augmentation, y compris en ôtant les mesures de rappel à loi, ce taux mesure la part des affaires ayant fait l'objet d'une mesure alternative correctement exécutée et validée auprès du parquet ou d'une composition pénale, non pas sur l'ensemble des affaires ayant fait l'objet de telles mesures, mais sur l'ensemble des affaires poursuivables.

372. Ce qui n'est qu'une simple faculté de saisine du juge est en outre attribué à des organes qui demeurent soumis hiérarchiquement au pouvoir politique⁹⁶⁸.

2- La mise en cause de la dépendance des autorités publiques à l'égard du pouvoir politique

373. L'intensité de cette dépendance à l'égard du pouvoir politique central, et par là même le risque de voir des considérations d'opportunité l'emporter sur la défense d'intérêts collectifs, varie selon les voies de droit qui ont été retenues.

374. Le déferé préfectoral est ainsi un pouvoir discrétionnaire dévolu à une entité qui est hiérarchiquement subordonnée au pouvoir exécutif. Le risque est d'autant plus grand que l'objet de cette voie de droit est en outre de contester la légalité de décisions traduisant les orientations politiques arrêtées par des assemblée locales élues qui peuvent être différentes de celles du pouvoir central. À l'interface du pouvoir politique national et local, le préfet est aussi le « véritable chef d'orchestre des politiques publiques de l'État au niveau territorial »⁹⁶⁹. Or leur mise en musique, qui nécessite la coopération des collectivités territoriales contrôlées et, par là même, suppose d'entretenir de bonnes relations avec ces dernières, ne saurait être parasitée par une quelconque forme d'« intégrisme juridique »⁹⁷⁰ de sa part, aussi fondé soit-il. Certes, le déferé préfectoral pouvait apparaître comme un moyen de dépolitiser les litiges susceptibles de naître entre les représentants de l'État et les collectivités territoriales en les transportant dans l'arène juridictionnel. Cela ne suffit toutefois pas pour chasser les considérations d'opportunité politique du contrôle administratif et éviter que le déferé ne devienne finalement qu'un autre moyen pour le préfet de « s'acquitter de sa besogne électorale » pour reprendre les mots de Jèze dans sa note sous l'arrêt *Delpèch*⁹⁷¹. De l'aveu même des principaux intéressés, de telles considérations sont ainsi susceptibles

⁹⁶⁷ Il relève ainsi que, pour les tribunaux de grande instance confrontés à une augmentation des affaires poursuivables, « les mesures alternatives sont un des outils à leur disposition pour absorber ce flux supplémentaire » (Projet annuel de performances annexé au projet de loi de finance 2018, programme n° 166-Justice judiciaire, p. 24).

⁹⁶⁸ Alinéa 1^{er} de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature : « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. À l'audience, leur parole est libre ».

⁹⁶⁹ Julien BÉTAILLE, *thèse, précit.*, p 137.

⁹⁷⁰ Jacques CAILLOSSE, *l'État du droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Droit et société, 2015, p. 178.

⁹⁷¹ Gaston JÈZE, « Du rôle des préfets en France. CE, 20 janvier 1911, *Delpèch* », *RDJ*, 1911, p. 276.

d'apparaître au moins dans l'usage même qui est fait du déféré⁹⁷². Celui-ci n'est lui-même que « l'arme ultime »⁹⁷³ qui permet au représentant de l'État de peser lors de ce dialogue que le contrôle administratif de la légalité fait naître entre l'auteur de l'acte contrôlé et dont M. Bernard Strin estimait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Brasseur*, qu'il n'était ni nécessaire, ni même opportun de le judiciaireiser pour qu'il fût efficace. Avant même de ne reconnaître une marge de discrétionnarité au préfet dans l'usage de cette voie de droit, le Conseil d'État avait d'ailleurs bien encouragé cette logique de « marchandage »⁹⁷⁴ en assimilant les lettres d'observations à des recours gracieux, susceptibles donc d'interrompre le délai de déféré⁹⁷⁵, ou encore en permettant à l'autorité préfectorale de repousser le point de départ du délai de déféré en demandant, dans les deux mois suivant la transmission de l'acte, à la collectivité locale contrôlée de compléter sa transmission que ce soit par l'acte complet ou - ce que n'évoquait alors pas la jurisprudence applicable au recours pour excès de pouvoir en cas de notification incomplète⁹⁷⁶ - des documents annexes nécessaires à l'exercice du contrôle de légalité⁹⁷⁷. Le délai de déféré, qui ne commence alors à courir qu'à compter de la décision explicite ou implicite par laquelle l'autorité locale refuse de compléter la transmission initiale, peut ensuite être prorogé par un recours gracieux⁹⁷⁸. Le législateur a ensuite abondé dans le même sens en transposant cette jurisprudence aux actes qui échappent à l'obligation de transmission puisque si le préfet décide de demander communication de ces actes dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle ils sont devenus exécutoires, ils peuvent être déférés dans les deux mois à compter de leur communication⁹⁷⁹. Rien ne garantit toutefois que cette phase précontentieuse aboutisse effectivement à la correction totale des illégalités supputées ou même constatées.

375. Les mêmes reproches peuvent être adressés à l'action publique en matière pénale lorsque son déclenchement et sa conduite sont remises à des agents de l'administration mais aussi, comme c'est le cas en principe, aux magistrats du parquet dont le statut « hybride »⁹⁸⁰ ne détonne pas seulement dans le paysage européen, mais suscite aussi une certaine méfiance comme en témoigne le rapport de suivi de l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)⁹⁸¹. Les institutions et les auteurs attachés à la théorie des

⁹⁷² Benjamin BLANCHET, « La robe et l'olivier - Les rapports entre le procureur et le préfet », *RFDA*, 2010, p. 1192.

⁹⁷³ Jean-Claude HELIN, « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », *RFDA*, 1987, p. 766.

⁹⁷⁴ Jacques CAILLOSSE, *l'État du droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Droit et société, 2015, p. 171.

⁹⁷⁵ CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, n° 62470, Rec. Lebon tables p. 658.

⁹⁷⁶ CE, Sect., 19 octobre 1962, *Ministre de l'Intérieur c. Dubost*, Rec. Lebon, p. 558.

⁹⁷⁷ CE, Sect., 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, n° 68166. Encore faut-il toutefois que cette demande de transmission complémentaire soit justifiée (CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 31 mars 1989, *Commune de Septèmes-les-Vallons*, n° 80272).

⁹⁷⁸ CE, 1^{ère} et 4^e sous-sections, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, n° 114956.

⁹⁷⁹ Art. L. 2131-3, L. 3131-4 et L. 4141-4 du code général des collectivités territoriales tels que modifiés par l'article 140 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

⁹⁸⁰ Jean-Paul JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *RSC*, 2005, p. 670.

⁹⁸¹ OCDE, *Rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales*, adopté le 22 janvier 2004, § 76 à 79, p. 29-30.

apparences ne sont effectivement guère sensibles aux charmes baroques de ce statut dont les fondements sont posés par la Constitution et l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel.

376. En effet, tout en garantissant aux magistrats du parquet, en tant que membres de l'« autorité judiciaire », le respect de leur indépendance⁹⁸², ce qui passe pour un absolu dans le langage courant, elles s'emploient à la relativiser tant sur le plan organique que fonctionnel, ce dernier aspect étant d'ailleurs largement tributaire du premier. Ainsi, en dépit du principe d'unité gouvernant le corps des magistrats judiciaires, les magistrats du parquet ne bénéficient pas des mêmes garanties statutaires que les magistrats du siège que ce soit en matière de nomination ou de discipline⁹⁸³. Ce sous-corps de magistrats judiciaires n'est pas seulement caractérisé par son indivisibilité⁹⁸⁴, mais aussi sa hiérarchisation et sa dépendance à l'égard du pouvoir exécutif puisqu'il donne à voir une structure pyramidale dont le sommet est occupé par un membre du Gouvernement, en l'occurrence le garde des sceaux, dont il dépend aussi fonctionnellement. Cette dépendance fonctionnelle à l'égard du pouvoir politique trouverait, elle aussi, un fondement constitutionnel puisque, eu égard notamment à leurs attributions judiciaires, les magistrats du parquet sont l'un des rouages de la politique pénale⁹⁸⁵ qui n'est elle-même qu'une déclinaison de cette « politique de la nation » dont la Constitution remet la détermination et la conduite au Gouvernement, seul responsable devant le Parlement. Cela conduit alors à une contradiction, qui peut toutefois être aisément surmontée en rappelant qu'en dépit des proclamations du constituant, la Constitution ne garantit de toute façon l'indépendance d'aucun pouvoir constitué mais organise seulement entre eux des relations de dépendance organique et fonctionnel⁹⁸⁶, et à une situation qui peut apparaître comme un exercice de tétatologie aux tenants de la classification ternaire des pouvoirs. Cela revient effectivement à présenter une partie des organes d'application de la loi appartenant à l'« autorité judiciaire », et bénéficiant

⁹⁸² Art. 64 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁹⁸³ Outre l'absence de principe d'inamovibilité, la Constitution prévoit que la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature ne rend qu'un avis simple sur leurs nominations tandis que celle compétente à l'égard des magistrats du siège rend un avis conforme sur de telles décisions et statue comme juridiction administrative spéciale en matière disciplinaire.

⁹⁸⁴ L'acte accompli par l'un des membres du parquet l'étant au nom du parquet dans son entier, ce principe d'indivisibilité consacré à l'article L. 122-4 du code de l'organisation judiciaire, se traduit par l'interchangeabilité de ses membres.

⁹⁸⁵ Le rôle des magistrats du parquet dans la mise en œuvre de la politique pénale ne se réduit effectivement pas au déclenchement et à l'exercice de l'action publique devant les juridictions pénales ni même au recours aux modes alternatifs aux poursuites. Il leur incombe aussi de participer au volet préventif de cette politique. À ce titre, les procureurs de la République sont aussi chargés d'animer et de coordonner « dans le ressort du tribunal judiciaire la politique de prévention de la délinquance dans sa composante judiciaire, conformément aux orientations nationales de cette politique déterminées par l'État, telles que précisées par le procureur général » et doivent être consultés lors de l'élaboration du plan de prévention de la délinquance par le représentant de l'État dans le département (art. 39-2 du code de procédure pénale).

⁹⁸⁶ Il n'y a pas d'indépendance à proprement parler, mais seulement des degrés de dépendance, y compris pour les magistrats du siège. Pour relativiser leur « indépendance », il n'est d'ailleurs même pas nécessaire de souligner que la Constitution l'écorne d'ailleurs aussitôt qu'elle la proclame puisqu'elle fait de l'un des titulaires du pouvoir exécutif, en l'occurrence le Président de la République, son garant. Il suffit simplement de rappeler que l'indivisibilité de la souveraineté, telle qu'elle est proclamée à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose une dépendance, au moins sur le plan fonctionnel, à tous les corps constitués, c'est-à-dire notamment à ceux qui, comme les magistrats du siège, participent à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Leurs prérogatives doivent être regardées comme des fonctions tendant à mettre en œuvre les choix que le souverain a arrêtés en faisant œuvre constituante. C'est en cela d'ailleurs que le pouvoir créateur qu'ils peuvent s'octroyer en interprétant les normes qu'ils sont censés faire respecter peut susciter le débat.

à ce titre de garanties sur le plan organique, comme l'une des branches de l'« administration » dont le Gouvernement dispose au sens et pour application de l'article 20 de la Constitution.

377. Cette interprétation du Conseil constitutionnel donnant une assise constitutionnelle à la dépendance fonctionnelle du parquet fut toutefois récemment contestée par M. Paul Cassia⁹⁸⁷. L'auteur avance une série d'arguments visant tant la nature que le champ d'application des prérogatives dont dispose le Gouvernement sur le fondement de l'article 20 de la Constitution et qu'il convient de discuter successivement.

378. En premier lieu, il estime que les prérogatives du Gouvernement, telles que décrites à l'article 20, ne sont que « de nature normative » et qu'il n'est pas possible d'en déduire au profit du ministre de la justice la qualité de « chef de service des parquetiers ». En somme, il ne serait habilité qu'à édicter des textes réglementaires qui sont ensuite appliqués, notamment, par les magistrats. Il pourrait toutefois être objecté qu'une telle lecture ne rend qu'imparfaitement compte du rôle que les rédacteurs - et non les auteurs - de la Constitution ont entendu reconnaître au Gouvernement au travers des termes « peu juridiques »⁹⁸⁸ de « conduire » et « déterminer ». Comme le rappelle M. Olivier Lecucq, tandis que « déterminer, c'est avant tout fixer les grandes orientations pour le pays », rôle que M. Paul Cassia évoque ici et que le chef de l'État tend d'ailleurs à s'arroger à la faveur du fait majoritaire⁹⁸⁹, « conduire, c'est réaliser ou commander la réalisation concrète des buts ainsi déterminés »⁹⁹⁰. En tout état de cause, il n'est pas contestable que la fonction du Gouvernement revêt toujours une dimension « normative » et il en va de toute façon de même de la direction d'un service qui emprunte nécessairement la voie d'instructions générales ou individuelles. En second lieu, M. Paul Cassia conteste le champ de cette prérogative en s'appuyant sur l'unité de l'« autorité judiciaire » mentionnée par la Constitution aux articles 64 et 66 et en recourant à une interprétation systémique et fonctionnelle du texte constitutionnel. L'auteur relève ainsi que le deuxième alinéa de cet article 20 précise que le Gouvernement « dispose de l'administration et de la force armée » pour réaliser cette mission, ce qui exclurait l'autorité judiciaire à laquelle appartiennent les magistrats du parquet. L'auteur ajoute aussi, sous la forme d'un raisonnement par l'absurde, qu'une telle interprétation « caporalisante » de l'article 20 ne devrait alors pas être réservée aux magistrats du parquet. Elle devrait pouvoir être étendue aux magistrats judiciaires du siège et aux magistrats administratifs et serait donc incohérente avec le principe « cardinal » de la séparation des pouvoirs⁹⁹¹. Là encore, il est possible de discuter ce raisonnement en recourant aussi à une interprétation systémique et fonctionnelle. En premier lieu, le principe de séparation des pouvoirs - aussi « cardinal » soit-il - n'a lui-même, sur le plan formel, qu'une valeur constitutionnelle et il ne renvoie de toute façon qu'à un principe

⁹⁸⁷ Paul CASSIA, « L'article 20 de la Constitution, marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *D.*, 2018, p. 1.

⁹⁸⁸ Olivier LECUCQ, « Article 20 » in François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT (dir.), Clémence ZACHARIE (coord.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2008, 3^e édition, p. 590

⁹⁸⁹ Par ex., Jean MASSOT, « Direction du gouvernement et conduire la politique de la Nation », *Rev.adm.*, mars-avril 1980, p. 125

⁹⁹⁰ Olivier LECUCQ, *op.cit.*, p. 593.

⁹⁹¹ Paul CASSIA, *art.précit.*, p. 1.

de non-concentration du pouvoir. Il n'y aurait donc ici qu'un problème de cohérence avec une certaine vision de la séparation des pouvoirs et c'est de toute façon au constituant qu'il revient de répartir entre différents organes les prérogatives permettant de participer à l'exercice des différentes fonctions normatives. En outre, il ne serait pas satisfaisant de s'en tenir à la seule référence à l'« autorité judiciaire » pour apprécier le champ de l'article 20 de la Constitution. Elle conduit, d'une part, à laisser de côté notamment les magistrats administratifs et, d'autre part, à négliger les différentes fonctions existant au sein de l'« autorité judiciaire » et, par là même, la spécificité de la fonction juridictionnelle⁹⁹². En outre, en appréciant à cette aune le champ des prérogatives dévolues au Gouvernement par l'article 20, cela ne voudrait donc pas dire que la Constitution, par une forme d'analogie contagieuse, soumettrait aussi les magistrats exerçant une fonction juridictionnelle à la même dépendance fonctionnelle.

379. Certes, l'interprétation qui est retenue ici a aussi ses inconvénients⁹⁹³. Elle suppose d'accepter de considérer une partie de l'autorité judiciaire comme l'une des branches de l'« administration » au sens et pour application de l'article 20 de la Constitution en partant seulement d'une définition négative de ses fonctions et, *in fine*, d'épouser une présentation doctrinale de la séparation des pouvoirs qui, si elle correspond à celle retenue désormais par le Conseil constitutionnel, en vaut finalement bien une autre. Elle ne rendrait alors pas non plus compte de la spécificité de toutes les fonctions que la Constitution attribue à ces organes d'application de la loi que sont les magistrats du parquet. En effet, le parquet, bien que n'étant pas habilité à exercer une fonction juridictionnelle, n'en demeure pas moins une composante de l'autorité judiciaire « gardienne de la liberté individuelle »⁹⁹⁴. Il faudrait alors, en dernier lieu, opposer les garanties que la Constitution, en réduisant sa dépendance organique à l'égard du pouvoir exécutif, lui reconnaît pour exercer cette fonction et qui, même si elles demeurent inférieures à celles dont bénéficient les magistrats du siège et sont encore insatisfaisantes du point de vue conventionnel, sont supérieures à celle dont bénéficient d'autres agents de l'État. Il s'agit alors de dispositions spéciales qui dérogent au deuxième alinéa de l'article 20 en garantissant à ces agents une moindre dépendance organique, et par là même fonctionnelle, à l'égard du Gouvernement⁹⁹⁵.

⁹⁹² Cette distinction trouverait d'ailleurs un écho dans d'autres dispositions constitutionnelles, qui distinguent cette fois les autorités « administratives » et « juridictionnelles » (articles 62 de la Constitution du 4 octobre 1958), et dans la classification ternaire que le Conseil constitutionnel retient dans sa jurisprudence sur la séparation des pouvoirs. Une telle interprétation des dispositions constitutionnelles n'en rend pas moins critiquable l'organisation actuelle du parquet et l'accroissement de ses prérogatives, en particulier la confusion à laquelle peut conduire par exemple la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

⁹⁹³ Ces inconvénients semblent de toute façon inévitables s'agissant d'un organe qui se trouve ainsi à l'« interface » des pouvoirs constitutionnels (Thierry S. RENOUX, « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *D.*, 2018, p. 953).

⁹⁹⁴ Art. 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁹⁹⁵ En considérant l'existence de telles dispositions spéciales, il serait même possible de retenir une interprétation plus large encore de la notion d'« administration », c'est-à-dire une interprétation qui ne distingue pas selon la nature des fonctions exercées par les magistrats de l'autorité judiciaire, sans pour autant aboutir au résultat du raisonnement par l'absurde précédemment évoqué. Autrement dit, elle reviendrait à considérer, selon le mot de Casamayor, que « *la justice est une erreur millénaire qui veut que l'on ait attribué à une administration le nom d'une vertu* ». C'est cette interprétation que le Conseil d'État, pour sa part, a retenu de l'article 20 de la Constitution lorsqu'il fut saisi des recours dirigés contre le décret qui fusionnait

380. Le pouvoir hiérarchique du garde des sceaux est en outre encadré et, ces dernières années, le législateur a même cherché à sanctuariser l'exercice de l'action publique ou, à tout le moins, à dissiper le soupçon d'ingérence qui pouvait planer au-dessus de lui. Ce faisant, il a pris acte des problèmes de conventionnalité et, plus largement, de la défiance que pouvait susciter une telle organisation. Cette attention portée à l'impartialité « objective » de l'institution, au seul « soupçon » de partialité qui pourrait peser sur elle, transparait tant dans les rapports proposant une modification de cette architecture institutionnelle⁹⁹⁶, que dans les projets de lois ayant pour objet de l'aménager⁹⁹⁷. Les majorités qui se sont succédé ces dernières décennies n'ont du reste pas attendu la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le régime de la garde à vue pour se saisir de cette question⁹⁹⁸ et la pression exercée par les opinions publiques en faveur d'une réforme de la magistrature n'est elle-même que l'aboutissement d'un long processus⁹⁹⁹. La réforme se faisait toutefois d'autant plus pressante que le rôle du parquet a été renforcé dans la procédure pénale lors de l'enquête qu'il dirige ou du prononcé des mesures alternatives aux poursuites. Il subsiste néanmoins toujours un lien de dépendance que le constituant dérivé ne semble pas décider à rompre comme en témoignent les projets de révision, avortés ou toujours en discussion, qui ne proposent que de réformer le Conseil supérieur de la magistrature pour aligner en partie le statut des magistrats du parquet sur celui des magistrats du siège¹⁰⁰⁰.

381. Or, bien qu'une telle dépendance ne soit pas en elle-même rédhitoire sur le plan conventionnel¹⁰⁰¹, que le Conseil constitutionnel ait estimé que le législateur était parvenu à concilier les

l'inspection des services judiciaires, l'inspection des services pénitentiaires et celle de la protection judiciaire de la jeunesse au sein d'une inspection de la justice placée auprès du garde des sceaux. S'il a alors annulé le décret en ce qu'il incluait la Cour de cassation dans le champ des missions de cette inspection, il ne s'y est pas opposé par principe mais a seulement relevé que des garanties supplémentaires devaient être prévues eu égard au rôle que la Constitution et la loi confient à cette juridiction (CE, Sect., 23 mars 2018, *Syndicat Forve ouvrière Magistrats*, n°s 406066, 406498, 407474).

⁹⁹⁶ V par ex., Daniel LUDET, Dominique ROUSSEAU, Hélène DAVO, Sonya DJEMNI-WAGNER, *La justice, un pouvoir de la démocratie*, TerraNova, 2011, p. 37

⁹⁹⁷ Par exemple, l'exposé des motifs de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique : « En aucun cas des ingérences de l'exécutif ne doivent pouvoir interférer dans le déroulement des procédures judiciaires et notamment des procédures pénales, afin de ne pas laisser la place au soupçon de pressions partisans qui mine la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire ».

⁹⁹⁸ V. ainsi la déclaration du Président de la République à l'occasion de l'installation de la Commission de réflexion sur la Justice, reproduite in Pierre TRUCHE (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, Paris, La Doc.fr, 1997, p. 5

⁹⁹⁹ Comme le résume M. Jean- Paul Jean : « La période de la guerre froide, les grands conflits sociaux, la guerre d'Algérie, furent autant de moments permettant de mesurer les contraintes pesant sur les parquets. Le recrutement et la formation commune à l'Ecole nationale de la magistrature, le syndicalisme judiciaire, la thèse fondamentale de Michèle-Laure Rassat consacrée au ministère public, l'alternance politique, firent progressivement avancer le débat relatif au statut du parquet. Mais l'hypothèse d'évolutions plus radicales n'émergèrent qu'à la fin des années quatre-vingt à l'occasion des affaires de financement illégal des partis politiques. Les maladroites interventions auprès des parquets pour tenter d'empêcher ou de limiter les saisines et les investigations des juges d'instruction dans les affaires concernant les partis au pouvoir, puis des lois d'amnistie très contestées aboutirent, sous la pression de l'opinion, à un consensus politique apparent quant au mode de relation entre le ministre de la Justice et les parquets » (Jean-Paul JEAN, *art.précit*)

¹⁰⁰⁰ Le dernier en date étant le projet de loi constitutionnelle n° 2203 pour un renouveau de la vie démocratique qui fut enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 août 2019.

¹⁰⁰¹ D'une part, comme elle l'a précisé, la Cour européenne ne condamne pas en lui-même ce lien de dépendance effective et ne se prononce « que sous le seul angle des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, et des notions autonomes développées par sa jurisprudence au regard desdites dispositions » (CEDH, 5^e section, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06, §57). D'autre part, tout en reconnaissant, comme la Cour européenne des droits de l'homme, que le procureur ne

injonctions constitutionnelles contradictoires qui lui sont adressées¹⁰⁰², son maintien est suffisant pour entretenir à l'état de latence un soupçon que chaque nouvelle affaire politico-financière ne fait que faire remonter à la surface. Il faut ajouter à cela le caractère encore lacunaire des garanties légales de cette « indépendance » dont l'appréciation indulgente par le Conseil constitutionnel¹⁰⁰³, plus que son interprétation « caporalisante » de l'article de 20 de la Constitution¹⁰⁰⁴, mine l'autorité persuasive de sa décision¹⁰⁰⁵.

382. Sans doute, le législateur ne s'est ni contenté de la reprise de l'adage selon lequel « la plume est servie, mais la parole est libre »¹⁰⁰⁶, signifiant que les magistrats du parquet retrouvent une liberté de parole à l'audience, ni de rappeler, comme une incantation, l'obligation - qui ne peut être qu'être déontologique - d'impartialité pesant aussi sur eux¹⁰⁰⁷. Après avoir imposé que toute instruction individuelle reçue par les magistrats du parquet soit écrite et versée au dossier, il n'a pas simplement supprimé la possibilité pour le garde des sceaux de leur en adresser, ce que la pratique n'avait pas fait disparaître, mais il le lui a expressément interdit¹⁰⁰⁸, réservant ainsi cette prérogative aux seuls procureurs

saurait être regardé comme un magistrat pouvant exercer le contrôle auquel la personne arrêtée ou détenue a « aussitôt » droit selon la version française des stipulations du troisième paragraphe de l'article 5 de la CESDHLF, la Cour de cassation put sauver le régime de la garde de vue en interprétant assez soupagement cette exigence de brièveté (Crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674). Cela ne suffit pas non plus pour prémunir la France de toute condamnation. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a pu constater un manquement aux stipulations de l'article 5§3 lorsque des suspects, dont le navire avait été intercepté en haute mer, ne furent pas présentés à un magistrat du siège dès leur arrivée en France alors qu'ils avaient été privés de liberté pendant dix-huit jours (CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, n° 62736/09), conduisant le législateur français à revoir le régime de la garde à vue dans cette hypothèse (art. L. 1521-18 du code de la défense tel que modifié par l'article 60 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale).

¹⁰⁰² En s'appuyant sur l'article 20 de la Constitution, le Conseil constitutionnel eut effectivement l'occasion d'affirmer la conformité de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature aux droits et libertés que la Constitution garantit (CC, n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats* [indépendance des magistrats du parquet]). Une telle solution se trouvait déjà en germe dans sa décision n° 2004-492 DC dans laquelle il avait estimé, sur le même fondement, que les dispositions de l'article 30 du code de procédure pénale, qui avaient été modifiées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 afin notamment de reconnaître expressément la possibilité pour le ministre de la justice d'adresser aux parquets des « instructions générales d'action publique », ne méconnaît « ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle » (CC, n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. n° 98).

¹⁰⁰³ Bertrand de LAMY, « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *RSC*, 2018, p. 163.

¹⁰⁰⁴ Paul CASSIA, *art.précit.*, p.1.

¹⁰⁰⁵ Le Conseil d'État n'a eu en revanche aucun mal à se plier à son autorité de la chose interprétée lorsqu'il fut saisi d'un recours pour excès de pouvoir (CE, Sect., 23 mars 2018, *Syndicat Force ouvrière Magistrats*, n°s 406066, n° 406498, 407474)

¹⁰⁰⁶ Second alinéa de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature et art. 33 du code de procédure pénale.

¹⁰⁰⁷ Art. 31 du code de procédure pénale tel que modifié par l'article 31 de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique. Il est effectivement difficile d'attendre des magistrats du parquet, qui sont des parties intéressées au litige pénal, fassent montre de la même impartialité que les magistrats du siège exerçant une fonction juridictionnelle (Evelyne BONIS-GARCON, Olivier DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *JCP*, 2013. 955).

¹⁰⁰⁸ Art. 30 du code de procédure pénale tel que modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique. Avant l'adoption de cette loi, le Gouvernement s'était simplement engagé, par voie de circulaire à ne pas user de cette faculté (Circulaire du 19 septembre 2012 de politique pénale de Mme la garde des sceaux, *JORF* n°0243 du 18 octobre 2012, p. 16225).

généraux et procureurs de la République à l'égard des officiers du ministère public près de la juridiction de leur ressort. Le ministre de la Justice peut alors seulement émettre des « instructions générales » aux fins de conduire et de veiller à l'unité et la cohérence non plus de la « politique d'action publique » mais de « politique pénale », formulation qui fut jugée plus adéquate¹⁰⁰⁹ et permet bien de sanctuariser l'exercice de l'action publique.

383. Néanmoins, à côté des rapports annuels permettant de rendre compte de l'application de la loi et des ces instructions générales qui peuvent être le cas échéant adaptées au contexte local, il subsiste encore les rapports « particuliers » que les procureurs de la République et les procureurs généraux peuvent établir de leur propre chef ou à la demande de leur hiérarchie¹⁰¹⁰ et dont d'aucuns craignent qu'ils puissent encore servir de canaux de communication pour des instructions individuelles informelles¹⁰¹¹. Ce qui est regrettable ce n'est donc pas seulement que le Conseil constitutionnel ait autorisé, ou à tout le moins couvert, « les pratique des « remontées d'information » » vers la place Vendôme¹⁰¹² qui font toujours régulièrement parler d'elles, mais qu'il ne les ait tout bonnement pas évoquées que ce soit dans la motivation de sa décision ou dans le commentaire qui l'accompagne. Quant à la liberté de parole, son effectivité est tout aussi sujette à caution puisque que rien ne garantit qu'un parquetier, après avoir loyalement informé son supérieur hiérarchique du sens de ses réquisitions orales, soit effectivement désigné pour soutenir l'action publique à l'audience. En tout état de cause, la montée en puissance de voies alternatives ne laissant pas de place au débat contradictoire raréfie les occasions durant lesquelles elle pourrait s'exercer¹⁰¹³.

384. S'il semble bien impossible de purger l'exercice de ces actions en justice, et même d'ailleurs le contrôle juridictionnel, de toute considérations d'opportunité politique et de mesurer le poids réel que ce lien de dépendance peut avoir parmi les causes d'ineffectivité de la règle de droit au-delà de quelques affaires emblématiques¹⁰¹⁴. Il n'en reste pas moins que la suspicion entourant l'exercice de ces voies de droit donne un autre relief aux actions en justice susceptibles de s'exercer à côté d'elles, et ce, qu'elles émanent d'ailleurs de personnes physiques ou morales ou qu'elles aient pour but la défense d'un intérêt personnel ou collectif. Sans pour autant être elles-mêmes l'expression d'un amour immodéré et désintéressé de la Loi, elles apparaissent comme une garantie supplémentaire mais aussi comme un moyen

¹⁰⁰⁹ Comme l'explique l'étude d'impact, il s'agissait de procéder ici à une clarification terminologique (Étude d'impact, *Projet de loi relatif aux attributions du Garde des Sceaux et des attributions du ministère public en matière d'action publique et de politique pénale*, 22 mars 2013, p. 22).

¹⁰¹⁰ Art. 35 et 39-1 du code de procédure pénale.

¹⁰¹¹ Evelyne BONIS-GARCON, Olivier DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *JCP*, 2013. 955.

¹⁰¹² Paul CASSIA, *art.précit.*, p. 1.

¹⁰¹³ Bertrand de LAMY, « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *RSC*, 2018, p. 163.

¹⁰¹⁴ L'affaire des biens mal acquis est, à cet égard, un modèle du genre.

de contester les orientations politiques qui se dissimuleraient derrière une éventuelle carence de ces autorités habilitées à défendre en justice des intérêts collectifs.

B- Une faculté de soutien entravée pour les actions des personnes privées

385. La défense des intérêts collectifs, et en particulier de celui qui s'attache au respect des normes, n'est pas l'apanage de quelques organes de l'État. Elle procède d'une synergie fondée sur une convergence d'intérêts défendus par des actions publiques et privées (1). Toutefois, ces acteurs privés ne sauraient, ou tout simplement ne peuvent, suppléer en toute circonstance les défaillances des institutions habilitées à défendre en justice des intérêts collectifs (2).

1- Les actions en défense d'intérêts personnels mises au service de la défense des intérêts collectifs

386. Ne serait-ce qu'en raison de la dimension objective inhérente à tout litige, tout requérant, y compris celui qui ne chercherait qu'à défendre ses intérêts personnels, participe à la défense de l'intérêt collectif que constitue le respect de la norme appuyant ses prétentions et, le cas échéant, de celui pour la protection duquel elle fut édictée. Devant les juridictions pouvant être saisies par les organes habilités à défendre certains intérêts collectifs en justice, il est ainsi des voies de droit qui permettent à quiconque de les suppléer. Il en est même certaines dans le cadre desquelles le jurislatureur a mis les requérants au service d'un intérêt collectif supérieur.

387. Le recours pour excès de pouvoir constitue à cet égard l'exemple le plus éclatant puisque c'est cette ambition holistique qui apparaît en filigrane des développements qu'il connut sous le Second Empire, et plus précisément à compter de 1861 c'est-à-dire de sa période dite libérale qui vit la « théorie de la régulation » l'emporter sur celle du « scandale »¹⁰¹⁵, puis sous la III^e République. En effet, le développement de cette voie de droit apparaissait notamment comme un moyen d'assainir la gestion de l'administration alors que les évolutions affectant son organisation multipliaient par ailleurs les sources de possibles illégalités. Il en fut ainsi du mouvement de déconcentration opéré par les décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861 auxquels, répondant alors tant à des aspirations holistes qu'individualistes, l'extension des cas d'ouverture et surtout le décret du 2 novembre 1864 firent contrepoids, ou encore du mouvement de décentralisation auquel correspondit notamment l'extension en forme de mutation de la notion d'intérêt personnel qui, avec l'affirmation de la théorie de l'exception de recours parallèle, acheva de l'ancrer - au moins temporairement - du côté des voies de droit holiste et offrit aux administrés un « contrepoison » à l'action potentiellement « malfaisante » des préfets¹⁰¹⁶ et, surtout, à la République une

¹⁰¹⁵ Pierre LANDON, *Aux sources du recours pour excès de pouvoir. Essai historique*, Paris, Sirey, 1942, p. 95.

¹⁰¹⁶ Gaston JEZE, « Du rôle des préfets en France. CE, 20 janvier 1911, *Delpech* », *RDP*, 1911, p. 27.

souape de sûreté semblable à celle dont s'était doté le régime impérial. Quoiqu'il pût effectivement participer à la protection de leurs intérêts personnels, le recours pour excès de pouvoir introduit par les particuliers était ainsi avant tout conçu comme une occasion pour l'administration, quelle que fût la nature du régime politique qu'elle servait, de faire ce que Georges Renard appelait « un examen de conscience suivi d'un acte de contrition »¹⁰¹⁷.

388. La mise en place du déféré préfectoral n'a pas remis en cause l'utilité que cette voie de droit pouvait présenter au niveau local. Elle apparaît même toujours comme un complément indispensable compte tenu des limites qui ont été précédemment évoquées. Au reste, lorsqu'il affirma l'irrecevabilité du recours dirigé contre le refus d'engager un déféré, le Conseil d'État prit soin, dans le même temps, de garantir au tiers éconduit la possibilité d'exercer lui-même le recours pour excès de pouvoir contre l'acte litigieux en jugeant que « la demande ainsi présentée au préfet, si elle a été formée dans le délai du recours contentieux ouvert contre l'acte de la collectivité locale, a pour effet de proroger ce délai jusqu'à l'intervention de la décision explicite ou implicite par laquelle le préfet se prononce sur ladite demande ». Ce lot de compensation peut toutefois sembler insuffisant en tenant compte des facilités que le législateur accorde par ailleurs aux préfets pour obtenir la suspension des actes déferés au contrôle du juge. Avec cette neutralisation du déféré provoqué, auquel l'arrêt *Brasseur* a contribué, les administrés ont été privés d'un moyen permettant d'obtenir plus aisément la suspension d'un acte d'une collectivité territoriale et que les mêmes procédures de référé mises à leur disposition par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 n'ont pu remplacer. Le recours pour excès de pouvoir pouvant être introduit par des personnes physiques ou morales, ainsi que les procédures de référé d'urgence, participent ainsi à « l'équilibre général sur lequel repose le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales que le représentant de l'État est tenu d'assurer en vertu du troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution » comme le Conseil constitutionnel prit soin de le souligner lorsqu'il censura - pour un motif de constitutionnalité externe - une disposition législative qui avait pour objet de remettre en cause cet effet prorogatif¹⁰¹⁸. Cette complémentarité qui permet de justifier et d'équilibrer la position du Conseil d'État dans l'arrêt *Brasseur* n'a toutefois pas empêché le juge administratif d'étendre cette jurisprudence aux hypothèses dans lesquelles le préfet refuse de déférer un acte qui n'est lui-même pas susceptible d'être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir¹⁰¹⁹.

389. Cette participation à la défense des intérêts collectifs est aussi possible devant les juridictions judiciaires où il existe aussi des voies de droit qui, traversées par cette forme de dualité fonctionnelle, peuvent être, selon les circonstances, aussi bien holistes qu'individualistes. C'est le cas de l'action civile que les victimes d'infraction pénales peuvent exercer devant les juridictions pénales, dont le jurislatureur

¹⁰¹⁷ Georges RENARD, *Cours élémentaire de droit public. Droit constitutionnel, droit administratif, droit financier*, Paris, Sirey, 1922, p. 112.

¹⁰¹⁸ CC, n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. n° 21.

¹⁰¹⁹ CAA de Bordeaux, 3^e chambre, 20 décembre 2011, n° 11BX00494.

admet qu'elle puisse être exercée aux fins d'indemnisation ou simplement à titre vindicatif, qui a pour effet de déclencher l'action publique, le cas échéant en lieu et place des organes de l'État qui sont habilités à le faire. La matière pénale donne à voir une complémentarité des actions publique et privée qui a traversé le temps et survécu à la publicisation de la répression pénale. Le mouvement de « socialisation »¹⁰²⁰ du pouvoir de poursuite pénale, qui vit « l'instrument de la vengeance de chacun » devenir « le moyen de la protection de tous »¹⁰²¹, n'a effectivement pas conduit à la monopolisation du pouvoir de déclencher les poursuites par les agents de l'État dont elle accompagnait la structuration, mais seulement à celui de les conduire. De la même manière d'ailleurs que les agents du roi ou de la Nation furent aussi admis à déclencher des poursuites lorsque le fléau penchait du côté de l'accusation privée au cours de ce « mouvement de balancier de l'accusatoire à l'inquisitoire, de l'inquisitoire à l'accusatoire » qui rythma l'histoire de la procédure pénale française¹⁰²².

390. Sans doute, l'affirmation et structuration du pouvoir royal dans la sphère pénale se traduit par le choix d'une procédure à caractère inquisitoire et non accusatoire¹⁰²³ sous l'influence du droit canon et - plus indirectement - du droit romain du Bas-Empire¹⁰²⁴, c'est-à-dire d'une procédure censée favoriser la répression en faisant de tout juge un procureur général qui puisse pallier ainsi l'éventuelle indolence ou crainte des victimes qui n'étaient pas nécessairement enclines à renoncer à la vengeance privée compte tenu des risques et des inconvénients que présentait « l'accusation par partie formée »¹⁰²⁵. De même, du XIII^e au XVI^e siècle, l'accusation par partie formée recula à mesure que la poursuite d'office, dont l'apprise constituait alors la forme laïcisée, gagna du terrain, laissant dans son reflux à la disposition des parties lésées une faculté de dénoncer¹⁰²⁶ qui s'avérait être relativement moins risquée pour elles. Cette dénonciation n'en conservait toutefois pas moins « l'énergie de l'ancienne accusation »¹⁰²⁷, dont il semble

¹⁰²⁰ Éric MATHIAS, *thèse.précit.*, p. 85.

¹⁰²¹ Éric MATHIAS, *thèse précit.*, p. 87.

¹⁰²² Jacques LEROY, *Procédure pénale*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 5^e édition, 2017, n° 9, p. 19.

¹⁰²³ MM. Serge Guinchard et Jacques Buisson rappellent ainsi que ce sont des éléments juridiques comme politiques qui permettent de distinguer ces deux modèles (V. Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, 11^e édition, 2018, p. 23-35). La procédure dite accusatoire, qui est qualifiée ainsi car « L'État, la Cité en tout cas, exige que les poursuites pénales soient déclenchées par un accusateur et uniquement par un accusateur », conduit à un cloisonnement des autorités de poursuites et de jugement, les secondes ne pouvant connaître de l'affaire que lorsque les premières se sont manifestées et tant qu'elles ne se sont pas désistées et se caractérise par son « caractère public, oral et contradictoire ». Quant à la procédure dite inquisitoire, qui « doit son nom à la formalité préliminaire qui va influencer tout le processus ultérieur, l'inquisitio, à mi-chemin de l'enquête et de l'instruction », elle met l'accent sur la phase permettant d'apporter toute la vérité aux juges avant la phase de jugement et s'inscrit plutôt dans le cadre d'une société « centralisée, autoritaire et évoluée », le terme autoritaire signifiant pour les auteurs que l'intérêt des individus pèse peu face à celui de l'État dans le cadre de recherche des preuves. Sur le plan de la technique juridique, elle se caractérise quant à elle par son caractère écrit, secret et, par là même, non contradictoire à l'égard de l'accusé. Ainsi peuvent être résumés à grands traits ces deux modèles de procédure dont il faut toutefois rappeler qu'il s'agit de constructions doctrinales dont la pertinence est contestée et qu'ils ne sont, et n'ont jamais été, fidèlement et complètement mis en application (Ludovic PRIMONT, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale. Représentations, fondements et définition*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 47, 2010, 538 p.).

¹⁰²⁴ Sur les sources intellectuelles de la procédure inquisitoire, V. Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e édition, 2014, p. 188-191.

¹⁰²⁵ L'accusateur devait aussi tenir prison toute la durée de la procédure et, s'il succombait, devait en principe subir la peine qu'il avait demandée (Adhémar ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France. Et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, p. 108).

¹⁰²⁶ Adhémar ESMEIN, *op.cit.*, p. 134.

¹⁰²⁷ Adhémar ESMEIN, *op.cit.* p. 125.

d'ailleurs qu'il fut dans un premier temps difficile de la distinguer, et la partie lésée n'était pas totalement exclue du procès pénal même si elle était appréhendée comme une partie civile ne poursuivant plus que la satisfaction de son intérêt personnel. Il en fut de même lorsque la procédure inquisitoire atteignit son apogée avec l'ordonnance criminelle de 1670. En effet, cette ordonnance ne continua pas seulement de creuser le sillon dans lequel ses commentateurs cultivèrent et systématisèrent la distinction des actions civiles et publiques. Elle posa aussi les bases de la distinction entre le déclenchement et la conduite de l'accusation et, réservant la seconde phase au ministère public, admettait que la première put être l'objet d'une prérogative partagée avec la partie lésée. Cette dernière ne pouvait pas seulement, comme toute personne, dénoncer l'infraction mais aussi, si elle le désirait, déclencher l'action publique et prendre part au procès pénal pour réclamer l'indemnisation du préjudice qu'elle avait subi au travers de la constitution de partie civile, ce qui témoignait moins d'une concession imposée par l'irréductibilité d'un miasme archaïque que d'un choix réfléchi destiné à tempérer les inconvénients de cette procédure couteuse et prévenir les éventuelles défaillances de la procédure inquisitoire¹⁰²⁸. En effet, d'une part, les frais étant à la charge du poursuivant, le déclenchement des poursuites par la partie lésée permettait de transférer sur elle les dépens et, d'autre part, le ministère public ne paraissait pas encore suffisamment établi pour assumer seul et efficacement cette fonction. Quant aux lois qui clôturèrent la parenthèse révolutionnaire durant laquelle l'exemple anglais et les mânes de l'accusation populaire romaine servirent à exorciser le spectre de l'ordonnance de 1670¹⁰²⁹, bien qu'elles reconstituassent le ministère public et fissent le choix du modèle inquisitoires, au moins pour la phase précédant l'audience du jugement¹⁰³⁰, elles ne privèrent pas pour autant la partie lésée de la faculté de déclencher les poursuites. Là encore, c'est le pragmatisme qui l'emporta de la part d'un pouvoir qui, soucieux de rétablir l'ordre et de le maintenir, trouvait dans l'action de la victime un moyen de multiplier les facteurs de poursuite.

391. Si elle peut apparaître aujourd'hui comme un contrepoids utile à l'opportunité des poursuites, l'action civile n'en constitue toutefois pas la conséquence. À l'inverse, ce serait même, l'existence de cette faculté pour la partie lésée de déclencher l'action publique qui aurait permis au classement en opportunité de s'imposer empiriquement en France. C'est ce que montre M. Éric Mathias qui remonte le fil pour expliquer les origines et les fondements de l'antagonisme entre principe de légalité des poursuites en Allemagne et le principe de l'opportunité des poursuites en France. En effet, l'auteur note que l'engorgement des cabinets d'instruction lors de l'entrée en vigueur du code d'instruction criminelle n'était que la conséquence pratique de la mise en œuvre de la séparation stricte entre les fonctions de poursuite et d'instruction qui était justifiée par le statut que le législateur impérial conférait au ministère public, à

¹⁰²⁸ Jacques LEROY, *op.cit.*, n° 35, p. 31-32

¹⁰²⁹ V. Jacques LEROY, « La place de la partie lésée dans le procès pénal révolutionnaire », *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, p. 105. Plus généralement, sur le parquet sous la Révolution, V. Éric DE MARI, « Le parquet sous la Révolution, 1789-1799 », in Jean-Marie CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, coll Droit et justice, 2000, p. 221 et s.

¹⁰³⁰ Jean-Louis HALPERIN, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », in Xavier ROUSSEAU, Marie-Sylvie DUPONT-BOUCHAT, Claude VAEL (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales*, Paris, L'Harmattan, 1999, p.109.

savoir non pas celui d'un « organe objectif du procès pénal » mais d'une « partie publique »¹⁰³¹. Or, cette partialité - au moins sur le plan procédural - du ministère public résultait elle-même des conditions dans lesquelles la dissociation des actions civile et pénale s'était opérée en France, c'est-à-dire en ménageant une possibilité d'intervention aux parties lésées à travers cette sous-distinction entre le déclenchement et l'exercice des poursuites. Dans la mesure où il partageait cette première prérogative avec la partie lésée, le ministère public apparaissait ainsi simplement comme une institution destinée à la suppléer¹⁰³². Tout au plus la reconnaissance progressive de l'opportunité des poursuites ne fit qu'apporter une justification supplémentaire au maintien de cette prérogative qui se muait alors pour les victimes en garantie contre le classement sans suite résultant d'une simple erreur d'appréciation ou d'un choix politique. Il semble d'ailleurs qu'elle n'ait pas pesé - du moins explicitement - dans le raisonnement de la Cour de cassation lorsqu'elle fut amenée à trancher en 1906 la question de la portée qu'il convenait d'accorder à la plainte avec constitution de partie civile adressée au juge d'instruction telle qu'organisée par le code d'instruction criminelle et qu'elle ouvrit aux parties lésées une autre voie pour déclencher les poursuites.

392. Au cours du XIX^e siècle, les auteurs et la jurisprudence s'opposaient sur la portée qui devait être reconnue au dépôt d'une plainte avec constitution civile devant le juge d'instruction en matière délictuelle et criminelle et, par là même, sur le rôle qui devait être reconnu à la partie lésée dans le déclenchement des poursuites. D'un côté, était défendue l'idée selon laquelle la victime d'une infraction pouvait mettre en mouvement l'action publique aussi bien au moyen d'une citation directe devant les juridictions de police et correctionnelle - ce qui n'était pas contesté - que d'une constitution initiale de partie civile devant le juge d'instruction et, de l'autre, l'idée d'une forme d'« omnipotence » du parquet auquel la plainte était communiquée aux fins de réquisition aux termes du premier alinéa de l'article 70 du code d'instruction criminelle de 1808¹⁰³³. Le 8 décembre 1906, dans son arrêt *Placet*, qui est passé à la postérité sous le nom *Laurent Atthalin* en hommage au conseiller rapporteur dont les conclusions furent alors suivies, la Chambre criminelle de la Cour de cassation trancha en faveur de la première position en affirmant qu'une plainte initiale déposée auprès du juge d'instruction déclenche bien l'action publique, nonobstant

¹⁰³¹ Éric MATHIAS, *thèse.précit.*, p. 103-104.

¹⁰³² « En d'autres termes, les membres du ministère public étaient moins considérés comme des *défenseurs* publics qui, composant un organe objectif seul autorisé à poursuivre comme en Allemagne, préservaient, conformément à la loi, les intérêts de la société - et de chacun de ses membres - depuis l'origine jusqu'à la fin du procès pénal, que comme des *demandeurs* publics qui, déclenchant les poursuites en tant que partie publique en remplacement de la partie privée, diligentaient une action avant d'en avoir vérifié les fondements. Ils visaient certes un but différent de celui du particulier lésé mais leur démarche était directement empruntée à ce dernier (ce qui s'explique naturellement par la vocation du procureur à suppléer la victime) : poursuivre un objectif *a priori* mais l'étayer *a posteriori* ; réclamer au lieu de requérir. Si ce principe d'action selon lequel la fin précède les moyens caractérise assurément la situation de la partie civile, il ne devrait pas concerner les magistrats pour lesquels la poursuite - et *a fortiori* l'accusation - suppose nécessairement l'existence de charges. Pourtant, c'est bien ce principe que le législateur impérial - et ses successeurs - ont voulu appliquer aux modalités d'intervention des membres du ministère public en consacrant une séparation des fonctions de poursuite et d'instruction » (Éric MATHIAS, *thèse.précit.*, p. 104-105) (en italique dans le texte).

¹⁰³³ Sur ces hésitations doctrinales et jurisprudentielles, V. Jacques PRADEL, « Action publique - victime prétendue qui se constitue partie civile devant le juge d'instruction » in Jacques PRADEL, André VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2019, 10^e édition, p. 90-102 ; Jean BROUCHOT, « L'arrêt *Laurent Atthalin*, sa genèse, ses conséquences », *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1966, p. 411.

l'opposition du ministère public, puisqu'elle contraint bien le juge à informer après obtention des réquisitions du parquet et quel qu'en soit le sens¹⁰³⁴.

393. Cette faculté fut enfin reprise par le code de procédure pénale de 1958 qui perpétuait ce partage napoléonien entre le caractère inquisitoire de la phase préparatoire et le caractère accusatoire de la phase de jugement qui semble aujourd'hui remis en cause par un mouvement législatif et jurisprudentiel plus soucieux de la protection des droits des accusés.

2- Les limites des autres actions privées en défense d'intérêts personnels

394. Pour que l'action privée puisse effectivement pallier les éventuelles lacunes de l'action publique encore faut-il, d'une part, que des intérêts personnels aient été atteints ou soient regardés comme tels, ce qui constitue l'un des principaux obstacles juridiques sur lequel elle est susceptible de se heurter (a), et, d'autre part, que ceux qui auraient été ainsi personnellement lésés acceptent ou puissent saisir les juridictions de telles actions (b).

a- Les obstacles juridiques à l'accès au juge

395. Même si la faculté pour les parties lésées de déclencher l'action publique était parvenue à pénétrer si profondément et durablement dans l'organisation de la procédure pénale française qu'elle semble s'y être incrustée, elle n'en demeurerait pas moins une substance étrangère à l'inspiration inquisitoire de la phase préalable au jugement, susceptible de corroder le bénéfice que les juridictions répressives pouvaient attendre du principe d'opportunité des poursuites. Bien avant que le législateur ne tente de contenir ce phénomène de privatisation de l'action publique et d'engorgement des cabinets d'instruction en subsidiarisant la saisine du juge d'instruction par la partie civile en matière délictuelle¹⁰³⁵, la Cour de cassation avait aussi tenté de la circonscrire.

¹⁰³⁴ Pour ce faire, la Chambre criminelle s'appuya sur trois arguments procédant d'une interprétation systémique des dispositions du code d'instruction criminelle. Elle rapprocha ainsi les dispositions de l'article 63 du code, permettant à toute personne se prétendant lésée par un crime ou un délit de se constituer devant un juge d'instruction, celles de l'article 3, qui rappelaient que, eu égard à son caractère accessoire, les juridictions pénales ne pouvaient se prononcer sur l'action civile que si elles étaient saisies de l'action publique, et celles qui, encadrant le déroulement et la clôture de l'instruction, rappelaient que le principe selon lequel la juridiction d'instruction doit s'exercer indépendamment des réquisitions de la partie publique et dont aucune raison permettait de justifier. La Chambre criminelle utilisa enfin un argument par analogie. « L'omnipotence » du parquet défendues alors par certains courants doctrinaux et jurisprudentiels était effectivement déjà bien érodée et, finalement, nuisait à la cohérence du droit puisqu'il n'était pas contesté que la prétendue victime pouvait déjà déclencher l'action publique par voie de citation directe devant les tribunaux de police et les tribunaux correctionnels.

¹⁰³⁵ L'article 21 de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a ainsi modifié l'article 85 du code de procédure pénale pour conditionner la recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile au refus expresse du procureur de la République d'engager lui-même les poursuites à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire ou bien de son inertie après trois mois. Les infractions criminelles ne sont alors pas concernées par cette condition de recevabilité, ni certaines infractions délictuelles, en l'occurrence celles prévues par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et par les articles L. 86, L. 87, L. 91 à L. 100, L. 102 à L. 104, L. 106 à L. 108 et L. 113 du code

396. L'apparition de la théorie des infractions dite « d'intérêt général » dans l'arrêt de la chambre criminelle *Suter-Siniard* du 25 juillet 1913¹⁰³⁶, c'est-à-dire peu de temps après l'arrêt *Laurent-Atthalin*, a ainsi marqué le début d'une tendance au « refoulement » de l'action civile. Cette théorie, dont l'appellation qui pourrait laisser accroire qu'il existe des infractions qui ne sont pas d'intérêt général¹⁰³⁷, désigne un mouvement jurisprudentiel qui vit des actions civiles rejetées comme irrecevables, y compris par voie d'intervention, en présence d'infractions dont la réalisation ne saurait correspondre à un quelconque préjudice personnel.

397. Dégagée à propos du délit d'outrage public à la pudeur, dont la Chambre criminelle considéra qu'il ne lésait « que la généralité des citoyens, en s'attaquant uniquement à la morale publique », cette théorie conduisait à réserver ainsi au seul ministère public, ou plus largement aux autorités publiques habilitées à déclencher l'action publique, la possibilité de défendre l'intérêt collectif qui s'attache au respect de la norme prohibant le comportement infractionnel en s'appuyant sur un autre intérêt collectif qui est celui qui serait protégé exclusivement ou essentiellement par l'infraction. Cette théorie prit son essor en matière économique¹⁰³⁸ et essaima ponctuellement dans d'autres domaines¹⁰³⁹ mettant alors au défi l'esprit de système des commentateurs tant ce développement se fit de manière erratique. Les conditions d'application de cette théorie étaient effectivement aussi floues que son appellation et ses fondements furent discutés puisque la Cour de cassation faisait appel à la « nature » de l'infraction, à « l'objet même », selon ses termes, des textes l'instituant, c'est-à-dire à des critères peu opératoires, qu'elle complétait au besoin par le régime procédural, c'est-à-dire à un critère qui peut lui sembler inopérant¹⁰⁴⁰.

398. Cela ne faisait donc que nourrir les critiques d'une partie de la doctrine à son égard et, au refoulement de l'action civile succéda celui de la théorie des infractions d'intérêt général qui a été emportée par un vaste mouvement de « victimophilie », de « privatisation » du droit pénal dont l'interprétation plus accueillante des dispositions de l'article 2 du code de procédure pénale fut l'une des

électoral. Lorsqu'il est applicable, le circuit imposé par l'article 85 ne peut être contourné et la Cour de cassation a ainsi précisé que « le bénéfice de la plainte avec constitution de partie civile, accordé en raison d'un dépôt préalable d'une plainte simple pour les mêmes faits, est propre au plaignant auteur de la plainte simple, et ne saurait bénéficier « par ricochet » à une personne qui n'aurait pas elle-même suivi le circuit imposé par l'article 85 alinéa 2 du code de procédure pénale » (Crim., 8 septembre 2020, n° 19-84.995).

¹⁰³⁶ Crim., 25 juillet 1913, *Suter-Siniard*, D., 1915, 1 p. 150.

¹⁰³⁷ Il serait plus exact de parler d'infraction exclusivement dans l'intérêt général. C'est du reste ce critère d'exclusivité qui est employé dans les décisions qui font application ou abandonne cette théorie.

¹⁰³⁸ Crim., 19 novembre 1959, *Milbaud*, Bull. crim. n° 449.

¹⁰³⁹ Le caractère d'infraction d'intérêt général fut ainsi reconnu à celles du code des boissons (Crim., 30 janvier 1957, Bull. crim. n° 101), à la non-dénonciation de crime (Crim., 2 mars 1961, Bull. crim. n° 137), à l'association de malfaiteurs (Crim., 8 février 1979, Bull. crim. n° 58) ou encore à toutes les infractions au code de l'urbanisme (Crim., 22 mai 1973, Bull. crim. n° 229) (Pour une liste plus exhaustive, V. Philippe BONFILS, *thèse.précit.*, n° 33, p. 51-52).

¹⁰⁴⁰ Pour écarter la recevabilité de la constitution de partie civile s'agissant des infractions en matière de fixation des prix, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'était appuyée dans son arrêt « *Milbaud* » du 19 novembre 1959 sur les dispositions spéciales de l'ordonnance n°45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique qui prévoyaient que les poursuites pouvaient être éteintes en transigeant avec l'administration. Cela n'est toutefois pas suffisant pour considérer qu'en aucun cas un intérêt individuel puisse être lésé par de telles infractions. Ainsi que le rappelle M. Stéphane Detraz, la Cour de cassation a d'ailleurs elle-même reconnu la faiblesse de ce raisonnement en l'abandonnant (Stéphane DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures*, 2009, n° 12, étude n° 10, p. 7)

manifestations jurisprudentielles. Ce refoulement se manifeste par les nombreux revirements de jurisprudence auxquels procéda la Cour de cassation, y compris dans les bastions historiques, mais il ne signifie toutefois pas sa disparition totale. Elle serait d'ailleurs moins « moribonde »¹⁰⁴¹ - ce qui laisserait entendre que sa disparition prochaine est inéluctable - qu'en voie d'assainissement¹⁰⁴². Autrement dit, elle tendrait à se recentrer sur un noyau dur d'infractions qui ne seraient en tout état de cause pas susceptibles de donner lieu à une action civile recevable sur le fondement de l'article 2 du code de procédure pénale, c'est-à-dire dont le résultat serait susceptible de provoquer un préjudice direct et personnel pour une victime pénale. À ce titre, il put être d'ailleurs proposé de fonder enfin clairement la théorie des infractions d'intérêt général sur cette dernière disposition¹⁰⁴³ qui du reste se trouve parfois, avec l'article 3 du même code, au cœur du raisonnement de ces décisions¹⁰⁴⁴ qui sont autant de spasmes discrets rappelant que son « cadavre bouge encore »¹⁰⁴⁵. Il reste que, de l'aveu même de son promoteur, l'apport d'une telle remise en ordre en terme de prévisibilité de la jurisprudence n'est pas évident tant il est difficile, d'une part, de conclure qu'une infraction ne puisse jamais léser un quelconque intérêt personnel à partir de l'étude de ses seuls éléments constitutifs, y compris s'agissant des infractions dites formelles ou obstacle dont le résultat légal ne semble pourtant engendrer aucune victime pénale, et, d'autre part, illusoire d'attendre de la Cour de cassation qu'elle cesse de retenir une interprétation fonctionnelle des conditions de recevabilité de l'action civile.

399. L'accès au juge des personnes privées souffre du même encadrement s'agissant d'une voie de droit qui, comme le recours pour excès de pouvoir, est pourtant censée les avoir sacrés « procureurs de la légalité ». Tout en œuvrant à l'autonomisation de la notion d'intérêt dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le Conseil d'État veilla toujours à contenir la croissance des cercles d'intérêt dans lequel les requérants pouvaient se placer pour se voir reconnaître un intérêt pour agir afin d'éviter qu'il ne transformât le recours pour excès de pouvoir en véritable *actio popularis* en atteignant la qualité de citoyen ou d'administré. Ce sont là encore des raisons d'ordre pratique qui justifient ce qui peut apparaître aux yeux de certains comme une hérésie du point de vue théorique¹⁰⁴⁶. Raymond Odent justifiait ainsi la limitation de l'intérêt pour agir en arguant que « l'afflux des pourvois paralyserait le juge administratif et rendrait illusoire son contrôle »¹⁰⁴⁷. Ce faisant, elle ne serait qu'un mal nécessaire pour garantir la pérennité

¹⁰⁴¹ Philippe BONFILS, *thèse.précit.*, n° 38, p. 62.

¹⁰⁴² Stéphane DETRAZ, *art.précit.*, p. 7 et suivants.

¹⁰⁴³ Stéphane DETRAZ, *art.précit.*, p. 9-10.

¹⁰⁴⁴ V. ainsi, s'agissant de l'exportation en contrebande de marchandises prohibées : Crim., 14 janvier 1991, n° 90-81.133.

¹⁰⁴⁵ Albert MARON, « Obs. sous Crim., 1er oct. 1996, n° 95-85.529 : JurisData n° 1996-004291 ; Bull. crim. 1996, n° 338 », *Dr. pén.*, février 1997, comm. 28, p. 16.

¹⁰⁴⁶ Gilles LE BRETON, *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, coll. Cours Dalloz, 8^e édition, 2015, n°518, p. 496-497. Force est toutefois de constater que, pour l'auteur, les « exigences démocratiques du positivisme sociologique », commandant de supprimer l'intérêt pour agir et d'admettre l'action populaire, s'arrêtent tout de même aux recours des fonctionnaires contre les actes de pure organisation du service.

¹⁰⁴⁷ Raymond ODENT, *op.cit.*, t.2, p. 255.

du dispositif, une soupape de sécurité destinée à prévenir sa saturation et garantir un contrôle globalement efficace.

400. Les conditions dans lesquelles l'illégalité est sanctionnée dans le contentieux de l'excès de pouvoir amènent aussi le jurislatureur à tenir compte des intérêts qu'une application trop mécanique et systématique de cet effet pourrait froisser. Le « trouble que provoque toute annulation » put effectivement ainsi être opposé au « trouble que constitue toute l'illégalité » pour justifier des restrictions de l'intérêt pour agir¹⁰⁴⁸. L'antagonisme dont il est ici question doit néanmoins être correctement restitué. C'est au droit au recours effectif que la sécurité juridique peut ainsi trouver à s'opposer et non, contrairement à ce qu'une telle présentation, somme toute classique, pourrait suggérer, à la légalité. En effet, le respect de la sécurité juridique n'est lui-même qu'une composante de cette dernière, une exigence qui inspire les conditions de légalité de certaines décisions administratives, comme les décisions de retrait des actes créateurs de droits susceptibles d'être acquis, ainsi que des décisions juridictionnelles puisqu'elle transparaît dans les règles fixant les conditions dans lesquelles une illégalité peut être sanctionnée, c'est-à-dire qui encadrent tant l'accès au juge de l'excès de pouvoir que son office.

401. Les enjeux économiques entourant certains actes administratifs donnent parfois un relief particulier à cette exigence de sécurité juridique que le juge administratif n'a jamais ignorée. Il en va ainsi dans le contentieux de la commande publique, d'où le juge de l'excès de pouvoir fut chassé en entraînant dans son sillage une bonne partie des tiers au contrat¹⁰⁴⁹, mais aussi en contentieux d'urbanisme qui, depuis plus de vingt ans, fait l'objet d'une frénésie législative et réglementaire qui tend à le singulariser¹⁰⁵⁰ à défaut peut-être de contribuer au besoin de stabilité juridique qu'elle cherche pourtant à atteindre.

402. La multiplication des causes d'irrecevabilité, et en particulier l'encadrement de l'intérêt pour agir des tiers, est alors l'un des nombreux leviers que le jurislatureur peut actionner pour éviter que des projets de construction ne se trouvent paralysés par des recours chronophages qui ne seraient pas nécessairement fondés ni même introduits dans un but louable¹⁰⁵¹. Il le fut, s'agissant des personnes physiques tierces aux autorisations d'occupation des sols, avec l'ajout dans le code de l'urbanisme d'un article L. 600-1-3 du code de l'urbanisme, qui limite les conditions de reconnaissance de leur intérêt pour agir contre les permis

¹⁰⁴⁸ Jacques THERY, Conclusions sur CE, Sect., 28 mai 1971, *Sieur Damasio*, Rec. Lebon, p. 396.

¹⁰⁴⁹ Cf, *Infra*, n° 427-434.

¹⁰⁵⁰ Daniel LABETOUILLE, « Bande à part ou éclairer ? », *AJDA*, 2013, p. 1897 ; Grégory KALFLECHE, Camille MOROT-MONOMY, « La limitation organisée de l'accès à la justice en droit de l'urbanisme », in Julien BÉTAILLE (dir.). *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, coll. Actes de colloques de l'IFR | 26, 2016, p. 277. Il est vrai que les termes du débat opposant le droit au recours effectif et l'exigence de sécurité juridique y sont eux-mêmes singuliers puisqu'au renfort de la sécurité juridique réclamée par les opérateurs économiques peuvent venir le droit de propriété, dont le droit construire n'est qu'une extension, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

¹⁰⁵¹ La mise en place d'obstacles juridiques à l'accès au juge n'est d'ailleurs que l'un des moyens permettant d'éviter cette paralysie et de sécuriser les autorisations d'urbanisme. Il est aussi possible, comme le montre d'ailleurs l'ordonnance de 2013, d'augmenter les pouvoirs du juge pour permettre la régularisation lorsque le vice est d'une gravité telle qu'il ne peut être neutralisé, d'accélérer les procédures en limitant les degrés de juridictions susceptibles de se prononcer ou en dissuadant le dépôt de requêtes qui pourraient se révéler abusives.

de construire, de démolir et d'aménager sur le plan temporel¹⁰⁵², et d'un l'article L. 600-1-2¹⁰⁵³ qui encadre ses conditions d'appréciation sur le plan matériel. Il n'était toutefois pas aisé d'apprécier la portée de cette disposition, y compris pour l'un de ses inspirateurs¹⁰⁵⁴, c'est-à-dire de savoir si elle ne faisait que codifier la jurisprudence du Conseil d'État en la matière qui faisait de la qualité de voisin le « sésame contentieux »¹⁰⁵⁵ ou si elle devait conduire à une appréciation plus stricte de l'intérêt pour agir comme le laissaient augurer la rédaction même de ces dispositions qui écarte une appréciation souple du caractère direct de l'atteinte aux conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance d'un bien détenu ou occupé ainsi que l'avis rendu par le Conseil d'État au sujet de leur application *ratione temporis*¹⁰⁵⁶. Même si l'intérêt pour agir des tiers continue effectivement d'être apprécié à l'aune des critères de la proximité géographique de la parcelle du requérant, de l'importance de la construction et de la configuration des lieux, c'est bien cette seconde interprétation qui l'a emportée.

403. En effet, ces dispositions, qui s'appliquent aussi aux contentieux du permis modificatif¹⁰⁵⁷, écartent tout recours au raisonnement par présomption, tentation à laquelle le juge administratif, peu enclin à faire usage de ses pouvoirs d'instruction au stade de l'appréciation de la recevabilité, put auparavant succomber¹⁰⁵⁸. Transposant sa jurisprudence *Cordière*¹⁰⁵⁹ au stade de l'appréciation de la recevabilité, le Conseil d'État impose au juge de forger sa conviction sur l'intérêt pour agir à partir des éléments fournis par les parties puisque les requérants, s'ils ne sont pas tenu d'apporter la preuve du caractère certain de l'atteinte provoquée par le projet, doivent tout de même faire « état de tous éléments suffisamment précis et étayés de nature » à l'établir, ce que les défendeurs peuvent ensuite contester en apportant d'autres éléments dans le débats. Ce faisant, ces dispositions ne se contentent d'ailleurs pas

¹⁰⁵² L'article L. 600-1-3 du code l'urbanisme dispose ainsi que « sauf pour le requérant à justifier de circonstances particulières, l'intérêt pour agir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager s'apprécie à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire ».

¹⁰⁵³ L'article L. 600-1-2 du code l'urbanisme dispose qu'« une personne autre que l'État, les collectivités territoriales ou leurs groupements ou une association n'est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager que si la construction, l'aménagement ou les travaux sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe régulièrement ou pour lequel elle bénéficie d'une promesse de vente, de bail, ou d'un contrat préliminaire mentionné à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation ».

¹⁰⁵⁴ M. Daniel Labetoulle, qui fut l'un des inspirateurs de cette réforme, y voyait une « clarification » plutôt qu'une restriction (Daniel LABETOULLE, « Contentieux de l'urbanisme : « il faut modifier le comportement des acteurs » », *AJDA*, 2013, p. 1188).

¹⁰⁵⁵ Sur cette jurisprudence, V. Rozen NOGUELLOU, « Intérêt pour agir et contentieux de l'urbanisme », *Études offerte au professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 235.

¹⁰⁵⁶ En effet, alors qu'une codification à droit constant est en principe neutre pour l'état du droit, le Conseil d'État y vit une disposition nouvelle affectant la « substance du droit de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative » (CE, avis, 18 juin 2014, *SCI Mounou et a.*, n° 376113).

¹⁰⁵⁷ CE, 1^{ère} et 6^e chambres réunies, 17 mars 2017, *M. et Mme Malsoute*, n° 396362. L'intérêt pour agir du requérant qui n'aurait pas attaqué le permis initial est alors apprécié non pas au regard de la construction initialement autorisée par ce dernier, mais seulement au regard des modifications apportées au projet de construction par le permis modificatif.

¹⁰⁵⁸ Ainsi que le reconnaissait lui-même M. Alexandre Lallet dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État *Brodelle et Gino* (Alexandre LALLET, « L'intérêt pour agir contre un permis de construire. Conclusions sur Conseil d'État, 10 juin 2015, *Brodelle et Gino*, n° 386121 », *RFD*, 2015, p. 993). Il citait alors, à titre d'exemple, l'arrêt *Chèze et commune de Bièvres* du 25 novembre 1998, dans lequel le Conseil d'État avait admis l'intérêt pour agir du voisin immédiat d'une construction contre un permis autorisant des travaux d'aménagement intérieur sans prendre effectivement la peine de caractériser les incidences qu'il pouvait avoir sur lui (CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 25 novembre 1998, *Chèze et commune de Bièvres*, n°s 162926 et 163037).

¹⁰⁵⁹ CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 26 novembre 2012, *Mme Cordière*, n° 354108.

d'imposer une appréciation « *in concreto* » mais permettent aussi de multiplier aussi les causes de rejet par ordonnance puisque ce mécanisme de traitement simplifié peut trouver à s'appliquer en présence de requêtes qui ne seraient pas du tout ou même insuffisamment argumentées sur ce point. Afin de faciliter le travail d'instruction du juge, ces requérants sont aussi désormais tenus de joindre à leur requête les pièces permettant d'établir le caractère régulier de l'occupation ou de la détention du bien qui serait atteint¹⁰⁶⁰, là encore à peine d'irrecevabilité si la requête n'est pas régularisée dans le délai imparti par le juge.

404. La prise en compte par le Conseil d'État de la « situation particulière » du voisin « immédiat » de la parcelle d'assiette du projet ne remet pas en cause cette tendance au resserrement. D'une part, la reconnaissance de ladite qualité n'est pas évidente puisque la notion même d'immédiateté est appréciée strictement. D'autre part, elle ne signifie pas qu'il existe une présomption d'intérêt pour agir à son profit contrairement à ce que pourrait laisser croire la rédaction maladroite de l'arrêt Bartolomei dont il ressort qu'il « justifie, en principe, d'un intérêt à agir ». En effet, il est immédiatement précisé que ce voisin immédiat demeure tenu de faire état devant le juge des « éléments relatifs à la nature, à l'importance ou à la localisation du projet de construction »¹⁰⁶¹. Ils doivent donc aussi justifier d'une atteinte aux conditions d'occupation d'utilisation ou de détention et du reste le faire clairement¹⁰⁶². Il ne s'agit donc pas d'une suppression mais simplement d'un allègement du fardeau argumentatif qui pèse désormais sur les personnes physiques en contentieux de l'urbanisme.

405. À l'appréciation plus ou moins stricte de l'intérêt pour agir viennent s'ajouter d'autres obstacles de nature cette fois non-juridiques qui entravent parfois l'action en justice des personnes physiques alors même qu'elles seraient tout à recevables à défendre leurs intérêts personnels et, par là même, l'effet bénéfique qu'il est possible d'en attendre sur le plan collectif.

b- Les obstacles non-juridiques à l'accès au juge

406. L'obstacle non-juridique le plus évident est celui d'ordre financier (i). Il s'en trouve aussi d'autres que l'accélération des procédures ou la diminution de leur coût ne peut suffire à abattre (ii) ;

i- L'obstacle financier

407. Le coût financier du procès est de nature à décourager les requérants défendant leur intérêt personnel. À ce titre, il ne faut d'ailleurs pas seulement tenir compte des coûts qu'implique en elle-même l'introduction de l'action, mais aussi de ceux qu'elle pourrait impliquer pour le demandeur si elle ne

¹⁰⁶⁰ Art. R. 600-4 du code de l'urbanisme.

¹⁰⁶¹ CE, 1^{ère} chambre, 27 juillet 2016, n^{os} 396840, 391219.

¹⁰⁶² CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 10 février 2016, *Peyret et Vivier*, n^o 387507.

s'avérait pas fondée. L'espérance d'une hypothétique satisfaction individuelle pèse alors parfois peu face au coût financier du procès, mais aussi à son coût temporel que le secours de l'aide juridictionnelle peut d'ailleurs venir surenchérir. Cela se vérifie particulièrement en droit de la consommation où le montant du préjudice individuel est si minime que les victimes se trouvent acculées dans une forme de passivité rationnelle. Ce coût peut s'avérer prohibitif aussi s'agissant des voies de droit qui, dispensant du ministère d'avocat et d'avancer les frais réels du procès, sont *a priori* les moins onéreuses pour elles comme le recours pour excès de pouvoir ou l'action civile devant les juridictions pénales.

408. En premier lieu, dans un cas comme dans l'autre, la portée de cette dispense du ministère d'avocat doit être relativisée, indépendamment même du point de savoir si le recours à un avocat ne s'impose pas en réalité *de facto* pour la plupart des requérants. Il faut en effet apprécier globalement le litige dans lequel le requérant est susceptible de s'engager pour défendre ses intérêts personnels, c'est-à-dire de tenir compte de l'exercice éventuel des voies de recours qui, comme le pourvoi en cassation, impose la représentation par avocat. À cela viennent s'ajouter d'autres coûts.

409. Ainsi, cette dispense d'avocat, qui semble consubstantielle au recours pour excès de pouvoir tant elle permet de le singulariser, n'a jamais signifié sa gratuité¹⁰⁶³. Le risque financier que son exercice peut faire peser sur les requérants qui voudraient s'en saisir s'est alourdi à mesure que sa prétendue objectivité s'est effritée. Outre le paiement d'un droit de timbre à éclipse, l'exercice de cette voie de droit expose le requérant au risque de condamnation aux dépens¹⁰⁶⁴ ou, comme le prévoit aussi l'article 700 du code procédure civile devant le juge civil pris en application du I de l'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, des frais irrépétibles que le défendeur a pu engager dans ce procès fait à un acte qu'est le recours pour excès de pouvoir¹⁰⁶⁵ et qui prend d'ailleurs parfois une forme triangulaire avec l'intervention de tiers qui, entretenant un lien si étroit avec l'acte attaqué, passent pour des parties au sens et pour application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative¹⁰⁶⁶.

410. Ces obstacles d'ordre financier sont d'ailleurs parfois posés sciemment par le législateur ou le pouvoir réglementaire et, pour certains d'entre eux, manifestent moins un souci de préserver l'état des finances publiques que d'éviter que l'action en justice puisse être détournée de sa finalité. Il s'agit alors d'alourdir le risque financier pesant sur le requérant, en particulier dans des domaines où la seule introduction de l'action en justice peut préjudicier au défendeur. Tel est le cas, notamment, en matière pénale où, alors même que l'affaiblissement progressif de la règle selon laquelle le criminel tient le civil

¹⁰⁶³ Si elle les dispensait du ministère d'avocat, le décret du 2 novembre 1864 imposait tout de même à son article 2 que les requêtes des recours pour excès de pouvoir fussent présentées sur papier timbré.

¹⁰⁶⁴ CE, Sect., 22 mars 1963, *Syndicat des ingénieurs des travaux de l'État*, n°s 54807, 54808, Rec. Lebon, p. 198.

¹⁰⁶⁵ Même si elle ne s'est pas adjoint les services d'un avocat pour la représenter, une personne morale de droit public peut demander le bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative au titre des coûts que ses services ont supportés pour assurer sa défense (CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 30 novembre 2007, *Société L'immobilière groupe Casino*, n° 304825), pourvu toutefois qu'elle en fasse précisément état (CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 3 octobre 2012, *Ministre de la Défense c. Société Arx*, n° 357248).

¹⁰⁶⁶ Par exemple, il en va ainsi, au moins en première instance, du bénéficiaire de l'acte individuel attaqué qui doit être appelé dans l'instance par le juge saisi du litige en premier ressort (CE, Sect., 3 octobre 2008, *Roche*, n° 291928).

en l'état fait perdre son intérêt dilatoire à l'action civile, la mise en cause devant les juridictions répressives n'en conserve pas moins une dimension infâmante. Une décision de relaxe ou d'acquittement n'expose ainsi pas seulement la partie civile qui aurait mis en mouvement l'action publique au paiement des droits fixes de procédure¹⁰⁶⁷. Craignant visiblement que la disparition du principe du recouvrement des frais de justice criminelle n'entraînent une multiplication des constitutions de partie civile abusives ou dilatoires, le législateur a ainsi veillé à ce que les juridictions d'instruction¹⁰⁶⁸ ou de jugement¹⁰⁶⁹ puissent les sanctionner par des amendes civiles dont le montant peut aller jusqu'à 15 000 euros. C'est au reste le paiement desdites amendes que vise aujourd'hui essentiellement à garantir la consignation¹⁰⁷⁰ dont la partie lésée, qui chercherait à surmonter l'inertie du ministère public, doit en principe s'acquitter à peine d'irrecevabilité de son action, et ce, qu'elle prenne la forme d'une plainte auprès du juge d'instruction ou d'une citation directe devant le tribunal correctionnel¹⁰⁷¹ ou le tribunal de police¹⁰⁷². Dans l'hypothèse où son action mettant en mouvement l'action publique serait jugée abusive ou dilatoire, la partie civile risque en outre de supporter les frais des expertises qui auraient été ordonnées à sa demande¹⁰⁷³, de l'indemnité pouvant être accordée à toute personne poursuivie pénalement ou même civilement responsable par la juridiction ayant prononcé un non-lieu, une relaxe, un acquittement ou toute décision autre qu'une condamnation ou une déclaration d'irresponsabilité pénale sur le fondement de l'article 800-2 du code de procédure pénale¹⁰⁷⁴ ou encore de voir sa responsabilité extracontractuelle mise en cause¹⁰⁷⁵.

411. Il existe aussi devant les juridictions administratives de tels dispositifs qui permettent de sanctionner ces plaideurs que la « crainte des dépens », qu'évoquait déjà Montesquieu,¹⁰⁷⁶ ne serait pas parvenue à arrêter, en particulier en matière d'urbanisme où la seule introduction d'un recours pour excès de pouvoir contre une autorisation d'occupation des sols suffit à paralyser un projet de construction

¹⁰⁶⁷ Art. 1018 A du code général des impôts.

¹⁰⁶⁸ Art. 177-2 et 212-2 du code de procédure pénale.

¹⁰⁶⁹ Art. 392-1 du code de procédure pénale.

¹⁰⁷⁰ Déjà sous l'empire du code d'instruction criminelle, cette condition ne permettait pas seulement de garantir la solvabilité de la partie civile mais elle était aussi censée prévenir toute mise en mouvement de l'action publique qui serait l'expression d'une témérité parfois malveillante (Paulette VEAUX-FOURNERIE, « L'obligation de consignation imposée à la partie civile », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pedone, 1980, p. 435-436). Après que le recouvrement des frais de justice fut supprimé par la loi du 4 janvier 1993, la consignation n'eut plus pour objet que de garantir le paiement de l'amende civile susceptible d'être prononcée (art. 88-1 du code de procédure pénale). Néanmoins, le législateur a aussi permis au juge d'instruction ou à la chambre de l'instruction d'ordonner le versement d'un complément de consignation à la partie civile ayant demandé la réalisation d'une expertise afin de garantir le paiement des frais ainsi engagés, pourvu toutefois que l'expertise ne soit pas demandée en matière criminelle ou de délits contre les personnes et, évidemment, que la partie civile ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle (art. 88-2 du code de procédure pénale créé par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 et art. 800-1 tel que modifié par l'article 21 de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007). Comme la consignation, ce supplément est restitué à la partie civile si elle n'est pas condamnée à une amende civile à raison d'une constitution de partie civile abusive ou dilatoire.

¹⁰⁷¹ Art. 392-1 code de procédure pénale.

¹⁰⁷² À cela viennent alors s'ajouter des frais d'huissier puisque la citation directe doit être délivrée par un exploit de ce dernier (art. 390 du code de procédure pénale).

¹⁰⁷³ Deuxième alinéa de l'article 800-1 du code de procédure pénale.

¹⁰⁷⁴ Art. R. 249-5 du code de procédure pénale.

¹⁰⁷⁵ Le législateur facilite d'ailleurs cette action en permettant aux personnes bénéficiant d'une décision de non-lieu ou de relaxe d'exercer cette action directement devant les juridictions répressives qui ont eu à connaître l'affaire (art. 91 et 472 du code de procédure pénale).

¹⁰⁷⁶ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XXVIII, chapitre XXXV, Paris, GF Flammarion, vol. 2, 1979, p. 272.

qu'aucun financeur ne veut se risquer à soutenir. Certes, en sus d'une éventuelle condamnation au paiement d'une amende pour recours abusif par le juge administratif, un risque de poursuites devant le juge civil pèse aussi sur les requérants en matière d'urbanisme. Cela n'était toutefois pas suffisant pour les bénéficiaires d'une autorisation d'occupation des sols qui pâtissaient de cet effet suspensif *de facto* produit par les recours de tiers. En effet, les juges administratifs feraient un usage trop parcimonieux du premier dispositif, dont le principal défaut est, aux yeux des constructeurs, de ne profiter en tout état de cause qu'au Trésor public. Quant à l'indemnisation du préjudice causé par l'exercice abusif d'un recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence constante du Conseil d'État sur la recevabilité des conclusions reconventionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir leur imposait de saisir le juge judiciaire, c'est-à-dire d'engager une nouvelle instance auprès d'un juge qui n'est pas nécessairement le mieux à même pour apprécier le caractère abusif du recours¹⁰⁷⁷. Elles ont ainsi obtenu, avec l'adoption de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme, l'introduction dans le code de l'urbanisme d'un article L. 600-7 qui donnait la possibilité au bénéficiaire du permis attaqué de saisir le juge administratif, dans un mémoire distinct, de conclusions reconventionnelles aux fins d'indemnisation « lorsque le droit de former un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager est mis en œuvre dans des conditions qui excèdent la défense des intérêts légitimes du requérant et qui [lui] causent un préjudice excessif », y compris pour la première fois en appel¹⁰⁷⁸. Quoiqu'elle fût attendue¹⁰⁷⁹, cette dernière disposition ne présentait qu'une utilité assez faible

¹⁰⁷⁷ En effet, le Conseil d'État, mettant en avant « la nature particulière du recours pour excès de pouvoir », a estimé que les « conclusions reconventionnelles tendant à ce que le demandeur soit condamné à payer à une personne mise en cause des dommages-intérêts pour procédure abusive ne peuvent être utilement présentées dans une instance en annulation pour excès de pouvoir » (CE, Sect., 24 novembre 1967, *Sieur Noble*, n° 66271). Sa jurisprudence sur ce point est constante et, appréciant la recevabilité d'une telle demande incidente au regard seulement de l'objet principal du litige, il estime qu'il importe peu que le demandeur ait adjoint à sa demande principale en annulation des conclusions accessoires en vue d'assurer l'exécution de la décision juridictionnelle à intervenir sur le fondement des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative (CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 25 mars 2013, *Association Les Ailes Varoises*, n° 355568). En revanche, les conclusions reconventionnelles pour citation abusive ne sont pas recevables dans tous les litiges de plein contentieux. Le Conseil d'État a ainsi réaffirmé l'irrecevabilité de telles conclusions dans le contentieux électoral (CE, 21 décembre 1977, *Élections municipales de Congis-Thérouanne*, Rec. Lebon, p. 842) ce qui se justifierait, pour M. Paul Cassia, par « le souci d'éviter que les électeurs hésitent, par crainte de conclusions reconventionnelles à fin de citation abusive, à contester des opérations qui engagent pour plusieurs années le fonctionnement d'une collectivité publique », ce qui rejoint, dans une certaine mesure, les raisons qui avaient été avancées par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Sieur Noble*.

¹⁰⁷⁸ En cela, le dispositif déroge à la jurisprudence applicable aux conclusions reconventionnelles pour citation abusive puisque le Conseil d'État, attaché là encore au caractère accessoire de ces conclusions incidentes par rapport à l'instance ouverte par l'action principale, estime que « si de telles conclusions peuvent être présentées devant le juge d'appel, au titre du caractère abusif de l'appel, elles ne peuvent l'être pour la première fois devant lui pour obtenir la réparation du préjudice résultant d'un usage abusif du droit de saisir la juridiction de première instance » (CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 22 février 2012, *Mme de Saint-Sever*, n° 333713).

¹⁰⁷⁹ Une proposition similaire fut faite lors des auditions conduites par la commission qui rendit le rapport *Pelletier* en 2005 (Philippe PELLETIER (dir.), *Propositions pour une meilleure sécurité juridique des autorisations d'urbanisme. Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, et au ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer*, janvier 2005, p. 60-61). Elle est réapparue ensuite au cours des débats sur le projet de loi d'habilitation et a motivé une extension du champ de celle-ci. Les opérateurs économiques avaient d'ailleurs pris les devants pour les limiter les risques financiers en mettant en place un mécanisme assurantiel. Ainsi, dès 2011, la Fédération des promoteurs immobiliers (ci-après « FPI »), avec la Société Mutuelle d'Assurance du Bâtiment et des Travaux Publics (SMABTP), avait lancé le contrat d'assurance « garantie permis de construire » pour les adhérents de la FPI s'agissant des opérations en vente en l'état futur d'achèvement, des opérations de constructions dont le montant toute taxe comprise du bien immobilier est inférieur à 30 millions d'euros et celles à usage d'habitation ou mixte.

sur le plan pratique dans la mesure où le juge administratif a retenu une interprétation stricte tant de ses conditions de recevabilité¹⁰⁸⁰ que d'applications qui apparaissent d'ailleurs tantôt floues tantôt inutilement rigoureuses. L'insatisfaction des constructeurs, qui trouva un écho dans certains travaux parlementaires¹⁰⁸¹ et dans le rapport *Maugüé*¹⁰⁸² qui plaidèrent pour un assouplissement de ses conditions d'application, a finalement eu raison de la rédaction de cette disposition. Avec la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique dite loi « *ELAN* », le législateur décida ainsi de la modifier en supprimant la condition relative à l'existence d'un « préjudice excessif »¹⁰⁸³ et en remplaçant la référence à la « la défense des intérêts légitimes » par celle à un « un comportement abusif ». Dans la mesure où le Conseil d'État n'avait pas pu encore à se prononcer - du moins directement¹⁰⁸⁴ - sur les hypothèses que recouvraient les conditions de fond de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme, seule la jurisprudence des juridictions du fond, et en particulier les rares décisions qui en font une application positive, permet d'en esquisser les contours et ainsi d'apprécier la portée et l'utilité des modifications opérées par la loi « *ELAN* ».

412. Comme l'avait suggéré le rapport *Maugüé*, en retenant toutefois une formulation un peu différente¹⁰⁸⁵, le remplacement de la référence à « la défense des intérêts légitimes » au profit de celle à « un comportement abusif » est censé mettre fin à la prééminence que le juge administratif pouvait accorder à la reconnaissance d'un intérêt pour agir. En effet, il ressort de l'étude de l'ensemble des décisions qui avaient été rendues sur le fondement de ces dispositions que c'est l'intérêt pour agir du requérant contre l'autorisation d'urbanisme, apprécié en plus à l'aune des autres dispositions de l'ordonnance pour les recours contre les autorisations postérieures à son entrée en vigueur¹⁰⁸⁶, qui était le

¹⁰⁸⁰ A l'exclusion en revanche de la cassation, le Conseil d'État retenant une interprétation stricte des termes de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 3 juillet 2015, n° 371433).

¹⁰⁸¹ La nécessité d'abroger cette condition avait été ainsi défendue par l'étude d'impact privée, réalisée par un cabinet d'avocats, qui accompagnait la proposition de loi se trouvant en annexe du rapport d'information que MM. les sénateurs François Clavet et Marc Daunis avaient fait en 2016 au nom du groupe sénatorial de travail sur la simplification législative du droit de l'urbanisme, de la construction et des sols, constitué par la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation (V. ANNEXE 2 in François CALVET et Marc DAUNIS, *Rapport d'information n° 720, au nom du groupe sénatorial de travail sur la simplification législative du droit de l'urbanisme, de la construction et des sols, constitué par la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation*, enregistré à la Présidence du Sénat le 23 juin 2016).

¹⁰⁸² Christine MAUGÜE (dir), *Propositions pour un contentieux des autorisations d'urbanisme plus rapide et plus efficace. Rapport au ministre de la cohésion des territoires*, 11 janvier 2018, p. 42-44.

¹⁰⁸³ Art. 80 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

¹⁰⁸⁴ Tout au plus, il est possible de déduire des conclusions de M. Xavier de Lesquen sur l'avis contentieux *SCI Mounou* que ces dispositions ne devraient pas simplement concerner les recours manifestement irrecevables ou mal fondés mais aussi le comportement dilatoire des requérants. En effet, alors qu'il devait se prononcer sur l'application *ratione temporis* de cette disposition, le rapporteur public s'est interrogé sur « le fait générateur du caractère abusif de la mise en œuvre du droit recours » dans l'hypothèse où celle-ci devrait s'appliquer immédiatement aux instances en cours. Pour démontrer les difficultés pratiques d'une telle solution, il évoquait alors aussi bien l'introduction du recours de première instance ou d'appel ou un recours qui deviendrait abusif à raison « de la persistance d'une instance dont le requérant peut se désister ».

¹⁰⁸⁵ Le groupe de travail s'était arrêté sur les termes « dans des conditions qui traduisent un comportement déloyal de la part du requérant » en référence à l'exigence de loyauté qui est censée présider au déroulement de l'instance (Christine MAUGÜE (dir), *rapport.précit.*, p. 43).

¹⁰⁸⁶ À la différence des dispositions des articles L. 600-1-2 et L. 600-1-3, celles de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme n'ont pas été regardées par le Conseil d'État comme affectant la substance du droit de former un recours pour excès de pouvoir (CE, avis, 18 juin 2014, *SCI Mounou et a.*, n° 376113). Autrement dit, elles ont été regardées comme étant d'application

criterium privilégié pour caractériser le dépassement des limites de la défense des intérêts légitimes. Au point d'ailleurs que les juridictions, lorsqu'elles se prononçaient sur les conclusions reconventionnelles, ne prêtaient pas attention au fait que l'action contre le permis soit ou non fondée¹⁰⁸⁷ ou aux circonstances qui pouvaient trahir une intention maline des requérants¹⁰⁸⁸. L'existence d'autres irrecevabilités manifestes ne semblait pas non plus leur importer dans l'appréciation de ce dépassement¹⁰⁸⁹. L'absence d'intérêt pour agir constituait aussi le dénominateur des quelques décisions ayant fait droit à une demande d'indemnisation. Nécessaire, cette condition n'était toutefois pas suffisante comme en témoigne l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux qui avait annulé le jugement du tribunal administratif ayant fait droit à une demande d'indemnisation en se fondant uniquement sur l'absence d'intérêt pour agir du requérant qui était d'ailleurs un voisin immédiat¹⁰⁹⁰. Il demeurait en outre encore difficile d'appréhender dans quelles circonstances une requête irrecevable sur ce point pouvait être regardée aussi comme abusive au sens et pour application de ces dispositions¹⁰⁹¹.

413. Quant à la suppression de la condition relative à l'existence d'un préjudice « *excessif* » provoqué par le recours contre le permis¹⁰⁹², elle est censée délester les pétitionnaires d'une exigence qui était handicapante pour eux et qui, en plus, n'était présente ni dans la jurisprudence administrative, ni dans la jurisprudence judiciaire sur l'abus de droit d'ester en justice¹⁰⁹³. Certes, cette notion de « préjudice

immédiate. Dans la mesure où une irrecevabilité manifeste est susceptible de faire apparaître le caractère abusif d'un recours, cela signifie donc que les conditions d'application de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme ont pu faire, pendant un certain temps, l'objet d'une appréciation différenciée.

¹⁰⁸⁷ Ainsi, pour la cour administrative d'appel de Lyon dans son arrêt du 3 novembre 2015, l'annulation partielle obtenu en première instance n'apparaît pas un motif déterminant pour écarter l'application de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme. Dans son arrêt, la cour ne mentionne d'ailleurs même pas que les requérants ont eu gain de cause en première instance alors que cela aurait pu suffire pour justifier le rejet des conclusions reconventionnelles. S'il était suffisant d'avoir un intérêt pour agir contre l'autorisation d'urbanisme litigieuse pour rester dans les limites de la défense de ses intérêts légitimes, certaines requêtes manifestement mal fondées, pourtant identifiées comme abusives, seraient hors du champ d'application de ces dispositions.

¹⁰⁸⁸ Certes, les juridictions du fond ne semblent pas exclure que le dépassement de la limite de la défense des intérêts légitimes puisse s'apprécier au regard des intentions des requérants qui sont parfois évoquées dans la motivation de leur décision (CAA de Lyon, 1^{ère} chambre, 29 septembre 2015, n° 14LY01039). Toutefois, dans son arrêt du 16 octobre 2015 (CAA de Marseille, 9^e chambre, 16 octobre 2015, n° 14MA01001), la cour administrative d'appel de Marseille, sans exclure qu'une telle intention de nuire en rallongeant l'instance puisse être prise en compte, semble accorder plus d'importance à « l'intérêt suffisant » pour attaquer le permis de construire litigieux de requérants qui se bornaient pourtant à reproduire dans leur requête d'appel les mêmes moyens et arguments qui avaient été écartés par les juges en première instance. Ce faisant, le caractère abusif de la requête en appel des requérants a été apprécié à l'aune de la recevabilité leur demande en première instance, c'est-à-dire de l'usage d'une voie de droit différente. Dans le même ordre d'idées, l'intérêt pour agir des requérants dans l'arrêt du 30 avril 2015 de la cour administrative d'appel de Nancy éclipsa l'activisme contentieux dont ils avaient pu faire preuve dans le passé contre le bénéficiaire de l'autorisation litigieuse (CAA de Nancy, 1^{ère} chambre, 30 avril 2013, n° 14NC01582).

¹⁰⁸⁹ Les juridictions du fond ne semblent pas disposées à sanctionner les irrecevabilités même les plus manifestes et instituées aux fins de lutter contre les recours abusifs, comme le dépôt des statuts postérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire (CAA de Marseille, 1^{ère} chambre, 20 mars 2014, n° 13MA03143).

¹⁰⁹⁰ CAA de Bordeaux, 5^e chambre, 31 mai 2016, n° 15BX02051.

¹⁰⁹¹ Tandis que le tribunal administratif de Poitiers s'était contenté d'y ajouter la faiblesse des moyens soulevés, celui de Lyon, condamnant les auteurs d'une requête collective personnelle dont dépourvues d'intérêt pour agir, relevait, outre l'indigence de certains moyens, le comportement dilatoire des requérants et mettait en lumière l'arrière-plan politique du contentieux ce qui ne sembla ensuite pas suffisant au juge d'appel qui souligna en plus que cette requête collective, qui était aussi pour partie recevable, était fondée (CAA de Lyon, 1^{ère} chambre, 18 janvier 2018, n° 16LY00172).

¹⁰⁹² D'ailleurs, c'est l'adjectif « anormal » qui était retenu dans le rapport *Labetoulle* et lors des débats parlementaires.

¹⁰⁹³ M. Jean-Paul Gilli semblait, pour sa part, voir cette exigence dans la jurisprudence judiciaire lorsqu'elle adopte une conception plus large de l'abus du droit d'ester en justice, c'est-à-dire qui ne se limite pas à la reconnaissance d'une intention

excessif» n'était pas réellement novatrice puisqu'elle n'est pas sans rappeler l'un des critères d'identification de l'abus de droit tel qu'il fut autonomisé par la Cour de justice en droit de l'Union européenne¹⁰⁹⁴. Cette dernière fait effectivement du « préjudice tellement grave aux intérêts d'autrui »¹⁰⁹⁵ un critère alternatif au détournement de la finalité du droit¹⁰⁹⁶. Ce critère d'identification de l'abus de droit demeure toutefois bien circonscrit au champ du droit de l'Union européenne¹⁰⁹⁷, dont le rapport *Labetoulle*

maligne dans l'exercice de ce droit (cf. *Infra* n° 598). Avant lui, d'autres auteurs avaient mis en lumière que les critères de l'abus de droit étaient fonction de la gravité des conséquences attachées à l'abus de certaines voies de droit, expliquant ainsi la plus grande sévérité dont ferait preuve, de manière générale, la Chambre criminelle par rapport aux chambres civiles de la Cour de cassation (Par ex., Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Montchrestien*, Paris, t.1, 6^e édition, 1965, n° 591, p. 678-682). Toutefois, il semble que leurs analyses diffèrent quelque peu puisque, selon eux, c'est la gravité des conséquences potentielles de ces voies de droit pour la victime, appréciée « *in abstracto* », qui justifie alors une définition plus compréhensive de l'abus de droit et non le constat, « *in concreto* », d'un préjudice excessif par le juge comme semble le présenter M. Jean-Paul Gilli en faisant un parallèle avec le trouble anormal du voisinage. Dans le même ordre d'idées, les commentateurs de la jurisprudence administrative semblent aussi relever une sévérité accrue dans l'usage et le montant de l'amende pour recours abusif en fonction du caractère exceptionnel de certaine voie de droit. Toutefois, le juge administratif semble alors montrer plus de considération pour le respect de la fonction juridictionnelle que pour la partie subissant les conséquences de l'usage abusif de cette voie de droit. M. Jean-Paul Gilli, comme cela fut dit, rattachait quant à lui cette jurisprudence au trouble anormal du voisinage qui n'était pour lui qu'une forme d'abus de droit. Ainsi, en évoquant ce préjudice excessif, le législateur aurait voulu permettre de sanctionner l'abus de droit indépendamment de toute intention de nuire du demandeur. Néanmoins, les arrêts qu'il citait dans son article en 1993 n'étaient pas nécessairement les plus pertinents puisqu'ils évoquaient tout de même cette intention maligne et ne mettait pas en avant le caractère excessif ou anormal du préjudice pour la victime. En outre, et surtout, la Cour de cassation a bien précisé par la suite que le constat de l'abus de droit était indépendant de celui du préjudice pouvant en résulter et que l'abus de droit ne pouvait être réduit à une intention de nuire. Enfin, le parallèle avec le trouble anormal du voisinage est discutable dans la mesure où la Cour de cassation a autonomisé ses fondements, tandis que l'abus de droit, dont elle a solennellement affirmé la définition large, reste fondé sur l'article 1240 du code civil.

¹⁰⁹⁴ Sur cette évolution : Arnaud NUYTS, « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 745.

¹⁰⁹⁵ CJCE, 23 mars 2000, *Dionysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, aff. C-373/97, pt. 43 : « En l'occurrence, il ne semble pas que l'application uniforme du droit communautaire et son plein effet serait compromis s'il était considéré qu'un actionnaire se prévalant de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive était censé abuser de son droit, au motif que, parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation intervenue en violation de ladite disposition, il a choisi celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée. En effet, une telle appréciation ne modifierait pas la portée de ladite disposition et n'en compromettrait pas les objectifs ».

¹⁰⁹⁶ CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas*, aff. C-367/96, pt 28 : « Le droit communautaire ne fait toutefois pas obstacle à ce que la juridiction de renvoi vérifie, en présence d'indices sérieux et suffisants, si l'actionnaire se prévalant de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive a intenté une action en constatation d'invalidité de l'augmentation de capital dans le but d'obtenir, au détriment de la société, des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition, lequel consiste à garantir aux actionnaires qu'une décision d'augmenter le capital social et, par conséquent, d'affecter les proportions des parts des actionnaires ne soit prise sans leur participation à l'exercice du pouvoir décisionnel de la société ».

¹⁰⁹⁷ M. Emmanuel Guinchard tente néanmoins de relativiser l'opposition entre le droit français et le droit de l'Union européenne s'agissant de l'abus de droit d'ester en justice. Certes, le premier serait attaché à une définition « subjective » de l'abus de droit, c'est-à-dire caractérisé par la faute grave, tandis que le second opérerait pour une définition « objective ». Toutefois, dans la mesure où la faute « grave » serait caractérisée par « une intention de nuire », l'auteur voit une possible convergence dans l'évolution de la jurisprudence judiciaire sur l'admission de la négligence pour caractériser l'abus de droit (Emmanuel GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis : Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne-Monographies, 1^{ère} édition, 2014, p.). Néanmoins, Gérard Cornu, sur lequel l'auteur s'appuie, évoquait plutôt la possibilité de déduire l'abus de droit, même en l'absence d'une intention malicieuse, d'un « préjudice anormal, excessif, disproportionné, d'une part, avec la gêne courante qui tiendrait à l'exercice normal du droit, d'autre part, avec le profit qu'il en retire » (Gérard CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 13^e éd, 2007, p. 82) et ne citait pas de jurisprudence à l'appui de ce qui semble donc être simplement une assertion. En revanche, cette posture irénique se heurterait à la jurisprudence de la Cour de cassation qui exclut que l'existence d'un préjudice, *a fortiori* excessif ou disproportionné, puisse être un élément d'identification de l'abus de droit. Gérard Cornu prenait néanmoins soin de préciser ensuite que ce que qu'il appelle le critère de « l'exercice anti social » d'un droit reste controversé en dehors de la théorie du trouble anormal du voisinage (Gérard CORNU, *op.cit.*, p. 82-83).

s'inspirait d'ailleurs sur un autre point pour justifier l'existence de cette condition¹⁰⁹⁸ et, dans le cadre de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme, cette condition d'application cumulative - et non alternative - ne permet pas de caractériser le caractère abusif du recours mais de délimiter le préjudice indemnisable qui en résulte. À cet égard, il semble que les juridictions s'inspirèrent de la jurisprudence relative aux préjudices anormaux et spéciaux caractérisant certains régimes de responsabilité sans faute pour circonscrire ce préjudice¹⁰⁹⁹ qui était d'ailleurs qualifié d'« anormal » dans le rapport *Labetoulle* et lors des travaux parlementaires. Il restait alors encore au bénéficiaire du permis la possibilité de se tourner vers le juge judiciaire, qui peut toujours être saisi d'une action en responsabilité sur le fondement de l'article 1240 du code civil¹¹⁰⁰, ce qui, compte tenu de l'attitude du juge administratif, faisait alors office moins de complément permettant d'indemniser la partie non excessive du préjudice que de session de rattrapage. Aux fins d'éviter les risques de contradictions, il serait d'ailleurs préférable que la disparition de cette condition conduise le juge civil, qui n'est pas nécessairement le mieux placé pour apprécier le caractère abusif d'une action dont il n'est pas saisi, à revenir sur cette jurisprudence.

414. En dernier lieu, il pourrait être objecté que la rareté des condamnations et la modicité des dommages et intérêts alloués à cette occasion n'étaient en elles-mêmes pas significatives dans la mesure où ses inspirateurs eux-mêmes ne lui reconnaissaient qu'une portée « symbolique et dissuasive »¹¹⁰¹. Il semble toutefois que ces dispositions n'aient pas atteint cet objectif¹¹⁰² et, même si les chiffres avancés par les constructeurs peuvent être discutés¹¹⁰³, force est d'admettre que la formation progressive d'une telle jurisprudence contribue à éroder cet effet dissuasif que la rédaction des dispositions avait déjà en partie compromis.

¹⁰⁹⁸ Le rapport mentionnait alors l'existence d'un « tout récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 avril 2013 interprétant l'exigence, posée par deux directives, que la procédure judiciaire n'ait pas un coût prohibitif, *The Queen c. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-260/11 » (David LABETOULLE (dir.), *rapport. précit.*, p. 16). Il s'agit en réalité de l'arrêt « *The Queen, à la demande de : David Edwards, Lillian Pallikaropoulos contre Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs* » qui n'est pas daté du 13 mais du 11 avril 2013.

¹⁰⁹⁹ Henri STILLMUNKES, « Combien peut coûter l'abus du droit d'ester en justice ? », *AJDA*, 2016, p. 914.

¹¹⁰⁰ Civ. 1, 16 novembre 2016, n° 16-14.152.

¹¹⁰¹ Daniel LABETOULLE (dir.), *Construction et droit au recours, pour un meilleur équilibre*, 2013, p. 16.

¹¹⁰² Deux ans après, les opérateurs économiques - et plus précisément la « FPI » - estimaient déjà qu'elle n'avait pas réglé le problème (Communiqué de presse de la Fédération des promoteurs immobiliers en date du 2 novembre 2015 (<http://fpifrance.fr/fr/content/cp-projet-de-loi-sur-la-justice-du-21eme-siecle-une-opportunite-pour-vaincre-le-fleau-des>), en dépit d'ailleurs des apports de la loi « Macron » qui a ensuite réduit le champ de l'action en démolition. À partir d'une enquête réalisée auprès de ces adhérents postérieurement à la publication de cette ordonnance, la FPI avançait même qu'il y avait eu une recrudescence des recours aboutissant au blocage de « 30 000 logements » au niveau national.

¹¹⁰³ Les chiffres donnés par la Fédération des promoteurs immobiliers dans ce communiqué n'étaient effectivement pas très précis puisqu'ils étaient relatifs au nombre de « logements » et non d'autorisations d'urbanisme. Ils n'attestaient donc pas d'une recrudescence des recours, d'une réelle augmentation du flux contentieux. Certes, comme le reconnaissait d'ailleurs la fédération, le phénomène des recours abusifs concerne surtout les autorisations délivrées pour les opérations les plus importantes. Toutefois, la FPI ne précisait pas dans ce communiqué en quoi ces recours seraient abusifs, ni même d'ailleurs qu'ils le sont. Pour sa part, la chambre FPI en Normandie, qui s'était aussi émue d'un « retour alarmant des recours abusifs » (en avançant le chiffre de « 800 logements bloqués » en 2015, les identifiait comme des « actions empreintes d'égoïsme à l'encontre du développement de la ville et, dans un but régulièrement destiné à monnayer un recours amiable » (V. « NIMBY back in Normandy », 28 mai 2015 (<http://fpi-normandie.fr/en/node/2951>)). En tout état de cause, la fédération estimait que ces mesures étaient insuffisantes et, preuve que le traitement de cette question ne se réduit pas à l'accès à la justice, elle voulait ainsi profiter de l'examen du projet de loi « justice 21 » par le Sénat pour obtenir un encadrement des délais de jugement s'agissant des recours contre les autorisations d'urbanisme.

415. Les entraves financières au droit d'accès au juge viennent toutefois moins de ces dispositifs qui, bien qu'ils surenchérisent le coût du procès, ne menacent pas le « droit d'avoir tort » des requérants, que des insuffisances et de l'imprévisibilité de ceux destinés à l'alléger et font de ce droit un produit de luxe.

416. Il en va en premier lieu de cette composante de l'« aide juridique » que constitue - à côté de l'« aide à la consultation » et de « l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles » - l'aide juridictionnelle dont la portée comme le champ d'application doit être relativisée. Sans doute, elle permet d'alléger le coût financier que peut représenter l'exercice de ces voies de droits en exonérant son bénéficiaire de l'obligation de consignation lorsqu'il désire mettre en mouvement l'action publique et en prenant en charge tout ou partie, selon qu'elle est totale ou partielle, des honoraires de l'avocat l'assistant devant les juridictions judiciaires et administratives. Néanmoins, quand bien même serait-elle totale, cette aide ne signifie pas la gratuité de l'action puisqu'elle ne l'exonère pas des frais de plaidoirie. Elle ne le met pas non plus à l'abri de toutes les conséquences financières d'une action jugée abusive¹¹⁰⁴ ou simplement non fondée puisque ses bénéficiaires s'exposent tout de même à une condamnation aux « dépens effectivement exposés » par leur adversaire ainsi qu'au paiement des frais non compris dans ces dépens que ce dernier a pu exposer en vue de l'instance¹¹⁰⁵.

417. Il faut toutefois relever que les dispositions de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 sont peu éclairantes s'agissant de l'incidence que doit avoir le bénéfice de l'aide juridictionnelle sur la répartition des dépens. Elles peuvent même apparaître quelque peu contradictoires. En effet, si l'article 24 de cette loi dispose que « les dépenses qui incomberaient au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle s'il n'avait pas cette aide sont à la charge de l'État » et son article 40 dispose que « le bénéficiaire de l'aide est dispensé du paiement, de l'avance ou de la consignation [des frais afférents aux instances, procédures ou actes pour lesquels elle a été accordée, à l'exception des droits de plaidoirie] », et que « les frais occasionnés par les mesures d'instruction sont avancés par l'État », son article 42 dispose, quant à lui, que « lorsque le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est condamné aux dépens ou perd son procès, il supporte exclusivement la charge des dépens effectivement exposés par son adversaire » à moins que le juge décide

¹¹⁰⁴ La loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique prévoit ainsi, à ses articles 50 et 51, que la juridiction saisie puisse, d'office ou à la demande de tout intéressé, retirer totalement le bénéfice de l'aide juridictionnelle lorsque la procédure a été jugée abusive ou dilatoire. Néanmoins, à la lecture des différents rapports réalisés sur l'aide juridictionnelle, il apparaît que cette sanction demeure marginale et inefficace (V. Philippe GOSSELIN, George PAU-LANGEVIN, *Rapport d'information n° 3319 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en conclusion des travaux d'une mission d'information en vue d'améliorer l'accès au droit et à la justice*, enregistré à l'Assemblée nationale le 6 avril 2011, p. 59-60 ; Inspection générale des services judiciaires, *Modernisation de l'action publique. Evaluation de la gestion de l'aide juridictionnelle. Rapport de diagnostic*, novembre 2013, p. 18 ; Cour des comptes, référé S2016-4074 du 23 décembre 2016, « La gestion et le financement de l'aide juridictionnelle et des autres interventions de l'avocat », p. 4). Ainsi, en 2013, l'Inspection générale des services judiciaires estimait que la pratique du retrait, qui ne concerne d'ailleurs pas seulement le cas des procédures abusives ou dilatoires, était quasi-nulle et avançait même comme chiffre un taux de retrait de 0,1 %. Or, le niveau élevé des taux d'admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle permet de douter que cette faiblesse du taux de retrait soit due à l'appréciation stricte que les bureaux d'aide juridictionnelle exerceraient en amont sur les demandes et, en particulier, sur la condition tenant au caractère « manifestement » irrecevable ou infondée de l'action qui, si elle n'est effectivement pas toujours probante, permet tout de même de soupçonner son caractère abusif ou dilatoire.

¹¹⁰⁵ L'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ne donnant d'ailleurs pas la possibilité au juge, comme pour les dépens, d'en laisser une partie à la charge de l'Etat (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 30 décembre 2011, req n° 350458).

de « laisser une partie des dépens à la charge de l'État ». En rapprochant ces dispositions, il faudrait donc réserver le cas des seuls dépens qui ont été « effectivement exposés » par l'adversaire du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle au cours de l'instance. Devant les juridictions administratives, cela reviendrait à exclure, par exemple, les frais d'expertise qui ne sont pas consignés et dont la charge est répartie par le jugement statuant au fond, à moins que le juge n'accorde une allocation provisionnelle en cours d'instance¹¹⁰⁶. C'est peu ou prou la position que le Conseil d'État semble avoir retenue lorsqu'il eut à se prononcer sur cette question. Il était alors saisi d'un pourvoi en cassation formé contre l'arrêt d'une cour administrative d'appel qui avait mis des frais d'expertise à la charge d'une bénéficiaire de l'aide juridictionnelle dont les demandes d'indemnisation avaient été rejetées au fond. Il décida alors que « lorsque la partie perdante bénéficie de l'aide juridictionnelle totale, et hors le cas où le juge décide de faire usage de la faculté que lui ouvre l'article R. 761-1 du code de justice administrative, en présence de circonstances particulières, de mettre les dépens à la charge d'une autre partie, les frais d'expertise incombent à l'État »¹¹⁰⁷, au terme d'une interprétation systémique qui est à la fois sélective et surprenante. En effet, il y a un absent et un intrus dans cette interprétation. Au sein de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, il ne retient que les articles 24 et 40 et, en lieu et place de cet élément perturbateur que constitue l'article 42, et il évoque les dispositions de l'article R. 761-1 du code de justice administrative qui ont valeur réglementaire et ne sauraient donc déroger à des dispositions législatives, ni même les éclairer. L'aspect le plus regrettable de cette décision demeure toutefois la formulation même du considérant qui, en dépit d'une formulation abstraite lui donnant l'allure d'un considérant de principe, semble taillé sur mesure pour les faits de l'espèce. En effet, le Conseil d'État limite sa solution, d'une part, à une partie des dépens énumérés à l'article R. 761-1 du code de justice administrative, en l'occurrence les frais d'expertise, et, d'autre part, aux hypothèses dans lesquelles la partie perdante bénéficie de l'aide « totale », distinguant ainsi là où les dispositions législatives sur lesquelles il s'appuie ne distinguent pas. La lecture des conclusions du rapporteur public, qui ont été suivies par le Conseil d'État, tend à confirmer que la portée de cette décision est bien limitée et que les dispositions de l'article 42 furent tout de même prises en considération par la juridiction dans son raisonnement¹¹⁰⁸. Ce dernier relevait bien l'antagonisme susceptible de naître de la combinaison des dispositions de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, mais il le lissait en estimant qu'il en résultait que le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle ne bénéficie que d'une avance de l'État des frais occasionnés par les mesures d'instruction et qu'il doit, sauf si le juge en décide autrement, assumer la charge des frais exposés par le défendeur en cas d'échec de son action. Reconnaissant qu'une telle combinaison neutralise les dispositions de l'article 24, le rapporteur public estimait néanmoins qu'il n'y avait pas lieu de l'appliquer en l'espèce dans la mesure où les frais d'expertise en cause ne peuvent être regardés comme des « frais exposés » et il proposa la solution qui fut retenue

¹¹⁰⁶ Art. R. 621-12 du code de justice administrative.

¹¹⁰⁷ CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 30 décembre 2016, *Marlier-Bion*, n° 387354.

¹¹⁰⁸ Nicolas POLGE, Conclusions inédites sur CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 30 décembre 2016, *Marlier-Bion*, n° 387354.

par le Conseil d'État. Ne réservant pas l'hypothèse de l'allocation provisionnelle, il préférerait relever que, de manière générale, de tels dépens étaient rares devant les juridictions administratives à la différence de ce que les dispositions de l'article 695 du code de procédure civile donnaient à voir devant les juridictions civiles.

418. Enfin, le niveau élevé du taux des décisions d'admission prononcées par les bureaux d'aide juridictionnelle et l'augmentation continue de la dépense publique associée à l'aide, dont la Cour des comptes put d'ailleurs s'émouvoir par la voix de son Président¹¹⁰⁹, ne sauraient faire oublier l'écart subsistant entre le plafond de ressources permettant de prétendre à cette aide totale ou partielle lorsque la condition de ressources est requise¹¹¹⁰ et le revenu médian, ni la faiblesse des sommes qui sont ainsi consacrées en moyenne à chaque affaire¹¹¹¹.

419. Quant à l'assurance de protection juridique¹¹¹², si elle peut apparaître comme un moyen commode d'alléger les finances publiques du poids de l'aide juridictionnelle qu'elle permet de subsidiariser¹¹¹³, elle ne constitue pas forcément la panacée pour les requérants qui chercheraient là une aide illimitée et totale. En effet, selon les conditions du contrat, les requérants peuvent se trouver pris en étau entre, d'une part, un plafonnement des montants pris en charge et, d'autre part, un seuil d'intervention en-deçà duquel ce mécanisme assurantiel n'intervient pas ou laisse à leur charge une franchise. En tout état de cause, en dépit des progrès que donne à voir l'augmentation continue du montant global des cotisations, le taux de couverture demeure encore modeste¹¹¹⁴ et il semble qu'elle peine encore à s'imposer auprès de personnes

¹¹⁰⁹ Cour des comptes, référé S2016-4074 du 23 décembre 2016, « La gestion et le financement de l'aide juridictionnelle et des autres interventions de l'avocat ».

¹¹¹⁰ L'article 9-2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique exclut ainsi de la condition de ressources les hypothèses dans lesquelles le bénéfice de l'aide juridictionnelle est sollicité par des victimes d'une partie des crimes d'atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne prévues et réprimées par le code pénal, ou leurs ayants droits, pour exercer l'action civile en réparation des dommages résultant d'une telle atteinte.

¹¹¹¹ Incriminant la « logique de guichet » qui innoverait le fonctionnement de l'aide juridictionnelle, le Président de la Cour des comptes soulignait ainsi, en reprenant les chiffres du rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice pour l'année 2015, qu'« avec plus de 900 000 affaires portées devant les tribunaux et bénéficiant de l'aide juridictionnelle, la France compte 1 352 affaires pour 100 000 habitants pour un budget de 342 € par affaire, contre, par exemple, respectivement 833 et 456 € en Allemagne ou 426 et 555 € en Italie » (Cour des comptes, *référé.précit.*, p. 4)

¹¹¹² Aux termes de l'article L. 127-1 du code des assurances « est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi ».

¹¹¹³ Il semble toutefois que ce principe de subsidiarité posé à l'article 2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, tel que modifié par l'article 5 de la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique, ait encore du mal à s'imposer en pratique. C'est du moins ce que relevait la mission d'information pour l'amélioration de l'accès au droit, que la commissions des lois de l'Assemblée nationale avait créée en 2010, dans son rapport en 2011 (Philippe GOSSELIN, George PAU-LANGEVIN, *rapport.précit.*, p. 38-39). Il apparaissait alors que la raison principale de cette défaillance tenait au fait que les justiciables ignoraient le plus souvent l'existence de ces garanties contractuelles qui avaient en réalité fait l'objet de souscriptions indirectes. La situation ne s'est pas améliorée depuis lors à en croire le rapport que l'ordre des avocats au barreau de Paris a produit en 2017 sur l'aide juridictionnelle (consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.avocatparis.org/mon-metier-davocat/publications-du-conseil/rapport-sur-laide-juridictionnelle>).

¹¹¹⁴ Philippe GOSSELIN, Naïma MOUTCHOU, *Rapport d'information n° 2183, déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'aide juridictionnelle*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 juillet 2019, p. 72-73.

qui, si elles sont sensibles aux risques financiers du procès, ne le sont pas nécessairement au « risque juridique »¹¹¹⁵ que représente la survenue même de ce procès.

420. Certes, même lorsqu'ils ne peuvent prétendre eux-mêmes au remboursement des frais qu'ils ont pu avancer en tant que parties perdantes, il reste aussi possible, dans les voies de droit ici étudiées, d'alléger ou même de faire disparaître de tels frais pour les requérants, y compris pour ceux ne bénéficiant pas de l'aide juridictionnelle totale ou partielle, dont l'action ne serait pas considérée comme abusive ou dilatoire. Le risque financier du procès susceptible de rebuter la requérant ne disparaît pas pour autant. Ainsi, la situation économique des requérants est au nombre des éléments qui peuvent, voire doivent, être pris en compte par le juge lorsqu'il fixe une partie de ces frais que les requérants peuvent être tenus d'avancer pour engager l'action¹¹¹⁶ ou de supporter en cas de simple d'échec de celle-ci, ou du moins certains d'entre eux¹¹¹⁷. Le juge peut ainsi tempérer le principe selon lequel les dépens sont supportés exclusivement par la partie perdante en en laissant d'office une partie des dépens « effectivement supportés » par la partie adverse à la charge de l'État lorsque celle-ci bénéficie de l'aide juridictionnelle¹¹¹⁸ et, même lorsque ce n'est pas le cas, en mettant une fraction ou la totalité de ces dépens à la charge d'une autre partie, les « circonstances particulières » évoquées par l'article du code de justice administrative pouvant alors tenir à la situation individuelle du requérant¹¹¹⁹. Quant aux frais exposés qui ne sont pas compris dans ces dépens dont la partie condamnée aux dépens ou la partie perdante est, en principe, redevable, le juge doit les fixer en tenant compte de « l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée »¹¹²⁰ et peut même, pour ces motifs, décider qu'il n'y a pas lieu à condamnation. Néanmoins, la marge d'appréciation qui est alors reconnue au juge pour répartir ces frais, qu'ils soient compris ou non dans les dépens, peut apparaître comme un facteur d'imprévisibilité supplémentaire qui n'est donc pas de nature à atténuer le risque financier du procès. Elle viendrait même le renforcer dans la mesure où elle peut aussi se retourner contre les requérants qui obtiendrait satisfaction au fond et chercheraient eux-mêmes à obtenir le remboursement des frais qu'ils ont engagés.

¹¹¹⁵ Lydie ANCELOT, Myriam DORIAT-DUBAN, Bruno LOVAT, « Aide juridictionnelle et assurance de protection juridique : coexistence ou substitution dans l'accès au droit », *Revue française d'économie*, n° 4, 2012, p. 115.

¹¹¹⁶ C'est ainsi en fonction des ressources de la partie civile qu'est fixé le montant de la consignation dont elle doit s'acquitter lorsqu'elle ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle (art. 88 et 392-1 du code de procédure pénale).

¹¹¹⁷ Ce n'est ainsi pas le cas pour le droit fixe de procédure auquel sont soumises les décisions des juridictions répressives ne statuant pas que sur les intérêts civils et qui est recouvré sur la partie civile qui a mis en mouvement l'action publique en cas de décision de non-lieu ou de relaxe (art. 1018 A du code général des impôts).

¹¹¹⁸ Art. 42 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

¹¹¹⁹ Ainsi, l'insolvabilité de la partie perdante peut justifier que l'État se substitue à elle pour le paiement de frais d'expertise (CE, Sect., 26 février 1971, *Ministre de l'Intérieur c. Aragon*, Rec. Lebon, p. 172).

¹¹²⁰ Art. 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ; art. L. 761-1 du code de justice administrative ; art. 700 du code de procédure civile. Cette obligation ayant suffi au Conseil d'Etat pour considérer comme non-fondé le moyen tiré de l'atteinte aux stipulations de l'article 6§1 de la CESDLH lorsqu'il avait été saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus de modifier l'article 700 du code de procédure civile (CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 3 décembre 2003, n° 250140, V. aussi le non-renvoi d'une QPC dirigée contre l'article L. 761-1, CE, 2^e et 7^e chambres réunies, 28 décembre 2018, n° 422695).

ii- Les autres obstacles non-juridiques

421. Avant même d'accéder au juge, il est une première marche que les requérants doivent gravir : l'accès au droit. Or, en dépit des politiques publiques menées depuis le début des années 1990, elle semble encore trop haute pour certains d'entre eux. Ainsi, dans le cadre de l'enquête qui fut menée entre le 19 et le 31 mai 2016 sous l'égide du Défenseur des droits au sujet de l'accès au droit, qui était alors limitée à la France métropolitaine et aux domaines relevant du champ de compétence de cette autorité, près de 20 % des personnes interrogées déclaraient encore ne pas savoir qu'il était possible d'exercer un recours contre une décision défavorable d'un service public¹¹²¹ et, à la lecture de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 22 juin 2017 consacré à l'accès au droit et à la justice dans les Outre-mer, il appert que telles difficultés sont encore plus criantes dans les territoires ultramarins en raison de leurs spécificités territoriales, socioéconomiques et culturelles¹¹²². Ce phénomène de « non-recours au droit » compromet aussi des dispositifs censés faciliter l'accès au juge. Le rapport réalisé en 2013 de l'Inspection générale des services judiciaires dans le cadre de la modernisation de l'action publique montrait ainsi que si la population potentiellement éligible à l'aide juridictionnelle se partage par moitié entre l'aide juridictionnelle totale et l'aide juridictionnelle partielle, cette aide partielle demeure sous-représentée parmi les admissions à l'aide juridictionnelle puisqu'elle n'en représente en moyenne que 10 %¹¹²³. Le manque de visibilité de ce dispositif laisse ainsi subsister l'obstacle à l'accès au juge qu'il est pourtant censé faire disparaître. Il est en outre des litiges dont la technicité vient compliquer un peu plus la tâche des requérants en pesant tant sur l'effectivité de leur accès à la justice que sur le respect des

¹¹²¹ Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits. Volume 2. Relations des usagers et usagers avec les services publics : le risque du non-recours*, jeudi 30 mars 2017, p. 17.

¹¹²² CNCDH, Avis du 22 juin 2017 sur l'accès au droit et à la justice dans les Outre-mer, essentiellement en Guyane et à Mayotte.

¹¹²³ Inspection générale des services judiciaires, *Modernisation de l'action publique. Evaluation de la gestion de l'aide juridictionnelle. Rapport de diagnostic*, novembre 2013, p. 15.

droits qu'ils tirent du principe de la contradiction¹¹²⁴ s'ils ne peuvent, par exemple, commenter « efficacement »¹¹²⁵ un élément de preuve.

422. Ces obstacles extra-juridiques peuvent être aussi d'ordre psychologique. Le non-usage du droit de recours peut tenir, par exemple, à la crainte de représailles qui ne prennent d'ailleurs pas nécessairement la forme de condamnation pécuniaire et que la certitude quant au bien-fondé de l'action ne permet pas de dissiper, en particulier lorsque le requérant est engagé dans une relation asymétrique avec le potentiel défendeur à son action comme cela peut être le cas en matière d'emploi. Il demeure néanmoins difficile de mesurer la portée réelle de tels obstacles dont l'existence est pourtant intuitivement concevable et d'ailleurs rappelée à chaque fois par la plupart des personnes qu'auditionnent les groupes de travail constitués pour lutter contre les discriminations¹¹²⁶. En effet, s'il est possible, comme le fit par exemple l'étude d'impact qui avait été jointe au projet de loi de justice 21, de souligner que « le taux de recours à l'institution judiciaire ne reflète pas la réalité des discriminations » en s'appuyant notamment, et faute de mieux, sur les études réalisées chaque année par le Défenseur des droits sur la « perception » des discriminations en matière d'emploi¹¹²⁷, domaine qui est, s'il en est, marqué par l'asymétrie des relations, rien n'indique la part que prend la crainte d'éventuelles représailles au creusement d'un tel écart.

¹¹²⁴ Avec Mme Pascale Idoux, c'est le terme « principe de la contradiction » qui sera employé ici, en lieu et place du terme « principe du contradictoire » (Pascale IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, Université Montpellier 1, 2005, p. 16-21) pour désigner les principes que le jurislatureur doit respecter pour mettre en place une procédure qui soit effectivement contradictoire. D'une part, la formule « principe du contradictoire » est effectivement grammaticalement incorrect en ce qu'elle résulte de la contraction de la formule « principe du caractère contradictoire de la procédure ». D'autre part, le choix du substantif « contradiction », plutôt que de l'adjectif « contradictoire » se justifie par le fait qu'il permet de dissiper toute ambiguïté quant à l'objet visé. Certes, Mme Marie-Anne Frison Roche estime que « contradictoire » et « contradiction » désignerait « la même opération, mais d'abord à l'état de puissance, puis à l'état d'acte » (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, p. 343) Ainsi, pour évoquer les droits garantis par les différentes normes supra-législatives, indépendamment de leur mise en œuvre effective, il faudrait utiliser l'adjectif « contradictoire ». Toutefois, cet adjectif semble plutôt avoir vocation à qualifier la procédure mettant en œuvre la contradiction (Pascale IDOUX, *thèse.précit.*, p. 19). Au-delà des querelles sémantiques sur l'emploi du termes « contradiction », « principe du contradictoire », « contradictoire » et « exigence du contradictoire », comme le montrent MM. Loïc Cadiet, Jacques Normand, et Mme Soraya Amrani Mekki (Loïc CADIEÏ, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI MEKKI, *op.cit.*, n° 307, p. 588-590), c'est finalement la même idée qui est exposée par les auteurs, à savoir le droit pour les personnes qui sont intéressées au premier chef par le jugement de prendre connaissance des pièces du dossier et de présenter leurs propres observations (V. en ce sens, Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 151, 1988, p. 24 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, p. 9 ; Lionel ASCENSI, *Du principe de contradiction*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 454, 2006, p. 11). Ainsi défini, le principe de la contradiction doit être distingué d'autres notions voisines, comme les droits de la défense. Mis à part quelques auteurs qui réduisent le droit de la défense à une position procédurale ou en font une conséquence du principe de la contradiction, la majorité de la doctrine et les jurisprudences constitutionnelles et européennes semblent s'accorder sur le fait que le principe de la contradiction ne constitue qu'un « corolaire » ou un sous-ensemble des droits de la défense, tout en ayant un champ d'application qui tend à s'autonomiser (Pour une présentation synthétique de ces différentes positions doctrinales et jurisprudentielles, Par ex., Loïc CADIEÏ, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI MEKKI, *op.cit.*, n° 302, p. 579-581 ; Lionel ASCENSI, *thèse.précit.*, p. 93-97).

¹¹²⁵ CEDH, 1^{ère} section, 11 avril 2007, *Augusto c. France*, n° 71665/01, § 50.

¹¹²⁶ V. en ce sens, l'audition des différents représentants syndicaux par le groupe de travail sur la lutte contre les discriminations au travail conduit sous l'égide de Mme Laurence Pécaut-Rivolier (« ANNEXE 3 - Contributions des organisations syndicales » in Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *Rapport sur les discriminations collectives en entreprises. Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, 2013).

¹¹²⁷ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 173.

§2 – La correction apportée par l'action collective des groupements privés

423. L'utilité de l'action collective des groupements privés se manifeste au niveau des deux composantes de la synergie précédemment évoquée. D'un côté, elle apparaît comme un moyen permettant de suppléer, mais aussi le cas échéant éventuellement de concurrencer, les autorités publiques en cas d'atteinte aux intérêts collectifs les plus diffus (A) et, de l'autre, comme un moyen de soutenir les personnes dont l'intérêt personnel aurait été lésé concomitamment à l'intérêt collectif visé par leur statut, ce qui fait d'ailleurs que leurs actions collectives peuvent parfaitement s'inscrire dans le mouvement de montée des singularités caractérisant les rapports de droit public (B).

A- Le soutien aux organes habilités à défendre des intérêts collectifs

424. Même si elle ne permet pas de faire disparaître l'ensemble des obstacles juridiques que rencontrent les autres formes d'action privée, les actions collectives des groupements privés donnent néanmoins la possibilité de défendre des intérêts collectifs plus diffus alors qu'aucun intérêt personnel - si ce n'est éventuellement celui que ces groupements ont à ce que l'intégrité de tels intérêts soit respectée - ne semble avoir été encore atteint, et de combler ainsi les éventuels angles morts qui résulterait d'un monopole des autorités publiques en la matière (1), monopole dont la légitimité est d'ailleurs aujourd'hui contestée pour certains de ces intérêts collectifs (2).

1- L'opportunité d'une action complémentaire en l'absence d'intérêt propre ou suffisamment spécial susceptible d'être atteint

425. La forme associative ou syndicale permet, si ce n'est de contourner, au moins d'atténuer une partie des obstacles juridiques que le jurislatureur a posés à l'accès des personnes physiques aux juridictions administratives ou judiciaires. Personnalisant l'atteinte aux intérêts collectifs les plus diffus, l'action des groupements privés permet de recueillir ces intérêts collectifs que l'entrave des membres de la collectivité intéressée et l'éventuelle inertie des autorités habilitées à les défendre laisseraient orphelins tant devant les juridictions administratives (a) que judiciaires (b).

a- Le contournement des obstacles juridiques devant les juridictions administratives

426. Tout en refusant que les personnes physiques puissent se prévaloir de la qualité de « citoyens » ou de « contribuables nationaux » dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le Conseil d'État a admis la recevabilité de recours contre des actes réglementaires nationaux de la part d'une association comme celle

des « contribuables associés »¹¹²⁸ dont l'objet statutaire était, entre autres, de « mettre en œuvre les articles 14 et 15 des Droits de l'Homme et du Citoyen » et de « défendre, notamment par des actions en justice, les droits et intérêts collectifs ou individuels des citoyens et contribuables en matière de fiscalité, de dépenses publiques, de réglementation et contre toute forme d'abus de pouvoir »¹¹²⁹. Dans le même ordre d'idées, l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir contre une autorisation d'urbanisme par une association de protection de l'environnement est apparu comme un moyen permettant d'esquiver aisément l'appréciation plus ou moins stricte de l'intérêt pour agir des tiers, à telle enseigne que le législateur dût s'employer à l'encadrer aussi plus rigoureusement en droit de l'urbanisme¹¹³⁰.

427. Pour autant, comme cela sera montré lors de l'étude du contrôle de l'adéquation entre la lésion et l'objet du groupement requérant, le juge administratif de l'excès de pouvoir veille aussi dans le même temps à contenir l'objet social de ces groupements soumis au principe de spécialité afin d'éviter, précisément, qu'il ne permette de faire totalement disparaître un obstacle juridique qui fut aussi posé pour préserver le fonctionnement des juridictions administratives. En somme, si la forme associative ou syndicale ne permet pas aux personnes physiques de se libérer du carcan que peut représenter l'exigence d'un cercle raisonnable d'intérêt, elle leur permet tout de même d'assouplir cette exigence. Il est même des domaines dans lesquels le Conseil d'État semble se défier ouvertement des possibilités de contournement qu'offrent ainsi les formes associatives et syndicales et préfère s'en remettre à la vigilance d'autres requérants. Pour le jurislature, les inconvénients que de telles actions collectives peuvent présenter du point de vue de la stabilité des situations juridiques semblent alors l'emporter totalement sur le bénéfice qu'il est possible de tirer de leur caractère complémentaire pour assurer le respect du principe de légalité par les actes à l'origine de ces situations. Tel est le cas en matière contractuelle avec l'arrêt *Département du Tarn-et Garonne* du 4 avril 2014 qui n'a représenté pour ces groupements, comme d'ailleurs la plupart des tiers au contrat, qu'une ouverture en « trompe l'œil »¹¹³¹.

428. En effet, jusqu'à l'arrêt *Département du Tarn-et Garonne*, les tiers à un contrat administratif ne pouvaient en principe que contester indirectement sa légalité. Le Conseil d'État avait ainsi, dans le cadre de la jurisprudence *Martin*¹¹³², compensé l'irrecevabilité de principe du recours pour excès de pouvoir des tiers contre les contrats administratifs en admettant qu'ils puissent exercer un tel recours contre les actes

¹¹²⁸ CE, 4^e et 6^e sous-sections réunies, 17 décembre 2003, n° 258253 ; CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 9 mars 2016, n° 384092.

¹¹²⁹ Statuts consultables en ligne à l'adresse suivante : https://www.contribuables.org/wp-content/uploads/2016/03/statuts_Contribuables_Associes_site.pdf. Le Conseil d'État a néanmoins posé quelques limites à l'emploi de cet objet social s'agissant de l'intérêt pour intervenir, qui vaudraient donc *a fortiori* pour des conclusions déposées par voie d'action. Il a ainsi estimé que l'association était irrecevable à intervenir au soutien d'un recours dirigé contre une décision de la présidente-directrice générale de la régie autonome des transports parisiens (RATP) a refusé de faire droit à leur demande du 9 juillet 2003 tendant à l'instauration d'un service minimum et à la modification, à cette fin, du règlement de la RATP régissant les statuts du personnel en tant qu'il ne prévoit pas de réglementation du droit de grève (CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 8 mars 2006, n° 278999).

¹¹³⁰ Cf. *Infra*, n° 596.

¹¹³¹ Fabrice JURY, Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'œil », *RFDA*, 2019, p. 55.

¹¹³² CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, Rec. Lebon, p. 749.

intellectuellement et matériellement détachables de ce contrat. Avec la reconnaissance de la possibilité pour le juge du contrat de tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable¹¹³³ et celle pour les requérants d'imposer à l'administration l'exécution d'une telle décision d'annulation, ce recours finit par gagner en effectivité mais aussi en complexité. Il s'était finalement transformé pour les tiers en une course d'obstacle faisant intervenir trois juges différents : le juge de l'excès de pouvoir, de l'exécution et du contrat. Ce principe recevait toutefois quelques exceptions, qui d'ailleurs n'en étaient parfois pas vraiment et ne permettaient pas toutes aux groupements de défendre les intérêts collectifs visés par leurs statuts. Le recours pour excès de pouvoir était ainsi ouvert aux tiers contre certaines parties divisibles des contrats que sont les clauses réglementaires¹¹³⁴ ainsi que contre les contrats de recrutement d'agents publics¹¹³⁵. D'autres voies de recours spéciales permettaient aussi à une partie de ces tiers de contester directement certains contrats administratifs. Il en allait ainsi des préfets auxquels avait été reconnue la possibilité de contester l'ensemble des contrats administratifs conclus par les collectivités et leurs établissements par la voie du déféré préfectoral, qui finit d'ailleurs, par intégrer le giron du plein contentieux dans ce domaine¹¹³⁶, ou encore des « concurrents évincés » qui furent admis à contester directement la légalité de contrats conclus dans le cadre d'un recours de plein contentieux devant le juge du contrat¹¹³⁷ ainsi que dans le cadre d'un référé contractuel s'agissant alors des seuls contrats de la commande publique¹¹³⁸, référé qui venait lui-même compléter le référé précontractuel qui leur permettait déjà de contester, avec le préfet, la légalité de la procédure de passation de ces contrats avant qu'ils ne soient conclus¹¹³⁹. Avec l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État n'a pas étendu le champ du recours pour excès de pouvoir. Il a ouvert un recours de plein contentieux en « contestation de la validité d'un contrat administratif » devant le juge du contrat, qui est susceptible en outre d'être accompagné d'un référé-suspension, tandis qu'il fermait parallèlement à l'ensemble des tiers le recours contre les actes détachables¹¹⁴⁰.

429. En vérité, il a alors repris d'une main ce qu'il donnait de l'autre. En effet, il n'a pas seulement décidé d'encadrer strictement les conditions dans lesquelles l'illégalité éventuelle du contrat pouvait être sanctionnée en veillant à faire de la résolution totale ou partielle une mesure exceptionnelle parmi toutes celles que le juge du contrat peut décider¹¹⁴¹, mais aussi celles dans lesquelles cette illégalité peut être

¹¹³³ CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 1^{er} octobre 1993, *Société le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas*, n° 54660.

¹¹³⁴ CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536.

¹¹³⁵ CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149662.

¹¹³⁶ CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n°s 348647, 348648

¹¹³⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.

¹¹³⁸ Art. L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

¹¹³⁹ Art. L. 551-1 et suivants du code de justice administrative.

¹¹⁴⁰ Exception faite toutefois du préfet qui conserve la possibilité de contester par la voie du déféré de tels actes détachables jusqu'à la conclusion du contrat.

¹¹⁴¹ Ce qui, en soi, n'était pas novateur mais s'inscrivait dans la lignée des arrêts *Société Tropic Travaux Signalisation, Béziers I* (CE, Ass., 28 décembre 2009, n° 304802), *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, qui avaient redessiné les contours de l'office du juge du contrat saisi d'un recours d'un concurrent évincé, de l'une des parties ou encore

constatée en distinguant alors, s'agissant toutefois des seuls contrats conclus par les collectivités territoriales ou les groupements de collectivités territoriales, entre des « tiers privilégiés » et des tiers « lambdas » pour reprendre l'expression de M. Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur cet arrêt.

430. Parmi ces « tiers privilégiés », l'arrêt *Tarn-et-Garonne* ne retient, « compte tenu des intérêts dont ils ont la charge », que l'autorité préfectorale et les membres des organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. La pertinence de cette liste limitative¹¹⁴² de requérants privilégiés excluant les groupements privés défendant des intérêts collectifs peut toutefois être discutée. Certes, cette qualité semble commandée par le respect des dispositions constitutionnelles s'agissant de l'autorité préfectorale¹¹⁴³. En revanche, l'attribution de cette qualité « tiers privilégiés » aux élus locaux ne repose sur aucun « soubassement constitutionnel »¹¹⁴⁴ mais s'inscrirait seulement dans la continuité de la jurisprudence *Ville de Meudon*¹¹⁴⁵, qui était elle-même vue comme un moyen de pallier les carences du déféré préfectoral. En outre, elle permettrait aux membres du conseil municipal d'exercer un contrôle s'agissant de contrats n'ayant pas fait l'objet d'une délibération *ad hoc* mais dont la signature repose sur une délégation donnée au maire en début de mandature. Rien ne semblait donc s'opposer à ce que cette qualité soit aussi reconnue à certaines associations ayant pour objet la protection de l'environnement, la lutte contre la corruption ou la protection des derniers publics. D'autant plus que les actions de l'autorité préfectorale et des élus locaux, qui sont l'une comme l'autre particulièrement sensibles aux circonstances politiques, risquent aussi d'être instrumentalisées¹¹⁴⁶ et que cette liste ne permet pas de prévoir une « soupape de légalité » similaire s'agissant des contrats administratifs conclus par l'État. Cette jurisprudence dénote alors une certaine méfiance à l'égard des collectivités territoriales mais aussi des groupements privés défendant des intérêts collectifs qui, avec les contribuables, étaient justement visés

d'un déféré préfectoral, ainsi que l'arrêt *Société Ophrys* qui concernait lui l'office du juge de l'exécution en cas de recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable (CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349).

¹¹⁴² CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 2 juin 2016, n° 395033.

¹¹⁴³ Il pourrait être objecté que ce rôle de défenseur de la légalité avait déjà été fortement émoussé dans le contentieux du contrat. Ainsi, en 2011 le Conseil d'État qui avait transformé le déféré dirigé contrat un contrat en recours de plein contentieux (CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n°s 348647, 348648) alignant ainsi l'office du juge contrat sur l'office du juge du contrat saisi par un tiers évincé tel que fixé par la jurisprudence *Société Tropic travaux signalisation* (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545). Sans doute, dans le cadre de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, le préfet conserve la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat jusqu'à la date de conclusion ou de signature de ce dernier à peine de non-lieu à statuer. Néanmoins, d'une part, le champ de ces actes détachables est limité lorsque le maire dispose d'une délégation du conseil municipal sur le fondement de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales. En l'absence d'une autorisation ad hoc de signer le contrat, le champ des actes susceptibles d'être ainsi déférés au juge administratif serait donc limité « aux éventuels décisions prises durant la phase de sélection des candidatures et des offres » (Bertrand DACOSTA, *op.cit.*, p. 2050). D'autre part, s'il venait à être saisi d'un tel recours pour excès de pouvoir, le juge serait de toute façon conduit à appliquer la jurisprudence *Danthony* comme le montre la décision rendue au fond dans l'arrêt *Tarn-et-Garonne*.

¹¹⁴⁴ Jean-François LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », in Olivier RENAUDIE (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Paris, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2015, p. 91.

¹¹⁴⁵ CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, Rec. Lebon, p. 208.

¹¹⁴⁶ A cet égard, comme le relève M. Jean-François Lafaix, rien ne permet de garantir que ce recours des élus locaux ne soit pas aussi instrumentalisé aux fins, notamment, de faire tout simplement pression sur l'équipe dirigeante (Jean-François LAFAIX, *op.cit.*, p. 109).

par le resserrement des exigences relatives à l'intérêt conférant qualité pour agir qu'implique le statut de tiers « lambdas »¹¹⁴⁷.

431. En effet, alors que le Conseil d'État fait bénéficier ces tiers privilégiés d'une qualité pour agir attitrée, il a, d'une part, encadré strictement les conditions d'appréciation de l'intérêt donnant qualité pour agir des tiers « lambdas » en exigeant d'eux qu'ils fassent la preuve d'une lésion « suffisamment directe et certaine » de l'intérêt dont ils se prévalent par la passation du contrat ou ses clauses. Si elle ne va pas jusqu'à exiger d'eux la preuve d'un droit lésé, cette jurisprudence invite effectivement, par sa formulation à retenir une appréciation moins libérale qu'elle l'est traditionnellement dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Toutefois, de l'aveu même de M. Bertrand Dacosta qui avait conclu sur l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*, la mise en œuvre de cette restriction de l'intérêt pour agir de ces « tiers lambda », dont les groupements privés défendant des intérêts collectifs, demeurait une « *terra incognita* »¹¹⁴⁸ et il évoquait alors deux voies que le juge pourrait emprunter et qui, à la réflexion, pourraient d'ailleurs très bien être combinées. Selon lui, il serait possible de s'appuyer, en premier lieu, sur l'exigence relative au caractère direct - mais aussi certain - de la lésion puisque même si elle semblait faire l'objet d'une appréciation relativement plus stricte dans le contentieux des actes détachables avant l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne*, il subsistait tout de même une ligne jurisprudentielle plus libérale au profit justement des associations de protection de l'environnement qui, face aux contrats conclus dans le cadre de projet de grande ampleur, n'étaient pas condamnées à attendre de pouvoir contester les actes susceptibles d'être adoptés en aval pour leur mise en œuvre¹¹⁴⁹. L'autre voie possible était, selon M. Bertrand Dacosta, d'insister sur l'intensité de cette lésion¹¹⁵⁰ et c'est celle que les juridictions du fond ont semble-t-il

¹¹⁴⁷ Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA*, 2014, p. 1035.

¹¹⁴⁸ Bertrand DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA*, 2014, p. 2053.

¹¹⁴⁹ C'est, par exemple, après avoir relevé l'absence « d'effet direct de cette délibération sur la réalisation effective des constructions mises à la charge du concessionnaire » que le Conseil d'État, dans un arrêt du 17 décembre 2012, avait estimé que le recours pour excès d'une association de protection de l'environnement contre une délibération autorisant la signature d'une concession était irrecevable (CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 17 décembre 2012, *Société d'exploitation du casino de Fouras et Commune de Fouras*, n° 294597), ce qui semblait alors revenir sur le libéralisme dont il avait pu faire preuve à l'égard de tels recours (CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaurens et autres*, n°s 159496, 159508 ; CE, Sect., 6 mai 1996, *Association « Aquitaine Alternatives »*, n° 121915). Il était même possible de trouver dans la jurisprudence des formulations similaires à celles employées dans l'arrêt de 2014 (Par ex., CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 11 mai 2011, n° 331153). Toutefois, comme le montre Mme Elise Langelier, cette formulation n'est sans doute en elle-même pas probante puisqu'elle se retrouvait même antérieurement dans la jurisprudence du Conseil d'État pour restreindre, par exemple, les requêtes contre les contrats de plan entre l'Etat et La Poste (V. CE, Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrières des travailleurs des postes et des télécommunications*, Rec. Lebon, p. 354, cité par Elise LANGELIER, « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le recours en annulation », *AJDA*, 2012, p. 417). En outre, s'agissant de l'appréciation de l'intérêt pour agir des associations de protection de l'environnement, il y avait en réalité, comme l'expliquait M. Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne*, deux lignes jurisprudentielles qui coexistaient (Bertrand DACOSTA, « De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994 », *RFD*, 2014, p. 425).

¹¹⁵⁰ Ainsi conçue, la restriction empêcherait, par exemple, qu'une association de protection de l'environnement puisse contester n'importe quel marché de travaux ou de fournitures en arguant que les préoccupations environnementales auraient pu être davantage prises en compte (Bertrand DACOSTA, *art.précit.*).

empruntée lorsqu'elles ont enfin admis la recevabilité d'un recours en « contestation de la validité d'un contrat administratif » émanant d'une association de protection des intérêts des contribuables locaux¹¹⁵¹.

432. D'autre part, avec l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État a aussi restreint les moyens que ces tiers « lambdas » peuvent soulever au soutien de leur conclusion en s'inspirant de la jurisprudence *SMIRGEOMES* applicable en référé précontractuel¹¹⁵². Là où les tiers « privilégiés » n'ont pas à faire la preuve d'un quelconque intérêt à soulever un moyen, les tiers « lambdas » ne peuvent en revanche « invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent » ou des vices d'une « d'une gravité telle » que le juge devrait de toute façon les relever d'office. C'est alors une appréciation stricte, « *in concreto* »¹¹⁵³, inspirée de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, qui semble avoir les faveurs de la doctrine autorisée¹¹⁵⁴ et du Conseil d'État. Ce qui signifie, par exemple, qu'au soutien de son recours contre le contrat, le concurrent évincé ne peut invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation du contrat qui sont en rapport direct avec son éviction¹¹⁵⁵ et que les groupements défendant des intérêts collectifs ne peuvent en principe invoquer que des moyens tirés de la violation de normes ayant pour objet de garantir les intérêts qu'ils se sont donnés pour objet de défendre.

433. Poursuivant cette œuvre de recomposition du contentieux contractuel, c'est-à-dire d'enclosure du « jardin à la française »¹¹⁵⁶ dans lequel les tiers peuvent espérer contester la validité du contrat, l'arrêt

¹¹⁵¹ TA Lyon, 4 avril 2019, n°1708840. Le tribunal a ainsi reconnu que les intérêts défendus par l'association « Contribuables actifs du lyonnais » étaient lésés de façon suffisamment directe et certaine par les avenants que la métropole de Lyon avait conclus pour augmenter de 15% les prix initiaux de marchés fractionnés à bons de commande relatifs au transport des élèves et étudiants en situation de handicap entre leur domicile et leur établissement scolaire sans aucune modification de ces prestations, ce qui représentait alors une charge supplémentaire estimée à 423 000 euros pour les finances de la métropole. Peu de temps avant, le même tribunal avait toutefois rejeté comme irrecevables les recours que cette même association avait dirigés contre deux marchés que la région Auvergne-Rhône-Alpes conclus portant sur l'achat d'espaces promotionnels, de billets de spectacles sportifs et de prestations de communication, d'un montant de 401 950 (TA de Lyon, 31 janvier 2019, n° 1709083) et de 500 000 euros (TA de Lyon, 31 janvier 2019, n° 1704388), ainsi qu'un accord-cadre à bons de commande conclu pour deux ans pour l'exécution de travaux d'entretien que la métropole de Lyon avait conclu pour un montant final maximal de 160 000 euros (TA de Lyon, 31 janvier 2019, n° 1607996). Pour autant, le montant, qui doit de toute façon être rapportée notamment à la collectivité concernée, ne saurait être regardé comme le seul critère permettant d'apprécier l'intérêt pour agir de telles associations. Ainsi, dans son jugement du 4 avril 2019, le tribunal administratif de Lyon évoque plusieurs critères : « une association de contribuables locaux qui a pour objet d'assurer la défense des intérêts de ses membres est recevable à contester la validité d'un contrat si sa passation ou ses stipulations sont de nature à la léser dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine, au regard, notamment, de l'objet du contrat, de sa portée, de son montant et de l'impact de son exécution sur les finances locales ».

¹¹⁵² CE, Sect., 3 octobre 2008, *Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe*, n° 305420 : « Il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente ». Cette exigence est ensuite évoquée à l'article L. 551-18 du code de justice administrative s'agissant du référé contractuel.

¹¹⁵³ Jean-François LAFaix, *op.cit.*, p. 103.

¹¹⁵⁴ Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA*, 2016, p. 479 ; Bertrand DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA*, 2014, p. 2053.

¹¹⁵⁵ CE, Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport*, n° 383149.

¹¹⁵⁶ Gilles PELLISSIER, « Le recours des tiers contre le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat : plein contentieux. Conclusions sur Conseil d'État, section, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, n° 398445 », *RFDA*, 2017, p. 937.

*Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*¹¹⁵⁷ a ensuite fermé aux tiers le recours pour excès de pouvoir qui leur était jusqu'alors ouvert contre les décisions de refus de résiliation¹¹⁵⁸ pour lui substituer là encore un recours de plein contentieux. Là aussi, le Conseil d'État a souhaité encadrer plus strictement les conditions de reconnaissance de l'intérêt donnant qualité pour agir ainsi que restreindre le champ des moyens invocables en imposant en outre aux requérants de faire la preuve d'un intérêt à les soulever et, sur ces deux points, a repris la même distinction entre les tiers « privilégiés » et les tiers « lambdas » pour les contrats conclus par les collectivités territoriales ou les groupements de collectivités territoriales.

434. Certes, le recours pour excès de pouvoir n'a pas totalement disparu du champ du contentieux contractuel et les groupements privés ont ainsi toujours la possibilité d'exercer des recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de contrats qui, quoiqu'étant conclus par l'administration ne sont pas administratifs donc hors du champ d'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* comme le sont, en principe du moins, les contrats d'occupation du domaine privé¹¹⁵⁹. Il leur est aussi toujours ouvert contre les contrats de recrutement d'agents publics¹¹⁶⁰, les clauses réglementaires des contrats administratifs¹¹⁶¹ ainsi que les actes approuvant des contrats dont la validité ne peut être en principe contestée que dans le cadre de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* pourvu toutefois que le requérant ne soulève à l'occasion de ce recours que des moyens relatifs à des vices propres à cet acte et non au contrat lui-même¹¹⁶². Néanmoins, il ne s'agit alors pas de contourner la jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* dont l'esprit semble de toute façon avoir aussi infusé dans cette partie du contentieux de l'excès de pouvoir. Ainsi, une partie des décisions rendues jusqu'alors peuvent laisser penser que les conditions d'appréciation de l'intérêt pour agir tendent à s'aligner sur celles applicables dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat, c'est-à-dire qu'elles tendent à être plus strictes pour ces tiers lambdas que sont notamment les groupements privés défendant des intérêts collectifs¹¹⁶³.

¹¹⁵⁷ CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445.

¹¹⁵⁸ CE, Sect., 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales*, n° 53518.

¹¹⁵⁹ CE, 8^e et 3^e chambres réunies, 7 mars 2019, *Commune de Valbonne*, n° 417629.

¹¹⁶⁰ CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 2 février 2015, *Castronovo c. Commune d'Aix-en-Provence*, n° 373520.

¹¹⁶¹ CE, 7^e et 2^e chambres réunies, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982.

¹¹⁶² CE, 7^e et 2^e chambres réunies, 23 décembre 2016, *Association Études et Consommation CFDT du Languedoc Roussillon*, n° 392815.

¹¹⁶³ Ainsi, dans l'arrêt *Association Études et Consommation CFDT du Languedoc Roussillon*, le Conseil d'État a évoqué la généralité de l'objet statutaire du groupement requérant mais il a en réalité retenu une conception plus stricte de l'exigence d'une atteinte directe et certaine pour rejeter comme irrecevables ses recours dirigés contre les décrets d'approbation. Dans le même ordre d'idée, pour M. Fabrice Jury, l'arrêt *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, qui rejeta comme irrecevable le recours pour excès de pouvoir que la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération avait dirigé contre le refus du Premier ministre d'abroger certaines clauses de concessions autoroutières, serait aussi illustratif de ce « rapprochement du régime du recours pour excès de pouvoir et de celui du recours en contestation de validité du contrat » (Fabrice JURY, *art.précit.*, p. 55). Néanmoins, le Conseil d'État n'a pas eu alors besoin de se prononcer sur l'intérêt pour agir de la communauté d'agglomération pour rejeter le recours et la référence à l'exigence d'une « atteinte directe et certaine » aux intérêts des tiers au contrat par ses clauses réglementaires dans la motivation de l'arrêt n'est pas en elle-même très probante.

b- Le contournement des obstacles juridiques devant les juridictions judiciaires

435. Certains groupements privés furent aussi parfois admis à contourner une partie des obstacles dressés par le juge sur le chemin de l'action civile devant les juridictions répressives. En effet, même si la théorie des infractions d'intérêt général pût être opposée aussi à l'action des groupements défendant un intérêt collectif¹¹⁶⁴, certains d'entre eux furent habilités à mettre en mouvement l'action publique en présence d'infractions qui étaient regardées comme visant exclusivement l'intérêt général. Par exemple, avant même que la Chambre criminelle ne commence à faire sortir les infractions au code de l'urbanisme de la catégorie des infractions d'intérêt général¹¹⁶⁵, le législateur, avec la loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme, avait accordé à quelques groupements privés¹¹⁶⁶ la possibilité de se constituer partie civile en présence de certaines infractions au code de l'urbanisme portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'ils ont pour objet de défendre. L'attribution de la qualité pour agir à quelques groupements privés triés sur le volet, à partir de critères dont la pertinence méritera d'être discutée¹¹⁶⁷, apparaît effectivement comme une solution de compromis permettant d'éviter à la fois les inconvénients de la théorie des infractions d'intérêt général, qui prive d'une force d'appoint les autorités publiques habilitées à déclencher l'action publique dont l'inertie serait alors plus subie que choisie, et ceux d'une action civile qui serait ouverte à toute personne s'estimant lésée.

436. Cet argument de l'effectivité de la répression était déjà avancé par les premiers promoteurs de l'action associative et syndicale au tournant des XIX^e et XX^e siècles¹¹⁶⁸. Néanmoins, comme le montrent les débats sur la proposition de loi tendant à améliorer la protection de l'enfant déposée en 1898 et amendée par le Sénat pour permettre à des sociétés agréées par le ministère de la justice de déclencher les poursuites, il n'était alors pas parvenu à vaincre la résistance des parlementaires. Ces derniers demeuraient farouchement attachés à l'autorité du ministère public ou craignaient que ce fussent les vellétés moralisatrices de l'Eglise catholique qui s'insinuassent ainsi dans cette ouverture de l'action¹¹⁶⁹. L'argument de l'effectivité de la répression a toutefois fini par s'imposer comme un impératif au législateur qui pouvait voir dans les groupements privés un moyen de compenser les inévitables

¹¹⁶⁴ Crim., 18 octobre 1913, Bull. crim., n° 449.

¹¹⁶⁵ Crim., 1^{er} décembre 1981, Bull. crim., n° 316.

¹¹⁶⁶ Plus précisément, il s'agissait alors des associations, soit reconnues d'utilité publique, soit régulièrement déclarées depuis trois ans au moins et agréées, se proposant par leurs statuts d'agir pour la protection et l'amélioration du cadre de vie et de l'environnement (ex-art. L. 160-1 du code de l'urbanisme tel que modifié par l'article 44 de la loi n°76-1285 du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme).

¹¹⁶⁷ Cf. *Infra*, Section 1 du Chapitre 1 du Titre 2 de la première partie.

¹¹⁶⁸ V par ex. Paul NOURRISSON, *De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et des délits: étude d'histoire et de législation comparée*, Paris, L. Larose, 1894, 295 p.

¹¹⁶⁹ Ces vellétés moralisatrices – qu'elles émanent ou non de l'Eglise catholique – sont d'ailleurs encore parfois dénoncées pour contester le développement des actions collectives (Serge GUINCHARD, « Les moralistes au prétoire », *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 477).

défaillances des autorités publiques¹¹⁷⁰. Cette justification de l'action collective était alors relayée tant par une partie des futurs bénéficiaires des lois habilitant à agir en présence d'infractions dont le résultat ne semble léser que des intérêts supra-personnel que par les normes que de telles lois avaient pour objet de transposer¹¹⁷¹. La chambre criminelle de la Cour de cassation n'est pas non plus restée insensible à cet argument. Elle a pu ainsi retenir parfois une interprétation extensive de ces habilitations législatives à agir des groupements privés¹¹⁷², voire devancer le législateur lorsque les groupements se heurtèrent à l'inertie du ministère public comme dans l'affaire des « biens mal acquis ».

437. Le reflux des infractions dites d'intérêt général a, quant à lui, bénéficié aux groupements privés, alors même qu'une partie d'entre eux semblait ainsi perdre le privilège procédural dont ils pouvaient jusqu'alors bénéficier dans certaines matières. En effet, d'une part, les obstacles précédemment évoqués à l'exercice de l'action civile maintinrent de *facto* l'effet restrictif de cette théorie, apportant alors une justification supplémentaire à la nécessité de l'action collective de groupements privés qui eux pourraient surmonter ces obstacles non-juridiques. D'autre part, ce reflux s'inscrit lui-même dans un phénomène plus large de privatisation de la répression pénale dont le développement de l'action collective des groupements est justement une manifestation.

438. En voie de privatisation, la répression pénale s'est dans le même temps étendue et ce phénomène d'extension de la répression pénale, qui en lui-même n'est pas non plus nouveau mais s'est intensifié sous l'effet tant de la pression de l'opinion publique que des normes internationales et européennes¹¹⁷³, a aussi profité à l'action collective des groupements privés. En effet, la pénalisation¹¹⁷⁴ croissante des branches

¹¹⁷⁰ Il ressort des travaux préparatoires de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 que le législateur justifia ainsi en partie la reconnaissance de la possibilité au profit d'associations, qui se proposent par leurs statuts de défendre les intérêts moraux et l'honneur des anciens combattants et victimes de guerre et des morts pour la France et qui sont régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et inscrites auprès de l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les délits de diffamation ou d'injures qui ont causé un préjudice direct ou indirect à la mission qu'elles remplissent. Il s'agissait effectivement de confier à leur vigilance le soin de remédier à cette cause d'ineffectivité que pouvait être le monopole que le 1° de l'article 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse réserve au ministre de la Défense pour déposer plainte en cas d'injure ou de diffamation envers les armées et permettre ainsi au ministère public, s'il l'estime opportun, de déclencher des poursuites (Lucien NEUWIRTH, *Rapport n° 283 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi tendant à permettre aux associations d'anciens combattants d'ester en justice*, déposé le 17 avril 1991, p. 5). Ce faisant, alors qu'il aurait pu se contenter de leur permettre de déposer plainte concurremment avec le ministre, le législateur a même permis à ces groupements de contourner aussi l'obstacle qu'est susceptible de constituer l'inaction du ministère public.

¹¹⁷¹ La reconnaissance par l'article L. 3512-4 du code de la santé publique de la qualité pour agir de certains groupements - en l'occurrence des associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre le tabagisme, régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 du code de la consommation ainsi que les associations familiales mentionnées aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles - en présence notamment des infractions aux règles prohibant la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac apparaît ainsi comme un moyen supplémentaire de garantir l'effectivité du mécanisme de sanction prévu par la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014.

¹¹⁷² Par ex., s'agissant de l'habilitation des associations agréées de protection des consommateurs : Crim., 24 juin 1997, n° 96-82.424.

¹¹⁷³ Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Paris, Editions Cujas, coll. Référence, 6^e édition, 2014, n° 5, p. 17.

¹¹⁷⁴ Ce terme, polysémique s'il en est, est entendu ici comme la création de « nouvelles incriminations » ou le durcissement de la répression pénale (Olivier MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 43, 2008, n° 15, p. 36-40).

du droit a fait alors éclore une multitude d'infractions dont certaines portèrent en priorité sur la défense d'intérêts qui passèrent ainsi pour des intérêts collectifs privés. Quoiqu'étant supra-personnels comme l'intérêt général, ces intérêts s'en démarquent effectivement en se rapportant à une autre catégorie que celle de la généralité des citoyens, comme celle des salariés ou des consommateurs¹¹⁷⁵. L'habilitation accordée aux groupements défendant lesdits intérêts collectifs apparaît alors comme le pendant procédural de cette législation en faveur de laquelle certains d'entre eux purent d'ailleurs militer, le complément nécessaire pour en garantir l'effectivité. C'est ce que donne à voir, par exemple, la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « loi Royer », qui accrut la protection des intérêts des consommateurs tant sur le plan substantiel que procédural. Non seulement, elle consolida le mouvement jurisprudentiel favorable à l'exercice de l'action civile en matière économique¹¹⁷⁶ en permettant alors son exercice dans les conditions de droit commun en réparation du dommage causé par la majeure partie des infractions constatées, poursuivies et réprimées suivant l'ordonnance du 30 juin 1945¹¹⁷⁷, mais elle reconnut aussi dans le même temps aux associations agréées de défense des consommateurs le droit d'exercer cette action civile devant toutes les juridictions relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs¹¹⁷⁸ que de nouvelles infractions visaient notamment à garantir¹¹⁷⁹.

439. En outre, comme cela a déjà été dit, le reflux de la théorie des infractions d'intérêt général n'est pas allé jusqu'à leur disparition totale. À cet égard, la reconnaissance d'une convergence entre l'intérêt général et un autre intérêt collectif apparaît toujours tant comme une concession faite à certains groupements que comme une remise en cause raisonnée de la théorie des infractions d'intérêt général, c'est-à-dire comme un moyen de l'assouplir sans pour autant rompre l'une des digues mettant le prétoire du juge pénal à l'abri de l'engorgement¹¹⁸⁰.

440. Le rôle des groupements semble toutefois plus limité à l'égard des infractions d'intérêt général encore subsistantes. D'une part, la portée de certaines habilitations en présence de telles infractions demeure limitée en ce qu'elles ne permettent pas de surmonter l'éventuelle inertie du ministère public. S'ajoutant au filtrage des groupements, l'encadrement de l'action n'a ainsi pas simplement apaisé les craintes qu'elle pouvait inspirer aux parlementaires, mais a aussi pu neutraliser son utilité sur ce point.

¹¹⁷⁵ Sur la différence parfois établie entre l'intérêt général et l'intérêt collectif, cf. Introduction.

¹¹⁷⁶ La Cour de cassation venait effectivement d'infléchir sa jurisprudence en matière économique puisqu'elle ne présentait plus le régime procédural mis en place par l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique comme un obstacle dirimant à la constitution de partie civile (Crim., 22 janvier 1970, n° 69-90.898).

¹¹⁷⁷ Art. 45 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

¹¹⁷⁸ Art. 46 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

¹¹⁷⁹ Aux fins de remédier aux lacunes de l'article 5 de loi n°63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificatives pour 1963 qui avait introduit un délit autonome de publicité mensongère, l'article 44 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat introduisit ainsi l'incrimination de la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur.

¹¹⁸⁰ Pour un exemple de reconnaissance d'une convergence entre l'intérêt général et un intérêt collectif susceptible d'être défendu par un groupement privé : « l'infraction à l'interdiction d'effectuer à titre habituel des opérations de banque ne porte atteinte qu'à l'intérêt général et à celui de la profession de banquier » (Crim., 11 février 2009, n° 08-83.870).

C'est le cas, par exemple, de l'article 2-16 du code de procédure pénale qui permet à toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits qui se propose, par ses statuts, de lutter contre la toxicomanie ou le trafic de stupéfiants de n'exercer que par voie d'intervention les droits reconnus à la partie civile et seulement en ce qui concerne, notamment, le trafic de stupéfiants, c'est-à-dire d'une infraction qui demeure regardée comme étant d'intérêt général¹¹⁸¹. Le même problème se retrouve du reste avec des habilitations comme celles contenues à l'article 2-9 du code de procédure pénale¹¹⁸², qui conditionnent aussi l'exercice des droits de la partie civile à la mise en mouvement de l'action publique s'agissant notamment d'« infractions obstacles »¹¹⁸³, c'est-à-dire dont le résultat ne saurait causer un préjudice personnel à une quelconque victime qui serait elle-même susceptible de surmonter l'inertie du ministère public¹¹⁸⁴. En réalité, dans un cas comme dans l'autre, le législateur semble être tombé dans le piège des renvois trop larges ou successifs alors qu'il cherchait moins à combler les éventuels angles morts de l'action publique qu'à offrir un soutien aux victimes d'infractions, ainsi qu'en témoigne d'ailleurs l'objet statutaire des associations admises à agir sur le fondement de l'article 2-9 du code pénal.

441. Il reste, d'autre part, des infractions dont le caractère d'intérêt général n'a pas été compensé par une quelconque habilitation législative ou jurisprudentielle au profit de groupements privés qui leur permettrait au moins d'agir par voie d'intervention au soutien du ministère public comme cela peut être le cas de l'atteinte au secret de la défense nationale ou encore du discrédit jeté sur une décision de

¹¹⁸¹ Crim., 7 mars 2000, n° 99-85.565.

¹¹⁸² Créé par l'article 1^{er} de loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le code de procédure pénale et le code des assurances et relative aux victimes d'infractions, l'article 2-9 du code de procédure pénale dispose que : « Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans qui se propose, par ses statuts, d'assister les victimes d'infractions peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-16 lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée. Toute association régulièrement déclarée ayant pour objet statutaire la défense des victimes d'une infraction entrant dans le champ d'application du même article 706-16 et regroupant plusieurs de ces victimes peut, si elle a été agréée à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne cette infraction lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée. Les conditions dans lesquelles les associations mentionnées au présent alinéa peuvent être agréées, après avis du ministère public, compte tenu de leur représentativité, sont fixées par décret. Toute fondation reconnue d'utilité publique peut exercer les droits reconnus à la partie civile dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves que l'association mentionnée au présent article ».

¹¹⁸³ « Il est convenu de parler d'« infraction-obstacle » lorsque le législateur, se plaçant très amont du chemin du crime - ou *iter criminis* -, décide de réprimer un comportement qui est seulement susceptible d'entraîner la commission d'une « infraction matérielle » qui provoque elle une atteinte consistant en « une modification du monde extérieur (*résultat matériel*) et en une violation de l'ordre juridique (*résultat juridique*) ». Créant un péril, « l'infraction obstacle » se situe aussi en amont le chemin du crime de l'infraction dite « formelle » qui – comme l'empoisonnement par exemple - réprime un « simple procédé (le *résultat légal*) » et se consomme aussi indépendamment de son résultat tangible qu'elle permet de préparer et qui peut lui constituer le résultat matériel d'une infraction matérielle. Son lien avec le résultat matériel que le législateur souhaite éviter est en réalité plus distant et incertain (Xavier PIN, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 11^e édition, 2019, p. 177-181, n° 178-181).

¹¹⁸⁴ L'article 2-9 du code de procédure pénale renvoie ainsi à l'article 706-16 du même code qui se réfère lui-même aux « actes de terrorisme incriminés par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal », c'est-à-dire, notamment, « les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous définies par les articles 431-13 à 431-17 et les infractions définies par les articles 434-6 et 441-2 à 441-5 » du code pénal lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur (3^o de l'article 421-1 du code pénal). Or, parmi ces infractions, il s'en trouve qui, comme l'organisation ou la participation à des groupes de combat, peuvent être effectivement qualifiées d'infractions obstacle.

justice¹¹⁸⁵. Les intérêts qui sont ici essentiellement, donc non exclusivement, en cause apparaissent plutôt comme des intérêts publics entendus comme des intérêts de collectivités publiques¹¹⁸⁶. Le législateur comme le juge ne semblent alors pas disposés à admettre, s'agissant de ce noyau dur d'infractions d'intérêt général, qu'un intérêt collectif plus spécial puisse être atteint concomitamment à l'intérêt général ou même que la défense de ce dernier, qui suppose de le définir en prétendant le représenter, puisse être confiée à des groupements privés. Des exceptions sont néanmoins possibles comme le montre le cas des associations d'anciens combattants.

2- Une action complémentaire imposée par la nature des intérêts supra-personnels en jeu

442. Outre le respect de la Convention d'Aarhus et des normes supra-législatives adoptées pour son application, il y a ainsi d'autres raisons qui sont susceptibles de justifier ce traitement privilégié dont le jurislatureur, soumis à un impératif d'effectivité, gratifie les associations de protection de l'environnement.

443. Il ne faut tout d'abord pas négliger la pression que peuvent exercer lesdits groupements auprès des pouvoirs normateurs lors de l'élaboration des textes ayant pour objet la protection de l'environnement. La Convention d'Aarhus en fournit d'ailleurs un exemple éclatant puisque, comme le rappelle son guide d'application, les groupements privés de défense de l'environnement ne sont pas étrangers à sa rédaction et il était attendu d'eux qu'ils fassent preuve de vigilance pour garantir l'effectivité de ses stipulations¹¹⁸⁷. Cet activisme marque aussi en droit interne le champ d'application des dispositions accordant de telles facilités procédurales. S'il présente une importance indéniable en droit de l'environnement, au moins sur le plan historique, cet activisme des groupements privés n'en constitue toutefois pas l'apanage comme le démontrent les circonstances dans lesquelles des habilitations à agir en justice ont pu leur être reconnues pour garantir l'effectivité de normes n'ayant pour objet, ni même pour effet, de protéger l'environnement¹¹⁸⁸. En tout état de cause, il s'agit sans doute là d'une raison, mais non d'une justification à proprement parler.

¹¹⁸⁵ V. pour des refus de constitution de partie civile émanant d'associations : Crim., 29 avril 2003, n° 02-86.603 ; Crim., 21 novembre 2007, n° 07-82.322. Seul l'État semble ainsi admis à se prévaloir d'un « préjudice moral » en cas de discrédit jeté sur une institution. S'agissant du discrédit jeté par un délit de favoritisme sur l'ensemble des personnels civils et militaires du ministère de la Défense et constituant un « facteur d'affaiblissement de l'autorité de l'État dans l'opinion publique », V. Crim., 4 mai 2006, *Philippe P. et Arnaud L.*, n° 05-81.743).

¹¹⁸⁶ Maryse DEGUERGUE, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2015, p. 131.

¹¹⁸⁷ Jonas EBBESSON, Helmut GAUGITSCH, Jerzy JENDROSKA, Fiona MARSHALL, Stephen STEC, *La Convention d'Aarhus : guide d'application*, Publication des Nations unies, 2^e édition, 2014, p. 15-16.

¹¹⁸⁸ Ainsi, pour ne prendre que ce contre-exemple, l'ajout par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2003 d'un troisième alinéa à l'article 2-15 du code de procédure pénale pour permettre à « toute fédération d'associations, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et inscrite auprès du ministère de la justice, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, dont l'objet statutaire est la défense des victimes d'accidents collectifs » d'exercer les droits de la partie civile en ce qui concerne certains accidents collectifs fut le « résultat d'un lobbying actif de la Fenvac qui se retrouve ainsi investie d'une capacité pénale permanente comme cela était déjà le cas pour les associations de victimes de terrorisme » (Marie-France STEINLE-FEUERBACH, « Victimes d'accident collectifs, aide et défense : la place des associations dans le procès pénal », in Yves STRICKLER, (dir.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 46).

444. Comme dans d'autres branches du droit, l'action des associations est aussi un moyen de garantir l'effectivité d'une législation dont la violation entraîne des lésions qui seraient la plupart du temps trop diffuses pour qu'un individu puisse éventuellement engager une action en lieu et place des organes étatiques qui, de leur côté, ne voudraient ou ne pourraient s'en saisir. Ce risque de défaillance de la synergie entre les actions privées et publiques serait même ici plus prégnant compte tenu de la technicité d'un droit d'ingénieur comme le droit de l'environnement qui rebuterait tant les victimes indirectes d'atteintes à l'environnement que les organes traditionnellement en charge de la défense de l'intérêt général en justice. La technicité des litiges pouvant naître en matière environnementale fut ainsi rappelée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Gorraiç Lizarraga* pour souligner l'importance que revêt l'action des associations pour assurer l'effectivité du droit au recours et leur reconnaître la qualité de victime¹¹⁸⁹. Elle constitue aussi l'une des raisons ayant présidé au choix de mettre en place des entités spécialisées, comme des autorités administratives indépendantes, ou à spécialiser des juridictions en matière d'environnement¹¹⁹⁰. Même s'ils sont censés remédier à l'impéritie - réelle ou supposée - des représentants attitrés de l'intérêt général, de tels aménagements de l'action publique ne rendent pas inutiles l'activité contentieuse d'associations expertes. Ils furent d'ailleurs réalisés en parallèle du développement de cette activité contentieuse¹¹⁹¹ et demeurent encore inachevés¹¹⁹². Surtout, pour intervenir, ces entités spécialisées peuvent se voir reconnaître une marge d'appréciation au sein de laquelle

¹¹⁸⁹ CEDH, 4^e section, 27 avril 2004, *Gorraiç Lizarraga et a. c. Espagne*, n° 62543/00, § 38 : « Certes, les intéressés n'ont pas été parties à la procédure litigieuse en leur nom propre, mais par l'intermédiaire de l'association qu'ils avaient constituée en vue de défendre leurs intérêts. Cela étant, la notion de victime évoquée à l'article 34 doit comme les autres dispositions de la Convention faire l'objet d'une interprétation évolutive à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui. Or, dans les sociétés actuelles, lorsque le citoyen est confronté à des actes administratifs spécialement complexes, le recours à des entités collectives telles que les associations constitue l'un des moyens accessibles, parfois le seul, dont il dispose pour assurer une défense efficace de ses intérêts particuliers ». Dans le même ordre d'idées, dans ses conclusions sur l'arrêt *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, l'avocate générale Eleanor Sharpston avait fait valoir notamment qu'« une ONG environnementale est l'expression des intérêts collectifs et peut posséder un niveau d'expertise technique dont un individu ne dispose pas forcément » (Eleanor SHARPSTON, Conclusions du 16 décembre 2010 sur CJUE, 16 décembre 2010, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV c. Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09, pt. 51).

¹¹⁹⁰ Pour les infractions consistant en une pollution des eaux maritimes par rejet des navires ou une atteinte aux biens culturels maritimes et les infractions connexes, le législateur a organisé la compétence de juridictions spécialisées, en l'occurrence de juridictions du littoral spécialisées qui, créées par la loi n° 2001-380 du 3 mai 2001 relative à la répression des rejets polluants de navires, comprennent une section du parquet et des formations d'instruction et de jugement spécialisées et, concurremment dès lors que les affaires de pollution des eaux maritimes par rejet des navires sont ou apparaissent d'une « grande complexité », du tribunal judiciaire de Paris. La compétence de cette dernière juridiction est en revanche exclusive lorsque les pollutions des eaux maritimes par rejet des navires ont lieu hors des espaces maritimes sous juridiction française. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a aussi créé des pôles de santé publique au sein des tribunaux de grande instance - désormais dénommés absorbés au sein des tribunaux judiciaires - dont le champ de compétence s'est étoffé au fil des législations (art. 706-2 du code de procédure pénale).

¹¹⁹¹ Michel PRIEUR, « L'administration de l'environnement », *RJE*, n° 2, 1983. p. 105.

¹¹⁹² Le rapport *Jégouzo* proposait ainsi, en parallèle de la consécration du préjudice écologique, la création d'une « Haute autorité environnementale ayant une mission générale de gardienne de l'environnement ». Reprenant l'exemple du Défenseur des droits, il voulait que cette autorité indépendante unifiât les missions « d'évaluation et contrôle des évaluations environnementales », de « garantie de mise en œuvre et respect des principes d'information et de participation inscrits à l'article 7 de la Charte de l'environnement », de « suivi, [d']actualisation des évaluations et contrôle aval des opérations et décisions ayant un impact sur l'environnement », mais aussi de « surveillance des atteintes à l'environnement ». À ce titre, il estimait d'ailleurs qu'elle pourrait participer au filtrage des actions en justice dans le respect des stipulations de la Convention d'Aarhus (Yves JÉGOUZO (dir.), *rapport.prévit.*, p. 25-26) .

les illégalités peuvent continuer à proliférer¹¹⁹³. Néanmoins, si la technicité constitue bien l'un des traits saillants du droit de l'environnement qui peut rendre d'autant plus nécessaire l'intervention de groupements privés, là encore, elle ne suffit pas à le singulariser. Cela n'épuise donc pas les raisons pour lesquelles les associations ont pu se voir reconnaître un rôle si singulier en matière de protection de l'environnement.

445. Appelés à prendre part aux processus décisionnels concernant les biens environnementaux et, ce qui en constitue le corollaire, à leur protection, les groupements privés profitent aussi d'une volonté de remettre en cause la gestion publique, ou à tout le moins exclusivement publique, de tels intérêts collectifs¹¹⁹⁴. Eu égard au bien à la protection duquel s'attache l'intérêt collectif défendu, ce n'est pas seulement le monopole étatique - ou plus largement public - qui est contesté, mais l'intervention de la société civile qui se trouve légitimée¹¹⁹⁵ et, par là même, celles de groupements privés qui prétendent en être les représentants ou sont présentés comme tels.

446. Cette pluralité des requérants, publics comme privés, permet de rattacher le droit de l'environnement à ce que Karel Vasak appelait les droits de troisième génération dont la particularité serait d'impliquer l'ensemble des acteurs du jeu social dans leur mise en œuvre. Cela ne signifie donc pas que les autorités publiques soient totalement évincées de la protection de l'environnement ainsi qu'en témoigne la liste des personnes admises à réclamer la réparation du préjudice écologique pur¹¹⁹⁶. En un sens, la volonté d'assurer une meilleure protection de l'environnement en justice profita même à certaines personnes publiques infra-étatiques dont les conditions d'action en justice furent alignées - par le haut - sur celles des associations de protections de l'environnement¹¹⁹⁷.

¹¹⁹³ Tout en proposant la création d'une haute autorité, le rapport *Jégouzo* reconnaissait d'ailleurs l'action des associations de protection de l'environnement. À cet égard, il ne se contentait pas de rappeler les obligations pesant sur le législateur en application de la Convention d'Aarhus mais insistait aussi sur l'utilité de cette action complémentaire, qui ferait ses preuves y compris dans les pays où le parquet est très actif en matière de protection de l'environnement (Yves JÉGOUZO (dir.), *rapport.précit.*, p. 28).

¹¹⁹⁴ Ainsi, la circulaire du ministre en date du 21 avril 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'environnement recommandait aux parquetiers de dialoguer avec les associations agréées de protection de l'environnement actives dans leur ressort (Circulaire du 21 avril 2015, Orientations de politique pénale en matière d'environnement, p. 7).

¹¹⁹⁵ Cela ne fut toutefois pas toujours le cas ainsi qu'en témoignent les jurisprudences judiciaires et administratives sur l'intérêt pour agir des Fédérations départementales de pêche et de pisciculture pour obtenir la réparation des préjudices résultant de pollutions de rivières. En effet, le Cour de cassation, et plus précisément la Chambre criminelle (Crim., 15 janvier 1958, Bull. cons. sup. pêche, 1958, n° 34, p. 125), comme le Conseil d'État (CE, 22 janvier 1958, *Ville de Saint-Etienne c. Fédération départementale des A.P.P de la Haute-Loire*, *AJDA*, 1958, p. 69) appréciaient restrictivement le caractère direct de l'atteinte pour ces groupements qui, alors organisées par le décret du 12 juillet 1941, pouvaient d'ailleurs sembler peu enclins à introduire des recours abusifs compte tenu de leur situation de dépendance à l'égard de la puissance publique.

¹¹⁹⁶ Ainsi, dans l'affaire *Erika*, le juge judiciaire avait aussi ouvert l'action en réparation du préjudice écologique aux collectivités territoriales dont le territoire avait été touché par la pollution. Quant au rapport *Jégouzo*, il proposait d'ouvrir l'action en indemnisation à l'État, au ministère public, à une Haute autorité environnementale ou un Fonds de réparation environnementale, aux collectivités territoriales ainsi qu'à leurs groupements dont le territoire est concerné. Finalement, le législateur a retenu une liste semblable à ceci près qu'il a supprimé la référence, qui pouvait apparaître superfétatoire, au ministère public et qu'en lieu place de cette Haute autorité environnementale dont la création était proposée par le rapport *Jégouzo*, ou encore d'un Fonds de réparation environnementale, il a ouvert l'action à l'Agence française pour la biodiversité et aux établissements publics ayant pour objet, comme les associations, la protection de la nature et de l'environnement.

¹¹⁹⁷ En première instance du procès *Erika*, la possibilité d'obtenir une indemnisation au titre du préjudice écologique fut plus discutée pour les collectivités locales requérantes que pour les associations. Elles se voyaient alors opposer par les avocats de

447. Cette vision trouve un écho, mais aussi une nouvelle légitimité, dans les travaux sur les « communs » dont l'objet premier sont les « ressources communes », caractérisées par la non-exclusion dans l'usage et la rivalité dans la consommation, au nombre desquels appartiennent notamment une partie des biens environnementaux. À rebours des thèses néomalthusiennes de Hardin, qui n'envisageaient que l'appropriation privée ou la régulation étatique pour conjurer la « tragédie des communs »¹¹⁹⁸, les études empiriques menées par Elinor Ostrom tendent à montrer la pérennité de modes de gouvernance collective et polycentrique au sein desquels sont impliqués les communautés directement intéressées, y compris dans l'élaboration de ces règles de gouvernance. Offrant ainsi une planche de salut entre le Charybde du marché, dont la logique innerve pour partie le phénomène de « patrimonialisation » qui caractérise le statut juridique des biens environnementaux, et le Scylla du « Léviathan »¹¹⁹⁹, ces travaux - qui n'ont été traduits en français qu'en 2010¹²⁰⁰ - se trouvent mobilisés au service d'une foule d'études interdisciplinaires, ne portant du reste pas seulement sur l'environnement¹²⁰¹, qui interrogent tant les modes de gouvernance que la conception exclusiviste du droit de propriété et auxquelles les juristes ne purent rester insensibles en tentant de saisir ces biens - au sens économique - dont l'usage revêt un intérêt collectif au travers de catégories juridiques anciennes ou nouvelles¹²⁰². C'est alors le rôle de « la société civile » qui se trouve valorisé par ce dialogue interdisciplinaire et, plus précisément, des groupements privés qui sont présentés comme un élément indispensable de sa structuration. Quant à leur action contentieuse, elle peut finalement être mise au service aussi bien d'un Léviathan, aux fins de corriger ses défaillances, que de « groupes autoorganisés » qui ne peuvent d'ailleurs pas se passer de l'existence d'un « appareil judiciaire fiable »¹²⁰³.

448. Ce sont ensuite des considérations d'ordre pratique qui permettent aux groupements de bénéficier d'un traitement privilégié par rapport aux autres composantes de cette « société civile ». Le jurislatureur français n'est effectivement toujours pas disposé à reconnaître l'*actio popularis* alors même que la nature

la défense que la nature n'était pas leur propriété mais un patrimoine de la Nation lors même que, d'une part, le territoire sur lequel elles exercent leurs compétences était affecté et qu'au nombre des compétences d'une partie d'entre elles se trouve la protection de l'environnement et que, d'autre part, la notion de « patrimoine commun » appliquée à la nature tend précisément à dépasser la conception traditionnelle du droit de propriété (Michel PRIEUR (dir.), *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 8^e édition, 2019, n° 262, p. 227). Ainsi, après le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 16 janvier 2008, le Sénat, s'inspirant des dispositions encadrant l'exercice des droits de la partie civile des associations de protection de l'environnement, profita de l'examen du projet pour leur faciliter la tâche en insérant dans le code de l'environnement un article L. 142-4, d'application immédiate, aux termes duquel « les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect au territoire sur lequel ils exercent leurs compétences et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement ainsi qu'aux textes pris pour leur application ».

¹¹⁹⁸ Garrett HARDIN, *La tragédie des communs*, Paris, PUF, 2018, 64 p.

¹¹⁹⁹ Ainsi que Elinor Ostrom désigne les modèles de contrôle des systèmes de ressources naturelles s'appuyant sur les seuls gouvernement centraux (Elinor OSTROM, *op.cit.*, p. 22).

¹²⁰⁰ Soit un an après l'attribution du prix Nobel d'économie à son auteure.

¹²⁰¹ Charlotte Hess, Elinor Ostrom (éd.), *Understanding knowledge as a commons. From Theory to Practice*, MIT Press, 2011, 382 p.

¹²⁰² Par ex., Judith ROCHFELD, « Les modèles du droit privé français pour accueillir les « communs » », Thomas BOCCON-GIBOD, Pierre CRETOIS, *Etat social, propriété publique et biens communs*, Lormont, Le bord de l'eau, coll. Les voies du politique, 2015, p. 85.

¹²⁰³ Elinor OSTROM, *op.cit.*, p. 39.

de l'intérêt défendu pourrait le justifier¹²⁰⁴ et qu'il est des normes supra-législatives qui, rappelant que la protection de l'environnement est l'affaire de chacun, seraient susceptibles de lui offrir une assise juridique soit en fondant directement l'action soit en permettant d'interpréter de manière plus souple les conditions d'application de celles garantissant le droit à un recours effectif.

449. C'est le cas, par exemple, de l'article 2 de la Charte de l'environnement qui dispose que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». La possibilité pour chacun de former un recours juridictionnel aux fins de défendre l'environnement pourrait alors être regardée comme le versant de ce devoir de vigilance ou même comme son corollaire en considérant l'action en justice comme une prérogative finalisée. Le Conseil d'État ne l'a toutefois pas entendu ainsi en estimant que l'article 2 de la Charte « ne saurait, par lui-même, conférer à toute personne qui l'invoque intérêt pour former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de toute décision administrative qu'elle entend contester »¹²⁰⁵. Le législateur n'a pas non plus franchi ce pas lorsqu'il a organisé l'indemnisation du préjudice écologique pur. Certes, l'article 1248 du code civil ne donne pas une liste exhaustive des requérants admis à agir en réparation de ce préjudice. Toutefois, rien dans les travaux préparatoires ne plaident en faveur d'une telle interprétation, bien au contraire. Revenant sur la version de l'Assemblée nationale qui ouvrait l'action notamment à « toute personne ayant qualité et intérêt à agir », le Sénat plaida pour une distribution plus parcimonieuse de la qualité pour agir, au profit notamment des associations, en reprenant une partie des arguments qui était avancés dans le rapport *Jégouzo*, à savoir le risque d'éparpillement qui nuirait à l'efficacité de l'action¹²⁰⁶. Si l'Assemblée nationale parvint ensuite à imposer une ouverture plus large de l'accès au juge en faisant revenir la référence à « toute personne ayant qualité et intérêt à agir », elle choisit tout de même, grâce à cette liste de requérants, d'encadrer l'appréciation du juge¹²⁰⁷, auquel elle semblait faire néanmoins suffisamment confiance pour ne pas ignorer les inconvénients de l'action populaire¹²⁰⁸. La promotion de l'action collective des groupements privés, ou du moins de quelques-uns, apparaît comme un moyen d'assurer à peu de frais l'effectivité de ces normes. Elle se présente alors comme une « action populaire » en trompe-l'œil, un paravent pour des considérations plus prosaïques de régulation des flux contentieux.

¹²⁰⁴ Ainsi, en « synergie avec la notion de communs » (Chiara ANGIOLINI, Michael William MONTEROSSO, « Action diffuse (Italie) » in Marie CORNU, Fabienne ORSI, Judith ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2017 p. 41), la Commission *Rodota*, qui fut mise en place par le ministère de la justice italien afin de rédiger le projet de loi tendant à modifier les dispositions du Code civil relatives aux biens publics, estimait qu'il était nécessaire d'ouvrir le plus largement possible l'action en défense d'un intérêt supra personnel que constitue l'action en cessation d'activités contraires à la protection de ce qu'elle qualifiait de « biens communs ».

¹²⁰⁵ CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 3 août 2011, *Mme Bugnet et a.*, n° 330566.

¹²⁰⁶ Jérôme BIGNON, *Rapport n° 577 fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, enregistré à la Présidence du Sénat le 4 mai 2016, p. 56.

¹²⁰⁷ Geneviève GAILLARD, *Rapport n° 3833 fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi, en nouvelle lecture, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (n° 3748)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 juin 2016, p. 32.

¹²⁰⁸ Assemblée nationale, 2^e séance du mardi 21 juin 2016 (JOAN).

450. Il reste alors possible de se tourner vers d'autres normes supra-législatives comme la Convention d'Aarhus dont le rapport *Jégouzo* ne semblait retenir que la « place particulière » qu'elle réserve aux ONG¹²⁰⁹ alors même qu'elles ne sont qu'une partie de ce « public intéressé » mentionné au deuxième paragraphe de son article 9 et que ce public « intéressé » ne constitue pas l'horizon indépassable de cette stipulation. En effet, le troisième paragraphe de l'article 9 impose aussi aux parties contractantes de veiller à « ce que les membres du public¹²¹⁰ qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ». Toutefois, le Conseil d'État¹²¹¹, conforté en ce sens par la Cour de justice¹²¹², a estimé que cette stipulation n'est pas d'effet direct. Il est vrai que dans le cas contraire cela conduisait à ouvrir un « système d'action populaire » en neutralisant la marge d'appréciation que ces stipulations ménagent aux parties contractantes¹²¹³ et auxquels elles demeurent attachées ainsi qu'en témoigne l'échec de la directive présentée en 2003 par la Commission qui avait pour objet de la mettre en œuvre¹²¹⁴. Il ne reste alors plus qu'à essayer de tirer parti de l'invocabilité d'interprétation de cette stipulation.

451. Même lorsqu'il ne s'agit pas de déterminer les conditions d'accès au juge, le jurislatureur ne se départit pas de cette volonté de filtrage et prend soin alors d'épargner notamment les associations de protection de l'environnement comme le montre le dispositif de réparation et de prévention de certains dommages à l'environnement qui fut mis en place par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement ainsi que le décret n° 2009-468 du 23 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement pour transposer la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux dite « DRE ». S'il met en avant l'action de l'État par l'intermédiaire du préfet de département, ce dispositif ne laisse pas pour autant de côté les associations de protection de l'environnement. Ainsi, c'est au même titre que « toute personne concernée » que les associations mentionnées à l'article L. 142-1 du code de l'environnement peuvent alerter l'autorité compétente¹²¹⁵. Dans le même ordre d'idées, c'est avec les collectivités territoriales et les

¹²⁰⁹ Yves JÉGOUZO (dir.), *rapport.précit.*, p. 29.

¹²¹⁰ Expression qui, aux termes du §4 de l'article 2 de la Convention, désigne « une ou plusieurs personnes physiques ou morales et, conformément à la législation ou à la coutume du pays, les associations, organisations ou groupes constitués par ces personnes ».

¹²¹¹ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 5 avril 2006, *Mme Dumont et a.*, n° 275742.

¹²¹² CJUE, (G.C), 8 mars 2011, *Lesochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, aff. C-240/09 ; CJUE, (G.C), 13 janvier 2015, *Conseil et Commission c. Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe*, aff. C-404/12 P et C-405/12 P.

¹²¹³ Eleanor SHARPSTON, Conclusions sur CJUE, G.C, 8 mars 2011, *Lesochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, aff. C-240/09.

¹²¹⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement / COM/2003/0624 final - COD 2003/0246.

¹²¹⁵ Art. R. 162-3 du code de l'environnement.

établissements publics ainsi que les « personnes susceptibles d'être affectées par les mesures de réparation », que les associations de protection de l'environnement, qui sont concernées « en raison de leur objet, de la localisation, de l'importance ou de la nature du dommage », peuvent intervenir en aval pour donner leur avis sur les projets de restauration présentés par l'exploitant¹²¹⁶.

452. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, Mme Eleanor Sharpston avançait aussi un autre argument en faveur de la reconnaissance de l'intérêt pour agir des associations en matière de protection de l'environnement qui n'est toutefois pas propre à cette branche du droit. L'avocate générale relevait ainsi que « dans la mesure où un recours unique formé par une ONG environnementale peut remplacer une pléthore de recours équivalents qui seraient, sinon, formés par des particuliers, cela peut avoir pour effet de rationaliser le contentieux, de réduire le nombre de plaintes pendantes devant les juridictions, et d'améliorer l'efficacité avec laquelle des ressources judiciaires limitées sont utilisées pour rendre la justice et protéger les droits »¹²¹⁷. Elle mettait alors en avant une possible convergence d'intérêts qui permet de regarder l'action des groupements défendant des intérêts collectifs comme un moyen de protéger aussi des intérêts personnels en allégeant au passage la charge de travail des juridictions. C'est là un argument qui peut être évidemment transposé à d'autres hypothèses dans lesquelles aucun intérêt personnel n'a pâti, ou plutôt n'a pas encore pâti, des conséquences de l'atteinte à un intérêt collectif supra-personnel ou même aux hypothèses dans lesquelles l'atteinte à un tel intérêt collectif a été suivie d'une atteinte à un intérêt personnel dont il convient alors, au moins, d'éviter la répétition. Cela montre surtout qu'il est possible d'appréhender l'utilité de l'action des groupements aussi bien sous un angle holistique que sous un angle individualiste, c'est-à-dire comme n'étant pas simplement un moyen de garantir le respect d'intérêts collectifs supra-personnels mais aussi, au moins indirectement, les intérêts personnels de tiers qui en dépendent.

B- Le soutien aux intérêts personnels

453. Au-delà de la défense des intérêts des membres appartenant au groupe visé par leurs statuts, les groupements privés se trouvent mis au service de l'accès au droit par le législateur, alors même qu'ils ne pourraient chercher qu'une occasion pour contester l'orientation d'autres politiques publiques. En cela, ce soutien des groupements privés, qu'il prenne une forme juridictionnelle (2) ou même para-juridictionnelle (1), paraît s'inscrire pleinement dans ce mouvement de montée des singularités qui affecte aujourd'hui les rapports de droit public.

¹²¹⁶ Art. L. 162-10 du code de l'environnement.

¹²¹⁷ Eleanor SHARPSTON, Conclusions sur CJUE, 16 décembre 2010, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV c. Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09, pt. 51

1- Un accompagnement para-juridictionnel de la montée des singularités

454. Cette participation à la montée des singularités, ou au moins à la protection d'intérêts personnels, se traduit notamment par la possibilité reconnue à certains groupements d'accompagner l'action individuelle d'un membre du groupe dont ils ont pour objet de défendre l'intérêt.

455. Ils peuvent ainsi offrir aux justiciables les plus modestes un lieu de domiciliation pour une demande d'aide juridictionnelle¹²¹⁸ ou encore exercer eux-mêmes une activité d'assistance juridique, c'est-à-dire donner des consultations ou rédiger des actes sous seing privé pour le compte d'un tiers, à titre gratuit mais aussi onéreux. Dans cette dernière hypothèse, les groupements ne sont habilités à fournir de telles prestations qu'à titre accessoire. En outre, que ce soit pour donner ainsi des consultations ou rédiger des actes sous seing privés, ils doivent bénéficier, en sus pour la plupart d'entre eux d'une reconnaissance de la part des pouvoirs publics, d'un agrément attestant de la compétence juridique des « personnes pratiquant le droit » sous leur autorité¹²¹⁹. Le champ de cette habilitation et le cercle des personnes susceptibles de bénéficier de ces prestations varient ensuite selon les groupements qui en sont bénéficiaires¹²²⁰. Sur ces deux points, les syndicats et associations professionnels régis par le code du travail bénéficient d'un traitement beaucoup plus favorable que les autres groupements, sans que rien ne vienne réellement le justifier dans les travaux préparatoires. Ils sont ainsi les seuls, avec les organismes constitués entre ou par des organisations professionnelles ou interprofessionnelles ainsi que les fédérations et confédérations de sociétés coopératives, à ne pas être cantonnés à une activité de consultation et autorisés à rédiger des actes sous seing privé sur des questions se rapportant directement à leur objet. Ils sont aussi les seuls, avec semble-t-il les organismes chargés d'une mission de service

¹²¹⁸ Art. 13 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique tel que modifié par l'article 82 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

¹²¹⁹ 1° de l'article 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. L'arrêté ministériel ne saurait alors viser les seuls « *membres du service de conseil juridique* ». Saisi en appel de huit jugements du tribunal administratif de Paris ayant rejeté des recours pour excès de pouvoirs contre des arrêtés conférant cet agrément, la cour administrative d'appel de Paris considéra qu'un tel champ était trop restrictif au regard des prévisions de la loi et portait même atteinte à l'autonomie d'organisation interne de ces groupements qui ne se sont pas nécessairement dotés d'un « *service de conseil juridique* » (V. par exemple CAA de Paris, 3^e chambre, 28 novembre 2017, n° 17PA00107). Apparemment favorable aux groupements, ces arrêts furent aussi une victoire contentieuse pour le Conseil national des barreaux qui estimait, pour sa part, qu'un tel champ était trompeur pour le public car de nature à faire croire que ces organismes, qu'il rangeait parmi les « braconniers » ou les « illégaux » du droit, disposaient d'une compétence juridique générale (V. le communiqué du Conseil national des barreaux du 15 février 2018, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/exercice-du-droit-nouveaux-succes-du-cnb-contre-les-braconniers-du-droit>).

¹²²⁰ Les groupements privés défendant des intérêts collectifs qui sont susceptibles bénéficier de l'agrément évoqué au 1° de l'article 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 sont ceux qui sont « chargés d'une mission de service public » (art. 61 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971), « les associations reconnues d'utilité publique, ou dont la mission est reconnue d'utilité publique conformément au code civil local d'Alsace-Moselle, les fondations reconnues d'utilité publique, les associations agréées de consommateurs, les associations agréées exerçant leur activité dans les domaines de la protection de la nature et de l'environnement et de l'amélioration du cadre de vie et du logement, les associations habilitées par la loi à exercer les droits de la partie civile devant la juridiction pénale, les associations familiales et les unions d'associations familiales régies par le code de la famille et de l'aide sociale, les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité » (art. 63 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971), « les syndicats et associations professionnels régis par le code du travail » (art. 64 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971) et, enfin, « les organismes constitués, sous quelque forme juridique que ce soit, entre ou par des organisations professionnelles ou interprofessionnelles ainsi que les fédérations et confédérations de sociétés coopératives » (art. 65 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971).

public, à pouvoir faire bénéficier de ces prestations l'ensemble des personnes appartenant au groupe dont ils ont pour objet de défendre l'intérêt. Les autres groupements privés, pour leur part, ne peuvent faire profiter de telles prestations que leurs membres ou, s'agissant des groupements interprofessionnels, des organisations qui les composent ou leurs membres.

456. À la faveur du mouvement de recomposition de la justice pénale autour de la victime, l'action para-juridictionnelle de certaines associations, et plus précisément des associations d'aide aux victimes d'infractions regroupées au sein de l'Institut national d'aide aux victimes et de médiation créé en 1986 et devenu en 2017 la Fédération France victime, s'est même transformée en rouage indispensable des politiques publiques d'aide aux victimes d'infraction qui, dans le sillage de la Commission d'étude et de proposition dans le domaine de l'aide aux victimes de 1982 ainsi que du rapport « *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes* » de 1999¹²²¹, furent mises en place dans le cadre notamment de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000¹²²² et par la création, à partir de 2009, de bureaux d'aides aux victimes au sein des anciens tribunaux de grande instance.

2- Un accompagnement juridictionnel de la montée des singularités

457. Le soutien des groupements privés aux intérêts personnels par l'activité contentieuse se manifeste aussi bien au moment de la saisine du juge (a) qu'au cours de l'instance par des actions incidentes de soutien (b).

a- La saisine du juge par les groupements

458. La participation à l'amélioration de l'accès au droit des groupements privés, dont l'expertise semble d'ailleurs présumée par la Cour européenne des droits de l'homme, prend aussi la forme d'habilitations leur permettant d'agir en justice et, de manière *a priori* surprenante, aux fins de défendre en priorité leur propre intérêt personnel. La volonté d'offrir un appui aux victimes apparaît effectivement comme l'une des justifications données aux habilitations législatives à exercer les droits de la partie civile. Cela apparaît à la lecture de l'objet social des groupements qui sont ainsi admis pour agir en justice -en

¹²²¹ Marie-Noëlle LIENEMANN, Hélène MAGLIANO, Jacques CALMETTES, *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes : rapport au Premier ministre*, Paris, La Doc.fr, coll. Collection des rapports officiels, 1^{er} janvier 1999, 89 p.

¹²²² Sur le recours aux associations d'aide aux victimes ayant fait l'objet d'un conventionnement de la part des chefs de la cour d'appel, V. art. 102 à 104 de loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et sur l'action de la fédération en particulier, V. Marie-France STEINLE-FEUEBACH, « Victimes d'accident collectifs, aide et défense : la place des associations dans le procès pénal », in Yves STRICKLER, (dir.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 37, V. aussi de la même auteure, « Aide et défense des victimes d'accident collectifs : rôles respectifs des associations », in Virginie DONIER, Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER (dir.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Toulouse, Editions l'Épilogue-Lextenso, coll. Collection l'Unité du Droit, vol. XVI, 2015, p. 71.

l'occurrence ceux ayant pour objet « l'assistance » à une catégorie de personnes en particulier¹²²³ - ainsi que des débats ayant précédé l'adoption de certaines de ces habilitations.

459. Par exemple, la volonté d'offrir un appui aux victimes a présidé à l'adoption de l'article 2-2 du code de procédure pénale qui, lorsqu'il fut inséré dans le code de procédure pénale par l'article 3 de la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à répression du viol et de certains attentats aux mœurs, reconnaissait la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile à « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, dont l'objet statutaire comporte la lutte contre les violences sexuelles » en ce qui concernait les infractions qui étaient prévues par les articles 332, 333 et 333-1 de l'ancien code pénal, c'est-à-dire le viol et l'attentat à la pudeur commis ou tenté avec violence, contrainte ou surprise sur une personne autre qu'un mineur de quinze ans ou sur une personne « particulièrement vulnérable » et celui précédé ou accompagné de tortures ou d'actes de barbarie. Le législateur reconnaissait ainsi à quel point pouvait être « essentiel » le « rôle des associations pour aider les victimes d'agressions sexuelles à se défendre »¹²²⁴. C'est aussi pour cette raison que la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, qui ouvrait notamment aux associations de défense des personnes handicapées ou malades la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile en cas de discriminations fondées sur le handicap ou l'état de santé, fut amendée par le Sénat pour donner aussi cette possibilité à toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et ayant, en vertu de ses statuts, vocation à lutter contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté ou en raison de leur situation de famille en cas de discrimination. La Commission des affaires sociales du Sénat, à l'origine de cette disposition aujourd'hui codifiée à l'article 2-10 du code de procédure pénale, estimait qu'il convenait d'offrir cette même faculté aux associations « intervenant auprès du quart-monde » au motif que, « souvent, les personnes en état de grande pauvreté ne sont pas en mesure de faire valoir leurs droits car elles les méconnaissent ou ne s'adressent pas aux services compétents »¹²²⁵. Enfin, c'est dans le même esprit que, lors de sa première lecture à l'Assemblée nationale, la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du

¹²²³ V. art. 2-1, 2-3, 2-8, 2-9, 2-12, 2-17 et 2-18 du code de procédure pénale ; art. 48-1, 48-4, 48-5 et 48-6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. C'est au moyen d'une périphrase que le législateur a, pour la première fois, désigné cette catégorie de groupements dans la loi n° 75-229 du 9 avril 1975 habilitant les associations constituées pour la lutte contre le proxénétisme à exercer l'action civile. L'ouverture de l'action civile à de telles associations procéda ensuite de la modification de dispositions existantes dont le but était d'ouvrir plus largement l'action. Ainsi les dispositions de l'article 2-1 du code de procédure pénale furent élargies aux associations se proposant « d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse » par l'article 87 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social. Le législateur attendit ensuite près de trois ans pour mettre en cohérence avec ces nouvelles dispositions celles applicables en matière de délit de presse (V. art. 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse tel que modifiée article 12 de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe).

¹²²⁴ Edgar TAILHADES, *Rapport n° 442 fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur la proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol, la proposition de loi sur la prévention et la répression du viol, la proposition de loi relative à la protection des victimes d'agressions sexuelle et notamment de viol*, déposé le 17 juin 1978, p. 17.

¹²²⁵ Guy PENNE, *Avis n° 261 au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap*, déposé le 25 avril 1990, p. 46-47

droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France fut amendée en séance publique pour permettre aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et dont l'objet statutaire comporte la lutte contre la traite des êtres humains et l'esclavage d'exercer, sur le fondement de l'article 2-22 du code de procédure pénale, les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions de traite des êtres humains, de réduction en esclavage, d'exploitation d'une personne réduite en esclavage, de travail forcé et de réduction en servitude. La rapporteure du projet du projet de loi confiait alors qu'elle avait été approchée par des associations qui avaient ainsi exprimé cette « volonté d'accompagner les personnes vulnérables, qui ont besoin de conseils »¹²²⁶.

460. Le juge ne fut lui-même pas insensible à de telles considérations comme en témoignent certaines décisions qui précédèrent, et ainsi pressèrent, l'intervention du législateur. Par exemple, c'est le juge qui avait incité, en partie, le législateur à adopter l'article 3 de la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à répression du viol et de certains attentats aux mœurs et, ainsi, continuer de creuser le sillon entamé avec la loi n° 75-229 du 9 avril 1975. En effet, la cour d'assises de Paris venait, dans un arrêt en date du 15 décembre 1977, de reconnaître la recevabilité de la constitution de partie civile d'« une association de sauvegarde des femmes qui défend la dignité de celles-ci » dans une affaire de viol¹²²⁷.

461. De prime abord, il n'est pas évident de saisir l'utilité de telles habilitations qui semblent en réalité profiter plus aux groupements qui en sont les bénéficiaires qu'aux victimes des infractions ou même à la répression de ces dernières. Non seulement l'action de ces groupements dont l'objet peut être notamment d'assister les victimes n'est pas introduite en priorité pour défendre l'intérêt personnel de ces dernières mais, dans la plupart des cas, elle ne leur permet pas non plus de surmonter cette éventuelle inertie, qu'elle soit voulue ou subie, du ministère public et de la victime qui paralyse la mise en mouvement de l'action publique.

462. Ils ne sont ainsi recevables à exercer les droits de la partie civile qu'après que l'action a été mise en mouvement ou, voire parfois en plus, après avoir obtenu l'accord de la victime ou, si celle-ci est un mineur ou un majeur protégé, celui de son représentant légal. Quoiqu'elles puissent répondre à des considérations légitimes de la part du législateur, de telles conditions n'en réduisent pas moins l'utilité de telles habilitations. Encore faut-il effectivement que le juge ait été saisi et rares sont d'ailleurs les dispositions qui envisagent les hypothèses dans lesquelles les victimes ne sont pas en mesure d'exprimer

¹²²⁶ Assemblée nationale, *Compte rendu intégral de la séance du 15 mai 2013*, JORF, p. 5240.

¹²²⁷ Cour d'Assises de Paris, 15 décembre 1977. Comme le relevait Mme Danièle Mayer dans son commentaire, les attendus de cet arrêt étaient de véritables appels à légiférer. En effet, pour motiver sa décision, la Cour d'assises prit soin de souligner le caractère lacunaire et incohérent d'une législation au « coup par coup » : « qu'il convient de remarquer que l'Association « Choisir » poursuit des objectifs analogues à d'autres mouvements, ligues ou formations qui s'opposent au racisme, au proxénétisme et d'autres fléaux sociaux » (V. Danièle MAYER, « Note sous Cour d'Assises de Paris, 15 décembre 1977 », *D.*, 1978, p. 61)

leur consentement¹²²⁸, d'agir ou ne sont tout simplement pas identifiables¹²²⁹. Au sein du code de procédure pénale, il faut toutefois réserver les quelques dispositions qui n'entravent pas ainsi les groupements auxquels cette mission d'appui est dévolue. Il en va ainsi de l'article 2-17 relatives à la lutte contre les dérives sectaires, de l'article 2-8 pour les infractions aux règles imposant l'accessibilité de certains bâtiments aux personnes handicapés et enfin de l'article 2-22 du code procédure pénale qui, s'agissant des infractions aux règles prohibant l'esclavage, la traite des êtres humains et le proxénétisme, ne ménage toutefois que les associations reconnues d'utilité publique.

463. Il ressort des dispositions encadrant l'action civile des groupements défendant des intérêts collectifs que celle-ci n'est pas seulement envisagée comme un soutien aux intérêts individuels lorsqu'elle permet de la saisine du juge en lieu et place de l'individu qui a été personnellement lésé mais aussi lorsqu'elle s'exerce simplement par voie d'intervention. Pour apprécier l'utilité que présente l'action des groupements du point de vue de la défense des intérêts personnels et la mesure dans laquelle elle peut effectivement accompagner, voire profiter, de la montée des singularités, il convient, au-delà de la seule question de l'accès au juge, de s'intéresser au rôle qu'ils peuvent jouer une fois qu'il a été saisi.

b- Le soutien contentieux au cours de l'instance

464. L'action contentieuse des groupements peut présenter une utilité pour les personnes qu'elles prétendent défendre au-delà même de l'accès au juge. Ce mode de soutien, par la voie de l'intervention volontaire, ne se retrouve alors pas seulement pour l'action civile devant le juge pénal et il est aussi rendu possible et organisé devant les juridictions judiciaires et administratives, par les dispositions du code de

¹²²⁸ Lorsqu'il modifia l'article 2-1 du code procédure pénale, le législateur avait prévu que le groupement fût dans l'impossibilité de recueillir l'accord de la personne intéressée ou, si celle-ci est mineure, du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal. L'article 48-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est, quant à lui, le seul à préciser que l'accord peut être obtenu auprès des ayants-droits de la personne qui aurait été visée individuellement par une injure ou une diffamation contre les armées. (Sur les problèmes posés par cette lacune, V. Claire SAAS, « L'action civile paralysée par le consentement impossible », *AJ pénal*, 2008, p. 83).

¹²²⁹ C'est dans cet esprit que, par l'article 15 de loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, le législateur réserva à l'article 2-3 du code de procédure pénale la possibilité pour les groupements d'exercer les droits de la partie civile, sans que l'action publique ait été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée s'agissant des faits de pédopornographie. À cet égard, le manque de coordination du législateur est d'ailleurs regrettable puisque l'article 2-3 vise toujours le « second alinéa de l'article 222-2 » du code pénal pour désigner les infractions pouvant donner lieu à une constitution de partie civile dans de telles conditions. Or, depuis que l'article 11 de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs a introduit un alinéa sur le viol entre conjoints, ce second alinéa, qui avait trait à l'application de la loi française lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, est devenu le troisième. Il faut enfin relever que cette ouverture reste maîtrisée car elle ne bénéficie pas à tous les groupements habilités à agir sur fondement de l'article 2-3 du code de procédure pénale mais aux seules associations qui sont inscrites auprès du ministère de la justice dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

procédure civile¹²³⁰ et du code de justice administrative¹²³¹, dans d'autres litiges qui prendraient naissance dans le cadre de rapports de droit public.

465. L'utilité de cette forme d'action contentieuse résiderait alors dans le fait qu'elle permet au moins aux groupements d'intervenir dans le débat contentieux au soutien d'une prétention individuelle, éclairant au besoin le juge sur la particularité de sa situation en tant que membre du groupe qu'il s'est donné pour objet de défendre ou même en évoquant d'autres circonstances. C'est du reste ce qui pût motiver le Conseil d'État à revoir les conditions d'appréciation de l'intérêt à intervenir au profit des associations dans les litiges de plein contentieux dans son arrêt *OFPRA c. Mme Edosa Felix* du 25 juillet 2013. En effet, tandis que le Conseil d'État apprécie de façon assez libérale l'intérêt pour intervenir dans le contentieux de l'excès de pouvoir, en cohérence finalement avec la politique jurisprudentielle qu'il suit pour l'appréciation de l'intérêt pour agir en la matière, il exigeait, dans les litiges de plein contentieux, que l'intervenant se prévalût « d'un droit auquel la décision à rendre [était] susceptible de préjudicier »¹²³² et qui devait en plus lui être propre¹²³³. Traduisant la volonté d'aligner les conditions d'appréciation de l'intérêt à intervenir sur celle de l'intérêt pour agir, cette jurisprudence n'avait toutefois même pas pour elle le mérite de la cohérence puisque le Conseil d'État admettait de nombreuses exceptions, en se contentant d'un simple intérêt lorsque l'intervention était formée devant le juge de cassation¹²³⁴ et, devant les juges du fond, dans certains litiges de plein contentieux¹²³⁵.

¹²³⁰ Ce sont les articles 325 à 330 du code de procédure civile qui organisent l'intervention volontaire devant les juridictions judiciaires qui peut être principale si elle élève une prétention au profit de celui qui la forme ou accessoire si elle se contente d'appuyer les prétentions d'une partie, ce qui est d'ailleurs la seule forme d'intervention volontaire admise devant le Cour de cassation (art. 327 du code de procédure civile). Les conditions de recevabilité diffèrent alors quelque peu puisque si elles doivent, l'une comme l'autre, se rattacher aux prétentions des parties par un lien suffisant (art. 325 du code de procédure civile), il est exigé que l'intervenant à titre principal ait aussi le droit d'agir relativement à la prétention qu'il élève (art. 329 du code de procédure civile) tandis que l'intervenant à titre accessoire doit lui avoir intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir la partie dont il appuie la prétention (art. 330 du code de procédure civile).

¹²³¹ Art. R. 632-1 du code justice administrative.

¹²³² CE, sect., 15 juillet 1957, *Ville de Royan et SA des casinos de Royan*, Rec. Lebon, p. 499. Il revenait alors sur une jurisprudence qui était, ainsi que le rappellent MM. Olivier Gohin et Alexandre Maitrot de Lamotte, tout aussi libérale qu'en excès de pouvoir, si ce n'est plus comme le relève justement René Chapus à partir des mêmes exemples qu'il évoque toutefois pour présenter l'intervention en matière d'excès de pouvoir (René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, n° 884, 13^e édition, 2008, p. 781), puisqu'étaient jugées recevables les interventions ne se prévalant que d'un intérêt « doctrinal » (CE, sect., 29 février 1952, *Chambre syndicale des détaillants en articles de sport et camping de France*, Rec. Lebon, p. 143) (Olivier GOHIN, Alexandre MAITROT de LAMOTTE, « Intervention », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, § 52)

¹²³³ CE, Sect., 31 janvier 1969, *Cie méditerranéenne de films*, Rec. Lebon, p. 60.

¹²³⁴ CE, Sect., 12 mai 1961, *Société « La Huta »*, n° 40674, Rec. Lebon p. 313. Comme le résume Mme Camille Broyelle : « Plus le contentieux était axé autour d'une question de légalité (ce qui est supposé être le cas du recours pour excès de pouvoir et du recours en cassation), plus facilement l'intervention des tiers était accueillie » (Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 6^e édition, 2018, n° 222, p. 173, ndbp n° 120). À cet égard, les conclusions du commissaire du gouvernement Théry sur l'arrêt *Elections au conseil de l'unité d'enseignement et de recherche des lettres et sciences humaines de l'université de Limoges* sont d'ailleurs éclairantes (CE, Sect., 7 janvier 1972, *Elections au conseil de l'unité d'enseignement et de recherche des lettres et sciences humaines de l'université de Limoges*, Rec. Lebon, p. 26. Finalement, c'est à partir du critère de la classification matérielle des contentieux - c'est-à-dire la question que le juge doit résoudre - que les conséquences de la classification formelle étaient ainsi mise en cause.

¹²³⁵ Le Conseil d'État a ainsi réservé le cas de l'intervention du locataire dans le contentieux des immeubles menaçant ruine (CE, 13 mars 1959, *Frenkiel*, n° 46361, Rec. Lebon, p. 934), le contentieux des pensions (CE, 5 janvier 1966, *Mejasson*, n° 64863, Rec. Lebon, tables, p. 1057), et le contentieux électoral (CE, Sect., 7 janvier 1972, *Elections au conseil de l'unité d'enseignement et de recherche des lettres et sciences humaines de l'université de Limoges*, n° 82373, Rec. Lebon p. 26). MM. Olivier Gohin et Alexandre

466. L'utilité que cette forme d'action peut présenter du point de vue de la défense des intérêts individuels ne semble toutefois pas toujours évidente pour les juridictions. À cet égard, le juge judiciaire semble moins enclin à assouplir l'intérêt à intervenir en l'absence de toute prévision textuelle, y compris au profit de groupements agréés¹²³⁶. La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas non plus été sensible à ces considérations lorsqu'elle dût se prononcer sur l'interprétation que pouvaient recevoir les dispositions de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil reconnaissant notamment aux « organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses »¹²³⁷ à l'aune des stipulations de la Charte européenne des droits fondamentaux garantissant la protection des consommateurs et le droit à un recours effectif¹²³⁸. En effet, il ressort de l'arrêt *Pobotovost's*¹²³⁹ que pour la Cour, rien dans la lecture combinée de ces normes de droit primaire et de droit dérivé ne s'oppose à ce qu'une réglementation nationale empêche une association de protection des consommateurs d'intervenir

Maitrot de Lamotte évoquent aussi, au titre de ces exceptions, le contentieux des sanctions ordinales en citant l'arrêt *Le Roy* du Conseil d'État du 6 mai 1998 (CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 6 mai 1998, *Le Roy*, n° 154038) (Olivier GOHIN, Alexandre MAITROT de LAMOTTE, « Intervention », *Répertoire Dalloz de contentieux administratifs*, § 57). Toutefois, à la lecture de l'arrêt et de son fichage, il semble qu'il s'agisse plutôt d'une application de la jurisprudence *Société « La Huta »* puisque l'intervention fut alors présentée au soutien d'un pouvoir en cassation. De même, les auteurs évoquent une exception générale pour le « plein contentieux pécuniaire de la fonction publique » en citant l'arrêt *Navizet* du 13 novembre 1959 (CE, Sect., 13 novembre 1959, *Navizet*, n° 15865, Rec. Lebon, p. 592). Toutefois, la requête avait, en l'espèce, plusieurs objets et tendait à l'annulation de plusieurs décisions prises par le directeur de l'Institut National des appellations d'origine des vins et eaux de vie et le ministre de l'Agriculture, en l'occurrence une nomination par le directeur, une décision implicite rejetant le recours administratif formé auprès du ministre contre cette décision et des décisions par lesquelles le ministre agréait et commissionnait certains agents, mais aussi « à ce que le Conseil d'État reconnaisse au requérant droit à l'attribution d'une majoration de traitement ainsi que d'une indemnité réparant le préjudice qui lui aurait été causé par des fautes de service ». Or, le Conseil d'État admit l'intervention en défense de l'Institut National des appellations d'origine des vins et eaux de vie en relevant qu'il avait « intérêt au maintien des décisions au sujet desquelles il intervient » ce qui ne dit pas si cela concernait les conclusions relevant du plein contentieux qui furent par ailleurs rejetées comme irrecevables motif pris de l'absence de ministère d'un avocat au Conseil d'État. Quant aux conclusions du commissaire du gouvernement Heumann sur cet arrêt, qui ne s'attardent pas sur la question de l'intérêt pour intervenir, elles ne sont guère plus éclairantes (Claude HEUMANN, Conclusions sur CE, Sect., 13 novembre 1959, *Navizet*, RDP, 1959, p. 1034).

¹²³⁶ Ainsi, la Cour de cassation s'était bien gardée de retenir une interprétation extensive des dispositions de l'article 5 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs - dont la version amendée se trouve aujourd'hui à l'article L. 621-9 du code de la consommation - qui reconnaissent notamment aux associations agréées de défense des consommateurs la possibilité d'intervenir devant les juridictions civiles aux fins d'obtenir la cessation d'un agissement illicite ou la suppression d'une clause illicite dans un contrat ou un type de contrat au soutien d'une demande initiale ayant « pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale » puisqu'elle a estimé qu'une telle intervention n'était pas recevable lorsque les demandeurs n'avaient pas demandé la réparation d'un quelconque préjudice, mais le bénéfice de la procédure de règlement amiable (Civ. 1, 4 avril 1991, n° 90-04.008).

¹²³⁷ § 2 de l'article 7 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹²³⁸ Il s'agit, plus précisément, de l'article 38 de la Charte qui stipule qu'« un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union » et de l'article 47 de ladite Charte qui, pour rappel, stipule que « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

¹²³⁹ CJUE, 27 février 2014, *Pobotovost's s. r. o. c. Miroslav Vasuta*, aff. C-470/12.

au soutien d'un consommateur considéré. À cet égard, elle prit soin de rappeler « la nature préventive et l'objectif dissuasif des actions en cessation, ainsi que leur indépendance à l'égard de tout conflit individuel concret »¹²⁴⁰ et de souligner notamment que « l'intervention d'une association de protection des consommateurs ne saurait non plus être assimilée à l'aide juridictionnelle devant être accordée, dans certains cas, en vertu [de l'article 47] à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes »¹²⁴¹. L'utilité de l'intervention pût même être contestée. Par exemple, l'assouplissement des conditions d'intervention devant le juge administratif statuant comme juge de plein contentieux ne faisait pas l'unanimité au sein de la juridiction administrative comme le révèlent les conclusions de M. Edouard Crépey sur l'arrêt *OFPRA c. Mme Edosa Felix* du 25 juillet 2013. Le rapporteur public estimait ainsi qu'il n'était pas nécessaire d'aligner les conditions d'appréciation de l'intérêt à intervenir dans les litiges de plein contentieux sur celles applicables dans le contentieux de l'excès au pouvoir au profit notamment des associations y compris, et même *a fortiori*, dans le contentieux de l'asile.

467. D'une part, s'il admettait que cette intervention permet éventuellement de mieux saisir la situation de l'individu défendu ou le droit applicable, il rappelait qu'il ne s'agit que d'une source d'informations parmi d'autres pour le juge. Il arguait que la Cour nationale du droit d'asile, de par notamment la présence d'assesseurs représentant le Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés ou encore l'utilisation fréquente d'éléments d'information générale librement accessibles au public dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction¹²⁴², avait déjà les moyens d'appréhender l'ensemble des circonstances dans lesquelles la demande d'asile avait été formulée, tout en reconnaissant par ailleurs l'importance que peut revêtir l'action associative auprès des demandeurs d'asile mais aussi dans la collecte et la production des informations relatives auxdites circonstances¹²⁴³. Envisagée ainsi simplement du point de vue des conditions dans lesquelles les décisions de justice sont rendues, l'utilité de l'intervention des groupements dépend alors aussi des moyens d'instruction dont disposent les juridictions. Dès lors, il est possible d'extrapoler le raisonnement du rapporteur public et de questionner l'utilité de l'intervention des groupements à l'aune du développement des procédures permettant aux juridictions internes de recueillir des informations et des observations auprès de tiers. Plus précisément, il s'agit de l'admission de l'*amicus*

¹²⁴⁰ CJUE, 27 février 2014, *Pobotovost' s. r. o. c. Miroslav Vasuta*, aff. C-470/12, pt. 44.

¹²⁴¹ CJUE, 27 février 2014, *Pobotovost' s. r. o. c. Miroslav Vasuta*, aff. C-470/12, pt. 53.

¹²⁴² CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 22 octobre 2012, *Martazjanov*, n° 328265.

¹²⁴³ Ainsi, il ne ressort pas des recueils des décisions de la CNDA que la Cour ait pris en considération des informations émanant de ces groupements dans les décisions dans lesquels elle leur a reconnu un intérêt pour intervenir.

*curiae*¹²⁴⁴ devant l'ensemble des juridictions administratives¹²⁴⁵ et, pour les juridictions judiciaires, devant la Cour de cassation¹²⁴⁶ ou plutôt de sa consécration¹²⁴⁷. Il est d'autres *amici curiae* qui peuvent aussi être désignés à l'avance par les textes, institutionnalisés¹²⁴⁸, et dont l'intervention peut même être imposée aux juridictions. C'est le cas, par exemple, devant la Cour européenne des droits de l'Homme avec la tierce intervention du Commissaire des droits de l'homme du Conseil de l'Europe organisée par l'article 36§3 tel que modifié par le Protocole n° 14¹²⁴⁹, mais aussi devant les juridictions nationales. Devant ces dernières, ce rôle d'*amicus curiae* peut être endossé par des autorités administratives indépendantes comme

¹²⁴⁴ Mme Séverine Ménetrey, en s'inspirant du lexique du Tribunal pénal international pour la Yougoslavie, définit l'*amicus curiae* ou - l'ami de la cour - comme « un mécanisme procédural par lequel un tribunal invite ou autorise une personne ou une entité à participer à une instance existante entre des parties afin qu'elle lui fournisse des informations susceptibles d'éclairer son raisonnement » (Séverine MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 97, 2010, n° 5, p. 4), le distinguant tant de l'intervenant, dans la mesure où il ne devient pas partie à l'instance, que de l'expert ou du consultant puisque son intervention porte « sur une question de droit pour faire valoir un point de vue différent de celui des parties » (Séverine MENETREY, *thèse précit.*, n° 6, p. 4). C'est toutefois une définition quelque peu modifiée qui sera retenue ici pour désigner les mécanismes procéduraux mis en place par le législateur et le pouvoir réglementaire devant les juridictions internes tels que les juridictions ont pu les interpréter. Plus précisément, c'est un autre critère qui sera employé pour distinguer l'*amicus curiae* de l'expert au sein du genre des tiers qui n'ont pas vocation à être partie à l'instance et qui se rapproche de la définition donnée par le *Dictionnaire de droit international public*, et reprise notamment par Mme Laurence Burgorgue-Larsen, à savoir une « notion de droit interne anglo-américain désignant la faculté attribué à une personnalité ou à un organe non partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclaircir la Cour sur des questions de fait ou de droit » (Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 62 cité in Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des *Amici Curiae* », *La conscience des droits, mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 72). À la différence de l'expert, l'*amicus curiae* peut éclairer par des observations qui doivent demeurer générales sur des points de fait comme de droit. En effet, comme cela sera dit par la suite, le Conseil d'État a estimé que les observations recueillies sur le fondement de l'article R. 625-3 du code de justice administrative pouvaient porter aussi bien sur des questions d'ordre juridique que factuel, mais ne pouvaient consister en une analyse ou une appréciation des pièces du dossier (CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 6 mai 2015, *Association tutélaire d'Ille-et-Vilaine*, n° 375036).

¹²⁴⁵ Introduit dans le code de justice administrative par l'article 46 du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, l'article R. 625-3 dispose que : « la formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine. L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties. Dans les mêmes conditions, toute personne peut être invitée à présenter des observations orales devant la formation chargée de l'instruction ou la formation de jugement les parties dûment convoquées » (V. Hélène MUSCAT, « Le concours des tiers : l'expertise et l'*amicus curiae* », in Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Paris, Editions Mare et Martin, coll. Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2017, p. 125).

¹²⁴⁶ L'article 39 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a ainsi créé dans le code de l'organisation judiciaire un article L. 431-3-1 qui dispose que : « lors de l'examen du pourvoi, la Cour de cassation peut inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ». L'article 27 du code de procédure civile prévoit aussi que le juge « a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision » en matière gracieuse.

¹²⁴⁷ Les juridictions n'ont pas attendu ces dispositions pour solliciter ce type de tiers. Ainsi, devant les juridictions judiciaires, cette pratique est apparue *praeter legem* à la fin des années 1980 devant la Cour d'appel de Paris (CA de Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, *Gaz. Pal.*, 1988. 2, p. 700) et au début des années 1990 devant la Cour de cassation (Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105).

¹²⁴⁸ Romain GODET, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA*, 2002, p. 957.

¹²⁴⁹ Sur la genèse de cette stipulation (V. Linos-Alexandre SICILIANOS, « La « réforme de la réforme » du système de protection de la CEDH », *AFDI*, 2003, p. 630-632 ; V. aussi Michel De SALVIA, « La tierce intervention dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme : un moyen processuel hybride, aléatoire et novateur », in Emmanuel DECAUX et Christophe PETTITI (dir.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 13 ; Ludovic HENNEBEL, « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 641 et *spéc.* 647-648.

l'Autorité de la concurrence¹²⁵⁰ ou le Défenseur des droits¹²⁵¹. Ce dernier, qui reprend ici une prérogative que le législateur n'avait accordé qu'à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)¹²⁵², peut présenter, devant les juridictions judiciaires et administratives ou même le Conseil constitutionnel¹²⁵³, des observations orales ou écrites que ce soit à la demande de la juridiction ou même d'office, sans que la juridiction ne puisse le refuser ni que la décision par laquelle il décide de le faire puisse être contestée devant le juge administratif, quelle que soit la juridiction devant laquelle elles sont présentées¹²⁵⁴. Il faut toutefois, dans un cas comme dans l'autre, tenir compte du type d'informations

¹²⁵⁰ Prévu par l'article 15 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ce rôle d'*amicus curiae* est aussi organisé par l'article L. 462-3 du code de commerce qui dispose que « L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 [du code de commerce] ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en œuvre la procédure prévue au présent texte ».

¹²⁵¹ Art. 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits : « Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit ». Cette transmission d'information n'est du reste pas à sens unique, au moins avec la juridiction administrative, puisque le Défenseur des droits peut consulter le Conseil d'État lorsqu'il 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 » (art. 31 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits) (Sur les liens entre le Défenseur des droits et la juridiction administrative, V. Jean de SAINT-SERNIN, « Le Défenseur des droits et le juge administratif : d'une coopération informative réciproque à un appui juridictionnel limité », *RFDA*, 2018, p. 332).

¹²⁵² Art. 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. En revanche, une telle faculté n'était pas prévue pour le Médiateur de la République ou la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Une telle intervention était même expressément proscrite au Défenseur des enfants qui ne pouvait, tout au plus, que « faire des recommandations à la personne morale ou physique mise en cause » (art. 10 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants).

¹²⁵³ Quoique la loi organique ne mentionne que les « juridictions civiles, administratives et pénales » pour les observations devant les juridictions, le Défenseur des droits décida, au visa de celle-ci, présenter des observations devant le Conseil constitutionnel (Décision 2018-090 du 8 mars 2018 portant observations devant le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'examen de la loi permettant une bonne application du régime d'asile européen) et la Cour européenne des droits de l'homme (Décision 2019-016 du 22 janvier 2019 portant observations devant la CEDH dans le cadre d'une demande d'avis consultatif de la Cour de cassation portant sur la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation, légalement établi à l'étranger, entre les enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et leurs parents).

¹²⁵⁴ En effet, saisi comme juge de cassation d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision du Défenseur des droits de présenter des observations à l'occasion d'un litige porté devant la cour d'appel de Paris, le Conseil d'État a motivé l'incompétence de la juridiction administrative par le caractère « indissociable » de cette décision avec la procédure juridictionnelle à laquelle elle se rapporte (CE, 4^e et 1^{ère} chambres réunies, 30 janvier 2019, *Société Exxane*, n° 411132) alors que la cour administrative d'appel de Paris, dont l'arrêt fut alors infirmé, n'avait pas relevé l'incompétence de la juridiction administrative pour rejeter le recours (CAA de Paris, 6 avril 2017, *Société Exxane c. Défenseur des droits*, n° 15PA03145). De cette application de la jurisprudence relative aux actes indissociables aux procédures judiciaires, il ne faut alors pas en déduire que le recours aurait été recevable si la décision avait eu pour objet de présenter des observations devant la juridiction administrative. En revanche en raisonnant par analogie avec la jurisprudence applicable aux décisions des autorités administratives refusant de déclencher une procédure juridictionnelle, il faudrait sans doute réserver l'hypothèse dans laquelle le Défenseur des droits refuse de présenter de telles observations, le sens de cette décision neutralisant alors l'effet « attractif » que peut avoir la procédure juridictionnelle (Bertrand SEILLER, « Acte administratif : identification », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, § 144). C'est toutefois une question de recevabilité qui se poserait alors, le juge administratif pouvant rejeter le recours au motif que la décision, ne pouvant conduire qu'à prononcer des observations à l'occasion d'une procédure juridictionnelle, ne fait pas suffisamment grief. Ce ne serait alors qu'une transposition de la jurisprudence que le Conseil d'État avait dégagée s'agissant des refus de la Halde de donner suite à une réclamation (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 13 juillet 2007, *Société « Editions Tissot »*, n° 294195), sur laquelle une extension de la jurisprudence applicable aux actes de droit souple des autorités de régulation permettrait de revenir. Cela reviendrait toutefois à contourner les dispositions de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 qui prévoit que si les parties peuvent effectivement solliciter des observations du Défenseur des droits, c'est toujours à la juridiction saisie du litige que revient la décision de l'inviter à les présenter.

susceptibles d'être apportées au juge. À cet égard, la procédure d'*amicus curiae* mise en place par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives et, devant la Cour de cassation, par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹²⁵⁵ ne semble pas en mesure d'évincer totalement l'intervention puisque si ces informations peuvent porter sur des questions d'ordre factuel comme juridique¹²⁵⁶, il ne peut s'agir que d'« observations d'ordre général », ce dont le Conseil d'État a déduit que cela excluait « toute analyse ou appréciation de pièces du dossier »¹²⁵⁷. Il en va toutefois autrement des observations du Défenseur des droits, qui, lorsqu'il a été saisi d'une réclamation avant la juridiction, peuvent aussi porter sur des points précis du dossier qu'il a lui-même instruit et ainsi corroborer ou infirmer les affirmations du requérants¹²⁵⁸.

468. Il faut toutefois souligner que, dans un cas comme dans l'autre, les groupements qui sont susceptibles d'intervenir ne sont alors pas totalement écartés. En effet, des groupements pourraient être regardés par les juridictions comme des « personne[s], dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à [les] éclairer utilement » pour reprendre les termes du code de l'organisation judiciaire et du code de justice administrative, au moins ceux dont le niveau d'expertise dans certains domaines a pu parfois motiver le législateur à leur attribuer la qualité pour agir. La mise en œuvre de ces dispositions n'est toutefois guère encourageante en ce sens. Ainsi, les juridictions administratives, qui font par ailleurs un usage parcimonieux de ce qui est parfois désigné comme un « pouvoir propre du juge »¹²⁵⁹, les ont pour l'instant tenu à distance¹²⁶⁰. Quant à la Cour de cassation, qui s'était parfois tournée vers eux

¹²⁵⁵ Article L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire créé par l'article 39 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹²⁵⁶ C'est du reste la valeur ajoutée que présente ce moyen d'instruction pour le juge administratif par rapport à l'expertise qui, organisée par les articles R. 621-1 à R. 621-14 du code de justice administrative c'est-à-dire par un autre chapitre du titre II du livre IV du code consacré aux « différents moyens d'investigation » (Fabrice MELLERAY, « La réforme de l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1364), demeure circonscrite aux questions de fait (CE, Sect., 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Coeur*, n° 259290)

¹²⁵⁷ CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 6 mai 2015, *Association tutélaire d'Ille-et-Vilaine*, n° 375036. Comme cela a été dit précédemment, cela distinguerait là aussi l'*amicus curiae* de l'expert qui, pour sa part, peut éclairer le juge sur des pièces du dossier (Damien CONNIL, « De la nature et des finalités de l'*amicus curiae* », *AJDA*, 2015, p. 1545).

¹²⁵⁸ Par ex., sur le caractère suffisant des éléments de nature à faire présumer l'existence d'une discrimination : Décision MLD-2014-065 du 27 juin 2014 relatives à des observations formulées dans le cadre d'une demande d'avis adressée par la juridiction administrative concernant un harcèlement moral en lien avec l'origine.

¹²⁵⁹ CAA de Marseille, 7^e chambre, 30 novembre 2018, n° 18MA01494 (Pour d'autres exemples de refus, V. CAA de Marseille, 1^{ère} chambre, 19 décembre 2013, n° 12MA03207 ; CAA de Marseille, Chambres réunies, 6 avril 2016, n° 12MA02987 ; CAA de Paris, 4^e chambre, 12 juillet 2016, n° 15PA03424 ; CAA de Nantes, chambres réunies, 14 novembre 2016, n° 15NT02386 ; CAA de Nantes, chambres réunies, 14 novembre 2016, n° 15NT02883 ; CAA de Paris, 6^e chambre, 16 mai 2017, n° 16PA02012 ; CAA de Nancy, 1^{ère} chambre, 19 juillet 2018, n° 17NC01498 ; CAA de Nancy, 3^e chambre, 2 octobre 2018, n° 16NC01794 ; CAA de Lyon, 5^e chambre, 11 avril 2019, n° 17LY00933).

¹²⁶⁰ Dans les rares cas d'application positive qu'il est possible de recenser, en passant parfois au besoin par les conclusions des rapporteurs publics, les juridictions administratives ont pour l'instant sollicité l'avis d'un ancien président de la Cour internationale de justice (CE, Ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678), du Comité consultatif national d'éthique, du Conseil national de l'Ordre des médecins et d'un parlementaire dans l'affaire *Lambert* (CE, Ass., 14 février 2014, *Lambert*, n° 375081), un enseignant-chercheur à la faculté de droit de Nantes (CAA de Nantes, 2^e chambre, 29 novembre 2013, n° 11NT02489) et, enfin, de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (TA de Dijon, 28 août 2017, n°s 1502100, 1502726).

lorsqu'elle utilisait *praeter legem* ce mécanisme de l'*amicus curiae*¹²⁶¹, elle n'en a pas du tout fait usage jusqu'à présent. Paradoxalement, c'est une procédure d'*amicus curiae* institutionnalisée comme la faculté du Défenseur des droits de déposer des observations qui, sont d'ailleurs d'un usage plus fréquent et le sens de ces observations suivi dans la grande majorité des cas par les juridictions¹²⁶², semble constituer un moyen d'expression plus efficace pour les groupements même si leur influence se trouve alors diluée. En effet, ce pouvoir de déposer des observations s'exerce en combinaison avec les autres prérogatives du Défenseur des droits qui sont pour eux un levier d'action. En premier lieu, il arrive qu'à l'occasion de ces observations, le Défenseur des droits ne fasse en réalité que promouvoir ses propres recommandations individuelles¹²⁶³ ou générales¹²⁶⁴ à la rédaction desquelles les groupements défendant des intérêts collectifs - ou du moins une partie d'entre eux - ne sont parfois pas étrangers. Comme il peut le reconnaître lui-même dans ses rapports annuels, certaines de ces recommandations sont ainsi le fruit de ses réunions avec les représentants de groupements au sein des différents comités d'entente et de liaison qu'il a mis en place pour échanger avec des « représentants de la société civile »¹²⁶⁵ - trouvant pour certains d'entre eux

¹²⁶¹ Il en fut ainsi lorsque la Chambre mixte de la Cour de cassation se prononça sur la qualification de contrats de capitalisation et de contrats d'assurance qui contenaient une contre-assurance décès ne bénéficiant pas ou seulement pour partie aux héritiers des souscripteurs (Chambre mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 5, 6, 7, 8). Mettant en avant « l'importance des enjeux en cause mais aussi du rôle du juge qui ne se borne pas à dire le droit mais à mesurer la portée de ses décisions à l'aune de la vie économique dont elles sont le reflet et de la société à laquelle elles s'imposent », le rapport annuel d'activité explique que Cour avait consulté et pris l'avis des principaux intéressés qui n'étaient pas intervenants, en l'occurrence le Conseil supérieur du notariat, le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, le ministère de la Justice mais aussi la Fédération française des sociétés d'assurance (Cour de cassation, *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris, La Doc.fr., 2004, p. 291). De même, l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 mars 2007, qui reconnaît et précise l'obligation d'éclairer qui pèse sur le banquier lorsqu'il propose au client, auquel il souscrit un prêt, d'adhérer à une assurance de groupe, fait état de notes de la Fédération bancaire française, de l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir et de l'association Consommation logement et cadre de vie qui ont été adressées au procureur général et communiquées aux parties (Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267).

¹²⁶² Mme Nathalie Gavarino avançait ainsi que les « juridiction suivent son avis dans 72 % des cas » (Nathalie GAVARINO, « le rôle du défenseur des droits », in Virginie DONIER, Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER (dir.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Toulouse, Editions l'Épilogue-Lextenso, coll. Collection l'Unité du Droit, vol. XVI, 2015, p. 100), ce qui est un ordre de grandeur que tend à confirmer la consultations des différents rapports publics annuels de cette autorité administrative.

¹²⁶³ Par ex., DD, décision 2019-029 du 30 janvier 2019 relative à la suspension des décisions permettant l'utilisation des lanceurs de balles de défense dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre, ainsi qu'au prononcé de toute mesure propre à interdire leur utilisation dans les manifestations à venir ; DD, décision 2018-072 du 9 février 2018 portant observations dans le cadre du référé-suspension dirigé contre la circulaire du 12 décembre 2017 relative à l'examen des situations.

¹²⁶⁴ Par ex., DD, décision 2018-105 du 4 juin 2018 relative à des faits de harcèlement discriminatoires fondés sur l'origine et le sexe et de harcèlement sexuel ; DD, décision MLD-2016-117 du 24 mai 2016 relative à une pratique de notation visant à geler la note chiffrée des agents absents.

¹²⁶⁵ Les « comités d'entente » et les « comité de liaison », qui réunissent au total 107 représentants, sont décrits comme des « instances » qui « ont pour finalité, en complément des réclamations individuelles traitées par l'institution, de parfaire la connaissance du Défenseur des droits des difficultés rencontrées par nos concitoyens. Elles ont ainsi pour objet de dresser un état des lieux des difficultés rencontrées sur le terrain, de faire remonter des saisines, d'informer des prises de position de l'institution, de favoriser l'organisation de groupes de travail et d'alimenter la rédaction des propositions de réformes » (DD, *Rapport annuel d'activités 2018*, p. 89). Il existe actuellement six « comités d'entente », auxquels devrait venir s'ajouter un comité relatif à l'autonomie et à l'accompagnement des personnes âgées (Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activités 2018*, p. 41), à savoir : le « comité d'entente santé », le « comité d'entente LGBTI (*Lesbiennes, Gays, Bi, Trans et Intersexes*) », le « comité d'entente pour l'égalité entre les femmes et les hommes », le « comité d'entente pour la protection de l'enfance », le « comité d'entente avec les associations du handicap » et enfin le « comité d'entente origines ». Ce sont en revanche des comités de « liaison » qui ont été mis en place en 2012 en matière d'emploi puis, en 2014, en matière de logement. Cette dénomination ne change rien au rôle qui leur est dévolu. En revanche, à la différence des comités d'entente, ces comités ne sont pas exclusivement composés de représentants du monde associatif et syndical puisque s'y trouvent, par exemple le Pôle emploi, la société « Seloger.com » ou encore le groupe Foncia. Plus concrètement, et à titre d'exemple, les membres du comité d'entente « santé » furent

un fondement textuel¹²⁶⁶ - lui apportant des informations ou mêmes des propositions et qui sont en retour susceptibles de relayer, mais aussi de légitimer, sa propre action. Ainsi, les observations ne sont pas simplement un moyen pour le Défenseur des droits de recycler du droit souple en droit dur à l'occasion d'une instance juridictionnelle, elles peuvent devenir, compte tenu de la généalogie de ce droit souple, un moyen d'expression indirect pour certains groupements. En outre, ces observations peuvent faire suite à des réclamations dont le Défenseur des droits a été saisi et qui ont pu être formulées et documentées, notamment, par des groupements.

469. Il reste alors une différence fondamentale entre l'intervention et les observations des *amici curiae* en ce que ces derniers sont censés, en principe, demeurer impartiaux¹²⁶⁷ et ne pas être dans une « position d'assistance »¹²⁶⁸. Cela a des conséquences sur le plan procédural puisque l'*amicus curiae* sollicité sur le fondement de l'article R. 625-3 du code de justice administrative par exemple ou encore le Défenseur des droits ne sont pas des parties¹²⁶⁹ et leurs observations ne sont pas des moyens sur lesquels le juge peut se fonder pour faire droit aux conclusions des parties - à moins qu'elles mettent en évidence l'existence

étroitement associés aux travaux sur les refus de soins et ceux du comité de liaison du logement privé à l'élaboration du guide « Louer sans discriminer » à l'attention des propriétaires (DD, *Rapport annuel d'activité 2017*, p. 30).

¹²⁶⁶ Les comités œuvrant dans le domaine de la lutte contre les différentes formes de discriminations apparaît effectivement comme une mise en œuvre de l'obligation d'encourager « le dialogue avec les organisations non gouvernementales » que la plupart des directives de l'Union européenne luttant contre les discriminations font peser sur les États membres (V. art. 12 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; art. 14 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; art. 22 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail). En revanche, la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 évoque l'encouragement du dialogue « avec les parties prenantes concernées qui ont, conformément aux pratiques et législations nationales, un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe dans les domaines de l'accès à des biens et services et de la fourniture de biens et services » (art. 11 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services). La notion de « parties prenantes concernées » - ou « *stakeholders* » dans la version anglaise de la directive - semble alors plus large. Issu de la littérature managériale et de la réflexion sur la responsabilité sociale des entreprises (Samuel MERCIER, « Une analyse historique du concept de parties prenantes : Quelles leçons pour l'avenir ? », *Management & Avenir*, 2010, n° 33, p. 142), ce concept n'est toutefois pas très précis et ses contours exacts sont débattus comme en témoigne l'approche différente qu'en retiennent les instruments internationaux de standardisation. Tandis que l'Organisation internationale de normalisation évoque un « individu ou groupe ayant un intérêt dans les décisions ou activités d'une organisation » dans sa norme ISO 26000, « Social Accountability International » désigne dans sa norme AA1000SES : « les individus, les groupes d'individus ou les organisations qui ont un impact sur les activités, les produits et les services d'une organisation, et/ou qui peuvent être affectés par elles ».

¹²⁶⁷ Cette impartialité fut toutefois discutée. Il suffit de se rappeler des commentaires dont fit l'objet l'arrêt du 31 mai 1991 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui avait été rendu après l'audition du Président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (Rafael ENCINAS de MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.*, 2005, p. 88).

¹²⁶⁸ Evelyne SERVERIN, Tiennot GRUMBACH, « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *Rev. trav.*, 2010, p. 457.

¹²⁶⁹ CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture, Provence-Alpes-Côte d'Azur, M^{me} Arnaud-Eraud*, n° 343410. Le Conseil d'État n'a fait ici que reprendre la jurisprudence de la Cour de cassation sur le statut procédural de la Halde lorsqu'elle présentait des observations dans le cadre de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 (Soc., 2 juin 2010, *Société Yusen Air and sea service France*, n° 08-40.628) qui devrait d'ailleurs rester constante s'agissant du Défenseur des droits.

d'un moyen d'ordre public¹²⁷⁰ - ou même auquel il est tenu de répondre lorsqu'ils sont opérants¹²⁷¹. L'intervention, à titre accessoire ou principal, au soutien des prétentions d'un individu apparaît alors au moins comme un moyen de mieux la justifier ou d'en corroborer le sérieux¹²⁷². Néanmoins, comme l'expliquait M. Edouard Crépey dans ses conclusions sur l'arrêt *OFPRA c. Mme Edosa Felix*, si l'intervention permet effectivement d'appuyer la défense d'intérêts individuels, elle peut alors apparaître comme n'étant finalement qu'un prolongement du soutien et l'assistance que le groupement a pu fournir en amont de la saisine du juge. Il reste toutefois que cet assouplissement des conditions d'intervention devant les juges administratifs du fond statuant comme juge de plein contentieux, qui ne s'est d'ailleurs pas fait seulement au profit des associations, a alors le mérite de permettre à l'action des groupements de s'adapter aux évolutions de l'office du juge administratif. Il semble toutefois heurter l'appréciation qui permet au juge, une fois qu'il a été saisi, de tenir compte la singularité de la situation personnelle du requérant.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

470. Les actions collectives des groupements privés ne sont pas seulement appréhendées par le jurislatureur comme des actions supplétives, comme un moyen de combler les lacunes de la protection juridictionnelle d'intérêts collectifs supra-personnels mais celles d'intérêts seulement personnels. En cela, elles semblent parfaitement s'adapter aux exigences associées à la montée des singularités caractérisant désormais les rapports de droit public. Néanmoins, les moyens que le jurislatureur emploie pour garantir une meilleure protection des intérêts individuels semblent se télescoper. Ainsi, si l'assouplissement des conditions d'intervention dans l'arrêt *OFPRA c. Mme Edosa Felix*, par exemple, peut apparaître comme un moyen de préserver l'action des groupements alors que le domaine du plein contentieux tend à s'étendre dans l'intérêt des justiciables, c'est-à-dire d'associer action collective et protection d'intérêts personnels, encore faut-il que le juge reconnaisse un intérêt à intervenir aux groupements pour qu'ils puissent apporter un tel soutien en cours d'instance. Or, cet intérêt à intervenir des groupements semble mis en péril par cette autre manifestation de la montée des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qui est le recours par le juge, y compris le juge de cassation, à une appréciation individualisée et approfondie pour contrôler la proportionnalité de l'atteinte aux intérêts individuels. En

¹²⁷⁰ Par exemple, la cour administrative d'appel de Lyon a annulé comme irrégulier le jugement par lequel le tribunal administratif de Dijon, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision d'un maire et la délibération du conseil municipal décidant de mettre fin aux menus de substitution dans les cantines scolaires de la commune, avait sollicité l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur le fondement de l'article R. 623 du code de justice administratif et s'était fondé ensuite sur le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations de l'article 3-1 de la convention de New York pour faire droit aux conclusions des requérants alors que la question de l'intérêt supérieur de l'enfant ne fut évoquée lors des débats que par la Commission (CAA de Lyon, Chambres réunies, 23 octobre 2018, n° 17LY03323).

¹²⁷¹ V. *A contrario* CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 5 novembre 1990, *Péan*, n° 79657.

¹²⁷² René CHAPUS, *op.cit.*, n° 882, p. 779.

effet, si l'intérêt à intervenir d'un groupement défendant un intérêt collectif peut être reconnue lorsque que le litige présente une dimension jurisprudentielle, ce type d'appréciation conduit, en revanche, à en valoriser la dimension individuelle et, par là même, risque de la neutraliser.

SECTION 2 : Les tempéraments nécessaires à la montée des singularités

471. Intuitivement, la prise en compte des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle semble trouver une voie privilégiée dans certaines des décisions récentes du Conseil d'État et de la Cour de cassation qui ont donné lieu à un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte à des droits conventionnellement garantis¹²⁷³ que les auteurs ont pu qualifier de « concret ». Néanmoins, compte tenu du flou qui entoure cette distinction entre le contrôle dit abstrait et le contrôle dit concret, qui est donc censée servir de grille d'analyse, il n'est pas possible de faire ici l'économie, à titre liminaire, de quelques précisions d'ordre conceptuel (§1) et c'est après avoir ainsi montré en quoi consiste plus précisément la montée des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qu'il apparaît alors qu'elle place les groupements défendant des intérêts collectifs dans une situation paradoxale. En effet, si, d'un côté, ils voient leur action contentieuse valorisée en ce qu'elle se présente comme un moyen permettant d'assurer l'effectivité du droit au recours des individus appartenant aux groupes qu'ils se sont donnés pour objet de défendre et par là même justifier des actions à titre principal ou incident motivées directement par l'atteinte à l'intérêt personnel d'un tiers, de l'autre, la protection sur mesure qu'offre une appréciation individualisée et approfondie semble saper l'intérêt jurisprudentiel, et donc une partie de la dimension collective, qu'est censé présenter n'importe quel litige porté par un individu. L'intérêt que des litiges individuels peuvent présenter pour les groupements semble donc limité, mais aussi finalement l'intérêt que présentent leurs propres actions contentieuses puisqu'elles n'offrent qu'une vision réductrice des intérêts personnels en jeu, ne permettent pas totalement de saisir ce qui fait la singularité de la situation de leur titulaire. Ce n'est du reste pas le seul paradoxe auquel conduit cette appréciation hyper contextualisée qui, tout en offrant une protection sur mesure aux bénéficiaires des droits, peut s'avérer préjudiciable du point de vue de la protection des droits et libertés. En effet, même si elle demeure, et ne peut d'ailleurs que demeurer, inachevée et imparfaite, la seule tentative de prise en compte des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle au moyen d'une appréciation hyper-contextualisée n'en emporte pas moins des effets préjudiciables sur le plan pratique (§2). Il semble alors que ce soit une approche catégorielle de la part du juge, que les actions collectives des groupements privés peuvent justement contribuer à provoquer, qui permette de la tempérer (§3).

¹²⁷³ V. par exemple, Civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26066 ; Civ. 3, 22 octobre 2015, n° 14-11776 ; CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez*, n° 396848.

§1- Les appréciations hyper-contextualisées comme expression de la montée des singularités

472. La montée des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle ne correspond pas seulement à ce qui est parfois désignée comme un contrôle ou une appréciation *in concreto*, ce qui renvoie à une dichotomie finalement assez vague et mouvante (A), mais, plus précisément, à une espèce d'appréciation juridictionnelle individualisée (B).

A- Le rejet de la distinction entre les contrôles ou les appréciations abstraites et concrètes

473. Les critères de distinction entre le contrôle ou - ce qui n'est pas exactement la même chose - l'appréciation *in abstracto* et *in concreto* varie d'un auteur à l'autre, tout comme d'ailleurs la présentation qui peut être faite de ces différentes approches de la distinction. Ainsi, en reprenant les travaux de Mme Ariane Vidal-Naquet, M. Julien Bonnet et Mme Agnès Roblot-Troizier identifient pas moins de quatre approches du contrôle « concret » de la loi¹²⁷⁴ : le contrôle concret en raison « des modalités d'accès au juge qui attestent d'un lien avec le litige au fond », en raison de « l'objet du contrôle, à savoir « une disposition législative qui a déjà vécu » », en raison « de la nature des éléments pris en compte par le juge », « lorsque le juge de la loi se réfère implicitement ou explicitement aux faits afin de déterminer le sort de la loi » et, enfin, en raison des « effets de la décision rendue par le juge » qui sont « proches du fait et de la situation du requérant ». C'est une présentation sensiblement - mais substantiellement sur certains points - différente que retient M. Damien Fallon¹²⁷⁵. Enfin, M. Jérôme Prevost-Gella évoque quant à lui encore un autre critère de distinction qui est la « nature du conflit de normes en cause » en s'inspirant de la distinction que faisait Riccardo Guastini entre les conflits de normes abstraits et les conflits de normes concrets¹²⁷⁶.

474. Pour décrire les arrêts du Conseil et de la Cour de cassation précédemment évoqués, les auteurs semblent osciller entre le critère de l'objet¹²⁷⁷ et celui la « nature des éléments pris en compte par le juge »¹²⁷⁸.

¹²⁷⁴ Julien BONNET, Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821.

¹²⁷⁵ *Comp.* Damien FALLON, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », *RBDC*, 2017, p. 129.

¹²⁷⁶ Jérôme PREVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence Gonzalez-Gomez », *RFDA*, 2017, p. 855). Par conflit *in abstracto*, l'auteur entendait un conflit qui « se produit chaque fois que deux normes attachent deux conséquences juridiques incompatibles à deux classes de faits - ou, si l'on veut, deux solutions incompatibles à deux classes de différends - qui se superposent (totalement ou partiellement) du point de vue conceptuel », par conflit *in concreto*, un conflit qui « se produit lorsque l'on s'aperçoit - au moment de l'application du droit à un cas d'espèce - que deux normes attachent deux conséquences juridiques incompatibles au même cas concret » (Riccardo GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Les rivages du droit », 2010, p. 237 cité par Jérôme PREVOST-GELLA, *art.précit.*).

¹²⁷⁷ Par ex., Pascale DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD cin.*, 2016, p. 578 ; Hugues FULCHIRON, « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *D.*, 2018, p. 467.

¹²⁷⁸ Par ex., Damien BOTTEGHI, Alexandre LALLET, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 2010, p. 2416 (qui évoquent alors aussi un « mode de raisonnement » du juge) ; Louis DUTHELLET de LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, p. 1398

475. La pertinence du critère de l'objet du contrôle a pu alors être discutée. Commentant l'arrêt *Gonzalez Gomez* du Conseil d'État, mais aussi l'arrêt de Section du 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots et commune de Lattes* ainsi que les conclusions des rapporteurs publics sur ces deux arrêts, M. Pierre Delvolvé estime que la distinction procède d'une « contradiction » et qu'il n'y a en réalité qu'un type de contrôle de conventionnalité : le contrôle abstrait. À ce titre, il relève que M. Nicolas Boulouis - dont les conclusions dans l'affaire *Commune de Palavas-les-Flots et commune de Lattes* avaient en partie inspiré celles de Mme Aurélie Bretonneau dans l'affaire *Gonzalez Gomez* - opposait les « cas où c'est le contenu de la loi qui est jugé inconstitutionnel et ceux dans lesquels c'est son application inconstitutionnelle qui est sanctionnée ». Or, ce ne serait pas l'application de la loi à une situation particulière qui serait jugée inconstitutionnelle mais bien son contenu même puisqu'elle le serait en tant qu'elle n'a pas exclu cette situation de son champ d'application. Néanmoins, si cela montre que l'objet du contrôle est un critère de distinction difficilement maniable, cela ne condamne pas pour autant toute tentative de distinction des contrôles, par exemple en fonction de l'origine du litige dont le juge est saisi, ce qui semble en réalité constituer le critère de la « nature du litige » ou de la nature des éléments pris en compte par le juge. Le critère de l'objet du contrôle, quant à lui, ne mérite d'ailleurs sans doute pas d'être définitivement condamné pourvu qu'il soit affiné. Il serait possible de distinguer, par exemple, entre un objet immédiat et un objet immédiat du contrôle pour séparer le contrôle de l'application de la loi et celui de son contenu¹²⁷⁹. Ici, ce sera néanmoins la distinction réalisée en fonction de « la nature des éléments » pris en compte par le juge qui sera retenue. Toutefois, même ainsi recadrée sur la prise en compte ou non de données factuelles par le juge, cette distinction entre les contrôles abstrait et concret ne s'avère guère utile ici et, surtout, n'est pas très éclairante puisqu'elle n'offre qu'une vision impressionniste des contrôles qualifiés de « concrets » (1). Quant aux distinctions qui ont pu être faites entre des appréciations et qui s'attachent à la présence ou l'absence de certaines données factuelles dans le raisonnement du juge, si elles ont le mérite d'être plus précises, elles n'en restent pas moins difficilement utilisables (2).

¹²⁷⁹ Il est d'ailleurs probable que ce soit l'objet médiat qui est en réalité considéré par les auteurs qui relèvent la proximité entre le critère de l'objet du litige et celui de la nature des éléments pris en compte (Julien BONNET, Agnès ROBLOT-TROIZIER, *art.précit.*) ou par les rapporteurs publics qui, dans leurs conclusions, utilisent indifféremment l'un et l'autre pour différencier les deux types de contrôle. C'est le cas pour Mme Aurélie Bretonneau dans ses conclusions sur l'arrêt *Gonzalez Gomez* puisqu'elle évoque aussi une « méthode de contrôle » pour décrire le contrôle concret (Aurélie BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Conclusions sur Conseil d'Etat, assemblée, 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez*, n° 396848 », *RFDA*, p. 740), mais aussi de M. Nicolas Boulouis lorsqu'il retient le critère de la nature des données pour opérer un rapprochement avec les cas de nullité relative de la loi dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis (Nicolas BOULOUIS, « La double notion d'« inconstitutionnalité » de la loi. Conclusions sur CE, sect., 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n°s 314449 et 314580 », *RFDA*, 2011, p. 126). En résumé, ils semblent considérer que le « mode de raisonnement employé » – la prise en compte des circonstances de l'espèce – est nécessairement impliqué par l'objet du contrôle, à savoir l'application de la loi en l'espèce. Or, une telle inférence et une telle interchangeabilité des critères sont parfaitement admissibles à condition que l'objet du contrôle évoqué soit bien un objet immédiat et qu'il importe ainsi peu que le juge soit conduit à contrôler *in fine* le contenu de la loi voire à le contrôler de nouveau à la lumière des circonstances de l'espèce s'il a procédé dans un premier temps à un contrôle « abstrait ».

1- La distinction en fonction de l'absence ou de la présence de données factuelles dans le contrôle du juge

476. C'est en premier lieu le champ dans lequel cette distinction est employée qui n'est pas satisfaisant. En effet, la notion de « contrôle » paraît trop restrictive pour rendre compte des hypothèses dans lesquelles le juge peut être amené à prendre en considération de telles données. En effet, si le contrôle juridictionnel peut être défini ici comme étant simplement une opération de vérification de la part du juge¹²⁸⁰, son étude ne donne qu'une vision partielle des questions que ce dernier doit résoudre pour trancher le litige dont il est saisi et, par là même, de l'étendue du raisonnement susceptible d'accueillir la montée des singularités. Celle-ci peut effectivement se manifester en amont du contrôle, lorsque le juge se prononce sur l'intérêt pour agir du titulaire des droits, ou encore en aval lorsqu'il détermine les conséquences à en tirer.

477. La base de distinction employée est quant à elle grevée par les incertitudes qui affectent cette autre distinction séculaire entre le « fait » et le « droit » qui, quoiqu'elle paraisse « élémentaire »¹²⁸¹, évoquait à Jean Rivero « certains personnages de Pirandello » puisqu'elle « change de visage et même de nature, selon celui qui l'observe »¹²⁸². En effet, toutes les distinctions, celle entre le fait et le droit comprise, ne sont après tout que des représentations qui, étant historiquement et culturellement biaisées, informent moins sur la nature des objets qu'elles permettent de classer que sur la vision qu'en ont leurs concepteurs ainsi que les objectifs qu'ils poursuivent¹²⁸³. Dans le cadre kelsenien qui est retenu ici, l'opposition entre le fait et le droit recouvrira celle entre l'« être » et le « devoir être », entre un ordre gouverné par le principe de causalité et un autre par le principe d'imputation.

478. Les « circonstances », qui sont parfois expressément évoquées dans la motivation de décisions censées illustrer un contrôle concret, ne seraient quant à elles que des espèces de données factuelles. En effet, en faisant le choix d'une définition lexicale, la circonstance peut être définie comme une « particularité qui accompagne et distingue un fait, une situation », c'est-à-dire finalement comme un fait accessoire permettant de particulariser un fait principal qu'il entoure¹²⁸⁴, celui-ci pouvant alors être l'évènement à l'origine d'une lésion motivant une action en justice, et qui, associée à d'autres faits

¹²⁸⁰ Il peut s'agir, par exemple, de vérifier un rapport de conformité entre une norme réglementaire et une norme constitutionnelle ou entre une norme législative et une norme conventionnelle.

¹²⁸¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit privé », 27^e édition, 2002, p. 21.

¹²⁸² Jean RIVERO, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 130.

¹²⁸³ Sur les origines, les différentes formes de cette distinction et leurs fonctions, V. Delphine LOUIS-CAPORAL, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Thèse dactyl., Université Montpellier 1, 2014, 546 p.

¹²⁸⁴ Ce qui correspond à l'étymologie du mot « circonstance » qui, emprunté du latin *circumstantia*, désigne l'« action d'entourer ». C'est d'ailleurs cette extériorité de la circonstance qui conduit Mme Camille de Jacobet de Nombel dans son étude des circonstances aggravantes en droit pénal à reconnaître une « valeur juridique propre » à « l'infraction aggravée ». « En effet, dans le cas contraire, la circonstance aggravante n'apparaîtrait pas l'élément d'une infraction, car il n'en existerait qu'une, l'infraction simple, à laquelle elle est, par nature, extérieure » (Camille de JACOBET de NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, n° 34, p. 23, spéc. n° 201-272, p. 131-183).

accessoires à ce même fait principal, permet de rendre compte d'un contexte, par exemple celui d'une situation litigieuse. Cet assemblage de faits peut lui-même prendre place dans un contexte plus général, c'est-à-dire que l'ensemble des circonstances accessoires au fait principal peut lui-même être entouré, comme dans un cercle concentrique, par d'autres circonstances, en somme des circonstances relatives à des circonstances qui peuvent alors, par commodité, être désignées comme des « méta-circonstances ».

479. Ce faisant, par « circonstances de l'espèce », il faudrait entendre l'ensemble des faits accessoires, qu'il s'agisse de circonstances ou de méta-circonstances, qui particularisent la cause du litige que le juge doit trancher et dont il est possible de trouver une représentation dans les motifs de l'acte introductif d'instance¹²⁸⁵ et, si l'expression « circonstances de fait » peut sembler pléonastique¹²⁸⁶, l'expression « circonstances de droit » n'est en revanche pas nécessairement oxymorique puisque, même en adoptant une approche normativiste, le droit est aussi susceptible, dans une certaine mesure, de relever de l'ordre du factuel¹²⁸⁷.

480. En outre, en définissant ainsi le « fait », ce qui semble d'ailleurs être la définition retenue par les auteurs proposant une distinction en fonction des modalités du contrôle, tout contrôle juridictionnel est susceptible de s'appuyer sur des données factuelles¹²⁸⁸ et, par là même, d'être qualifié de concret, y compris celui qui, comme le contrôle de constitutionnalité des lois que le Conseil constitutionnel exerce *a priori*, porte sur des normes générales qui n'ont pas encore trouvé à s'appliquer ou encore celui qu'exercent le Conseil d'État et la Cour de cassation en tant que juges de cassation des ordres juridictionnels administratifs et judiciaires. Ces dernières juridictions, dans le cadre de conceptions d'ailleurs autonomes et fonctionnelles du « fait », ne les ont jamais totalement ignorées dans leurs différentes techniques de contrôle¹²⁸⁹ et l'idée selon laquelle le Conseil d'État exercerait un contrôle plus

¹²⁸⁵ Il peut s'agir ainsi du cadre spatio-temporel ou encore les circonstances économiques, sociales dans lesquelles est né le conflit à l'origine de la saisine du juge.

¹²⁸⁶ Ce ne serait en revanche pas le cas de l'expression « circonstances particulières ». Elle signifierait simplement que les faits particularisants sont eux-mêmes particuliers par rapport aux circonstances qui sont en général l'accessoire d'un certain type de faits primaires. Cette particularité peut tenir aux faits secondaires eux-mêmes. Par exemple, la bonne santé de la personne et l'absence d'antécédents personnels et familiaux est au nombre des « circonstances particulières de l'espèce » permettant de renverser la présomption de causalité mise en place par le Conseil d'État entre la sclérose en plaques et la vaccination contre le virus de l'hépatite B (CE, 5^e et 4^e sous-sections, 9 mars 2007, *Commune de Grenoble*, n° 278665). Il s'agit en l'occurrence de faits secondaires qui particularisent un fait, la vaccination, et permettent d'apprécier son caractère causal par rapport au dommage subi par la personne. Le caractère particulier des circonstances de l'espèce peut aussi résulter de ces méta-circonstances évoquées précédemment, c'est-à-dire de ces faits secondaires qui permettent de distinguer l'ensemble des faits de la situation litigieuse.

¹²⁸⁷ En effet, l'adoption d'une norme n'est finalement qu'une action par laquelle une personne – et même un individu ou un groupe d'individus – exprime une volonté, c'est-à-dire un événement dont l'existence est une donnée observable dans un univers gouverné par le principe de causalité. C'est en ce sens que « les circonstances de droit » peuvent bien être regardées comme une espèce de donnée factuelle. Une autre chose est en revanche de déterminer la signification objective de cet acte de volonté ou de savoir s'il correspond effectivement à une norme valide dans un système juridique. Le fait que telle ou telle norme applicable au litige ait été adoptée permet de ranger le cadre normatif applicable parmi les méta-circonstances évoquées plus haut.

¹²⁸⁸ Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, collection Droit public positif, 2001, 432 p.

¹²⁸⁹ Sur le contrôle des faits par le Conseil d'État en tant que juge de cassation, v. notamment Raymond ODENT, *op.cit.*, t. 2, p. 634-640 ; René CHAPUS, « Le contrôle des faits par le Conseil d'État français en tant que juge de cassation », in René CHAPUS, *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, p. 371 ; Renaud DENOIX de SAINT-MARC,

étendu et plus approfondi que la Cour de cassation sur cette question doit d'ailleurs être fortement relativisée¹²⁹⁰.

481. Le « fait » semble donc omniprésent et il est difficile, si ce n'est impossible, de rendre compte d'un raisonnement juridique qui, l'ignorant totalement, puisse être présenté comme purement abstrait et, par là même, de saisir ce que l'arrêt *Gonzalez Gomez* du Conseil d'État pouvait avoir de si singulier pour avoir suscité autant de commentaires. Certes, l'idée d'un seuil est alors parfois avancée pour départager le concret et l'abstrait¹²⁹¹. Néanmoins, la distinction perd alors en solidité.

2- La distinction des appréciations en fonction de la nature des circonstances prises en compte

482. La distinction entre l'abstrait et le concret peut aussi se faire en fonction non pas de l'absence ou de la présence de données factuelles dans le raisonnement du juge mais de l'absence ou de la présence de certaines d'entre elles. Tel est le type de distinction qui a été proposé par M. Noël Dejean de la Bâtie et par M. Charles Vautrot-Schwarz. Ni l'une, ni l'autre de ces présentations n'est toutefois convaincante et il faut justifier pourquoi, s'il est possible de s'en inspirer, elles ne seront pas retenues ici.

483. M. Noël Dejean de la Bâtie montre ainsi qu'il est possible d'obtenir une distinction un peu plus fine en s'attachant aux différentes espèces de circonstances prises en compte par le juge pas seulement dans le cadre d'un contrôle mais, plus largement, d'une appréciation. En effet, l'auteur applique cette distinction entre le concret et l'abstrait à un champ qui est différent puisqu'il n'opère pas une classification des modes de contrôle juridictionnel mais d'« appréciation », qu'il semble définir comme un mode de

« les considérations de fait devant le Conseil d'État, juge de cassation », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 135 ; Frédéric LOMBARD, « Les faits dans le contrôle de cassation », in Jean-Marie PONTIER, Emmanuel ROUX (dir.), *Les faits en droit administratif*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, p. 149. Sur le contrôle des faits par la Cour de cassation : V. notamment, V. Jacques BORÉ, Louis BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, § 299-300 ; Bernard HEMERY, « Pour un contrôle de la dénaturation des faits par la Cour de cassation », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 289 ; Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Tony MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.*, 2015, p.278.

¹²⁹⁰ Tandis que le Conseil d'État contrôlerait systématiquement la qualification juridique des faits, mais aussi leur exactitude matérielle – ou plus précisément « l'exactitude des « constatations » de faits opérées par les juges du fond » (René CHAPUS, *op.cit.*, p. 374) - et éventuellement leur appréciation en cas de dénaturation par les juges du fond, la Cour de cassation se contenterait d'un contrôle de principe de la qualification juridique et ne s'autoriserait qu'à contrôler la dénaturation des actes. Cette idée procéderait toutefois de la rencontre d'une vision simplifiée - si ce n'est caricaturale - du contrôle de la Cour de cassation (Sur la proximité entre le contrôle de la dénaturation des pièces du dossier, auquel procède la Cour de cassation, avec le contrôle de l'inexactitude matérielle des faits et de leur dénaturation, V. Denis GAREAU, « Les pourvois en cassation. Divergences et convergences », Colloque de la Faculté de droit de Nice du 20 juin 2013, et sur des hypothèses de « contrôle direct des faits », V. Jacques BORÉ, Louis BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, § 299-300) et d'une vision faussée du raisonnement des juges administratifs du fond et, par là même, du contrôle de cassation du Conseil d'État. Cette dernière serait le produit d'une relecture *a posteriori* et discutable de l'arrêt *Moineau* du 2 février 1945 qui servit de matrice à une certaine conception de la cassation administrative (Sur la conception traditionnelle de la cassation administrative, sa remise en cause et ce que recouvre effectivement « l'appréciation souveraine des juges du fond » dans la jurisprudence du Conseil d'État, V. Sabine BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 13, 2002, n° 386-404, p. 203-214).

¹²⁹¹ S'agissant de la distinction à raison des « modalités », qui correspond à ce que M. Julien Bonnet et Mme Agnès Roblot-Troizier désignent comme la nature des éléments dont le juge tient compte, M. Damien Fallon présente le contrôle *in concreto* comme le contrôle dans lequel lorsque « le juge intègre un certain nombre d'éléments factuels au sein de son raisonnement » (Damien FALLON, *art.précit.*, p. 136) (nous soulignons).

raisonnement mettant en rapport les notions légales et les circonstances particulières de chaque espèce¹²⁹². Ainsi entendu, l'appréciation se distingue effectivement bien du contrôle juridictionnel qui, pour sa part, impose au juge de se livrer à des appréciations et qui peut même porter sur des appréciations d'autres autorités normatives. En outre, pour cet auteur, l'appréciation *in abstracto* ne ferait fit, parmi ce qu'il appelle « les circonstances particulières »¹²⁹³, que de celles ayant un caractère « personnel »¹²⁹⁴. Il ne s'agit alors pas, comme cet adjectif pourrait le laisser penser, de donnée se rapportant seulement à une personne, au sens juridique du terme, mais à un individu et, plus précisément, des données « particulières aux sujets en cause » qu'il convient de distinguer « des circonstances qui leur sont extérieures et qui caractérisent une situation »¹²⁹⁵. Ce serait la base de cette opposition, que l'auteur fait remonter au droit Justinien, entre « deux raisonnements reposant respectivement sur la considération d'un type humain général et celle d'un individu singulier »¹²⁹⁶. Ces deux classes d'appréciation ne sont toutefois pas mutuellement exclusives puisque l'auteur évoque un troisième type d'appréciation, un « type intermédiaire » qui serait « moyennement abstrait »¹²⁹⁷ en ce qu'il mêlerait la référence à un modèle abstrait et des « données humaines appréciées et observées *in concreto* »¹²⁹⁸. Cette classification n'est pas non plus exhaustive puisqu'elle ne permet pas de rendre compte de l'ensemble des appréciations que le juge peut porter pour trancher les différents litiges dont il est susceptible d'être saisi. En effet, ainsi entendue, la distinction ne trouverait en réalité à s'appliquer que lorsque ce que l'auteur désigne comme des données « humaines »,

¹²⁹² En effet, introduisant son objet de recherche, l'auteur écrit : « Souvent, pourtant, l'exigence de la justice et du bien commun dépend de circonstances trop complexes pour pouvoir être fixée à l'avance dans une formule trop rigide. Quand tel est le cas, le législateur recourt à un critère suffisamment souple – un « standard » dirait-on en anglais – en se référant à des notions (comme celles d'apparence, d'utilité, de faute, etc.) dont l'extension n'est pas rigoureusement déterminée *a priori*. Alors il appartient au juge de se livrer à une véritable appréciation, en rapprochant ces notions légales des circonstances particulières de chaque espèce. » (Noël DEJEAN de la BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 58, 1965, n° 1, p. 1). À partir de ce passage, il n'est pas évident de savoir si l'auteur estime que l'appréciation est une opération intellectuelle consistant dans le rapprochement de notions légales et de circonstances particulières de chaque espèce ou bien s'il s'agit d'une autre opération intellectuelle à part entière se réalisant seulement à l'occasion de ce rapprochement ou en vue de ce dernier et dont le contenu n'est donc pas défini. Les développements subséquents, dans lesquels l'auteur parle de « type de comparaison » pour désigner les différents types d'appréciation (Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 5, p. 5), invitent néanmoins à retenir la première interprétation.

¹²⁹³ Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 4, p. 3.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 5, p. 3.

¹²⁹⁷ Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 8, p. 7.

¹²⁹⁸ C'est ce type d'appréciation qu'imposait, par exemple, l'ancien article 1112 du code civil qui, après avoir indiqué qu'« il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent », c'est-à-dire après avoir fait référence à un modèle abstrait comme celui de la « personne raisonnable », ajoutait dans son second alinéa : « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». En faisant abstraction - si le terme est ici adéquat - du droit positif, l'auteur donnait aussi un autre exemple pour illustrer ce qu'il estimait être une appréciation intermédiaire : « Pour savoir si un aveugle s'est comporté prudemment en traversant une rue, on pourrait comparer sa conduite à celle qu'aurait eue normalement dans les mêmes circonstances, non pas un homme quelconque (purement abstrait), ni à l'inverse un individu doté de toutes les particularités physiques et psychiques du sujet (ce serait considérer le concret), mais simplement un autre aveugle, type à la fois général et particulier » (*Ibid.*). L'exemple de la violence est aujourd'hui daté puisque depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, les articles du code civil relatifs à sa définition (art. 1140, 1141, 1142, 1143 du code civil), ainsi que ceux relatifs à l'appréciation du caractère déterminant des vices de consentement (art. 1130 du code civil), sont purgés de toute référence à un quelconque modèle abstrait.

et plus précisément des « données humaines de fait »¹²⁹⁹, sont susceptibles d'être prises en compte par le juge, c'est-à-dire lorsqu'il doit appliquer une « notion juridique impliquant une référence à l'humain »¹³⁰⁰ ou, ce qui est encore plus restrictif, « une notion juridique souple comportant un élément humain »¹³⁰¹.

484. Cette distinction se retrouve aussi, du moins peu ou prou, dans la présentation que M. Charles Vautrot-Schwarz fait des différentes techniques disponibles pour opérer une qualification juridique mais, s'il s'appuie sur les travaux précités, cet auteur retient un critère plus large pour distinguer l'appréciation *in concreto* et *in abstracto* ainsi qu'un champ classificatoire quelque peu différent.

485. En premier lieu, il ne retient pas la même définition de l'« appréciation ». Au préalable, l'auteur s'était employé à cerner la substance de l'appréciation afin d'isoler la spécificité de son objet de recherche, à savoir la qualification juridique¹³⁰², qu'il distingue de l'appréciation qui, étant « l'opération consistant à émettre un jugement de valeur sur l'ensemble des éléments de fait tenus pour constants et permettant de sélectionner les éléments de fait tenus pour pertinent »¹³⁰³, « s'intercale donc entre la qualification juridique et la constatation de l'objet à qualifier »¹³⁰⁴ et qui peut être à la fois un moyen d'exercer un contrôle juridictionnel que l'objet d'un tel contrôle¹³⁰⁵. S'agissant ensuite du critère de distinction des appréciations, il semble lui ne retenir finalement que l'opposition entre le caractère « intrinsèque » et « extrinsèque » de l'analyse - ce qui est une distinction qui est déjà elle-même susceptible de faire l'objet

¹²⁹⁹ A titre d'exemple, M. Noël Dejean de La Bâtie évoque notamment les notions d'« intérêt, besoin, dommage, etc. ou encore les notions de croyance, d'ignorance ou de crainte impliquée dans les vices de consentement » (Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 10, p. 8).

¹³⁰⁰ Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 8, p. 6.

¹³⁰¹ Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 6, p. 5.

¹³⁰² Qu'il entend, et qui sera d'ailleurs aussi entendue ici, comme « l'opération de raisonnement juridique qui consiste à faire entrer un objet dans une catégorie juridique, préétablie ou non, dans le but d'ouvrir l'application à l'objet ainsi qualifié du régime juridique ou de l'effet de droit attaché à la catégorie en cause » (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 38, p. 23).

¹³⁰³ Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 221, p. 169.

¹³⁰⁴ Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 222, p. 169.

¹³⁰⁵ Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 531, p. 423. Ainsi, ce qu'il appelle les « techniques d'appréciation » ne consistent pas « dans la comparaison de l'objet à qualifier aux catégories juridiques », comme cela semble être le cas pour M. Noël Dejean de la Bâtie, mais « trouvent leur source », c'est-à-dire à leur origine, dans cette comparaison. Le périmètre du genre que ces deux auteurs divisent en espèce, c'est-à-dire l'ensemble des appréciations susceptibles d'être classées comme abstraites ou concrètes à partir du critère qu'ils ont retenu, diffère aussi. De prime abord, c'est celui de M. Charles Vautrot Schwarz qui peut sembler le plus restreint. En effet, là où M. Noël Dejean de la Bâtie ne distinguait pas les appréciations juridictionnelles qu'il ambitionnait de classer, ce qui donnait d'ailleurs un caractère non exhaustif à sa classification puisqu'elle n'avait de sens finalement que pour des appréciations ayant pour référent « une notion juridique souple comportant un élément humain », M. Charles Vautrot Schwarz semble, pour sa part, ne considérer que les appréciations trouvant leur source dans une comparaison avec une telle notion lorsqu'il écrit les techniques d'appréciation considérées « sont à l'œuvre à chaque fois qu'une qualification sollicite une catégorie juridique « impliquant référence à l'humain » » (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 525, p. 420), les termes catégories et notions étant alors considérés comme synonymes (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 16, p. 10, ndbp n° 35). Néanmoins, « chaque fois » ne signifie pas exclusivement. En outre, il ressort des développements subséquents que l'auteur consacre à cette distinction, et notamment de la définition qu'il donne ensuite de l'appréciation *in abstracto* en évacuant toute référence à « l'élément humain » (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 531, p. 423), que ce dernier ne se limite effectivement pas aux appréciations opérées en présence de telles catégories juridiques. En réalité, eu égard à sa propre définition de la qualification juridique, qui sert de point de départ à sa définition de l'appréciation, le périmètre du genre à partir duquel réfléchit M. Charles Vautrot-Schwarz serait même plus large puisqu'il ne se limite pas aux appréciations juridictionnelles.

de plusieurs interprétations¹³⁰⁶ - sans considérer l'« objet » sur lequel porte une telle analyse ainsi que les éléments composant la catégorie juridique qui sert de référent à la comparaison justifiant l'appréciation¹³⁰⁷. Autrement dit, ce n'est plus le « caractère personnel » - pour reprendre les termes de Noël Dejan de la Bâtie - des données prises en compte qui permet de regarder une appréciation comme concrète mais, plus largement, leur caractère intrinsèque aux différents objets que le juge peut être amené à qualifier pour résoudre le litige dont il est saisi et l'appréciation *in concreto* n'est plus réservée aux hypothèses dans lesquelles la catégorie juridique servant de référent est composée au moins d'un élément faisant « référence à l'humain ». ¹³⁰⁸ Elle peut se manifester en présence de n'importe quelle catégorie juridique dès lors qu'elle peut conduire le juge à s'intéresser aux caractéristiques propres de l'objet à qualifier¹³⁰⁹. Le niveau de langage diffère alors d'un auteur à l'autre puisque là où M. Jean Noël de la Bâtie, en évoquant l'« individu », semblait vouloir s'affranchir de « l'image juridique du monde »¹³¹⁰ et s'intéresser au seul monde sensible dont le droit fournit une représentation, M. Charles Vautrot-Schwarz navigue entre les

¹³⁰⁶ Les auteurs du *Traité de responsabilité civile* ne semblent pas retenir la même lecture de la thèse de Noël Dejan de la Bâtie car, tout en renvoyant à l'auteur, ils présentent ainsi les deux méthodes que le juge peut employer pour déterminer les contours des devoirs extracontractuels pesant sur l'auteur d'un fait dommageable : « Soit il choisit de se référer à un type abstrait, à un modèle de conduite prédéterminé et il évite de tenir compte des particularités affectant la personnalité et la situation de celui dont il juge la conduite : on dit qu'il emploie la méthode d'appréciation *in abstracto*. Soit, au contraire, il cherche à prendre en considération toutes les circonstances concrètes, y compris celles qui touchent au caractère et aux aptitudes de la personne dont il analyse le comportement : c'est ce qu'on appelle apprécier *in concreto* » (Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 3^e édition, 2006, n° 462, p. 400). En ajoutant la « situation », ils semblent donc considérer que le juge emploie une méthode d'appréciation *in concreto* dès lors qu'il prend en considération des circonstances personnelles, que celles-ci soient intrinsèques, comme le caractère ou l'aptitude physique, ou extrinsèques comme la situation. Toutefois, plus avant, ils évoquent la « prise en compte des circonstances externes (activités, temps, lieu...) » dans le cadre de l'appréciation *in abstracto* (Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *op.cit.*, n° 464, p. 402).

¹³⁰⁷ Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 531, p. 423

¹³⁰⁸ En effet, même si l'auteur reprend bien la définition que Noël Dejan de la Bâtie donnait de l'appréciation concrète et s'appuie même sur lui pour définir l'appréciation *in abstracto*, il supprime la référence à « l'élément humain » en écrivant que « l'appréciation *in abstracto* témoigne donc, dans la mise en œuvre de la comparaison, de la référence à un standard de qualification, à un type abstrait » et « que « qualifier un objet en usant de la technique d'appréciation *in abstracto* consiste donc à confronter celui-ci à la catégorie juridique en prenant en compte la configuration dans laquelle se trouve l'objet, et donc son contexte, mais non les considérations propres à l'objet en question » (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 531, p. 423).

¹³⁰⁹ La liste de ce qu'il appelle les « objet[s] à qualifier », ou bien les « objet[s]-matière sur laquelle ou à partir de laquelle » la qualification juridique s'opère, est alors pléthorique et hétéroclite puisqu'il peut s'agir aussi bien de « faits », de « personnes », d'« institutions », de « choses », de « biens », d'« actes » et de « normes juridiques » ou encore d'« activités » (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 130, p. 90 ; pour une présentation non exhaustive des objets sur lesquels l'opération de la qualification juridique est susceptible de porter, V. Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 136-142, p. 93-97). Ainsi, après avoir définie l'appréciation *in abstracto*, l'auteur envisage, par exemple, que cette distinction entre l'appréciation *in concreto* et l'appréciation *in abstracto* puisse être employée pour cerner la technique d'appréciation utilisée pour qualifier, au terme d'un bilan coût avantage, un projet, une « opération » comme étant d'« utilité publique » (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 535, p. 427).

¹³¹⁰ Agnès RABAGNY, *L'image juridique du monde*, Paris, PUF, coll. Droit, éthique et société, 424 p.

deux niveaux en évoquant parfois des objets qui peuvent être déjà juridiquement qualifiés¹³¹¹. Partant de là, l'auteur conclut aussi à l'existence d'une classe « mixte » d'appréciations¹³¹².

486. Cette distinction entre les appréciations réalisées à partir de données intrinsèques ou extrinsèques, qui impose d'ailleurs de bien préciser par rapport à quoi ces données sont intrinsèques ou extrinsèques¹³¹³ et ne correspond d'ailleurs pas nécessairement à celle opposant des appréciations réalisées ou non à partir d'un modèle abstrait¹³¹⁴, n'est donc pas non plus utilisable pour rendre compte de la montée des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

B- Les différentes classes d'appréciations retenues

487. Il ne s'agit pas ici de réinventer la distinction entre l'abstrait et le concret ou même simplement d'en ajouter une nouvelle, mais simplement d'essayer de montrer comment se manifeste la montée des singularités au niveau de l'exercice de la fonction juridictionnelle et ce qu'elle implique comme type d'appréciation juridictionnelle.

488. Il est alors possible, dans le même esprit que les auteurs précédemment cités, de partir du type de circonstances dont le juge tient compte pour faire une présentation plus fine des types d'appréciations juridictionnelles, au sens - plus précis - que M. Charles Vautrot-Schwarz donne à cette notion. Cela suppose donc de présenter au préalable les différentes classes de données, les circonstances que le juge

¹³¹¹ Dans la mesure où la liste des « objets » à qualifier intègre aussi les actes matériels et juridiques par lesquels des personnes ou, pour reprendre la vision dépouillée, des individus interagissent et provoquent ainsi la situation litigieuse, la distinction peut conduire à des résultats contraires à ceux qui seraient obtenus avec le critère de distinction promu par M. Noël Dejean de la Bâtie. Par exemple, si le juge tient compte de l'intention ou de l'aptitude physique d'un individu pour qualifier de fautive l'une de ses actions, cela ne devrait pas suffire pour ranger son appréciation parmi les appréciations concrètes car si ces données sont bien intrinsèques à l'individu en cause, elles sont en revanche, à proprement parler, extrinsèques par rapport à l'action qui constitue le véritable objet de la qualification juridique.

¹³¹² L'auteur présente effectivement le bilan coût-avantage réalisé pour apprécier si une opération peut être légalement déclarée d'utilité publique comme une technique d'appréciation « médiate » (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 535, p. 427-428).

¹³¹³ Sans cela, une telle distinction n'est effectivement pas utilisable puisqu'une circonstance peut être regardée comme extrinsèque à un « objet » lorsqu'elle est justement intrinsèque à un autre. A cet égard, M. Charles Vautrot-Schwarz considère tantôt que le juge procède à une appréciation *in concreto* lorsqu'il considère des éléments intrinsèques à l'objet à qualifier – comme c'est le cas lorsqu'il donne l'exemple du projet susceptible d'être déclaré d'utilité publique (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 535, p. 427) – tantôt qu'il procède à une telle appréciation lorsqu'il considère des éléments extrinsèques à celui-ci. Il en va ainsi lorsqu'il évoque le caractère abstrait de l'appréciation utilisée pour qualifier la force majeure, le délai utile ou raisonnable ou encore la faute de l'agent ou de la victime en relevant l'absence de prise en compte des données intrinsèques qui se rapportent non pas aux différents objets à qualifier, en l'occurrence des délais ou des comportements, mais aux individus impliqués dans la situation litigieuse (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 532-534).

¹³¹⁴ En effet, il n'est pas exclu que le juge fasse référence à une donnée « intrinsèque » tout en raisonnant à partir d'un modèle abstrait. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le juge de l'excès de pouvoir raisonne en termes de « cercle d'intérêts » pour apprécier l'intérêt pour agir d'un requérant. Dans cette hypothèse, l'intérêt - donnée intrinsèque par excellence – est en réalité un intérêt type qui renvoie donc à un modèle abstrait. À l'inverse, il est possible qu'une appréciation ne soit pas réalisée à partir d'un modèle abstrait lors même qu'elle ne s'appuie pas sur des données regardées comme « intrinsèques » à l'objet subsumé sous ce modèle. C'est le cas lorsque le juge tient compte, par exemple, de précédentes condamnations pénales pour apprécier la réalité et la gravité de risques d'atteinte à l'ordre public (CE, ord., 9 janvier 2014, n° 374508) ou notamment des fonctions d'un agent pour apprécier la gravité de la faute qu'il a pu commettre et par là même son caractère personnel (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 11 février 2015, n° 372359) ou encore de l'existence d'une décision de placement sous tutelle pour apprécier la capacité pour agir d'un requérant en particulier.

peut prendre en compte pour mener à bien un raisonnement juridique lorsqu'il doit se prononcer sur la recevabilité de l'action, le bien fondé des prétentions ou encore le contenu de la norme qu'il doit édicter pour y faire droit. En puisant dans cette classification des circonstances susceptibles d'être prises en compte par le juge dans son raisonnement, il est alors envisageable de dépasser cette opposition entre *in abstracto* et *in concreto* en distinguant d'autres types d'appréciations.

489. Ces circonstances peuvent ainsi être distinguées en fonction de leur origine, c'est-à-dire de ce à quoi elles se rapportent et qu'elles permettent de particulariser en même temps que le fait principal auquel elles sont associées. Autrement dit, il s'agit de savoir dans quelle direction le juge doit tourner son regard pour les recueillir. Il peut ainsi s'agir de circonstances relatives à la situation litigieuse, c'est-à-dire qui se rapportent aux différents éléments - qu'ils s'agissent d'individus, d'êtres humains ou de « choses » non humaines - dont l'interaction a donné naissance au conflit que le juge doit trancher¹³¹⁵ ou bien qui lui sont extérieures et se rapportent à une situation plus générale lui servant de cadre¹³¹⁶. Lorsqu'elles ont trait aux éléments composant la situation litigieuse, les circonstances susceptibles d'être prises en considération peuvent alors se rapporter à des éléments se situant aussi bien du côté de la source que du siège de la lésion ayant motivée la requête et, éventuellement, constituer des circonstances personnelles lorsqu'elles se rapportent à une ou plusieurs personnes identifiées impliquées dans la situation litigieuse.

490. Les appréciations juridictionnelles, qui peuvent être dites contextualisées dès lors qu'elles se réfèrent au moins à un fait permettant de particulariser l'évènement à l'origine de la situation litigieuse¹³¹⁷,

¹³¹⁵ Le mot « chose » peut sembler inélégant et inadéquate pour désigner des entités qui, quoiqu'inhumaines comme les animaux, n'en sont pas moins vivantes, mais il doit simplement être entendu ici comme « ce qui existe, ce qui réel » (« Chose », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition). Pour se représenter l'univers qui sert en quelque sorte de réservoir aux différentes circonstances que le juge peut prendre en considération, il semble d'ailleurs préférable d'employer le langage courant - quitte à alors employer un mot passe-partout - plutôt que les catégories fournies par exemple par cette distinction séculaire entre les « personnes » et les « choses » dont la solidité est aujourd'hui éprouvée, notamment par la question du statut de l'animal (Sur cette question, V. notamment, Jean-Pierre MARGUENAUD, Florence BURGAT, Jacques LEROY, « La personnalité animale », *D.*, 2020, p. 28). Dépouillée des artifices de la langue du droit, toute situation litigieuse n'apparaît alors que comme une opposition, un conflit, y compris dans des litiges qui sont présentés comme des « procès fait à un acte », entre des individus trouvant sa cause dans l'interaction entre des individus ou entre des choses non humaines et des individus. Le conflit de norme à norme peut être effectivement présenté sur le plan strictement factuel comme une action d'un ou de plusieurs individus, consistant en l'adoption d'une norme, qui serait par exemple nommée « loi », qui rentre en conflit avec une autre action d'un autre ou d'autres individus ayant consisté dans l'adoption d'une autre norme qui serait nommée « Constitution ». Les conflits dont le juge peut être saisi ne prennent pas nécessairement naissance avec l'interaction d'un ou de plusieurs individus entre eux, ou du moins pas toujours directement. Le contentieux de la responsabilité civile extracontractuelle, pour ne prendre que cet exemple, permet de prendre la mesure de la diversité des éléments auxquels peuvent se rapporter les circonstances susceptibles de constituer une situation litigieuse au travers de la distinction entre les préjudices résultant de dommages corporels ou matériels, de la reconnaissance du préjudice écologique ou encore de l'admission de la responsabilité du fait des choses ou encore des animaux. La situation litigieuse peut ainsi être le résultat de la mise en relation d'individus, ou plus largement d'être vivants, ou encore de tout autre objet appartenant au monde sensible ou même seulement susceptibles de lui appartenir. Ainsi, lorsque le juge administratif, par exemple, est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une autorisation d'urbanisme formé par le voisin du terrain d'assiette, la situation litigieuse ne naît pas directement de l'acte de volonté par laquelle un individu ou un groupe d'individu permet à un autre ou à d'autres de réaliser ou de faire réaliser une construction donnée à un endroit donné mais du trouble que la construction projetée par le ou les bénéficiaires de l'autorisation d'urbanisme est susceptible d'engendrer pour le voisinage.

¹³¹⁶ Tel est le cas, par exemple, des circonstances nationales qui peuvent être prises en considération lors de la résolution de litiges portant sur des actes dont l'objet a une portée strictement locale.

¹³¹⁷ Ce qui est en pratique le cas de toute appréciation juridictionnelle puisque le juge doit au moins tenir compte de l'existence des normes composant le cadre normatif applicable à la situation litigieuse et encadrant son appréciation.

peuvent être ensuite distinguées en fonction la nature des circonstances qu'elles prennent en considération. Il est ainsi possible de faire le départ entre les appréciations contextualisées qui sont situées ou non-situées, c'est-à-dire entre celles qui prennent ou non en compte au moins une circonstance émanant de la situation litigieuse que la juridiction doit trancher¹³¹⁸. Enfin, au sein de ces appréciations situées, il est encore possible de sous-distinguer entre les appréciations individualisées ou non-individualisées, c'est-à-dire entre celles s'appuyant au moins sur une circonstance relative à un individu déterminé et celles les ignorant totalement¹³¹⁹. En fonction du nombre de circonstances qu'elles prennent en compte, ces différentes espèces d'appréciation peuvent ensuite être plus ou moins approfondies puisqu'elles peuvent être éclectiques en s'appuyant sur des circonstances particularisant différents éléments de la situation litigieuse ou encore mono-circonstancielle ou pluri-circonstancielle s'agissant de chacun de ces éléments.

491. Ainsi, dans la mesure où il n'est possible de saisir la singularité d'un individu qu'en combinant l'ensemble des informations le concernant, c'est donc une appréciation contextualisée qui est individualisée et au moins multi-circonstancielle que le juge doit adopter pour la prendre en compte ou, à tout le moins, tenter de le faire et c'est précisément ce type d'appréciation qui se retrouve, par exemple, dans l'arrêt *Gonzalez Gomez* du Conseil d'État. Dans une telle hypothèse, l'appréciation juridictionnelle conduit à extraire le requérant de la masse des bénéficiaires du droit ou de la liberté mise en cause sans pourtant l'enfermer dans un autre groupe, plus restreint, comme pourrait le faire une appréciation individuelle mono-circonstancielle qui s'attacherait seulement à une circonstance permettant de l'inclure dans une autre catégorie d'individus.

492. Ces différentes classes d'appréciations peuvent ensuite être utilisées à différentes fins que ce soit la mise en œuvre d'une technique juridique, comme la qualification juridique¹³²⁰ ou le contrôle de

¹³¹⁸ Ce qui ne veut évidemment pas dire qu'une telle appréciation située ne le soit qu'exclusivement et ne puisse aussi s'appuyer sur des méta-circonstances et considérer la situation dans le cadre de laquelle la situation litigieuse a pris naissance.

¹³¹⁹ L'individu en question n'est alors pas nécessairement la personne physique titulaire de l'intérêt dont la lésion a pu motiver l'introduction de la requête dont il est saisi. Une appréciation prenant en compte des informations relatives à ce dernier n'est qu'une forme d'appréciation individualisée. En outre, le recours à une appréciation non individualisée ne signifie pas pour autant que des individus ne soient pas impliqués dans la situation litigieuse. En effet, il peut y avoir une appréciation non individualisée lorsque le juge ne tient compte que de circonstances relatives à un objet, mais aussi lorsqu'il ne considère qu'un groupe d'individus dont les composantes sont anonymisées ou bien qu'il se réfère à un modèle abstrait d'un individu type. Il en va de même lorsqu'il refuse de lever le voile de la personnalité morale, alors même que ce ne sont que des volontés humaines qui peuvent être imputées à cet « individu en grand » que constitue la personne morale (Olivier de SCHUTTER, « Formes d'action collective en justice et dialectique entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif », in Thomas BERNIS (dir.), *op.cit.*, p. 316), ou encore lorsqu'il ne considère que de manière générique les bénéficiaires d'un droit. C'est, par exemple, une approche non-individualisée que retient en principe le Conseil constitutionnel lorsqu'il contrôle la constitutionnalité de la loi puisqu'il ne s'intéresse pas au sort d'un bénéficiaire des droits et libertés constitutionnellement garantis en particulier, pas même, dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, au requérant qui a soulevé la QPC devant les juridictions administratives et judiciaires ou devant lui statuant en qualité de juge électoral. Il est néanmoins possible de trouver quelques traces d'appréciations situées et même individualisées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il en fut ainsi lorsque le Conseil accepta de vérifier l'effet utile que pouvait présenter son éventuelle décision d'abrogation sur la situation personnelle de l'une des parties au litige principal. (CC, n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, *M. Kiril Z.* [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener], cons. n° 5 à 7).

¹³²⁰ A cet égard, il faut d'ailleurs bien distinguer l'objet à qualifier et l'élément auquel se rapportent les renseignements utilisés pour procéder à cette opération. Ainsi, une approche individualisée ne permet pas de qualifier seulement une personne. Elle peut être aussi employée lorsqu'il s'agit de qualifier un comportement de fautif ou encore une situation d'imprévisible.

proportionnalité dont elle constitue un avatar¹³²¹. Elle peut aussi être mise au service de la préparation d'une autre appréciation qui peut être alors qualifiée de secondaire et cette distinction d'ordre chronologique entre des appréciations primaires et des appréciations secondaires permet d'appréhender cette appréciation intermédiaire qu'évoquait M. Noël Dejean de La Bâtie et qui perturbait sa distinction¹³²². Au regard des critères de distinction employés ici, ce mode d'appréciation qui s'appuie finalement sur un « modèle abstrait » ne peut être qualifié comme étant « moyennement » individualisé mais simplement comme non-individualisé¹³²³. Néanmoins, pour que la personne puisse être ainsi ramenée à un modèle abstrait qui est censé servir de référence dans le cadre de cette appréciation non-individualisée, le juge doit nécessairement, au préalable, prendre en considération des informations relatives à cette personne par une première appréciation individuelle qui, en fonction du nombre de critères caractérisant ce modèle, peut-être mono ou pluri-circonstancielle¹³²⁴.

493. À l'inverse, une appréciation juridictionnelle située et individualisée peut être préparée par une appréciation qui n'est ni individualisée, ni même située, ni même d'ailleurs nécessairement juridictionnelle. En effet, la sélection par le juge de la circonstance individuelle pertinente, que l'individu soit d'ailleurs ou non l'« objet » à qualifier juridiquement, ne se fait pas au hasard mais en référence aux critères que le jurislatureur a retenus pour délimiter les contours d'une catégorie juridique qui n'est elle-même que la formalisation de ses *a priori*. Par exemple, une catégorie d'individus, en raison de sa fragilité ou de sa dangerosité supposée, peut être soumise à un traitement différencié et c'est le trait commun à cette catégorie qui, dans le cadre d'une appréciation individualisée et mono-circonstancielle, sera retenue pour particulariser la situation de l'un des individus impliqué dans la situation litigieuse, pour l'extraire, par exemple, de la catégorie plus générale des bénéficiaires d'un droit ou d'une liberté lorsqu'elle est appréciée la proportionnalité *lato sensu* d'une atteinte à ce droit ou cette liberté. Ce sont ces *a priori*, qui ne sont pas nécessairement étayés et se situent souvent implicitement en amont de la « jurisprudence » ainsi que du raisonnement juridique, que Mme Anne-Blandine Caire met en lumière au travers de sa notion de « présomptions-concept »¹³²⁵ et que le juge peut faire sien lorsqu'il ne fait que reprendre des catégories

¹³²¹ Cf. *Infra*, n° 494.

¹³²² Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 8, p. 7.

¹³²³ Le nombre de données intrinsèques à l'individu considéré prises en compte par le juge importe effectivement peu, pas plus que le fait que le modèle abstrait employé par le juge ne corresponde pas à un « type humain général » mais à une personne appartenant à une catégorie plus restreinte que celle de l'ensemble des bénéficiaires des droits.

¹³²⁴ Ce n'est donc pas une « question de degré », mesurée en fonction « de l'importance plus ou moins grande des éléments concrets dans le type général » (Noël DEJEAN de la BÂTIE, *thèse.précit.*, n° 8, p. 7), qui permet d'isoler et de distinguer ce type d'appréciation mais plutôt un critère chronologique. Plus largement, toute appréciation superficielle réalisée au moyen d'un modèle abstrait, suppose d'ailleurs nécessairement qu'une première appréciation contextualisée et plus ou moins approfondie ait été réalisée pour le subsumer sous ledit modèle.

¹³²⁵ Anne-Blandine CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Paris, Pedone, coll. Publications de l'institut international des droits de l'homme, n° 18, 2012, p. 309-314. Elaborant une théorie générale de la présomption destinée à montrer l'unité du mécanisme présomptif, l'auteure identifie trois déclinaisons de ce mécanisme d'orientation cognitif qui ne permet pas seulement d'anticiper une conception ou un jugement d'un élément en matière probatoire. Elle différencie ainsi « les présomptions-preuves, mécanismes de raisonnement permettant de pallier la carence de preuve, en deuxième lieu les présomptions-postulats, affirmations axiomatiques qui consistent à considérer quelque chose

déjà délimitées par les textes qu'il doit appliquer ou qu'il peut lui-même créer. Quoiqu'étant historiquement et culturellement situées¹³²⁶, ces « présomptions-concept » ne sont alors pas situées par rapport au litige que le juge doit trancher, elles se présentent finalement aussi comme des « modèles abstraits », servant en quelque sorte de patron au découpage artificiel du monde réel auquel le jurislatureur procède lorsqu'il dessine les contours des catégories juridiques.

494. Le type d'appréciation choisie par le juge doit être ensuite bien distingué de la technique de contrôle qu'il peut par ailleurs employer lorsqu'il apprécie la légalité d'un acte normateur comme, par exemple, le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits et aux libertés, le triple test de proportionnalité donnant même à voir en réalité une succession d'appréciations sur le caractère « nécessaire », « adéquat » et « proportionné » au sens strict. Au reste, en tant que contrôle de la qualité d'un rapport entre plusieurs variables, le contrôle de proportionnalité est une technique juridique qui ne permet pas simplement d'apprécier la légalité du choix qu'une autorité normative opère en présence d'une situation susceptible de justifier une restriction des droits ou libertés. Il s'agit d'une technique qui est aussi omniprésente qu'inévitable dans le cadre du raisonnement juridique et qui, dans le contrôle de la légalité des actes *lato sensu* par exemple, n'est pas seulement employée pour apprécier les conséquences légales qu'une autorité normative retient après avoir qualifié juridiquement une situation. La technique de la qualification juridique, « élément nodal » de ce raisonnement¹³²⁷, n'est effectivement elle-même qu'un contrôle de proportionnalité¹³²⁸ et le qualificateur, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement une autorité juridictionnelle, peut aussi utiliser différentes techniques faisant intervenir un contrôle de proportionnalité pour aboutir à une qualification juridique que ce soit en confrontant les avantages et les

comme existant de plein droit tant que la preuve contraire n'est pas fournie, et, en dernier lieu, les présomptions-concepts, situées en amont d'une règle de droit ou du raisonnement d'un juge dont elles sont le motif » (Anne-Blandine CAIRE, *thèse.précit.*, p. 36). Cette « présomption-concept » se distingue tant de la présomption-preuve, qui n'est finalement que le mécanisme présomptif prévu par le code civil français permettant de passer d'un fait connu à un fait inconnu et ainsi de déplacer l'objet de la preuve, que de la présomption-postulat, comme la présomption d'innocence, de bonne foi ou encore de vérité de la chose jugée. Elle partagerait néanmoins certaines caractéristiques avec ces dernières. Ainsi, l'auteure la présente « comme proche de la présomption-preuve » en ce que « qu'elle repose sur le même mode d'inférence, c'est-à-dire un passage du connu vers l'inconnu grâce la probabilité, l'expérience et la volonté » et « voisine de la présomption-postulat » en ce qu'elle « constitue elle aussi une sorte d'*a priori* à partir duquel le juriste va raisonner » (Anne-Blandine CAIRE, *thèse.précit.*, p. 93).

¹³²⁶ A cet égard, l'auteure relève que « l'usage historique de la présomption-concept révèle d'ailleurs qu'elle est un vecteur idéologique en puissance. Ainsi, la femme mariée a longtemps été considérée comme incapable du fait d'une double présomption-concept (d'un préjugé ?): une fragilité particulière due à son sexe - le beau sexe ! - et une aggravation de cette fragilité « par la dépendance, où l'état de mariage place la femme respectivement au mari ». De même, le droit d'aînesse a longtemps prévalu en raison d'une présomption-concept particulièrement contestable, pour ne pas dire inepte: celle selon laquelle l'aîné aurait été le plus fort et par conséquent le mieux placé pour gérer le patrimoine familial. Si l'on s'abstient de faire des commentaires trop acerbes concernant de telles présomptions-concepts, on remarque tout de même que, ces présomptions discrètes, cachées par la règle de droit, sont parfois aussi surnoises qu'arbitraires. Cela fait d'elles une arme à double tranchant dont la qualité dépendra de l'évolution de l'ordre juridique qu'elles servent, mais aussi des protagonistes de cet ordre juridique : le législateur certes, mais aussi le juge » (Anne-Blandine CAIRE, *thèse.précit.*, p. 101-102).

¹³²⁷ Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 231, p. 176.

¹³²⁸ Définissant lui l'opération de qualification juridique comme l'opération faisant correspondre « la situation de fait au contenu des règles juridiques », M. Xavier Philippe estime que cette dernière, en ce qu'elle est fondée aussi sur l'existence d'un rapport, « constitue l'expression presque caricaturale » du contrôle de proportionnalité (Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Science et droit administratifs, 1990, p. 190). Quoiqu'étant quelque peu différente de la définition retenue ici de la qualification juridique des faits, cette « signification minimale » (*Ibid.*) demeure compatible avec celle retenue ici et n'invalide donc pas cette observation.

inconvenients d'une qualification¹³²⁹ ou lorsque la catégorie juridique servant de référent impose d'exercer un tel contrôle¹³³⁰.

495. Dans le cadre de ce contrôle dont l'objet est de vérifier la qualité d'un rapport, il faut bien distinguer les variables entre lesquelles s'établit le rapport ainsi contrôlé¹³³¹, le critère de rapprochement servant de *tertium comparationis*¹³³², ses degrés éventuels d'intensité¹³³³ et, enfin, les données¹³³⁴ à partir desquelles il est possible d'appréhender ces différentes variables¹³³⁵ ainsi que la qualité de ce rapport¹³³⁶.

¹³²⁹ Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 537, p. 429.

¹³³⁰ Par exemple, la qualification d'un préjudice comme « anormal » dans le contentieux de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics peut supposer que le qualificateur contrôle le rapport entre les avantages et les inconvenients que procure le voisinage d'un ouvrage public (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 537, p. 429). Ainsi, quoique M. Charles Vautrot-Schwarz range cette jurisprudence parmi les exemples de « pesée des intérêts d'une qualification face à une autre », c'est-à-dire selon ses termes des techniques d'évaluation intervenant au stade de la sélection de la qualification idoine, il semble qu'il faille plutôt le rapprocher du bilan coût-avantage qui est réalisé pour qualifier une opération d'utilité publique c'est-à-dire d'une technique d'appréciation qui, dans sa classification, intervient au stade la comparaison de l'objet à qualifier.

¹³³¹ A ce titre, le rapport ne s'établit pas seulement entre l'intérêt poursuivi par l'auteur d'une norme et l'atteinte aux droits et aux libertés que cette dernière provoque. Par exemple, ce que M. Jean-Baptiste Duclercq nomme le contrôle de « l'appropriation », qui est, avec le contrôle de la disproportion, l'une des branches du contrôle de la proportionnalité interne exercé par le Conseil constitutionnel et vise à contrôler la cohérence intrinsèque de la loi, s'opère en considérant, d'une part, l'objectif que s'est fixé le législateur et, d'autre part, les moyens qu'il donne pour l'atteindre (Jean-Baptiste DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 14, 2015, *spéc.*, n° 575-669, p. 265-302). Dans le même ordre d'idées, dans le cadre de la qualification juridique, le rapport de proportionnalité s'établit ainsi entre l'objet à qualifier et la catégorie juridique qui fait office de référent.

¹³³² Celui-ci pouvant être remplacé par la finalité médiate du contrôle lorsque les variables ainsi confrontées se révèlent incommensurables. Ainsi, reprenant la définition de M. Xavier Philippe, M. Petr Muzny estime toutefois qu'elle est incomplète et y ajoute un troisième élément qui est le « critère de rapprochement ou encore de référence », faisant ainsi de la proportionnalité une « *trojka* d'éléments constitutifs » : « à chaque fois que l'on est en présence d'un choix constitutif d'un départage au moyen de la proportionnalité, celui qui effectue ce choix doit utiliser un critère en fonction duquel il tranchera entre les deux éléments (ou plus) mis en rapport. Une comparaison, par exemple entre deux individus, pour juger si la « nature » les a dotés de capacités proportionnées (respectant le juste équilibre), se fait inévitablement en fonction d'un critère de rapprochement. Il pourra s'agir de leur taille, de leur masse pondérale, de leurs richesses matérielles, de leur beauté physique, intérieure, etc. Pour réaliser la comparaison il est donc nécessaire de déterminer quel critère jouera comme élément de référence commun aux deux variables ». Cet élément semble toutefois incompatible avec l'incommensurabilité des intérêts en présence, des variables du contrôle qui est opéré par le juge (Petr MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essais sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, PUAM, t. 1, 2005, n° 388, p. 279). Il est effectivement difficile de trouver un critère permettant de rapprocher le respect d'un droit ou d'une liberté et, par exemple, le respect de l'ordre public, « c'est comme si on jugeait que telle ligne est plus longue que telle pierre est lourde » pour reprendre les mots du juge Scalia au sujet du contrôle de proportionnalité dit strict (Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant-FUSL, 2001, n° 388, p. 189). Du reste, immédiatement après avoir cette « *trojka* d'éléments constitutifs », M. Petr Muzny reconnaît que « la proportionnalité intervient dans un cadre normatif où la mise en rapport de valeurs se réalise en fonction d'un schéma référentiel relatif et non déterminé *a priori* », faisant ainsi de la proportionnalité une comparaison qui, n'étant pas formelle mais fonctionnelle, ne peut conduire qu'à un jugement en terme de « juste équilibre » (Petr MUZNY, *thèse.précit.*, t. 1, n° 10, p. 25-26) et pose justement la question de la subjectivité du juge dans l'usage de cette technique. La finalité dont il est question ici n'est que médiate car, dans la mesure où le contrôle de proportionnalité n'est lui-même qu'une technique juridique, celui qui l'emploie poursuit déjà en principe une première finalité immédiate qui est l'application du droit en vigueur.

¹³³³ Ce qui correspond à l'« élément variable » dans la définition de la proportionnalité que retiennent MM. Xavier Philippe et Petr Muzny.

¹³³⁴ Le terme est entendu ici dans son sens courant, c'est-à-dire comme « un renseignement qui sert de point d'appui », en l'occurrence à l'autorité qui édicte une norme ou à celle qui la contrôle.

¹³³⁵ Les types d'intérêts pris en considération dans le cadre du contrôle du bilan coût avantage permet d'apprécier l'utilité publique d'un projet ont ainsi pu varier, s'enrichir au cours du temps.

¹³³⁶ Par exemple, dans le cadre de ce que M. Bertrand Seillier appelle le contrôle de la « légalité extrinsèque » (Bertrand SEILLIER, *Droit administratif. 2. L'action administrative*, Paris, Flammarion, 2016, coll. Champs université, p. 269-272), le juge contrôle plus strictement le rapport de proportionnalité en prenant en compte la possibilité qu'avait l'autorité normative d'adopter une mesure qui fût moins attentatoire aux droits et libertés.

496. Ainsi, bien que le contrôle de proportionnalité paraisse trouver une « expression privilégiée à travers la prise en compte des faits »¹³³⁷ ou fut même présenté comme étant par nature étranger à la « sphère du raisonnement abstrait »¹³³⁸, il ne faut pas sous-estimer la souplesse de cette technique de contrôle que la doctrine, notamment anglo-saxonne, a depuis longtemps mise en lumière avec la distinction entre le « *ad hoc balancing* » et le « *categorical balancing* »¹³³⁹ et qui montre, au stade de l'appréciation de la proportionnalité stricte, les changements possibles au niveau des données permettant d'appréhender les différents éléments que cette technique de contrôle conduit à mettre en rapport. Ainsi, dans le cadre de la balance « *catégorielle* », le juge apprécie en des termes généraux les intérêts en conflit, tandis que dans le cadre de la balance *ad hoc*, il les apprécie à l'aune des circonstances de l'espèce, en somme, il procède à une appréciation située de la proportionnalité de l'atteinte. La technique de la balance catégorielle ne réduit alors pas simplement la singularisation, puisque les requérant dont les intérêts sont affectés sont appréhendés au travers d'une « situation-type formant l'hypothèse, générale et abstraite, de la norme contrôlée »¹³⁴⁰ au terme d'une appréciation qui est non personnalisée et même non située, mais elle constitue aussi une méthode de « cadrage »¹³⁴¹ du litige qui est susceptible d'accroître la portée jurisprudentielle que le juge peut escompter donner à sa décision.

§2- Les effets délétères d'une appréciation hyper-contextualisée

497. Si la généralisation à tous les échelons de l'édifice juridictionnel d'une appréciation hyper contextualisée de l'atteinte aux intérêts individuels n'évince pas totalement la dimension collective du litige à même de justifier une action de soutien des groupements privés défendant des intérêts collectifs (A), elle n'en reste pas moins préjudiciable pour la sécurité juridique et l'équilibre des relations que les juridictions de cassation, qui ont accepté de jouer le jeu de la subsidiarité à travers cette appréciation hyper-contextualisée, entretiennent avec les juridictions du fond (B).

¹³³⁷ Xavier PHILIPPE, *thèse.précit.*, p. 162.

¹³³⁸ Petr MUZNY, *thèse.précit.*, t. 1, 2005, n° 303, p. 233.

¹³³⁹ Par ex., Patrick M. MC FADDEN, « *The Balancing test* », *Boston College Law Review*, 1988, p. 585, *spéc.* p. 596 à 603 ; François RIGAUX, *La Loi des juges*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, p. 224-225 ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *thèse.précit.*, p. 250-251. La terminologie employée et même la classification peuvent toutefois varier d'un auteur à l'autre. De son côté, M. Patrick M. MC Fadden ne retient pas tout à fait la même présentation. D'une part, il ne retient pas la même terminologie, puisqu'il évoque le « *result balancing* » et le « *rule balancing* », qui correspondent respectivement au « *ad hoc balancing* » et au « *categorical balancing* ». D'autre part, à côté de ces types de balances des intérêts, il en évoque une troisième qui est le « *fact balancing* » utilisé par le juge pour apprécier la véracité des faits allégués par les parties (V. Patrick M. MC FADDEN, *art.précit.*, p. 597, ndbp n° 60).

¹³⁴⁰ Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *thèse.précit.*, p. 250.

¹³⁴¹ Olivier de SCHUTTER, *art.précit.*, p. 186, ndbp n° 20.

A- La dimension collective du litige épargnée par l'appréciation hyper-contextualisée

498. Dans la mesure où ce type d'appréciation conduit à valoriser la dimension individuelle du litige, l'intérêt que de telles actions peuvent présenter pour les groupements, hormis ceux ayant précisément pour objet statutaire d'assister les individus appartenant à une catégorie donnée, n'est pas *a priori* évident. Il n'est toutefois pas inexistant puisque, bien que la dimension individuelle du litige soit alors plus prégnante, sa dimension collective ne saurait être pour autant totalement éclipsée. L'enracinement - réel quoique tardif - de la tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et l'usage qu'en font les ONG, en particulier anglo-saxonnes¹³⁴², démontrent bien la permanence de cette dimension collective y compris lorsque le litige est porté devant une juridiction qui promet pourtant une appréciation individualisée et approfondie dans le traitement des requêtes individuelles. Même dans cette dernière hypothèse, il peut exister une réciprocité d'intérêts entre, d'une part, celui de la juridiction et, d'autre part, celui du tiers intervenant qu'imposent les stipulations du § 3 de l'article 36 de la Convention¹³⁴³.

499. Cette dimension collective demeure sous-jacente dans tout litige, ne serait-ce qu'en raison de la question de légalité - *latissimo sensu* - que le juge doit inévitablement résoudre pour statuer au fond sur les prétentions dont il est saisi et dont la résolution peut affecter différents intérêts collectifs. Il y a au moins, d'une part, l'intérêt qui s'attache au respect de la norme en question et, d'autre part, celui que celle-ci a éventuellement pour but de satisfaire. À cela peut venir se rajouter, lorsque le juge doit contrôler la conformité entre deux normes générales et impersonnelles, l'intérêt collectif poursuivi par la norme contrôlée. Ce faisant, le litige peut toujours donner à voir des convergences ou même des oppositions entre un intérêt individuel et des intérêts collectifs. Le respect de la norme impersonnelle dont se prévaut le requérant pour opposer des circonstances qui lui sont personnelles ou la norme à laquelle il estime ne pas devoir être soumis en raison de ces circonstances peut intéresser spécialement tel ou tel groupement privé. Outre le respect de ces normes, c'est leur interprétation à l'occasion de ce litige qui peut constituer

¹³⁴² Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des *Amici Curiae* », *La conscience des droits, mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 73. L'étude de la jurisprudence de la Cour depuis 2011 confirme d'ailleurs le constat fait alors par Mme Laurence Burgorgue-Larsen. Les travaux des groupements privés peuvent d'ailleurs éclairer la Cour sans même qu'ils aient à présenter des observations. Par exemple, dans l'arrêt *A.B. et autres c. France*, la Cour s'est appuyée notamment sur les rapports rendus par l'Association service social familial migrants (Assfam), Forum Réfugiés, France terre d'asile, la Cimade et l'Ordre de Malte sur les locaux et les centres de rétention administratives pour apprécier les conditions d'accueil du centre de rétention de Toulouse-Cornebarrieu (CEDH, 5^e section, 12 juillet 2016, *A.B. et a. c. France*, n° 11593/12, §37 à 40), comme elle l'avait aussi fait dans l'arrêt *Popov c. France* pour apprécier les conditions d'accueil du centre de rétention de Rouen-Oissel (CEDH, 5^e section, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39474/07). De manière générale, la Cour « juge utile de tenir compte des standards qui émanent des instruments internationaux en la matière et d'avoir à l'esprit les recommandations des organisations non gouvernementales (ONG) spécialisées en droit des étrangers » (CEDH, 5^e section, 10 juillet 2014, *Tanda-Muzjanga c. France*, n° 2260/10, § 76). Ce n'est alors plus du « droit souple » mais bien du non-droit qui peut, sans d'ailleurs que les groupements l'aient eux-mêmes demandé, se retrouver ainsi recyclé dans la production de « droit dur ».

¹³⁴³ Il faut effectivement que « l'intérêt d'une bonne administration de la justice » rencontre celui de la « personne » intervenante qui doit être « intéressée ».

un enjeu pour ces groupements. L'étude des tierces interventions des groupements privés devant la Cour européenne montre d'ailleurs que la situation personnelle des requérants leur importe finalement peu. Si ces interventions permettent de renseigner la Cour sur une partie des circonstances de la situation litigieuse, en l'occurrence les circonstances de droit applicables, elles apparaissent surtout comme des adjuvants interprétatifs qui informent la Cour sur le droit applicable dans d'autres États membres, afin de mettre éventuellement en évidence l'existence ou non d'un consensus au niveau européen, sur le droit international pertinent ou encore en lui rappelant sa propre jurisprudence afin de prévenir un revirement ou même un infléchissement qui pourrait passer pour une incohérence.

500. Ce faisant, le litige conserve aussi cette dimension jurisprudentielle qui peut importer aux groupements défendant des intérêts collectifs et conférer un effet préventif à toute action en justice, y compris celle dont le but médiat n'est que d'obtenir le prononcé d'une décision juridictionnelle dont les incidences, c'est-à-dire tant l'effet substantiel que les attributs, demeurent *a priori* circonscrits, personnalisés. Ce sont justement ces tierces interventions et cette participation de tiers qui prétendent être les dépositaires d'un intérêt collectif qui, s'imposant ou non à la juridiction, peuvent révéler cet aspect de la dimension collective du litige¹³⁴⁴. C'est du reste parfois l'une de leur fonction. Ainsi, l'attribution au Commissaire aux droits de l'homme d'une faculté de présenter, y compris d'office, des observations n'est pas simplement destinée à garantir une meilleure protection des droits et libertés protégés par la Convention, mais elle doit être aussi mise en relation avec ce problème récurrent qui avait motivé pour partie l'adoption du Protocole n° 14 qui est l'engorgement du prétoire de la Cour par des requêtes individuelles qui, pour certaines d'entre elles, présentent un caractère sériel. L'intervention du Commissaire aux droits l'homme est ainsi, avec la mise en place de la procédure à juge unique et du critère de recevabilité du « préjudice important », l'un des leviers de régulation du flux contentieux dans la mesure où elle permet d'attirer l'attention de la Cour sur le caractère systémique d'un manquement à la Convention et, par là même, d'ajuster la portée jurisprudentielle de sa décision pour y mettre fin. En revanche, la motivation hyper-contextualisée adoptée dans le cadre d'une appréciation individuelle approfondie peut rendre moins lisible la norme jurisprudentielle et ses conditions d'application.

501. En outre, si plusieurs types d'appréciation peuvent se succéder dans le raisonnement du juge, ils peuvent aussi coexister dans une même décision et être utilisés pour trancher des questions différentes

¹³⁴⁴ En témoigne, par exemple, le raisonnement au terme duquel la Cour européenne des droits de l'homme avait admis la tierce intervention de groupements dans l'affaire *Karner c. Autriche* : « La Cour estime que l'objet de la présente requête (une différence de traitement, en droit autrichien, à l'égard des homosexuels dans la transmission des baux) concerne une question importante d'intérêt général, non seulement pour l'Autriche mais également pour d'autres États parties à la Convention. Elle renvoie à cet égard aux observations présentées par *ILGA-Europe, Liberty et Stonenall*, qui ont été autorisés à prendre part à l'instance en tant que tiers intervenants car leur demande en ce sens soulignait l'importance générale de l'affaire. Ainsi, la poursuite de l'examen de la présente requête contribuerait à clarifier, sauvegarder et développer les normes de protection prévues par la Convention » (CEDH, 1^{ère} Section, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, §27). Cette motivation laconique n'était toutefois pas du goût du juge Grabenwarter comme le montre son opinion dissidente qui insiste sur la différence entre l'intérêt qu'une affaire suscite auprès du public et son « importance générale » qui devrait plutôt s'apprécier en fonction de la gravité de la violation des droits (Opinion dissidentes de M. le juge Grabenwarter, §3).

ou une seule et même question. C'est du reste ce que montre la jurisprudence des cours suprêmes relatives au contrôle de conventionnalité de la loi puisque le contrôle de proportionnalité dit concret, c'est-à-dire réalisé au terme d'une appréciation individualisée approfondie, n'est censé être que subsidiaire par rapport au contrôle dit abstrait, c'est-à-dire au contrôle réalisé au terme d'une appréciation non située.

502. *In fine*, la montée des singularités, qu'elle se manifeste ou non à l'occasion du contrôle de l'atteinte à des droits conventionnellement garantis, serait donc neutre pour les groupements puisqu'elle préserve tout de même la dimension collective des litiges dans lesquels elle est mise en œuvre. Au-delà du cas des groupements, c'est toutefois la pérennité même de cette appréciation qui mérite d'être questionnée puisqu'il apparaît que ce sont bien les conditions dans lesquelles les juridictions exercent leur activité normative, jurisprudentielle ou juridictionnelle, et la qualité de celles-ci qui se trouvent affectées par la montée des singularités.

B- Les inconvénients de l'appréciation hyper-contextualisée

503. Si elle permet d'accueillir la montée des singularités en offrant une protection sur mesure des intérêts lésés, l'appréciation juridictionnelle approfondie paraît toutefois, dans le même temps, menacer la sécurité juridique et, lorsqu'elle est appliquée par les juridictions de cassation, tant leur fonction juridique que l'équilibre des relations qu'elles entretiennent avec les juridictions du fond.

504. Le contrôle de proportionnalité hyper-contextualisé de l'atteinte aux droits fondamentaux garantis par la Convention, qui constitue sans doute la manifestation la plus éclatante de la montée des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, apparaît effectivement comme un concentré d'imprévisibilité. Au maniement aléatoire de cette technique de contrôle par le juge¹³⁴⁵, il faut effectivement ajouter l'indétermination charriée et accentuée par la rencontre des éléments qui balisent le cadre interprétatif du juge lorsqu'il l'exerce en recourant à une telle appréciation, c'est-à-dire, d'une part, les énoncés normatifs qui, au travers d'une formulation pouvant d'ailleurs être plus ou moins vague, reconnaissent des droits ou des libertés fondamentaux et, d'autre part, l'ensemble des éléments de fait et plus précisément les circonstances¹³⁴⁶.

505. Plus largement, c'est l'imprévisibilité du droit applicable qu'un tel contrôle risque d'accroître dès lors qu'il peut donner la possibilité au juge, comme dans l'arrêt *Gonzalez Gomez*, de s'émanciper d'un cadre législatif qui lui apparaîtrait par trop rigide. C'est le même « effet pervers » que M. Norbert Foulquier relevait déjà en 2003 en commentant les arrêts *McElhinney contre Irlande*, *Al-Adsan et Fogarty* contre Royaume-Uni où la Cour européenne des droits de l'homme acceptant d'apprécier la compatibilité des immunités souveraines prévues en droit international public avec le premier paragraphe de l'article 6 de

¹³⁴⁵ Xavier PHILIPPE, *thèse.précit.*, p. 479.

¹³⁴⁶ Charlotte ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Toulouse, Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques » - Université Toulouse I, coll. Thèses de l'IFR, 2016, p. 161 et s.

la CESDHLF, fragilisait *in fine* la systématique des exceptions de procédure et des fins de non-recevoir devant les juridictions nationales, c'est-à-dire sapait l'intérêt même qu'elles peuvent présenter¹³⁴⁷.

506. Si l'imprévision est bien une donnée inhérente à l'application du droit et qu'il n'est possible que d'espérer au mieux la réduire, force est de constater qu'elle ne s'en porte ici que mieux. Il se trouve toutefois des auteurs pour considérer qu'il n'en est rien, voire qu'un tel contrôle contribuerait même à renforcer la sécurité juridique.

507. Ainsi, pour M. Jérémie Van Meerbeeck, ce n'est pas l'existence de « décisions rendues en équité », auxquelles les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État usant d'un contrôle de proportionnalité hyper contextualisé ont pu être assimilés notamment par leurs détracteurs¹³⁴⁸, qui met en péril la sécurité juridique mais plutôt la dissimulation de leur caractère équitable. Pour lui, l'abandon du paradigme cartésien devrait conduire à abandonner cette exigence chimérique de prévisibilité et à substituer la confiance à la certitude absolue comme fondement de la sécurité juridique. Or, il estime que cette sécurité serait assurée même, et surtout, avec une approche casuistique dans la mesure où elle pourrait rencontrer « dans la plupart des cas » les aspirations légitimes des parties quant à l'issue du litige¹³⁴⁹.

508. Dans le même ordre d'idées, M. Petr Muzny avance que ce n'est pas l'instrument qu'est la proportionnalité, capable de favoriser la prévisibilité normative, qu'il convient d'incriminer mais plutôt l'usage qui peut en être fait. Il met en avant le caractère relatif et instrumental de ces exigences de prévisibilité normative et de sécurité juridique. L'auteur reprend l'idée du caractère « structurel » de l'insécurité juridique en soulignant aussi qu'il serait illusoire d'espérer une prévisibilité absolue des solutions juridictionnelles. Surtout, ces exigences seraient relatives en ce qu'elles ne constituent pas des fins en elles-mêmes mais des moyens au service d'une fin supérieure : la garantie de l'existence d'une « solution légitime parce que juste »¹³⁵⁰. En ce qu'elles ne constituent que l'une des conditions possibles de la légitimité d'une décision, ces exigences peuvent être sacrifiées, selon les circonstances de l'espèce, sur l'autel de la norme de justice « incarnée, par-delà la disposition formelle, dans la normalité sociale qui reflète la réalité des valeurs en perpétuel changement »¹³⁵¹. C'est un tel besoin d'adaptation, aux fins d'assurer la réalisation de cet impératif de justice qui aurait conduit la Cour européenne à admettre une certaine souplesse de la loi interne¹³⁵² ou à s'écarter de ses propres précédents¹³⁵³. Réduite au rang

¹³⁴⁷ Norbert FOULQUIER, « De la protection des droits... à l'insécurité juridique. Observations sous les arrêts *McElhinney c. Irlande*, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et *Fogarty c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001 de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2003, p. 1203.

¹³⁴⁸ François CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796 ; Hugues FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.*, 2016, p. 1472 ; Pierre DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754 ; Jean-Louis BERGEL, « La démolition d'un bien construit sur le terrain d'autrui et l'expulsion de ses occupants ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété », *RDI*, 2018, p. 446 ; Jean PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.*, 2019, p. 490.

¹³⁴⁹ Jérémie VAN MEERBEECK, « Penser par cas... Et par principes », *RIEJ*, 2014, p. 94-95.

¹³⁵⁰ Petr MUZNY, *thèse.précit.*, t. 1, p. 538

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, § 49.

¹³⁵³ CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84, § 35.

instrumental, l'exigence de prévisibilité de la norme serait quant à elle garantie par deux éléments cumulatifs, à savoir son degré de « prescriptivité » et son degré de « concrétude »¹³⁵⁴. La proportionnalité engendrerait ainsi « des modèles jurisprudentiels sous la forme de puissants précédents » balisant le terrain contentieux¹³⁵⁵ tandis qu'une solution abstraite valant pour l'avenir n'offrirait qu'une prévisibilité normative apparente au risque, en plus, de tomber dans l'écueil de l'injustice dans la mesure où « en appauvrissant (abstrayant) les éléments déterminants de la réalité environnante sur laquelle la norme est supposée se fonder, il se produit un risque de décalage entre cette réalité et la solution rendue ». La proportionnalité consacrerait une prévisibilité normative réaliste qui n'annihilerait pas la dimension jurisprudentielle des décisions en produisant des « décision[s] jetable[s] »¹³⁵⁶, mais elle parviendrait à systématiser la norme de référence au profit du futur justiciable. Au-delà des espèces dans lesquelles elle est appliquée, la proportionnalité serait porteuse d'une systématique, d'une norme téléologique invariable. En ce qu'elle fournit une direction, un point d'arrivée au destinataire de la jurisprudence, la proportionnalité serait même susceptible de compenser les effets négatifs résultant de l'apparition d'une situation nouvelle ne permettant pas de transposer les solutions précédemment adoptées.

509. Néanmoins, il est sans doute aussi illusoire de croire en l'omniscience d'un législateur qui serait capable de prévoir et de prédéterminer à l'avance tous les cas particuliers auxquels sa production normative a vocation à s'appliquer que d'estimer que les parties ou des justiciables potentiels puissent trouver dans le sentiment de justice qui les anime, et qui ne serait finalement que l'idée qu'ils s'en font, une boussole pour aiguiller leur conduite au milieu d'un archipel de cas particuliers. Ainsi, même s'il permet aux justiciables de bénéficier d'une protection adaptée, pour ne pas dire sur mesure, le contrôle de proportionnalité *in specie* paraît saper ce qui constitue l'une condition nécessaire à leur autonomie, à savoir le volet objectif de la sécurité juridique. En effet, l'imprécision du cadre juridique et l'imprévisibilité des décisions de justice qui sont rendues dans son cadre peut aussi très bien dissuader l'exercice des droits par leurs bénéficiaires¹³⁵⁷.

¹³⁵⁴ S'agissant, de cette « concrétude », il précise que « la prévisibilité du champ d'application d'une norme est fonction du contenu plus ou moins fourni de faits concrets qui définissent ce dernier ; le destinataire de la norme juge ou partie, étant capable de déterminer, par référence à eux, si les événements factuels qui ont donné lieu au litige y correspondent ». C'est avec un raisonnement similaire que MM. Christophe Jamin, Philippe Jestaz, Jean-Pierre Marguénaud estiment qu'une telle jurisprudence casuistique pourrait être bénéfique pour la sécurité juridique. Selon eux, en ce qu'elle intégrerait les distinctions factuelles, cette jurisprudence fournirait aux sujets de droit des indications plus précises pour déterminer leur conduite (Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUENAUD, Christophe JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061).

¹³⁵⁵ Petr MUZNY, *thèse.précit.*, t.1, p. 544.

¹³⁵⁶ Petr MUZNY, *thèse.précit.*, t. 1, p. 549.

¹³⁵⁷ Il s'agit là du « chilling effect » (V. Olivier DE SCHUTTER, *thèse.précit.*, p. 206 et s. ; Petr MUZNY, *thèse.précit.*, t.2, p. 536) qui est apparu expressément sous la plume de la Cour européenne des droits de l'homme à partir de son arrêt de Grande chambre *Goodwin c. Royaume-Uni* de 1996 (CEDH, (G.C), 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, §39) et qui est traduit comme « effet dissuasif » dans la version française des arrêts. Cet effet, qui ne saurait être réservé aux hypothèses dans lesquelles l'exercice de la liberté d'expression est en jeu, est aussi parfois traduit comme « effet de glaciation » (François-Guy TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression », *Rev. sociétés*, 2004, p. 261), « effet inhibiteur potentiel » (Guillaume LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, n° 444, p. 523) encore « autocensure » (Patricia RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 137, 2014, n° 162, p. 156).

510. L'esprit en quête de certitude, en particulier celui du justiciable ou de son conseil, ne peut alors même pas espérer trouver refuge auprès de la jurisprudence des juges de cassation qui, traditionnellement présentés comme des « juges du droit »¹³⁵⁸, sont censés expurger ainsi un facteur d'imprévisibilité de leur raisonnement. Au terme d'un contrôle plus ou moins approfondi, ces « juges du droit » devraient en principe mettre à nu le raisonnement des juges du fond, autrement dit ne laisser à voir plus que les catégories juridiques et les critères de qualification employés dans chaque espèce. Toutefois, au sommet des ordres judiciaire et administratif, la montée des singularités se manifeste justement par « l'irruption du fait »¹³⁵⁹ qu'implique le contrôle de proportionnalité hyper-circonstancié exercé par les juges de cassation¹³⁶⁰. Ces derniers, qui sont aussi juges de droit commun de la Convention, semblent effectivement bien décidés à jouer le jeu de la subsidiarité, c'est-à-dire à prévenir, grâce à ce type de contrôle lorsque sont en cause des droits et libertés protégés par cette dernière¹³⁶¹, le dépôt de requêtes individuelles.

511. Sans doute, ces arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation ne sont pas vraiment novateurs, y compris du point de vue de la technique de cassation puisque les circonstances de fait, tout comme le contrôle de proportionnalité¹³⁶², n'ont jamais été totalement absents devant le Conseil d'État statuant comme juge de cassation ou même devant la Cour de cassation. Surtout, ces juridictions trancheraient en réalité des questions relatives à la qualification juridique des faits, donc toujours des questions de droit¹³⁶³, ce qu'elles ont d'ailleurs toujours fait avec pragmatisme¹³⁶⁴. En effet, dans son arrêt *Commune de Palavas-les-Flots et commune de Latte*, le Conseil d'État avait cassé l'arrêt de la cour administrative d'appel motif pris d'une erreur de qualification juridique des faits, en l'occurrence « celle ayant consisté, de la part des juges d'appel, à considérer que l'ingérence du législateur dans le litige qui leur était soumis était justifiée »¹³⁶⁵ ou,

¹³⁵⁸ Cette position se déduit, pour la Cour de cassation, des termes de l'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire qui dispose que « la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ». En revanche, il n'existe pas de dispositions équivalentes dans la partie du code de justice administrative relative au rôle du Conseil d'État comme juge de cassation. Comme le rappelle Mme Sabine Boussard, le législateur est d'ailleurs resté volontairement muet sur les pouvoirs de contrôle du Conseil d'État lors de l'adoption de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 (Sabine BOUSSARD, *thèse.précit.*, n° 3, p. 4).

¹³⁵⁹ Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUENAUD, Christophe JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.

¹³⁶⁰ Civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26.066 ; CE, sect., 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n°s 314449, 314580.

¹³⁶¹ C'est ainsi plus par ruissellement que par capillarité que la montée des singularités parviendrait à s'imposer à chaque niveau de la structure pyramidale des ordres juridictionnels.

¹³⁶² Sur le contrôle que le Conseil d'État exerce comme juge de cassation sur les décisions du juge de l'excès de pouvoir exerçant un contrôle dit « maximum », V. Sabine BOUSSARD, *thèse.précit.*, n° 532-535, p. 286-287.

¹³⁶³ Cette description est toutefois loin de faire l'unanimité (V. *contra* Robert LEGROS, « Considérations sur le fait et le droit », *Rev. dr. pén. crim.*, 1961-1962, p. 839 ; Arnould BAYART, « La distinction du fait et du droit. Le point de vue de l'avocat », in Centre national de recherches logiques, *Le fait et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 100 ; François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, réed, t. 2, 2014, p. 551). Il est vrai qu'elle est aussi tributaire du contrôle exercé par des juridictions qui sont présentées comme ne devant juger qu'en droit et se trouve, par là même, déformée par l'approche fonctionnelle qui est retenue pour tracer les contours de ces notions de questions de droit et de questions de fait.

¹³⁶⁴ Renaud DENOIX de SAINT-MARC, *op.cit.*, p. 139-140.

¹³⁶⁵ Nicolas BOULOUIS, « La double notion d'« inconstitutionnalité » de la loi. Conclusions sur CE, sect., 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n°s 314449 et 314580 », *RFDA*, 2011, p. 124.

pour reprendre les termes de l'arrêt, qu'il existait en l'espèce une « impérieux motifs d'intérêt général »¹³⁶⁶. Ce contrôle de la qualification juridique ne s'exerce d'ailleurs pas seulement au sujet des éléments de l'acte contrôlé ou appliqué par les juges du fond qui, comme le motif d'intérêt général, servent ensuite de paramètre au contrôle de la proportionnalité de l'atteinte, mais aussi au sujet de la proportionnalité de cette atteinte elle-même. Ainsi, en soulevant d'office le moyen tiré de l'inconventionnalité de l'application de l'article 161 du code civil au cas d'espèce dans son arrêt du 4 décembre 2013, la Cour de cassation n'aurait finalement fait que contrôler la qualification « d'atteinte disproportionnée au droit à la vie privée »¹³⁶⁷ comme le Conseil d'État avant elle dans son arrêt *Ministre de l'Intérieur c/ M. El Moubaden* du 11 juin 1999¹³⁶⁸. L'arrêt *Ministre de l'Intérieur c. M. El Moubaden* montre aussi que ce n'est pas la première fois que la fonction régulatrice du juge de cassation et la fonction préventive du juge de droit commun de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales convergent ainsi pour justifier un contrôle plus approfondi portant sur la qualification juridique des faits¹³⁶⁹. Ce n'est enfin pas non plus la première fois que le Conseil d'État et la Cour de cassation retiennent une interprétation neutralisante du champ d'application d'une règle générale susceptible de porter atteinte aux droits garantis par les stipulations de la convention, qu'elles lui adjoignent une soupape de conventionnalité qui impose d'écarter son application lorsqu'elle porte une atteinte disproportionnée aux droits du requérant eu égard aux circonstances de l'espèce et notamment à la situation personnelle de ce dernier¹³⁷⁰. Il n'en demeure toutefois pas moins que le degré de contextualisation du contrôle de

¹³⁶⁶ Dans son arrêt d'Assemblée *Mme Gonzalez Gomez* du 31 mai 2016, le Conseil d'État avait aussi été saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris rendue sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative. Toutefois, c'est dans le cadre du règlement du litige au fond, en tant que juge des référés, que le Conseil d'État a ensuite procédé à ce contrôle de proportionnalité contextualisé et a écarté l'application de la loi aux circonstances de l'espèce. Préalablement, il avait annulé l'ordonnance au motif d'une erreur de droit en revenant sur sa jurisprudence *Allouache* (CE, ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777)

¹³⁶⁷ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Frédérique TERRAND, Tony MOUSSA, *art.précit.*, D., 2015, p. 278.

¹³⁶⁸ CE, Sect., 11 juin 1999, *Ministre de l'Intérieur c. M. El Moubaden*, n° 185545.

¹³⁶⁹ Avec Mme Pascale Fombeur et M. Mattias Guyomar, il est effectivement possible de penser que « la circonstance que soit en jeu l'application de stipulations conventionnelles dont l'interprétation et le respect sont assurés non seulement par le juge national, mais aussi par la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été sans influence sur la solution retenue » dans l'arrêt *Ministre de l'Intérieur c. M. El Moubaden* qui fit rentrer dans le champ du contrôle de la qualification juridique des faits l'appréciation par les juges du fond du caractère disproportionné de l'atteinte portée par une mesure d'éloignement au droit au respect de la vie familiale qu'un étranger tient notamment de l'article 8 de la CESDHLF (CE, Sect., 11 juin 1999, *Ministre de l'Intérieur c. M. El Moubaden* n° 185545), comme cela avait été du reste le cas avec l'arrêt *Belgacem* qui avait imposé au juge du fond de procéder à un contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux droits découlant de cette même stipulation (CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470) (Pascale FOMBEUR, Mattias GUYOMAR, « Domaines respectifs de l'appréciation souveraine des juges du fond et de la qualification juridique », *AJDA*, 1999, p. 789). Pourtant, dans l'arrêt *Ministre de l'Intérieur c. M. El Moubaden*, le commissaire du gouvernement avait, eu égard à la faible densité juridique de la règle de la norme applicable et du caractère ainsi essentiellement factuel du travail des juges saisis de litiges qui y ont traité, conclu en faveur de l'appréciation souveraine des juges du fond, estimant finalement qu'un contrôle de l'erreur de droit était déjà suffisant.

¹³⁷⁰ Il suffit de se rappeler la fameuse réserve *Bitouzet* que le Conseil d'État a émise lorsqu'il s'est prononcé sur la compatibilité de l'interdiction législative de réparation des conséquences des servitudes d'urbanisme avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE, Sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, n° 158592) (Pour un rapprochement, V. Xavier DUPRÉ de BOULOIS, « Le juge, la loi et la CEDH », *RDLF*, 2015, chron. n°8. (disponible en ligne à l'adresse : <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/le-juge-la-loi-et-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/>). Elle fut d'ailleurs reprise ensuite par le Conseil constitutionnel pour apprécier la constitutionnalité de dispositifs limitant le droit à l'indemnisation sur le fondement de l'article 17 de la Déclaration de 1789 (CC, n° 2010-43 QPC du 6 octobre 2010, *Epoux A. [Transfert de propriété des voies privées]*, cons. n° 4) puis de

proportionnalité auquel les juges de cassation procèdent en contrôlant ainsi les qualifications juridiques ne fait que rendre leurs propres décisions encore plus imprévisibles. Cet approfondissement du contrôle de cassation, qui n'est par ailleurs ni seulement ni même nécessairement commandé par des exigences d'ordre conventionnel¹³⁷¹, ne fait finalement que repousser le problème de l'imprévisibilité à un échelon supérieur de l'édifice juridictionnel.

512. Lorsqu'il est ainsi exercé par les cours suprêmes, le contrôle de proportionnalité hyper-contextualisé ne provoque d'ailleurs pas seulement les mêmes problèmes que devant la Cour qui leur sert de modèle, il semble aussi mettre en péril l'exercice de la fonction juridique qui leur incombe. En effet, si la production d'une éventuelle norme jurisprudentielle n'est pas compromise par l'importance que les juges de cassation donnent dans leur raisonnement aux données factuelles du litige dont les juges du fond ont eu à connaître, il en va en revanche autrement de l'identification de ses conditions d'application¹³⁷², de leur lisibilité. Les souhaits formulés par le Premier président Bernard Louvel dans le cadre de la réforme de la Cour de cassation peuvent dès lors sembler quelque peu contradictoires puisqu'il désire voir se développer un tel contrôle de la proportionnalité au stade de la cassation tout en revalorisant l'activité normative de la Cour¹³⁷³. Conscient par ailleurs de l'afflux que risque de provoquer le recours à un contrôle hyper-contextualisé de la proportionnalité, le Premier Président évoquait ainsi un filtrage des pourvois à partir de critères qui pourront, notamment, limiter l'intervention de la Cour de cassation « aux recours s'inscrivant dans le rôle unificateur et normatif qui fait sa raison d'être ». Inspiré des expériences

l'article 16 de cette dernière dans les hypothèses où il n'y avait pas de privation d'un droit de propriété (CC, n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, *M. Lucien M.* [Biens des sections de commune], cons. n° 8 ; CC, n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France* [Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation], cons. n° 8).

¹³⁷¹ C'est notamment la protection spéciale que la Constitution accorde à « l'indépendance » des magistrats judiciaires qui avait poussé le Conseil d'État, en tant que juge de cassation, à contrôler, à travers la qualification juridique des faits, le choix et la proportionnalité de la sanction infligée par le Conseil supérieur de la magistrature alors qu'il considérait jusqu'alors que cette question ne relevait que d'un simple contrôle de l'absence de dénaturation (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 juin 2010, *Mme Ponsard*, n° 325319). Il s'agissait aussi de garantir une certaine cohérence de la jurisprudence en la matière car, eu égard à cette même protection constitutionnelle, le Conseil d'État venait d'accepter d'exercer, en tant que juge de l'excès de pouvoir, un contrôle normal sur le choix de la sanction infligée par le ministre à un magistrat du parquet (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 27 mai 2009, *Hontang*, n° 310493), ce qui ne passait alors que comme une érosion partielle de la jurisprudence *Lebon*. Il faut aussi relever que la Convention européenne était aussi présente dans les visas de ces deux arrêts au côté de la Constitution. Evoquées par M. Rémi Keller dans ses conclusions sur l'arrêt *Dahan* (Rémi KELLER, « Le contrôle normal des sanctions disciplinaires par le juge de l'excès de pouvoir. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704 », *RFDA*, 2013, p. 1175), les considérations relatives au respect de la CESDHLF furent toutefois ensuite passées sous silence par ce même rapporteur public dans ses conclusions sur l'arrêt *Bonnemaison* (Rémi KELLER, « Sanction disciplinaire : contrôle de cassation et proportionnalité », *RFDA*, 2015, p. 67) ou encore MM. Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamothe dans leur chronique (Jean LESSI, Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, « Le juge de cassation redéfinit son contrôle sur le choix de la sanction », *AJDA*, 2015, p. 749) lorsqu'il retracèrent cette évolution jurisprudentielle.

¹³⁷² M. François Chénéde prédit ainsi un « éclatement au gré des circonstances particulières de l'espèce » du droit légal prétorien (François CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2016, p. 796. V. dans le même sens, Pascal PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.*, 2016, p. 74). Pour M. Petr Munzy, ce n'est pas la production d'une norme jurisprudentielle qui serait mise en péril par la proportionnalité mais plutôt l'identification de cette norme à cause d'une application imparfaite de cette technique. Ainsi, pour l'auteur, nonobstant l'application de la proportionnalité circonstanciée, il y aurait la « sécrétion » d'un « effet généralisant » par la norme issue de la décision rendue (Petr MUZNY, *thèse, précit.*, t. 2, p. 556). Le contenu de cette norme, qui n'est autre que le *ratio decidendi* du jugement, ne peut être identifié que grâce à une motivation suffisamment circonstanciée renseignant sur les raisons décisives ayant conduit au jugement et, « dans la mesure du possible », « sur une certaine forme de hiérarchie entre ces critères » (*Ibid.*).

¹³⁷³ Bertrand LOUVEL, « Réflexion à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326.

étrangères, la mise en place d'un filtrage fondé sur l'identification d'une question de principe ou d'une « question jurisprudentielle »¹³⁷⁴ revient régulièrement lors des débats sur la régulation du contentieux devant les cours suprêmes¹³⁷⁵. Néanmoins, l'identification d'une telle question de principe conduit nécessairement le juge à s'abstraire des circonstances de l'espèce ou, à tout le moins, d'opter pour un degré de contextualisation moindre qui permette à ses décisions de recouvrir une portée qui dépasse le simple règlement du litige dont il est saisi.

513. Outre les conditions d'exercice de la fonction juridique des juridictions de cassation, c'est l'équilibre gouvernant les rapports qu'elles entretiennent avec les juridictions du fond qui risque de se trouver perturbé par ce contrôle approfondi, quand bien même serait-il être ramené à une simple question de qualification juridique des faits. D'ailleurs, les juridictions de cassation sont elles-mêmes conscientes du risque qui est en germe dans le contrôle de la qualification juridique des faits¹³⁷⁶, à telle enseigne qu'elles veillent à maintenir son caractère « sélectif »¹³⁷⁷ quitte à brouiller au passage, comme pour le « fait », les contours de cette notion¹³⁷⁸.

514. Des tensions peuvent alors apparaître entre l'approfondissement de la protection des droits des justiciables et la préservation de la marge d'appréciation des juridictions du fond comme le montrent les conditions dans lesquelles le Conseil d'État a admis de contrôler en cassation le caractère disproportionné de l'atteinte au droit à une vie familiale normale¹³⁷⁹ ou encore, plus récemment, la retenue dont il fit

¹³⁷⁴ Pascale DEUMIER, « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », *D.*, 2015, p. 1720.

¹³⁷⁵ Par ex., Commission Constitution et Institutions, *Rapport : La régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, Le Club des juristes, octobre 2014, p. 185-187. Il est proposé de soumettre les pourvois à une procédure différenciée en distinguant les pourvois « disciplinaires » à l'égard des cours d'appel de ceux soulevant une question de principe ; Soraya AMRANI-MEKKI, Loïc CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation : quelle mission pour la Cour de cassation ? Enjeux nationaux, regards extérieurs*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2005, 140 p.

¹³⁷⁶ Ce risque est particulièrement prégnant devant le Conseil d'État lorsqu'il doit se prononcer comme juge de cassation dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Un contrôle de la qualification juridique des faits, qui serait exercé à la suite de celui des juges du fond, peut alors apparaître comme « un contrôle au carré ou au cube de la légalité de l'acte administratif » (Antoine BOURREL, « L'étendue du contrôle de cassation : faut-il séparer « appréciation souveraine » et « qualification juridique des faits » ? », *RFDA*, 1999, p. 124). Comme le résume M. Renaud Denoix de Saint-Marc : « Deux considérations contradictoires s'opposent. D'une part, toute qualification juridique portée par le juge du fond doit pouvoir être contrôlée par le juge de cassation ; il ne serait pas concevable que sur une question de droit ce dernier ait une compétence réduite par rapport à celle du juge du fond puisqu'il doit assurer l'unité de la jurisprudence. D'autre part, et au contraire, des considérations pratiques, tirées d'un souci de politique jurisprudentielle veulent que le Conseil d'État évite de tomber dans le piège du troisième degré de juridiction et s'applique l'autodiscipline d'un niveau raisonnable de contrôle » (Renaud DENOIX de SAINT-MARC, *op.cit.*, p. 138-139, V. aussi Sabine BOUSSARD, *thèse.précit.*, n° 456, p. 241).

¹³⁷⁷ Pour reprendre l'expression employée par M. Antoine Bourrel au sujet contrôle de cassation du Conseil d'État (Antoine BOURREL, *Le Conseil d'État, juge de cassation face au pouvoir d'appréciation des juges du fond*, Thèse. dactyl., Université de Pau et des pays de l'Adour, 1999, 377 p.). La même sélectivité se retrouve devant la Cour de cassation qui ne contrôle qu'en principe la qualification juridique des faits (Jacques BORE, Louis BORE, « Pourvoi en cassation », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, § 308-325). Ce faisant, il convient aussi de relativiser la solidité et la clarté de la distinction dans l'usage du contrôle de la qualification juridique permettant de distinguer un contrôle systématique d'un contrôle de principe.

¹³⁷⁸ Il est effectivement difficile d'identifier la qualification juridique si, comme cela fut montré avant, elle se trouve parfois assimilée à l'appréciation des faits au gré du contrôle exercé par le juge de cassation. Cela explique d'ailleurs pourquoi cette distinction put être niée et qu'il est préférable, avec Charles Vautrot Schwartz, de ne pas céder au tropisme contentieux pour distinguer l'appréciation et la qualification dans le raisonnement juridique (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, n° 216, p. 166).

¹³⁷⁹ L'arrêt *Ministre de l'Intérieur c. M. El Moubaden* fut ainsi rendu aux conclusions contraires du commissaire du gouvernement qui, eu égard à la faible densité juridique de la norme applicable et du caractère ainsi essentiellement factuel du travail des juges saisis de litiges qui y ont traité, avait conclu en faveur de l'appréciation souveraine des juges du fond, estimant finalement qu'un contrôle de l'erreur de droit était déjà suffisant (Pascale FOMBEUR, Mattias GUYOMAR, *art.précit.*, p. 790).

preuve en faisant évoluer, à la suite de l'arrêt *Dahan*, le contrôle de cassation sur le choix des sanctions disciplinaires. Dès ses conclusions sur l'arrêt *Dahan*, M. Rémi Keller avait effectivement défendu l'idée selon laquelle le passage d'un contrôle restreint à contrôle dit normal par le juge de l'excès de pouvoir sur le choix de la sanction disciplinaire devait se traduire par un contrôle aussi plus approfondi du juge de cassation sur ce point, c'est-à-dire qu'il suggérait que le contrôle du choix de la sanction par l'autorité disciplinaire quittât le giron de l'« appréciation souveraine des juges du fond »¹³⁸⁰ et fût soumis à un contrôle de la qualification juridique des faits. Il mettait alors en avant les « exigences particulières » qui pèsent sur la sanction disciplinaire, qui avait pu conduire le Conseil d'État à faire évoluer sa jurisprudence dans ses arrêts *Hontang* et *Ponsard*, et, plus particulièrement, les « exigences de la convention européenne » en rappelant que dans son arrêt *Diennet c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme avait considéré que Conseil d'État, en tant que juge de cassation des décisions des ordres professionnels, ne pouvait être regardé comme « un organe judiciaire de pleine juridiction » à cause du caractère superficiel de son contrôle de cassation sur ce point¹³⁸¹. Cette évolution du contrôle de cassation, envisagée aussi par les responsables du centre de recherches et de diffusion juridiques dans leur chronique portant sur l'arrêt *Dahan*¹³⁸², ne semblait toutefois pas aussi inéluctable pour tous les membres de la juridiction administrative¹³⁸³. C'est à l'occasion d'un recours contre une sanction ordinaire que le Conseil d'État dut ainsi se prononcer sur une possible évolution de son contrôle de cassation. M. Rémi Keller plaida alors à nouveau en faveur d'un contrôle de la qualification juridique des faits mais, ne mentionnant plus, du moins explicitement l'argument d'ordre conventionnel, il se contenta alors de mettre en avant « la nature particulière de la décision consistant à sanctionner une personne » ainsi que le besoin de simplification de la jurisprudence en la matière dans la mesure où le Conseil d'État avait déjà admis une telle évolution pour les magistrats judiciaires du siège et que rien ne justifiait à ses yeux de la réserver à ses agents, pas même la protection spéciale dont ils bénéficient au sein de l'administration *lato sensu*¹³⁸⁴. Finalement, l'Assemblée du Conseil d'État fit le choix d'une solution intermédiaire puisque, refusant tant le *statu quo* que le passage à un contrôle de la qualification juridique des faits que le rapporteur public lui proposait, elle a indiqué que « le choix de la sanction relève de l'appréciation des juges du fond au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, il appartient au juge de cassation de vérifier que la sanction retenue n'est

¹³⁸⁰ CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 21 juin 2000, *Midelton*, n° 179218.

¹³⁸¹ Rémi KELLER, « Le contrôle normal des sanctions disciplinaires par le juge de l'excès de pouvoir. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 novembre 2013, M. Dahan, n° 347704 », *RFD*, 2013, p. 1175

¹³⁸² Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, « Sanctions infligées aux agents publics : M. Lebon sort du Recueil », *AJDA*, 2013, p. 2432.

¹³⁸³ Mattias GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2014, p. 157). Il est vrai que si le juge de cassation s'interdit en principe de contrôler les questions qui ne sont soumises qu'à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation devant les juges du fond, l'approfondissement du contrôle devant les juridictions du fond n'implique pas pour autant celui du juge de cassation (Julien BOUCHER, Edouard CRÉPEY, « Le Conseil d'État juge de cassation et la qualification juridique des faits », *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, Coll. Études, mélanges, travaux, 2007, p. 97).

¹³⁸⁴ Cf. *Supra*, n° 376.

pas hors de proportion avec la faute commise et qu'elle a pu dès lors être légalement prise »¹³⁸⁵. Au terme d'une formulation, qui n'est effectivement pas sans rappeler celle retenue par la Cour de cassation lorsqu'elle exerce un contrôle dit « léger » sur la qualification juridique des faits¹³⁸⁶, le Conseil d'État consacra ainsi un nouveau degré de contrôle en cassation, qui ne serait ni plus ni moins qu'un « contrôle de l'erreur manifeste dans la qualification juridique des faits opérée par les juges du fond »¹³⁸⁷, qu'il transposa ensuite au contentieux des sanctions disciplinaires prononcées par l'administration¹³⁸⁸.

515. De prime abord, ce mouvement paraît alors en contredire un autre, concomitant, par lequel la réalité et l'importance de l'activité jurisprudentielle de ces cours suprêmes furent consacrées, comme le montre par exemple l'emploi des notions de jurisprudence « constante »¹³⁸⁹ dans le cadre de la QPC ou « établie » dans le cadre de la jurisprudence *SCEA du Chéneau*¹³⁹⁰ et, surtout, l'obligation d'en assurer la prévisibilité, ce que l'emploi de la technique de la modulation dans le temps de ces effets de jurisprudence¹³⁹¹ tend à mettre en œuvre même s'il est vrai qu'il s'appuie plutôt sur d'autres fondements devant les juges administratifs et judiciaires¹³⁹² et qu'il demeure, nécessairement, perfectible¹³⁹³.

516. À cet égard, la position de la Cour européenne des droits de l'homme est équivoque. Certes, sa jurisprudence a contribué, comme celle notamment de la Cour de justice dans son champ de compétence¹³⁹⁴, au renforcement de cette exigence de prévisibilité, et plus généralement de qualité de la

¹³⁸⁵ CE, Ass., 30 décembre 2014, *Bonnemaison*, n° 381245.

¹³⁸⁶ Jean LESSI, Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, *art.précit.*, p. 753.

¹³⁸⁷ Xavier DOMINO, « Le contrôle du juge de cassation en matière de sanctions contre les fonctionnaires », *AJDA*, 2015, p. 1047.

¹³⁸⁸ CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 27 février 2015, *La Poste*, n° 376598.

¹³⁸⁹ Véronique COQ, « Qu'est-ce que la jurisprudence constante », *RFDA*, 2014, p. 223.

¹³⁹⁰ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau c. INAPORC et M. Chérel et a. c. CNIEL*, n°s 3828-3829.

¹³⁹¹ Sur la modulation dans le temps des effets de jurisprudence, V. Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013. n° 56-137, p. 55-97 ; Pascale DEUMIER, « Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence », *RDP*, 2016, p. 815.

¹³⁹² V. sur point, Olga MAMOUDY, *thèse.précit.*, n°534, p. 269-270.

¹³⁹³ Preuve, s'il en fallait encore une, qu'il est bien difficile, voire impossible, de se départir de l'imprévisibilité, la modulation des effets de jurisprudence, pourtant destinée à pallier les désagréments des revirements de jurisprudence, fait aussi intervenir la balance des intérêts. Son usage est alors d'autant plus aléatoire que c'est une appréciation contextualisée que le Conseil d'État, par exemple, tend à imposer aux juges du fond puisqu'ils doivent apprécier l'effet de la nouvelle jurisprudence au regard de la situation litigieuse dont ils sont saisis (Par ex., CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, n° 297013).

¹³⁹⁴ En application de la jurisprudence *Köbler* (CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Autriche*, aff. C-224/01), il n'est alors pas exclu que la responsabilité de l'État puisse être engagée dans l'hypothèse où une jurisprudence, intervenant dans le champ du droit de l'Union européenne, méconnaîtrait « de manière manifeste » le principe de sécurité juridique ou le principe de confiance légitime tel que garanti par ce dernier. Les juges nationaux n'ont d'ailleurs pas exclu cette éventualité lorsqu'ils avaient été saisis de conclusions aux fins d'indemnisation dans le cadre de l'affaire Société d'édition et de protection route. En effet, le Conseil d'État avait rejeté l'action en indemnisation des préjudices résultant de l'adoption par l'État d'une loi contraire aux engagements internationaux simplement au motif « que, si la société requérante fait valoir qu'elle n'avait pas été en mesure d'anticiper l'interprétation donnée de ces dispositions par la Cour de cassation, elle critique ainsi non pas la loi elle-même mais la portée qui lui a été ultérieurement conférée par la jurisprudence » (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 23 juillet 2014, *Société d'édition et de protection route*, n° 354365), mais ne s'était pas prononcé sur la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait de l'imprévisibilité de cette jurisprudence. Quant à l'action en responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice que la société avait introduite en parallèle devant les juridictions judiciaires, elle fut aussi rejetée par la cour d'appel de Paris (CA de Paris, 27 mars 2012, *SEPR*, n° 2009/16623) mais il semble qu'elle mettait alors essentiellement en cause la contrariété de la jurisprudence de la Cour de cassation avec le droit dérivé de l'Union et n'évoquait pas la question de la sécurité juridique (Amandine BLANDIN, « La responsabilité du fait de l'interprétation jurisprudentielle d'une loi », *RFDA*, 2014, p. 1186).

norme puisqu'elle a rappelé que la sécurité juridique est un principe « inhérent » à la protection des droits et fournit à ce titre les moyens d'encadrer l'activité normative des juridictions nationales, que ce soit de manière directe, en imposant que toute loi - entendue au sens matériel - susceptible de servir de fondement à une ingérence dans l'exercice des droits protégés par la Convention soit suffisamment accessible et précise¹³⁹⁵, ou même indirecte par une interprétation exigeante du droit à un procès équitable et une interprétation extensive de « bien » au sens et pour application du Premier protocole additionnel à la convention auxquels un revirement de jurisprudence est susceptible de porter atteinte. Toutefois, non seulement cette jurisprudence s'avère insuffisamment protectrice sur ces différents points¹³⁹⁶, mais elle apparaît aussi comme étant elle-même comme une source d'imprévisibilité¹³⁹⁷ compte tenu, d'une part, de l'interprétation parfois dynamique des obligations conventionnelles à laquelle procède la Cour¹³⁹⁸ et, d'autre part, du degré de contextualisation du contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elle promeut auprès des juridictions internes afin de garantir le caractère subsidiaire de son intervention.

517. Il ne faut enfin pas négliger l'effet d'appel d'air que la promesse d'une telle appréciation peut produire sur les requérants potentiels qui peuvent légitimement croire que leur situation personnelle constitue la seule mesure de l'atteinte aux droits fondamentaux. D'ailleurs, si elle explique sûrement une partie du succès que peut avoir la Cour européenne des droits de l'homme auprès des requérants, elle constitue alors dans le même temps l'une des causes de l'engorgement de son prétoire. L'application du principe de subsidiarité revient finalement à partager cette charge avec les juridictions nationales qui, en plus, ne peuvent même plus compter sur la systématisme des obstacles juridiques au droit au recours effectif pour espérer limiter cette augmentation du flux contentieux compte tenu précisément de la jurisprudence de cette même juridiction imposant de les relativiser.

518. Les juridictions nationales sont bien conscientes des risques charriés par cette appréciation individuelle approfondie. Ainsi, par exemple, le Conseil d'État n'a pas seulement subsidiarisé le contrôle de conventionnalité hyper-contextualisée, il a également pris soin de le cantonner lorsqu'il s'est prononcé sur l'anonymat des dons de gamètes dans son arrêt *Molénat*¹³⁹⁹.

¹³⁹⁵ CEDH (Plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, § 47 : « La Cour constate que dans "prévue par la loi" le mot "loi" englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit. Elle n'attache donc pas ici d'importance au fait que le *contempt of court* est une création de la *common law* et non de la législation. On irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la *common law* n'est pas "prévue par la loi" au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif : on priverait un État de *common law*, partie à la Convention, de la protection de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) et l'on frapperait à la base son système juridique ». Il s'agit plus précisément de l'exigence d'accessibilité, de précision et de prévisibilité de la loi, considérée d'un point de vue matérielle, définissant les conditions d'exercice du droit protégé par la Convention et susceptible de faire l'objet de limitations par l'État membre (CEDH (Plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, § 49).

¹³⁹⁶ V. Olga MAMOUDY, *thèse, précit.*, 521-531, p. 263-268.

¹³⁹⁷ M. Pierre-Yves Gautier va, pour sa part, jusqu'à ranger la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme parmi les « sources « tyranniques » du droit » (Pierre-Yves GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau » », *JCPG*, n° 7, 15 Février 2016, 189).

¹³⁹⁸ Sébastien TOUZE, « Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2016, p. 847.

¹³⁹⁹ CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571.

519. C'est la « finalité » de la disposition législative en cause qui fut alors présentée comme critère de délimitation du contrôle. Le Conseil d'Etat a ici suivi les conclusions du rapporteur public qui apparaissait du reste toujours réservé quant à la solution que l'Assemblée du contentieux avait adoptée dans son arrêt du 31 mai 2016, montrant au passage que le dissensus au sein de la juridiction, dont faisaient état les responsables du centre de documentation dans leur chronique à *l'AJDA*, n'avait pas disparu. Devant la formation de jugement, le rapporteur public a tout de même dû s'appuyer sur elle pour proposer un critère de cantonnement de ce contrôle de conventionnalité dit concret¹⁴⁰⁰. Il l'a alors trouvé dans le neuvième considérant de l'arrêt d'Assemblée, repris d'ailleurs dans cet arrêt des 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies¹⁴⁰¹. Toutefois en appuyant ainsi sa démonstration sur une décision rendue par une formation supérieure, le rapporteur public en fit une lecture discutable. En effet, l'arrêt de l'Assemblée du contentieux n'évoquait pas les « finalités » comme une condition d'application du contrôle concret mais comme une variable de celui-ci. Or, il faut bien que le juge se soit engagé dans le contrôle « concret » de conventionnalité pour que les finalités des dispositions législatives en cause soient ainsi mises en rapport avec les circonstances propres à la situation du demandeur ou même pour estimer qu'une disposition législative en particulier ne saurait en aucune façon, compte des finalités qui l'inspirent, céder face à des circonstances particulières.

520. Ce critère de la « finalité » est ensuite d'un maniement délicat. Il faut - semble-t-il - apprécier si elle revêt un caractère plus ou moins « éminent »¹⁴⁰². En effet, même si le Conseil d'État se gardait bien de qualifier ainsi les finalités des dispositions législatives, certaines d'entre elles semblaient tenir une place plus importante dans son raisonnement. Il évoquait alors « notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps » et s'attachait surtout à cette dernière « qui traduit la conception française du respect du corps humain ». Cette référence à « la conception française du respect du corps humain », qui est inédite dans sa jurisprudence et ne se retrouvait pas non plus dans les conclusions du rapporteur public, semble en réalité destinée à la Cour européenne des droits de l'homme. Elle ferait écho à la marge d'appréciation que cette dernière laisse aux États membres en matière d'anonymat des donneurs de gamètes et sur laquelle cette même formation du Conseil d'État s'était

¹⁴⁰⁰ Edouard CRÉPEY, Conclusions inédites sur CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571.

¹⁴⁰¹ Ce considérant impose au juge d'exercer un tel contrôle en précisant que « toutefois, la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive ». (nous soulignons).

¹⁴⁰² Xavier Dupré de Boulois, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 28 déc. 2017, *Molénat*) », *RDLF*, 2018, chron. n° 04.

d'ailleurs récemment appuyée pour se prononcer, dans sa fonction consultative¹⁴⁰³ et contentieuse¹⁴⁰⁴, sur la conventionnalité de cet anonymat. Ce faisant, ce ne serait pas à proprement parler les « finalités » mais plutôt le champ d'application matériel des dispositions législatives en cause, qui s'apprécie lui à partir de leur objet, qui conditionnerait le recours au contrôle de proportionnalité « concret ». Surtout, en prétendant respecter ainsi la lettre et l'esprit de l'arrêt *Gonzalez Gomez*, cette formation de jugement serait alors en réalité revenue sur le raisonnement qui avait conduit l'Assemblée du contentieux à promouvoir le un tel contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits garantis par la Convention. En effet, dans ses conclusions, Mme Aurélie Bretonneau avait bien rappelé que la marge d'appréciation, plus ou moins importante, que la jurisprudence de la Cour peut laisser aux États parties dans certaines matières ne dispense pas d'exercer un contrôle de proportionnalité et n'écarte en rien le risque du constat d'une violation de la Convention dans des circonstances particulières que le contrôle « concret » de proportionnalité réalisé par les juridictions nationales devait précisément prévenir. Un tel cantonnement n'est donc pas forcément des plus sécurisants dans la mesure où une telle hiérarchisation des « finalités » est éminemment subjective, même - et surtout - si elle est réalisée à l'aune de la marge nationale d'appréciation que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ménage au profit des États.

521. Ce cantonnement du contrôle contextualisé de la proportionnalité de l'atteinte aux droits garantis par la Convention n'est lui-même qu'une manifestation d'une tendance plus large qui vient ponctuellement tempérer la prise en compte des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle dans le contentieux des droits. Cette tendance, qualifiée par certains auteurs « d'objectivation »¹⁴⁰⁵, se manifeste elle aussi sur le plan matériel comme processuel et donne un autre relief aux actions collectives des groupements introduites au soutien d'intérêts personnels.

522. En effet, si leurs actions contentieuses, par voie d'action ou d'intervention, peuvent accompagner la montée des singularités dans la mesure où elles paraissent contribuer à la garantie des droits et libertés individuels, elles peuvent aussi bénéficier de la volonté d'en corriger les effets délétères par le recours ponctuel, notamment, à des appréciations catégorielles. Ces dernières permettent effectivement au raisonnement juridictionnel de monter en généralité par rapport au litige qu'il doit permettre de trancher et de compenser les conséquences négatives que l'appréciation hyper-contextualisée peut avoir à terme.

¹⁴⁰³ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 13 juin 2013, n° 362981.

¹⁴⁰⁴ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 12 novembre 2015, n° 372121.

¹⁴⁰⁵ V. en ce sens : Mustapha AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, p. 1357 ; Sébastien TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », in Jordane ARLETTAZ, Julien BONNET (dir.), *op.cit.*, p. 61

§3- L'action collective des groupements privés : instrument de montée en généralité

523. Au-delà du mot, « objectivation », qui peut poser un problème en ce qu'il s'appuie sur cette distinction floue entre l'objectif et le subjectif¹⁴⁰⁶, la chose peut aisément se comprendre. Par opposition à la montée des singularités, ce qui sera plutôt qualifiée ici de montée en généralité implique que le juge se détache de la situation individuelle du requérant, du titulaire des droits et intérêts que ce soit pour apprécier sa qualité pour agir, l'existence éventuelle d'une atteinte à ses droits et intérêts ou encore les effets de sa décision. S'appréciant en termes d'échelle, elle peut alors prendre la forme d'une appréciation qui n'est pas située ou qui, quoiqu'étant située, n'est simplement pas individualisée. Sans pour autant renoncer à une appréciation située ou même individualisée, le juge peut aussi faciliter cette montée en généralité à travers une appréciation qui, mono-circonstancielle sur le plan individuel, est alors sans doute moins approfondie que ne l'imposerait la montée des singularités mais facilite l'extrapolation de son raisonnement, donc la montée en généralité. Tel est le cas lorsque l'un des caractères que le requérant partage avec d'autres individus apparaît au juge comme la seule circonstance individuelle pertinente. Dans ce cadre, l'appartenance du titulaire d'un droit à un groupe, plus restreint que celui des bénéficiaires du droit atteint, ne sert pas au juge de clef d'entrée pour saisir la singularité de sa situation et lui fournir ainsi une protection adéquate, elle constitue pour lui un critère déjà suffisant pour apprécier sa situation. Ce qui peut alors être désigné comme une appréciation catégorielle – et dont il est possible de trouver des traces au niveau européen et interne – s'impose aux juridictions en ce qu'elle apparaît comme un moyen de corriger les effets délétères que la montée des singularités peut provoquer (A). À défaut d'être tout à fait satisfaisante ou même suffisante sur ce point, elle bénéficie alors aux actions collectives des groupements privés. En effet, même si l'appréciation catégorielle n'est pas une panacée pour remédier aux dysfonctionnements que peut engendrer la montée des singularités, et qu'elle peut même sembler d'un certain point de vue contreproductive, elle donne à voir une autre fonction régulatrice de l'action collective des groupements privés qui peut la provoquer et, finalement, une justification supplémentaire de celle-ci (B).

A- Les manifestations de l'appréciation catégorielle comme forme de montée en généralité

524. Cette montée en généralité n'est pas en elle-même plus novatrice que la prise en compte des singularités et elle emprunte aussi des techniques juridiques éprouvées. Il est possible d'en trouver des traces aussi bien dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui semblait

¹⁴⁰⁶ Ce que Mme Véronique Champeil-Desplats, à la suite d'ailleurs de l'ensemble des autres intervenants au colloque, relève dans son rapport de synthèse (Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Synthèse », in Jordane ARLETTAZ, Julien BONNET (dir.), *op.cit.*, p. 194-195).

pourtant donner la mesure en termes de montée des singularités dans le contrôle et l'office du juge, (1) que dans celle des juridictions nationales (2).

1- Les manifestations de l'appréciation catégorielle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

525. La Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais été complètement rétive à toute appréciation qui ne serait ni approfondie sur le plan individuel ni même simplement située, comme le montre le contrôle qu'elle opère de la qualité de la loi sur le fondement de laquelle il est possible de restreindre l'exercice d'un droit protégé par la Convention¹⁴⁰⁷, ce qui peut d'ailleurs très bien se combiner dans une même décision avec un contrôle contextualisé et approfondi sur un autre point¹⁴⁰⁸.

526. L'appréciation catégorielle se retrouve ainsi dans l'usage que la Cour fait de la notion de « vulnérabilité », alors même que cette notion de vulnérabilité, qui puise ses racines philosophiques dans l'éthique du « *care* »¹⁴⁰⁹ et a essaimé dans la jurisprudence de la Cour¹⁴¹⁰ ainsi que dans l'ordre juridique interne¹⁴¹¹ pour désigner finalement « l'état d'une personne qui, en raison de certaines circonstances, ne peut, en droit ou en fait, jouir de l'autonomie suffisante pour exercer ses droits fondamentaux »¹⁴¹², semble renvoyer à une qualité universellement partagée, inhérente à la condition humaine marquée par

¹⁴⁰⁷ Sans doute, l'exigence de qualité et de précision de la loi est relative dans la mesure où elle doit être appréciée en fonction de la qualité des destinataires, du domaine considéré, c'est-à-dire qu'elle suppose une appréciation circonstanciée (CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, n° 17862/91, §26-36), voire de la nature de la norme en cause (CEDH, (G.C), 20 mai 1999, *Rekényi c. Hongrie*, n°2590/94, §34). C'est cette relativité qui conduit M. Petr Muzny à faire du contrôle de la prévisibilité de la loi l'un des terrains d'élection de la proportionnalité qu'il considère d'ailleurs comme étant antinomique à la sphère du raisonnement abstrait (Petr MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essais sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, PUAM, t. 1, 2005, p. 253-261). Néanmoins, il ne s'agit pas pour autant d'apprécier cette qualité de la loi à l'aune de sa seule subjectivité, de la situation singulière du titulaire des droits dont la violation est alléguée. La situation personnelle du destinataire de la règle n'est alors évoquée que de surcroît.

¹⁴⁰⁸ Par exemple, dans son arrêt *Guerdner c. France* (CEDH, 17 avril 2014, *Guerdner c. France*, n° 68780/10), la Cour s'est tenue à une appréciation décontextualisée sur le plan factuel de la législation française encadrant l'usage de leur arme à feu par les gendarmes pour s'assurer qu'elle remplissait bien les exigences conventionnelles d'un cadre législatif adéquat et approprié (§ 66 à 69), n'évoquant que de surcroît la connaissance qu'en avait le gendarme à l'origine du tir mortel (§ 69), c'est-à-dire une donnée issue d'une appréciation individualisée. Elle a apprécié ensuite s'il y avait eu une violation de l'article 2 de la CESDHLF au terme d'un contrôle de proportionnalité contextualisé (§ 70 à 73). La Cour peut d'ailleurs procéder à cette appréciation nonobstant le constat préalable d'une violation par l'État des exigences conventionnelles de précision et de clarté de la jurisprudence (CEDH, (G.C), 6 juillet 2005, *Natchova et a. c. Bulgarie*, n°s 43577/98 et 43579/98, § 102 à 109).

¹⁴⁰⁹ Fabienne BRUGERE, *L'éthique du care*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2017, 128 p.

¹⁴¹⁰ Sur la notion de « vulnérabilité » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, V. Céline RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015, p. 3 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. Cahiers Européens, 2014, 246 p.

¹⁴¹¹ Par ex., Cour de cassation, *Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La Doc. fr., 2009, p. 53-307.

¹⁴¹² Diane ROMAN, « Rapport de synthèse du colloque "Vulnérabilité et droits fondamentaux" - 19 & 20 avril 2018 - Université de la Réunion », *RDLF*, 2019 chron. n°19.

l'interdépendance. La prise en compte de cette vulnérabilité semble même parfois ouvrir la voie à la montée des singularités¹⁴¹³.

527. L'attention portée à la « vulnérabilité » de certains bénéficiaires de droits et libertés paraît ainsi trouver sa source intellectuelle dans une « présomption-concept »¹⁴¹⁴ qui se manifeste tant au niveau de l'appréciation des conditions d'accès à la Cour¹⁴¹⁵ que de l'existence d'un manquement à la Convention.

528. Cela est particulièrement prégnant dans la jurisprudence de la Cour sur les discriminations dites indirectes. Prenant la suite de la Cour de justice des communautés européenne, qui était, dans un premier temps, surtout soucieuse de traquer tous les obstacles à la mise en place d'un marché unique et surtout les plus insidieux car dissimulés¹⁴¹⁶ ainsi que du législateur communautaire et de l'Union, la Cour a, en prenant appui sur les stipulations de l'article 14 de la Convention¹⁴¹⁷, ouvert la voie à la sanction de cette forme de discrimination qui, n'étant pas nécessairement intentionnelle, consiste en l'application d'« une politique ou une mesure générale [ayant] des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne [vise] pas spécifiquement ce groupe »¹⁴¹⁸ qui peut être au nombre de ceux qui

¹⁴¹³ La prise en compte de la singularité de la situation individuelle se retrouve effectivement dans l'usage qui peut être fait de la notion de vulnérabilité pour apprécier l'intégrité du consentement ou pour renouveler les procédés et les méthodes d'action sociale afin d'assurer l'autonomisation des individus selon un logique d'accompagnement (Diane ROMAN, *art.précit.*). C'est du reste l'approche « catégorielle » de la vulnérabilité qui put même être contestée. Mme Gaëlle Lichardos distingue ainsi une approche « situationnelle » consistant à considérer que la vulnérabilité d'une personne n'est pas déduite de son appartenance à une catégorie de personnes avec laquelle elle partagerait un caractère endogène, mais d'une situation spécifique qui est son implication dans un rapport de force asymétrique dont la partie forte abuse (Gaëlle LICHARDOS, *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse. dactyl., Université de Toulouse Capitole, 2015). La différence peut toutefois sembler ténue. L'auteure évoque ainsi des approches à la fois catégorielles et situationnelles. Surtout, les contours des catégories n'étant pas exclusivement délimités par ce que les personnes « sont » (Cf. Introduction), des facteurs qui leur sont « endogènes », le fait de se trouver dans une situation, d'être impliqué dans une relation qui est considérée comme génératrice en elle-même d'une forme particulière de vulnérabilité peut, en soi, être aussi regardé comme un critère permettant d'isoler une catégorie de personne. Cette catégorie peut alors correspondre à une sous-catégorie de personnes qui peuvent être traditionnellement considérées comme particulièrement vulnérables en raison d'un facteur endogène ou bien englober plusieurs catégories de ce type.

¹⁴¹⁴ Anne-Blandine CAIRE, *thèse.précit.*, p. 353-366.

¹⁴¹⁵ Elle ne constitue toutefois pas une condition suffisante comme le montre l'affaire « *Valentin Câmpeanu* ». En effet, l'« *extrême vulnérabilité* » de la victime, en l'occurrence un jeune homme d'origine Rom, né de père inconnu et orphelin de mère, infecté par la virus du VIH, souffrant d'un handicap mental qui était décédé dans un hôpital psychiatrique à cause de l'incurie des personnels, était au cœur du raisonnement que tint la Cour pour admettre la qualité pour agir du Centre de ressources juridiques au nom de la victime en dehors des chemins balisés par sa jurisprudence sur l'article 34 de la CESDHILF et nonobstant l'absence de tout mandat. Le caractère exceptionnel de l'admission de cette représentation *de facto* ne répondait toutefois pas seulement à l'extrême vulnérabilité de la victime mais aussi au caractère exceptionnel des circonstances et, finalement de sa situation personnelle puisque le défunt n'avait aussi ni proches, ni tuteur, ni représentants légaux qui pussent saisir la Cour pour lui permettre de connaître de ces manquements graves à la Convention (CEDH, (G.C), 17 juillet 2014, *Centre de Ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n° 47848/08, § 96-114).

¹⁴¹⁶ Edouard DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 845 p

¹⁴¹⁷ Relatif à « l'interdiction des discriminations », cet article, non autonome, de la Convention stipule que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Pour sa part, le Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adopté en 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2005, a pour ambition d'étendre le principe de non-discrimination aux droits qui ne sont pas garantis par la Convention.

¹⁴¹⁸ CEDH, (G.C), 13 novembre 2007, *D.H. et al. c. République tchèque*, n° 57325/00, § 175. Comme le montre la référence à l'arrêt *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* dont la motivation est reprise pour définir la notion de discrimination indirecte ainsi que la référence à *Zarb Adami c. Malte* qui admet qu'une discrimination inconventionnelle puisse résulter d'une situation de fait, cette notion se trouvait déjà en germe dans sa jurisprudence. C'est du reste surtout la référence à l'absence d'intentionnalité et

sont qualifiés de vulnérables ou en situation de vulnérabilité. Si le droit européen de la lutte contre les discriminations permet à l'autorité normative d'arguer de la légitimité de l'objectif poursuivi et de la proportionnalité de la mesure litigieuse, il n'en présente toutefois pas moins une dimension subversive¹⁴¹⁹ en imposant ainsi un concept qui ne permet pas seulement de remettre en cause une uniformité de traitement mais, plus profondément, l'ordre social et les représentations sur lequel les ordres juridiques nationaux viennent s'adosser. La mise en œuvre de cette interdiction des discriminations indirectes, qui a pu être qualifiée « d'égalité collective »¹⁴²⁰, montre ainsi bien la rupture qui s'opère entre l'appréciation catégorielle, qui ne congédie ainsi pas nécessairement le contrôle de proportionnalité, et celle fondée sur la prise en compte de la singularité. L'application d'une règle générale et absolue au bénéficiaire d'un droit fondamental n'est alors pas mise en cause à raison de la situation singulière de ce dernier mais seulement à raison de son appartenance à une catégorie de bénéficiaires, ou même à plusieurs, ce qui ne constitue pourtant qu'un élément parmi d'autres de cette situation.

529. La même prise de distance à l'égard la situation individuelle du titulaire des droits peut être observée au niveau même de la portée de certaines décisions de la Cour qui, montant elle-même en généralité, ne se contente pas toujours de constater une violation par l'État partie des droits que le requérant tient de la Convention par une décision qui est censée n'avoir qu'une autorité relative de chose jugée. L'usage de la technique de « l'arrêt-pilote »¹⁴²¹ est à cet égard la manifestation la plus éclatante de cette prise de distance et de montée en généralité aussi bien au stade de l'appréciation d'un manquement que de la portée de la décision censée y remédier. Il en va aussi, par exemple, lorsqu'elle

l'aspect procédural de cette décision, qui est relatif plus précisément au régime probatoire, qui retint l'attention des commentateurs (Edouard DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne : rénovation ou révolution ? Épilogue dans l'affaire *D. H. e.a. c. République tchèque* », *RTDH*, 2008, p. 821 ; Jean-François FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2008, p. 978). En formation de Grande chambre, la Cour revenait solennellement sur les réserves qu'elle avait pu émettre dans son arrêt *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* quant à l'utilisation des données statistiques qui sont essentielles pour prouver l'existence de telles discriminations. Sur tout, en constatant finalement l'existence d'un manquement, elle allégeait définitivement le fardeau probatoire pesant sur les requérants. Elle revenait ainsi sur une attitude jugée trop « frileuse » et qui pouvait être une source de conflit potentiel avec la jurisprudence de la Cour de justice. La Cour européenne des droits de l'homme en était elle-même consciente comme en témoigne le raisonnement qu'elle avait adopté dans son arrêt *Hoozendijk* lorsqu'elle eut à s'interroger, à la suite de la Cour de justice, sur le caractère discriminatoire d'une législation et qui, pouvant passer pour peu orthodoxe au regard de sa jurisprudence à l'époque, s'est trouvé promu au rang de précédent dans l'arrêt de Grande chambre du 13 novembre 2007 (Sur l'état de la jurisprudence et des critiques qui purent être formulées à son endroit avant l'arrêt de Grande chambre *D.H. et al. c. République tchèque* : V. Denis MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire: Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 250-290).

¹⁴¹⁹ Xavier SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, p. 317.

¹⁴²⁰ Edouard DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'Homme. En marge de l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque* du 7 février 2006 », *RTDH*, 2006, p. 851.

¹⁴²¹ Initiée avec l'arrêt *Broniowski c. Pologne* (CEDH, 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, n° 31443/96), en accord avec le Comité des ministres (Résolution Res (2004).3 du Comité des Ministres sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent, adoptée par le Comité des Ministres le 12 mai 2004, lors de sa 114^e session), la technique de l'arrêt-pilote a été codifiée le 21 février 2011 dans le règlement intérieur de la Cour européenne des droits de l'homme. Aux termes du premier alinéa de l'article 61 du règlement tel que modifié : « La Cour peut décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote et adopter un arrêt pilote lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues. ».

impose aux États des obligations positives prétoriennes impliquant l'édiction de mesures relativement générales au profit d'une catégorie de bénéficiaires dont la vulnérabilité est mise en avant¹⁴²².

530. Les juridictions internes sont aussi réceptives à cette appréciation catégorielle dans litiges mettant en cause des droits et libertés fondamentaux.

2- Les manifestations de l'appréciation catégorielle dans la jurisprudence des juridictions nationales

531. Là encore, l'appréciation catégorielle est somme toute classique dans la jurisprudence des juridictions nationales et il est possible d'en trouver des illustrations *passim* aussi bien au stade de l'appréciation de la recevabilité de l'action que de l'appréciation du juge sur le fond des prétentions.

532. Au niveau de l'accès au juge, cette appréciation catégorielle se trouve, par exemple, dans l'appréciation que le juge administratif fait de l'intérêt pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir lorsqu'il raisonne en termes de cercles d'intérêt. La qualité qu'il va retenir ne correspond effectivement qu'à l'un des éléments, juridiques ou non, constituant la situation personnelle du requérant. Elle se retrouve aussi lorsque ce même juge administratif identifie une catégorie de décisions dont il estime qu'elles font en toute hypothèse suffisamment grief pour faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En effet, quoiqu'il soit ici question d'une qualité intrinsèque de la décision, elle a nécessairement été dégagée après que ses effets ont été mis en relation avec la situation de l'ensemble de ses destinataires potentiels, c'est-à-dire en faisant abstraction de la situation personnelle de chacun d'entre eux, et, par cette seule qualité de destinataires de l'acte, ils forment déjà une catégorie à part parmi l'ensemble bénéficiaire de droits ou de libertés.

533. Elle se retrouve aussi depuis longtemps dans le jugement au fond de cette requête. À cet égard, il suffit de rappeler les conditions dans lesquelles est appréciée la conformité des différences de traitement au principe d'égalité. Dans le cadre de sa démarche comparative, le juge doit effectivement s'intéresser aux différences de situations qui « s'incarnent nécessairement dans des « catégories » »¹⁴²³ et auxquels répondent éventuellement ce traitement différencié. Cette appréciation catégorielle trouve un nouveau souffle avec la notion de discrimination indirecte que le droit français fut réfractaire à incorporer¹⁴²⁴ tant

¹⁴²² Par exemple, pour déterminer la portée des obligations positives s'imposant aux États membres au profit des détenus, la Cour a mis en avant leur « vulnérabilité » s'agissant des obligations découlant de l'article 2 de la CESDHLF et « le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention » ainsi que « la particulière vulnérabilité des personnes souffrant de troubles mentaux » s'agissant des celles découlant de l'article 3 de ladite convention (CEDH, 27 juillet 2004, *Slimani c. France*, n° 57671/00, § 26 et 27).

¹⁴²³ Xavier SOUVIGNET, *art.précit.*, p. 316.

¹⁴²⁴ La notion fit, dans un premier temps, son entrée dans le droit positif avec la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Transposant les directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, cette loi introduisit cette notion dans le code du travail (art. L. 122-45 du code du travail tel que modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 et art. L. 123-1 du code du travail tel que modifié par l'article 5 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001) et, de manière plus discrète, dans le statut général de la fonction

elle heurte la conception formelle de l'égalité à laquelle les juges français demeurent attachés. En effet, même si cette conception formelle n'est ni nécessairement étrangère au principe d'interdiction des discriminations dont cette notion procède¹⁴²⁵ ni même totalement rétive à l'existence de différence de traitement en vue de réaliser une égalité réelle, elle empêche le juge de regarder une universalité de traitement, ou à tout le moins une uniformité de traitement, comme étant en elle-même condamnable. Le refus constant des juridictions administratives et du Conseil constitutionnel d'imposer, au nom du principe d'égalité, une obligation de traitement différencié en présence d'une situation différente témoigne bien de cet attachement. Il distingue d'ailleurs sur ce point leur jurisprudence de celle des juridictions européennes qui furent plus accueillantes à l'égard de la notion de discrimination indirecte¹⁴²⁶. La greffe ne semble pas avoir pris de la même façon devant les juridictions judiciaires et administratives qui sont pourtant, l'une comme l'autre, juges de droit commun de l'Union, de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales et du droit international. Cela ressort tant de l'usage qui est fait du principe de non-discrimination dont découle l'interdiction des discriminations indirectes que des conditions dans lesquelles il est appliqué. Tandis que le principe d'interdiction s'est émancipé de la tutelle du principe d'égalité devant les juridictions judiciaires, il y demeure plus souvent imbriqué devant les juridictions administratives¹⁴²⁷ dont la jurisprudence, camouflant parfois même la notion de discrimination indirecte pour M. Xavier Souvignet¹⁴²⁸, donne ainsi

publique sous couvert de « distinction indirecte » (art. 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires tel que modifié par l'article 11 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001). C'est ensuite sous la menace de procédures en manquement que le législateur français paracheva la transposition des directives en la matière avec la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations en se gardant bien de tout excès de surtransposition pour en déterminer le champ d'application et en faire éventuellement un texte généraliste (Gwénaële CALVES, « De manière générale... » : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553). Dans le même ordre d'idées, la France n'a toujours pas ratifié le Protocole n° 12 à la CESDHLF qui a pour vocation d'étendre le champ d'application matériel du principe de non-discrimination dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, et par là même de l'interprétation qu'en fit la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'article 14 de la Convention.

¹⁴²⁵ En portant le principe d'interdiction des discriminations, les sources européennes, mais aussi internationales, ne font finalement que raviver le débat sur les liens que ce principe peut entretenir celui d'égalité (Jean RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1965, p. 360), V. Xavier DUPRÉ de BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2018, p. 440-447 ; Félicien LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301 ; Danièle LOCHAK, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, hivers 2003-2004, p. 13).

¹⁴²⁶ D'ailleurs, bien qu'elles procèdent toutes deux de la volonté de parvenir à une égalité réelle à laquelle une universalité de traitement pourrait porter atteinte, l'interdiction des discriminations indirectes doit bien être distinguée de l'obligation de procéder à une différenciation de traitement. Tandis que l'une désigne et permet d'appréhender une situation qualifiée de discriminatoire, l'autre constitue un moyen de remédier à une situation discriminatoire. Elles ne sont pas pour non les deux versants d'une même médaille dans la mesure où il peut être mis fin à une discrimination indirecte sans procéder nécessairement à un traitement différencié mais, par exemple, en faisant simplement disparaître le critère jugé qui, d'apparence neutre, avait un effet discriminatoire.

¹⁴²⁷ Lucie CLUZEL-METAYER, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309 ; Xavier SOUVIGNET, *art.précit.*, p. 317-319.

¹⁴²⁸ C'est ce camouflage que donnerait à voir, selon l'auteur, l'arrêt d'Assemblée *Bleitrach* dans lequel le Conseil d'État dût se prononcer sur une action mettant en cause la responsabilité de l'État aux fins d'obtenir l'indemnisation des préjudices subis par une auxiliaire de justice atteinte d'un handicap en raison de l'absence ou l'insuffisance d'aménagements spécifiques lui permettant un accès adapté à certaines juridictions, situation elle-même provoquée en partie par le délai que le législateur avait ménagé pour réaliser l'accessibilité des établissements existants qui reçoivent du public (CE, Ass., 22 octobre 2010, *Bleitrach*,

l'image d'un principe pulvérisé, morcelé au gré des législations spéciales et des motifs de discrimination prohibés. En outre, si l'une comme retiennent une acceptation stricte de la notion de discrimination indirecte, elles n'ont pas pour autant la même approche des modes de preuve à même de laisser présumer l'existence d'une telle discrimination et plus précisément des données statistiques. Ainsi, à la différence du Conseil d'État¹⁴²⁹, la Cour de cassation, sans pour autant faire de telles données statistiques une preuve suffisante¹⁴³⁰, put accepter de s'éloigner des canons européens en termes de fiabilité et de pertinence¹⁴³¹.

534. Cette appréciation catégorielle se retrouve même dans le cadre de voies de droit dont la mise en œuvre implique pourtant une appréciation contextualisée qui soit approfondie. Dans le cadre des procédures de référé d'urgence, par exemple, le juge n'est pas condamné à l'empirisme puisqu'un effort minimum de systématisation est tout de même imposé par la cour suprême aux fins de sécuriser les rapports juridiques ce qui, implicitement ou non, constitue une forme de catégorisation des justiciables. Ainsi, il ressort la jurisprudence du Conseil d'État que l'approche relativement contextualisée de l'urgence n'est pas non plus exclusive d'une appréciation catégorielle lorsque le juge décide de mettre en place des présomptions d'urgence conduisant à traiter différemment les destinataires potentiels d'un même acte.

535. L'appartenance du titulaire des droits à une catégorie, ou à une sous-catégorie, de destinataires d'une catégorie de décisions administratives peut implicitement ou explicitement être une condition d'applicabilité d'une présomption simple d'urgence dans le cadre de ces procédures de référés. En effet, même si cette présomption est établie parfois en considération de l'effet de la décision administrative qui serait susceptible, en elle-même de préjudicier de façon suffisamment grave à la situation du requérant, ce n'est finalement qu'une question de perspective puisque cela conduit, implicitement mais nécessairement, à considérer la gravité comme étant suffisante à l'égard d'une catégorie, plus ou moins large, de destinataires de ce type de décisions dont les contours sont tracés par l'acte général et abstrait

n° 301572). M. Xavier Souvignet relève ainsi le décalage entre les conclusions du rapporteur public, dans lesquelles le raisonnement est tourné vers la notion de discrimination indirecte, et la motivation de l'arrêt d'Assemblée qui, pour sa part, est demeurée sur le terrain plus familier de la rupture d'égalité (Xavier SOUVIGNET, *art.précit.*, p. 320). Du point de vue de la doctrine interne du Conseil d'État, cette motivation ne dénoterait toutefois aucune gêne de la part du Conseil d'État à l'égard de la notion de discrimination indirecte. Elle serait justifiée par le fait que « la question posée n'était pas de savoir si l'intéressée fait l'objet d'une discrimination indirecte, mais si le législateur français pouvait prévoir un délai pour aménager des conditions de travail » (Damien BOTTEGHI, Alexandre LALLET, « L'aménagement des lieux publics pour l'accès des personnes handicapées : l'État face à sa responsabilité », *AJDA*, 2010, p. 2207).

¹⁴²⁹ CE, 4^e et 5^e chambres réunies, 16 octobre 2017, n°s 383459, 395480.

¹⁴³⁰ Civ. 1, 9 novembre 2016, n° 15-24.210.

¹⁴³¹ Civ. 2, 9 novembre 2017, n° 16-20.404. En l'espèce, la Cour de cassation devait se prononcer sur le point de savoir si le seuil légal minimum d'heures de travail permettant l'affiliation à la caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, fixé alors par l'article 107 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée et par l'article 7 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003, génèrait une discrimination indirecte à l'égard des femmes qui sont plus amenées à travailler à temps partiel. Ainsi que le relève Mme Ghislaine Alberton en s'appuyant sur la motivation de l'arrêt, qui ne fait état d'aucun seuil chiffré, ainsi que les moyens produits par la requérante, la Cour de cassation fit apparemment montre de plus de souplesse dans l'emploi des données statistiques que la CJUE, dont la jurisprudence sur ce point sert par ailleurs de référence à la Cour européenne des droits de l'homme, pour accueillir le moyen tiré de la violation des articles 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 5 et 9 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. En effet, les données statistiques sur lesquelles la juridiction semble s'être appuyée n'étaient ni sourcées, ni établies à l'aune du seul champ d'application personnel de la norme litigieuse (Ghislaine ALBERTON, « Et la Cour de cassation se fit plus « européeniste » que la CJUE », *AJDA*, 2018, p. 340).

sur le fondement duquel cette décision individuelle sera prise. Cette prise en compte de l'appartenance des destinataires à une catégorie est d'ailleurs encore plus explicite lorsque le Conseil d'État, en établissant cette présomption d'urgence, opère une différence de traitement entre les destinataires potentiels d'une décision¹⁴³².

536. Dans le cadre de la procédure de référé-liberté, l'appartenance catégorielle du bénéficiaire des droits ou libertés peut aussi devenir un paramètre pour apprécier la gravité de l'atteinte aux droits et libertés fondamentales au sens et pour application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. En principe, cette « condition à part entière »¹⁴³³ qu'est l'intensité de l'atteinte est aussi appréciée de manière contextualisée par le juge des référés. Parmi les éléments pris en compte par le juge, figurent notamment le comportement du requérant¹⁴³⁴ et de l'administration¹⁴³⁵, la nature du droit en cause et les conditions dans lesquelles la loi a aménagé son exercice¹⁴³⁶ ou l'effet de la mesure de l'administration sur la situation personnelle du requérant¹⁴³⁷. Dans ce domaine, le Conseil d'État peut aussi opérer une appréciation différenciée de la gravité de l'atteinte à une liberté fondamentale selon la catégorie à laquelle appartient le titulaire de ce droit¹⁴³⁸. Ainsi, en tant que juge d'appel du référé-liberté, il a par exemple tracé les contours d'une telle appréciation catégorielle de l'atteinte au droit d'accès à des conditions d'accueil décentes au profit des demandeurs d'asile et leur famille, dont la justiciabilité avait été consacrée dans son arrêt *Cimade* du 16 juin 2008¹⁴³⁹, dans son ordonnance *Mbala Nzuzi*¹⁴⁴⁰ en s'appuyant sur la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs

¹⁴³² C'est le cas, par exemple, dans le cadre du contentieux des décisions de refus de titre de séjour, le Conseil d'État a réservé le bénéfice de la présomption d'urgence aux seuls étrangers se trouvant dans une situation régulière au moment où est intervenue la décision dont la suspension est demandée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CE, Sect., 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Ameur*, n° 229773). Dans le même ordre d'idées, dans le cadre du référé liberté, le Conseil d'État a réservé le bénéfice de la présomption d'urgence aux destinataires d'une décision de refus de restituer le permis de conduire dès lors qu'il exerçait la profession de chauffeur livreur (CE, ord., 15 mars 2002, *Delaplace*, n° 244078).

¹⁴³³ Olivier LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du code justice administrative*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, coll. « Collections des Thèses », vol. 9, 2007, p. 247.

¹⁴³⁴ Par ex., CE, ord., 25 avril 2002, *Société Saria Industries*, n° 245414.

¹⁴³⁵ Par ex., CE, ord., 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kérevant*, n° 252051.

¹⁴³⁶ Par ex., CE, ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840.

¹⁴³⁷ Par ex., CE, ord., 23 mars 2001, *Société Lidl*, n° 231559.

¹⁴³⁸ Cette hypothèse ne se rattacherait pas à « l'environnement législatif » tel que le décrit M. Olivier Le Bot dans sa thèse (Olivier LE BOT, *thèse.précit.*, p. 257) pour désigner les conditions dans lesquelles la loi organise le régime d'un droit ou d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative mais, plus largement, à l'environnement « normatif » dans lequel les restrictions à ces droits et libertés doivent être appréciées. En effet, l'expression « environnement législatif » semble un peu trop restrictive dans la mesure où les obligations pesant sur l'administration lorsqu'elle est conduite à limiter des droits et libertés qui ne trouvent pas toutes leur source dans la loi.

¹⁴³⁹ CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 16 juin 2008, *Cimade*, n° 300636.

¹⁴⁴⁰ CE ord., 13 août 2010, *Ministre de l'Immigration c. Mbala Nzuzi*, n° 342330 : « si, notamment lorsqu'une première évaluation des besoins spécifiques du demandeur est requise ou lorsque les capacités de logement normalement disponibles sont temporairement épuisées, l'autorité administrative peut recourir à des modalités différentes de celles qui sont normalement prévues, c'est pendant une période raisonnable, aussi courte que possible, et en couvrant les besoins fondamentaux du demandeur d'asile ; qu'une privation du bénéfice de ces dispositions peut conduire le juge des référés à faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative, lorsqu'elle est manifestement illégale et qu'elle comporte en outre des conséquences graves pour le demandeur d'asile, compte tenu notamment de son âge, de son état de santé ou de sa situation de famille ; (...) » (nous soulignons).

d'asile dans les États membres¹⁴⁴¹. Il fait de même, par exemple, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégal au droit au respect de la vie ainsi qu'au droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants la dignité des détenus¹⁴⁴². Dans le cadre du référé-liberté, mais aussi dans le cadre de cette autre voie de droit impliquant un fort degré de contextualisation qu'est le recours indemnitaire¹⁴⁴³, le Conseil d'État semble donc avoir réceptionné, à la suite du législateur¹⁴⁴⁴, la protection catégorielle qu'impose la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁴⁵.

B- Les groupements privés, premiers bénéficiaires de l'appréciation catégorielle

537. Le recours ponctuel à une appréciation catégorielle n'a ni nécessairement pour but exclusif et immédiat, ni même pour effet de garantir une meilleure protection des droits et libertés (1). En lui-même, il ne garantit pas non plus une meilleure prévisibilité du droit applicable (2). En revanche, il permet de mettre en avant l'action collective des groupements, et ce, qu'elle soit exercée à titre incident ou principal (3).

¹⁴⁴¹ En effet, l'article 17 de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres dispose que : « 1. Dans la législation nationale transposant les dispositions du chapitre II relatives aux conditions matérielles d'accueil et aux soins de santé, les États membres tiennent compte de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés de mineurs et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique qu'aux personnes dont les besoins particuliers ont été constatés après une évaluation individuelle de leur situation ».

¹⁴⁴² Ainsi, saisi comme juge d'appel d'une ordonnance de référé-liberté relative à une décision de placement à l'isolement, le juge des référés du Conseil d'État a précisé que : « Considérant qu'eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration, il appartient aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie ainsi qu'à leur éviter tout traitement inhumain ou dégradant afin de garantir le respect effectif des exigences découlant des principes rappelés notamment par les articles 2 et 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CE, ord., 23 avril 2014, n° 378085).

¹⁴⁴³ Dans son arrêt de section *M. A. B* du 6 décembre 2013 (CE, Sect., 6 décembre 2013, *M. A. B*, n° 363290), aux fins d'apprécier le caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention révélant l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique dans le cadre d'un référé-provision, le Conseil d'État a précisé qu' : « en raison de la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, apprécie compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes » (nous soulignons).

¹⁴⁴⁴ La décision du 6 décembre 2013, mais aussi l'ordonnance de référé-liberté relative au centre pénitentiaire des Baumettes (CE, ord., 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire internationale des prisons et a.*, n°s 364584, 364620, 364621, 364647), ont été rendues au visa, notamment, de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite « loi pénitentiaire ». Sans pour autant reprendre le mot « vulnérabilité », l'article 22 de ladite loi semble bien reprendre la chose lorsqu'il dispose que : « L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions, que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes. Ces restrictions tiennent compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue ».

¹⁴⁴⁵ Pour déterminer la portée des obligations positives s'imposant aux États membres s'agissant des détenus, la Cour a mis en avant dans l'affaire *Slimani c. France* la « vulnérabilité » des détenus s'agissant des obligations découlant de l'article 2 de la CESDHLF (CEDH, 27 juillet 2004, *Slimani c. France*, req n° 57671/00, § 27) et, s'agissant des obligations découlant de l'article 3 de la CESDHLF, « le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention » ainsi que « la particulière vulnérabilité des personnes souffrant de troubles mentaux ».

1- Les effets du point de vue de la protection des droits

538. Toutes ces manifestations de la montée en généralité, y compris lorsqu'elles prennent la forme de différenciations, ne sont ni seulement ni même nécessairement portées par une « vocation égalitaire »¹⁴⁴⁶ ou, plus généralement, par la volonté d'assurer une meilleure effectivité des droits.

539. Il y a effectivement des hypothèses dans lesquelles le recours à l'appréciation catégorielle permet d'exclure mécaniquement une partie des bénéficiaires d'un droit du champ d'une garantie. Par exemple, il ressort des conclusions de Mme Isabelle De Silva sous l'arrêt *Ameur* que l'exclusion des étrangers en situation irrégulière au moment de la décision de refus de titre de séjour du champ d'application personnel de la présomption simple d'urgence tient à la volonté de ne pas permettre de bénéficier ou de régulariser une situation qui n'est pas juridiquement protégé au moyen d'une procédure conservatoire¹⁴⁴⁷. Autrement dit, le Conseil d'État en vient à considérer que le préjudice allégué dont la gravité serait susceptible de caractériser l'urgence, serait, à la différence des étrangers en situation régulière au moment du refus de titre de séjour, de leur fait.

540. Certaines manifestations de la montée en généralité poursuivent aussi des buts plus prosaïques et apparaissent même comme une réaction contre les excès que peuvent provoquer l'existence d'un mécanisme de protection des droits et libertés fondamentales prenant en compte la singularité de leurs bénéficiaires. Ainsi, le recours à une appréciation catégorielle de la part du Conseil d'État comme juge de cassation du référé suspension ou comme juge d'appel du référé-liberté procède d'un effort de systématisation de sa part afin de garantir un minimum de prévisibilité dans l'usage de ces voies de droit dont les conditions de mise en œuvre sont l'une des voies que peut emprunter la montée des singularités.

¹⁴⁴⁶ Amélie GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Études de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 30, 2011, n° 241, p. 187. À l'aide de ce critère fonctionnel, l'auteur distingue les catégories des « statuts de personnes » qui, pour certains passent pour des miasmes de la société d'Ancien Régime, correspondent à des modes de différenciation dont la vocation est de maintenir dans un état d'infériorité (Sur cette différence, V. Amélie GOGOS-GINTRAND, *thèse.précit.*, p. 139-312). Ce lien, presque ontologique, entre catégorisation et vocation égalitaire se retrouve chez Mme Yaël Attal-Galy, qui fait d'ailleurs de l'état de faiblesse le critère de la catégorisation (Yaël ATTAL-GALY, *thèse.précit.*, p. 26), et est repris aussi par un auteur comme M. Edouard Dubout (Edouard DUBOUT, *thèse.précit.*, p. 634, ndbp n° 3). Pourtant, même appréhendée comme un mode de différenciation, la catégorisation n'est finalement qu'un moyen d'appréhender la réalité qui, constituant le préalable nécessaire à une représentation ordonnée de cette dernière, ne renseigne en rien sur les intentions de celui qui l'utilise. Du reste, Mme Amélie Gogos-Gintrand le reconnaît elle-même et affine par moment sa définition lorsqu'elle reprend l'opposition que M. Dany Cohen fait entre les « catégories anciennes ou traditionnelles (celles reposant sur les qualités d'enfant, notamment adultérin, de femme mariées, d'étranger, de noble, de juif ou d'indigène) », dont le but était fondamentalement inégalitaire, aux « catégories nouvelles qui visent les présumés faibles ou discriminés (les homosexuels, la femme enceinte, le consommateur ou l'assuré) » (Amélie GOGOS-GINTRAND, *thèse.précit.*, n° 263, p. 202 ; Dany COHEN, « Catégories de personnes, égalité et différenciation », in Pascale BLOCH, Cyrille DUVERT, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil: catégories de personnes et droit privé, 1804-2004*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2006, p. 98-99). Dès lors, la vocation égalitaire ne serait le propre que des catégories qui, bien que nouvelles du point de vue de la chronologie, peuvent reprendre des critères de catégories anciennes (Amélie GOGOS-GINTRAND, *thèse.précit.*, n° 9, p. 7).

¹⁴⁴⁷ Isabelle DE SILVA, « Appréciation de l'urgence et refus de titre de séjour. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 14 mars 2001, Ministre de l'Intérieur c. Mme Ameur », *RFD*, 2001, p. 673.

Dans le même ordre d'idées, en ce qu'elle est censée prévenir le dépôt de requêtes individuelles en contraignant les États parties à remédier à des manquements structurels, la technique de l'arrêt pilote n'est qu'un levier parmi pour réguler le flux contentieux pour cette juridiction qui est désormais victime de son succès du, pour partie, à l'attraction que provoque sur tout bénéficiaire de droits la promesse d'un contrôle de proportionnalité hyper contextualisée. En effet, le « situationnisme proportionnaliste », comme le nomme M. Sébastien van Drooghenbroeck, « laisse croire à tout plaideur que son « cas » présente la singularité qui permettra au fléau de la balance de pencher dans le bons sens »¹⁴⁴⁸

541. Ce sont là des contraintes que les juridictions nationales, déjà sous tension, ne peuvent évidemment ignorer¹⁴⁴⁹ comme en témoignent l'existence d'une procédure analogue à celle de l'arrêt pilote dans le code de justice administrative¹⁴⁵⁰ et les propositions tendant à la création d'un tel dispositif pour les juridictions judiciaires¹⁴⁵¹. Le besoin de régulation du flux contentieux devrait d'ailleurs se faire encore plus pressant, et plus spécialement devant les juridictions de cassation, après que ces dernières ont décidées de jouer pleinement le jeu de la subsidiarité avec la juridiction strasbourgeoise. Il n'y a alors rien d'étonnant à ce que la Cour de cassation, par exemple, ait décidé en parallèle d'entamer une réflexion sur le filtrage des pourvois afin d'anticiper l'appel d'air, somme toute légitime, que risque de provoquer l'exercice d'un contrôle de conventionnalité qui semble à même de faire céder les interdits législatifs les plus fermement établis¹⁴⁵².

542. Les différenciations fondées sur une appréciation catégorielle censée garantir une meilleure effectivité des droits peuvent aussi avoir des effets pervers. Il est par exemple à craindre que la différenciation serve parfois de paravent à une priorisation des protections. C'est ce que M. Serge Slama relève à propos de la jurisprudence *M Zuni* qui opère une différence de traitement entre les demandeurs d'asile à propos d'un droit trouvant sa source dans une obligation de l'administration qui se trouve interprétée comme une obligation de moyen¹⁴⁵³. Au lieu de permettre la compensation d'une inégalité de fait, cette différence de traitement crée une forme de priorisation entre les titulaires de ce droit dans l'allocation de ressources limitées. Par extrapolation, le risque qui apparaît est de voir le juge se servir

¹⁴⁴⁸ Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *thèse.précit.*, n° 994, p. 701.

¹⁴⁴⁹ Pierre SARGOS, « L'organisation et le fonctionnement de la chambre sociale de la Cour de cassation : la mission normative au péril de l'effet de masse », *Dr. soc.*, 2006, p. 48.

¹⁴⁵⁰ Mis en place par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et organisé par les 6° de l'article R. 222-1 et de l'article R 122-12 ainsi que le 1° de l'article R. 822-5 du code de justice administrative, le dispositif de la tête de série permet à un juge unique des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel, ou encore du Conseil d'État de statuer par ordonnance sur les « requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit des questions identiques à celles tranchées ensemble par » une décision juridictionnelle ou un avis contentieux du Conseil d'État et, pour les tribunaux administratifs, à celles tranchées ensemble par un même arrêt devenu irrévocable de la cour administrative d'appel dont il relève faisant office de « tête de série ».

¹⁴⁵¹ C'est le sens de la proposition que M. Jean-Michel Hayat, président du tribunal de grande instance de Paris, avait formulée dans le cadre des « chantiers de la justice » (Thomas COUSTET, « La « procédure de l'arrêt pilote » entre les mains de la garde des Sceaux », *Dalloz Actualité*, 26 mars 2018).

¹⁴⁵² Bertrand LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326.

¹⁴⁵³ Serge SLAMA, « Le droit aux conditions matérielles d'accueil : obligation de moyens ou de résultat ? », *CPDH*, 8 septembre 2010 (consultable en ligne à l'adresse : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/09/08/le-droit-aux-conditions-materielles-daccueil-des-demandeurs-dasile-obligation-de-moyens-ou-de-resultats-a-propos-de-ce-ref-13-aout-2010-ministre-de-limmigration-c-m-mbala-nzuzi/>).

ainsi de l'appréciation catégorielle pour neutraliser, ou à tout le moins contenir, les conséquences de l'invocabilité de droits sociaux dans des contentieux opposant leurs bénéficiaires à une administration qu'il accepterait par ailleurs de ménager sur le plan financier en tant que gardien des deniers publics.

543. Lorsqu'elle prend la forme d'une appréciation catégorielle, la pertinence même de cette montée en généralité peut aussi être débattue. Ce qui peut être reproché alors ce n'est pas l'effet mutilant de cette approche, qui peut passer pour une paresse de l'esprit, sur la singularité des bénéficiaires des droits tant il semble finalement difficile, voire impossible, de l'éviter dans le cadre du raisonnement juridique. Il est en revanche plus discutable qu'elle puisse conduire le juge à user de catégories, comme parfois celle de personnes « vulnérables », dont les contours, en plus d'être flous, emploient des critères qui peuvent parfois être qualifiés de suspects¹⁴⁵⁴ et paraissent avoir été aiguisés sur une vision essentialiste des groupes auxquels appartiennent les individus censés bénéficier d'une telle appréciation¹⁴⁵⁵. Plaçant l'universalité des droits sur une ligne de crête, la vulnérabilité, ainsi utilisée, risquerait même de la perpétuer, de l'enkyster en la couvrant de l'objectivité du droit et en l'auréolant de l'objectif de protection effective des droits¹⁴⁵⁶.

544. En tout état de cause, cette montée en généralité ponctuelle ne permet pas en elle-même de garantir la prévisibilité de la production normative du juge, elle-même nécessaire, faut-il le rappeler, à une protection effective des droits, *a fortiori* lorsqu'elle prend la forme d'une appréciation catégorielle dont les conditions d'application se dessinent parfois au rythme des tâtonnements strasbourgeois.

2- Les effets du point de vue de la prévisibilité du droit applicable

545. Pour que la prévisibilité la norme juridictionnelle ne pâtisse pas ainsi de l'exercice, y compris par les juridictions de cassation, d'un contrôle hyper-contextualisé de la proportionnalité quelque fois tempéré par des approches catégorielles, il ne faut pas seulement que les principaux intéressés, c'est-à-dire les justiciables, puissent avoir accès aux motifs déterminants des décisions précédemment rendues mais qu'ils aient aussi l'assurance que le juge, eu égard à la similarité que présente leur situation personnelle, adoptera une solution identique. En somme, la production de la norme juridictionnelle doit se faire dans le cadre d'un système de droit précédentiel pour offrir aux prévisions de tout un chacun un support au moins aussi ferme que ne pouvaient l'être ces interdits législatifs les plus absolus que la montée des singularités est venue corroder.

¹⁴⁵⁴ Ce sont aussi certaines implications de ces approches catégorielles qui sont contestées. Ainsi, même si les données statistiques ne sont en elles-mêmes pas un mode de preuve nécessaire, la mise en œuvre de la prohibition des discriminations indirectes ethniques et raciales conduit inmanquablement à réactiver les débats sur l'existence d'un appareil statistique utilisant de tels critères.

¹⁴⁵⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, *L'Institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018, p. 52-57.

¹⁴⁵⁶ Il n'est alors pas certain que la Cour, par exemple, parvienne à briser ainsi ce « cercle vicieux « préjugés-stigmatisation-marginalisation » » qu'elle met à jour lorsqu'elle qualifie un groupe de vulnérable (Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Systèmes cours, 2^e éditions, 2015, p. 209) (CEDH, 1^{ère} section, 10 mars 2011, *Kijutin c. Russie*, n° 2700/10, § 80).

546. Les réflexions entourant l'évolution des techniques et des paramètres de contrôle doivent alors être mises en rapport avec celles portant sur la motivation des décisions de justice qui ne sont d'ailleurs ni récentes¹⁴⁵⁷ ni confinées à l'ordre judiciaire¹⁴⁵⁸. La cohérence de la réforme de la Cour de cassation, pour ne prendre que cet exemple, alors se fait jour. À cet égard, il faut toutefois bien préciser que le consensus autour de l'abandon de l'*imperatoria brevitatis* ne doit d'ailleurs pas masquer les débats sur le contenu¹⁴⁵⁹ et la forme de cette nouvelle motivation dont certains auteurs souhaiteraient qu'elle sorte du carcan syllogistique¹⁴⁶⁰ qui demeure associée à une vision mécanique, passive, de l'activité juridictionnelle¹⁴⁶¹. En effet, la question de la motivation adéquate est toute aussi subjective que l'exigence de « qualité »¹⁴⁶² des décisions de justice à laquelle elle est associée. Elle est ainsi tributaire, notamment, des attentes des différents publics susceptibles d'être visés par la décision et de la place accordée à la jurisprudence parmi les sources du droit. À l'heure actuelle, les réflexions et les expérimentations menées devant les juridictions administratives et judiciaires tendent bien à approfondir la motivation du jugement en droit et en fait au moyen, notamment, de la mention de références jurisprudentielles¹⁴⁶³.

547. Une évolution de la motivation des juridictions françaises ne serait donc pas simplement le gage d'une meilleure visibilité de leur jurisprudence auprès des juridictions étrangères influencées par le système de *Common law*¹⁴⁶⁴, mais aussi pour les justiciables. Elle apparaît ainsi comme la contrepartie

¹⁴⁵⁷ Adolphe TOUFFAIT, André TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 1974, p. 487.

¹⁴⁵⁸ Conseil d'État, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avril 2012, 221 p.

¹⁴⁵⁹ V. Denys de BECHILLON, « 9. Observations sur la motivation des arrêts », *JCP G*, supplément au n°1-2, 2016, p. 37.

¹⁴⁶⁰ Il en va ainsi du débat entre les opposants et les défenseurs du raisonnement syllogistique (Pierre-Yves GAUTHIER, « Eloge du syllogisme », *JCPG*, 2015, 902, p. 1494). Il faut toutefois, avec M. Denys de Béchillion, distinguer « la réalité du raisonnement du juge et la manière dont il s'est exprimé et surtout exprimé par écrit » (Denys DE BECHILLON, *art.précit.*, p. 37). C'est à ce titre que ce débat est ici rattaché à la question de la forme de la motivation.

¹⁴⁶¹ Ainsi que le rappelle M. Pierre Brunet, « On sait que la vertu reconnue au syllogisme théorique d'Aristote est d'établir une conclusion nécessairement vraie car elle est déjà contenue dans les prémisses. On mesure aussitôt l'importance politique qu'il y a à présenter le raisonnement des juges comme syllogistique : la conclusion à laquelle ils parviennent n'est pas le fait d'une création volontaire et subjective mais le fruit d'une connaissance rationnelle et objective » (Pierre BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, 2004, p. 197).

¹⁴⁶² Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *Systèmes judiciaires européens : Efficacité et qualité de la justice*, Editions du Conseil de l'Europe, coll. Les études du CEPEJ, 2008, 345 p.

¹⁴⁶³ Cass., avis, 4 janvier 2016, n° 15-70.004. V. s'agissant des juridictions administratives, la proposition n° 7 du rapport du groupe de travail présidé par M. Philippe Martin : « Développer la mention des références des décisions d'autres juridictions, notamment constitutionnelle et européenne, dont le juge a entendu s'inspirer. Indiquer en tant que de besoin les références des décisions de principe de la juridiction administrative ayant tranché un point de droit dont la décision fait application » (Conseil d'État, *rapport.précit.*, p. 32). Si le Conseil d'État n'admet pas la motivation par référence, même en présence des mêmes parties et dans le cadre du même litige (CE, 1^e et 6^e sous-sections réunies, 1^{er} juillet 2009, *Département du Nord*, n° 318960), il a pu mentionner ses précédentes décisions dans les visas. Ainsi, l'ordonnance *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala* (CE, ord, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, n° 374505) fut rendu au visa, notamment, des : « décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux, Benjamin du 19 mai 1933, commune de Morsang-sur-Orge du 27 octobre 1995 et Mme Hoffman-Glemane du 16 février 2009 ». Sans doute, une telle mention dans les visas ne peut être comparée à une motivation par référence ni même à une mention au sein des motifs. Néanmoins, elle témoigne bien du fait que le Conseil d'État porte un regard différent sur sa production jurisprudentielle. À preuve, dans sa thèse de doctorat, M. Yves Gaudemet n'envisageait pas que le juge administratif pût citer une règle jurisprudentielle dans les visas aux côtés des textes législatifs et réglementaires invoqués ou applicables (Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso édition, rééd. 2013, coll. Anthologie du droit, p. 81).

¹⁴⁶⁴ Pierre BRUNET, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, 2015, p. 545. Bien qu'il faille, comme le souligne lui-même l'auteur, nuancer l'opposition trop tranchée entre les « styles » de *common law* et de *civil law* (*Ibid.*).

nécessaire à une approche plus contextualisée de la part du juge. En effet, une motivation plus fournie, plus contextualisée permettrait aux justiciables de mieux identifier la *ratio decidendi* du jugement, de la solution susceptible d'être transposée à leur cas. Pour être plus pédagogique et ainsi œuvrer à la cohérence et à la sécurité de l'ordre juridique¹⁴⁶⁵, la motivation ne devrait pas simplement clarifier les grands concepts et les notions clés mais être aussi plus contextualisée, indiquer les critères déterminants¹⁴⁶⁶.

548. Néanmoins, une véritable sécurisation des rapports juridiques dans une telle configuration suppose alors que la juridiction soit liée par les motifs de ses précédentes décisions et, par là même, la mise en place en France d'un authentique système précédentiel. Or, les thuriféraires d'une motivation approfondie et les juridictions ne semblent pas disposer à franchir le Rubicon.

549. Ainsi, l'intérêt de la mention des précédents devrait être relativisé en ce qu'elle ne reviendrait pas à leur reconnaître un caractère contraignant¹⁴⁶⁷. Elle ne permettrait aux justiciables que de connaître les sources d'inspiration de la juridiction mais ne leur garantirait pas que la même solution puisse leur être appliquée dans une situation semblable. Eu égard à une telle conception de la jurisprudence, la mention de ces précédents n'aurait pour vocation que d'expliquer la décision aux justiciables. Partant de là, même pertinent, l'approfondissement de la motivation de la décision ne semble donc pas un gage suffisant de

¹⁴⁶⁵ Catherine TEITGEN-COLLY, « La pédagogie dans la rédaction des décisions du juge administratif », in Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Les figures du juge administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Grands colloques, 2015, p. 87 (spéc. p. 95 et s.). C'est aussi ce type de motivation que M. Charles Vautrot-Schwarz semble regarder comme pédagogique de la part du juge de cassation, en souhaitant l'abandon du contrôle de la qualification juridique des faits au profit d'un contrôle de l'erreur de droit élargi destiné à guider les juges du fond dans l'emploi de la technique de qualification juridique des faits (Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, p. 601).

¹⁴⁶⁶ Pour réduire l'imprévisibilité, à défaut de pouvoir la faire disparaître, M. Petr Munzy appelle ainsi de ses vœux une proportionnalité « retrouvée » et une proportionnalité « achevée ». Refusant de considérer que la proportionnalité, en tant que source de motivation, est un facteur d'imprévisibilité, l'auteur concède toutefois que son usage pourrait être amélioré. En premier lieu, l'amélioration de la pédagogie passerait par une proportionnalité « retrouvée », c'est-à-dire par une motivation plus circonstanciée faisant apparaître les raisons déterminantes dans le raisonnement du juge. En second lieu, elle passerait par une proportionnalité « achevée » qui se traduit une relative abstraction normative de la part du juge qui rationaliserait sa motivation en hiérarchisant les critères utilisés, en énonçant des directives censées guider son appréciation (Petr MUZNY, *thèse.précit.*, t. 2, p. 566-593).

¹⁴⁶⁷ Mme Pascale Deumier, par exemple, estime qu'il convient de bien distinguer « mention du précédent » et « précédent obligatoire ». Ainsi, une telle mention dans la motivation des décisions de justice serait tout à fait compatible avec l'« autorité de fait » de la jurisprudence (Pascale DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTD Civ.*, 2016, p. 65). Il semble qu'il en va de même devant la juridiction administrative. Comme le révèle le rapport, cette question de la mention des « références internes », c'est-à-dire des décisions des juridictions administratives, fut âprement débattue au sein du groupe de travail présidé par M. Philippe Martin. Insistant bien sur le statut de simple « source d'inspiration » et non de « motifs déterminants » de ces références internes, le groupe de travail se divisait sur les précédents qui méritaient d'être mentionnés à ce titre. En premier lieu, le groupe de travail estimait qu'il convenait de bien distinguer les décisions de « principe » du juge de cassation, dont la mention ne posait pas de difficultés majeures, des autres décisions émanant du Conseil d'État ou des juridictions du fond et dont le juge peut s'inspirer en raisonnant par analogie. Au sein même de ces dernières références internes, le groupe de travail estimait qu'il convenait encore de distinguer selon qu'elles avaient servi à qualifier juridiquement les faits ou à interpréter la règle de droit. Pour le groupe de travail, seule cette dernière hypothèse méritait d'être discutée. Finalement, dans ses propositions, il a préféré limiter la mention des références internes aux décisions de principe qui tranchent un point de droit, laissant le soin au rapporteur public de faire références aux autres décisions aux fins de présenter le « contexte juridique » du litige (Conseil d'État, *op.cit.*, p. 30-32). Toutefois, l'ancien Vice-Président du Conseil d'État ne semblait pas accorder la même portée à de telles références internes dans la motivation des décisions. En effet, il faisait montre de plus de réserve au nom précisément de l'héritage légicentriste (Jean-Marc SAUVE, « Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la Chimère ? », 20 mai 2015 (<http://www.conseil-État.fr/Actualites/Discours-Interventions/Comprendre-et-reguler-le-droit-globalise-ou-comment-dompter-la-Chimere>)). Une telle position serait, pour Mme Pascale Deumier, symptomatique de cette confusion entre la mention du précédent et son caractère obligatoire (Pascale DEUMIER, *art.précit.*, p. 66).

prévisibilité. Pis, elle peut même s'avérer préjudiciable pour l'accessibilité, l'intelligibilité du droit. S'ils ne sont effectivement pas contraignants, et ne constituent donc pas des informations utiles pour les justiciables, la mentions de ces différents précédents conduirait à alourdir inutilement la motivation et risquerait d'induire en erreur les justiciables.

550. Toutefois, la conjonction de différents facteurs, qui sont d'ailleurs pour certains aussi un moyen d'atténuer les effets que peut avoir la montée des singularités sur le fonctionnement des juridictions, fournit toutefois des succédanées de *stare decisis*. D'une part, un ersatz pourrait être trouvé du côté de cette exigence de prévisibilité que la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi la Cour de justice dans le cadre de son propre son champ de de compétence, font peser notamment sur les cours suprêmes et qui est, tout comme la règle du *stare decisis*, relative. Par exemple, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, « les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante »¹⁴⁶⁸ mais un revirement impose dans le même temps aux juridictions un effort de motivation supplémentaire pour en expliquer les raisons¹⁴⁶⁹. Cette même Cour n'est d'ailleurs pas seulement au fait des impératifs d'adaptabilité auquel doit aussi répondre la jurisprudence mais elle est aussi bien consciente, comme elle se plaît à la rappeler elle-même, qu'une certitude absolue est « hors d'atteinte »¹⁴⁷⁰. Elle fait ainsi preuve d'une certaine bienveillance à l'égard des juridictions internes dans leur production normative en tolérant les tâtonnements et les ajustements progressifs¹⁴⁷¹. D'autre part, comme le montrent la mise en place et la mise en œuvre du mécanisme de la tête de série devant les juridictions administratives, qui seront étudiées plus avant¹⁴⁷², la rencontre des nécessités de filtrage, qu'implique l'accroissement des flux contentieux, et des exigences de « qualité » et d'« efficacité » appliquées au fonctionnement des juridictions administratives peut venir consolider ce système précédentiel au niveau des juridictions du fond en offrant *de facto* une force contraignante aux précédents des jugements des tribunaux administratifs et des cour administratives d'appel.

¹⁴⁶⁸ CEDH, 18 décembre 2008, *UNEDIC c. France*, n° 20153/04, § 74.

¹⁴⁶⁹ CEDH, 5^e Section, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 36815/03, § 38.

¹⁴⁷⁰ CEDH, (G.C.), 20 mai 1999, *Rekvenyi c. Hongrie*, n° 2590/94, §34. D'ailleurs, au sujet de ces « conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » que le citoyen, aidé le cas échéant d'un conseil, « doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause », la Cour énonçait dès l'arrêt *Sunday Times* de 1979 qu'elles « n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique » (CEDH (plen.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, § 49).

¹⁴⁷¹ V. s'agissant d'une divergence de jurisprudence entre deux instances juridictionnelles appartenant à des ordres de juridiction distincts et autonomes : CEDH, (G.C.), 20 octobre 2011, *Nejdet Sabih et Perihan Sabih c. Turquie*, n° 13279/05 § 83 à 84. Toutefois, la motivation de cette décision pose deux limites, qui ne sont que deux « tigres de papier » selon M. Nicolas Hervieu (Nicolas HERVIEU, « Divergences de jurisprudence entre deux ordres juridictionnels et inconstance du principe de sécurité juridique », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 23 octobre 2011), à savoir l'existence en droit interne de mécanisme permettant de résorber ces divergences (§ 87) et le caractère non manifestement arbitraire de la décision contestée (§ 89).

¹⁴⁷² Cf Chapitre 2 du titre 2 de la seconde partie.

551. L'imprévisibilité de la norme ne disparaîtrait alors évidemment pas. Du reste, tout système juridique, y compris précédentiel, ne peut de toute façon que prétendre la réduire. Ce sont même des nouvelles causes d'imprévisibilité qui viendraient remplacer les anciennes si les précédents se trouvent ainsi érigés au rang de motifs déterminants. En effet, leur mention, aussi éclairante soit-elle pour les justiciables, pourrait constituer elle-même une cause d'insécurité juridique pour les parties puisqu'elle conduirait à faire de l'exigence de leur mention une source de contestation de la régularité des décisions des juridictions du fond¹⁴⁷³.

3- Les effets pour l'action collective des groupements privés

552. Si la montée des singularités dans l'exercice de la fonction juridictionnelle ne rend pas obsolète l'action par voie d'intervention de groupements qui se sont donnés pour but de protéger les intérêts de catégories d'individus à l'occasion de litiges individuels, la nécessité d'une montée en généralité, qui apparaît elle comme un complément nécessaire permettant d'atténuer les conséquences néfastes d'une appréciation hyper-contextualisée, les remet au premier plan. D'une part, cette action des groupements, à titre incident ou même principal, peut constituer un facteur déclenchant de ce type d'appréciation, qui est latente dans n'importe quel litige comme la dimension collective, et confère un effet préventif à la décision du juge. D'autre part, elle permet au juge d'en légitimer la mise en œuvre.

553. Lorsqu'elle répond à une prise de conscience par le juge de l'existence d'un manquement systémique, l'appréciation catégorielle présente au moins l'avantage de prévenir de la lésion d'intérêts individuels identiques ou semblables à ceux ayant motivé la requête. Or, comme le montrent les exemples des tierce interventions devant la Cour européenne des droits de l'homme ou encore des interventions devant les juridictions judiciaires statuant en matière de responsabilité extracontractuelle, les débats sur la reconnaissance de l'intérêt à intervenir des groupements au cours de litige dont les incidences sont *a priori* restreintes peuvent produire un effet révélateur sur ce point et invitent le juge à voir plus loin que l'effet substantiel ou les attributs de la décision qu'il peut prendre et à s'interroger sur la possible portée jurisprudentielle de sa décision et ses conséquences pour les bénéficiaires de droits dans une situation semblable ou identique. Grâce à l'effet normatif qui est concédé aux motifs de la décision juridictionnelle, l'action des groupements revêt alors un effet préventif similaire à celui qu'évoquait Mme Eleanor Sharpston en matière d'environnement¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷³ En insistant sur le caractère non contraignant de ces précédents, le groupe de travail souhaitait aussi limiter l'incidence qu'une erreur dans la mention d'un précédent pourrait avoir sur la régularité de la décision, le groupe de travail espérait aussi anticiper la multiplication de recours en appel ou de pourvoi mettant en cause la régularité du jugement ou de l'arrêt à raison, simplement, d'une erreur dans la mention du précédent. Paradoxalement, imposer une telle exigence de motivation aux juridictions du fond pourrait donc avoir pour effet de porter atteinte à la sécurité juridique en fragilisant leurs décisions. (Conseil d'État, *rapport.précit.*, p. 32).

¹⁴⁷⁴ Cf. *Supra* n° 452.

554. Ce faisant, ce ne sont d'ailleurs pas seulement les actions incidentes des groupements qui apparaissent comme un moyen de contenir le flux contentieux mais, plus largement, toute action qui est motivée, au moins à titre accessoire, par la lésion d'un intérêt collectif supra-personnel indépendamment de son but immédiat. Il importe effectivement peu qu'une telle action n'ait pas pour but immédiat la satisfaction d'un tel intérêt, c'est-à-dire qu'elle tende à obtenir l'édiction d'une décision juridictionnelle dont l'effet substantiel est général et impersonnel, puisque la portée jurisprudentielle sert ici de levier de prévention. Ainsi, si de telles actions ne présentent pas un effet curatif puisqu'elles ne permettent au juge de remédier, dans une seule et même décision, à l'atteinte qui fut portée à plusieurs intérêts individuels, elles peuvent au moins déboucher sur une décision qui permet d'en prévenir la réitération. La jurisprudence du Conseil d'État sur l'intérêt pour agir des unions syndicales contre des décisions affectant plus directement les intérêts défendus par leurs composantes ou, plus récemment, des associations nationales contre les décisions locales¹⁴⁷⁵ apparaît d'ailleurs peut être un premier pas en ce sens. C'est effectivement la « portée » des décisions administratives attaquées, c'est-à-dire *in fine* celle des décisions juridictionnelles susceptibles de les annuler, qui est évoquée pour justifier un assouplissement des conditions d'appréciation de l'intérêt pour agir et permettre ainsi au juge administratif de dissiper les doutes autour d'une question de principe, de tarir ce qui pourrait être éventuellement la source d'un contentieux sériel. Si une telle jurisprudence peut effectivement faciliter l'intervention juridictionnelle des groupements dans les rapports de droit public, elle demeure pour l'instant circonscrite aux juridictions administratives et, plus précisément, aux recours pour excès de pouvoir introduits devant elles contre des actes réglementaires ou certaines décisions personnelles qui sont dites positives ou favorables pour leur destinataires¹⁴⁷⁶. Dans la mesure où elle concourt à la gestion des flux contentieux en permettant de limiter le dépôt de requêtes individuelles, cette jurisprudence serait tout à fait transposable à d'autres actions susceptibles d'être portées devant les juridictions administratives et judiciaires mais qui, motivées aussi par une atteinte indirecte à un intérêt collectif, pourraient tendre à la satisfaction immédiate de l'intérêt personnel d'un groupement ou même d'une personne appartenant à une catégorie visée par ces statuts.

555. La notion de « question de principe », qui est parfois évoquée pour filtrer les pourvois en cassation, pourrait alors être utilisée pour apprécier aussi les conditions d'accès devant les juridictions du fond et justifier d'assouplir des conditions d'appréciation de l'intérêt pour agir des groupements contre des décisions personnelles défavorables visant des tiers ou encore dans le cadre d'actions en responsabilité extracontractuelle exercées pour leur propre compte ou bien celui de tiers. De prime abord, rien ne garantit que la défiance des juridictions internes à l'égard de telles actions, défiance qui est imposée pour certaines d'entre elles par des normes supra-législatives, puisse céder aussi facilement que cela sous la pression du flux contentieux et des impératifs managériaux qu'il charrie. Comme cela sera montré plus

¹⁴⁷⁵ Cf Chapitre 1.

¹⁴⁷⁶ Sur la jurisprudence relative à l'intérêt pour agir contre ce type de décisions : Cf Chapitre 1 du titre 1 de la seconde partie.

avant, il fallut effectivement attendre que le législateur se mette à l'ouvrage pour introduire en droit français de nouvelles « actions collectives » qui, prenant aussi appui sur certains groupements privés, ont une fonction curative et préventive¹⁴⁷⁷. Toutefois, il ne faut pas non plus exclure l'hypothèse dans laquelle les juridictions internes, désinhibées en quelque sorte par le législateur et prenant au besoin appui sur l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la « bonne administration de la justice »¹⁴⁷⁸, se servent de cette jurisprudence pour compenser les nombreux angles morts de ces nouvelles procédures d'actions collectives ou pallier leur sous-utilisation. C'est ainsi en tant que leurs actions permettent de canaliser l'augmentation des requêtes individuelles que les groupements défendant des intérêts collectifs, ou du moins certains d'entre eux¹⁴⁷⁹, peuvent espérer voire accroître leurs possibilités d'intervention dans les rapports de droit public. Le risque serait toutefois de voir la promotion de ce type d'action servir de paravent à une limitation du droit d'accès au juge d'autres requérants, ceux-là même qui appartiennent aux groupes dont ces requérants privilégiés prétendent défendre les intérêts, ou même de simplement croire qu'elle est déjà suffisante pour le garantir puisque la montée en généralité dans l'appréciation juridictionnelle, qui est escomptée à l'occasion de telles actions, conduit à occulter la singularité de leurs différentes situations personnelles.

556. La participation au litige de groupements défendant un intérêt collectif présente encore un autre avantage pour le juge qui emploie une appréciation catégorielle pour statuer sur une requête tendant à défendre un intérêt individuel, qu'il ait été ou non incité à le faire par des tiers porteurs d'un intérêt collectif et qu'il cherche ou non à éviter ainsi les conséquences néfastes de la montée des singularités. En effet, elle lui apporte un éclairage indispensable lorsque la catégorie de bénéficiaires des droits qu'il prend en considération correspond à celle dont le groupement intervenant défend l'intérêt, mais aussi lorsque tel n'est pas le cas puisque le groupement peut alors discuter la pertinence des catégories employées, mettre à l'épreuve son raisonnement. Cette ouverture du débat contentieux ne permet alors pas seulement au juge d'éprouver la pertinence de l'appréciation juridictionnelle, de cadrer le litige, elle constitue aussi une source de légitimité supplémentaire pour sa propre décision. C'est même une forme de légitimation réciproque que produit cette participation des groupements défendant des intérêts collectifs à des litiges qu'ils n'ont pas eux-mêmes introduits puisque le juge appuie aussi en retour leur propre revendication à

¹⁴⁷⁷ Cf Seconde partie.

¹⁴⁷⁸ CC, n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons . n° 4.

¹⁴⁷⁹ Parfois présentée par la doctrine comme une notion fonctionnelle, la notion de bonne administration de la justice peut, avec Mme Rhita Bousta, être appréhendée matériellement comme l'application de la notion de « bonne administration », à savoir « l'adaptation équilibrée des moyens dont dispose l'administration » pour remplir ses objectifs, aux conditions dans lesquelles le service public de la justice est rendu (Sur la définition – construite de manière inductive – que l'auteure propose de la notion de « *bonne administration* », V. Rhita BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, n° 327-538, p. 167-257; Sur son lien matériel et ses différences avec la notion de bonne administration de la justice, V. *spéc.*, n° 483-490, p. 235-238). La régulation de l'accès au juge, des flux contentieux intéresse bien les conditions de réalisation de la « bonne administration de la justice » ainsi entendue dans la mesure où elle détermine la disponibilité des moyens nécessaires pour l'exécution du service public de la justice.

la représentativité en acceptant ainsi leur action incidente ou même en les sollicitant comme *amicus curiae* lorsque cette revendication se pare de la neutralité du sachant.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

557. Ainsi, la montée des singularités dans les rapports de droit public ne menace pas les actions collectives des groupements privés et ne les prive pas de toute utilité pour le jurislatureur. En effet, le volet de ce phénomène de rééquilibrage des rapports de droit public consistant dans la promotion des intérêts personnels conduit à les solliciter pour abattre les obstacles se dressant devant l'accès au juge. Quant à celui qui consiste dans la prise en compte de la singularité des titulaires de ces intérêts personnels et se traduit par une appréciation juridictionnelle hyper-contextualisée, non seulement, il ne fait pas disparaître le commun, c'est-à-dire ce qui sert de terreau aux intérêts collectifs supra-personnels dont la défense constitue leur raison d'être, mais il tend en plus à présenter la montée en généralité comme une nécessité pratique, c'est-à-dire finalement les actions collectives qui en constituent l'un des moteurs. Les actions collectives de ces groupements sont donc des rouages de la montée des singularités, mais d'une montée des singularités sous contrôle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

558. Au-delà des différents motifs conjoncturels qui ont pu présider à l'édiction de telles ou telles habilitations spéciales ou à telles ou telles interprétations libérales des conditions d'application des normes permettant d'agir en justice de la part des juridictions, il est possible de trouver un motif structurel commun au développement des différentes actions collectives des groupements privés. Ainsi, quelle que soit leur forme, elles remplissent finalement toutes une fonction correctrice qui se retrouve notamment dans le rôle ambivalent qu'elles peuvent jouer à l'égard de la montée de la singularité dans les rapports de droits public

CONCLUSION DU TITRE 1

559. L'étude des fondements juridiques et non-juridiques des actions collectives des groupements privés en droit public français a donc permis de saisir, d'une part, ce qui fait la spécificité de telles actions et ne permet pas de les intégrer totalement au modèle individualiste de l'action en justice qui est aujourd'hui promu, mais aussi, d'autre part, de comprendre pourquoi de telles anomalies ont pu tout de même se développer. Imposant au juge de se détacher de la seule situation personnelle du requérant et, éventuellement, de s'intéresser à l'atteinte qu'a pu subir une catégorie entière de personnes, ces actions

présentent pour le jurislatureur une vertu correctrice qui lui permet actuellement de faire face notamment aux exigences qu'impose la montée des singularités et aux conséquences qu'elle provoque sur le fonctionnement des juridictions. Les actions collectives des groupements privés apparaissent ainsi comme des anomalies qui sont admissibles pour le jurislatureur dès lors qu'elles permettent de corriger des dysfonctionnements, la protection lacunaire dont peuvent bénéficier certains intérêts collectifs et les intérêts personnels qui leur sont liés n'étant alors qu'une forme de dysfonctionnement auquel de telles actions permettent de remédier.

TITRE 2 : Le développement contrarié de l'action collective des groupements privés

560. L'étude des limites auxquelles les groupements privés se heurtaient – et d'ailleurs se heurtent toujours - pour exercer les différentes actions collectives qui existaient avant 2014 tend à confirmer, après celle de leurs fondements, que le renforcement de l'effectivité de la protection des intérêts collectifs et des intérêts personnels qui leur sont liés n'est pas la seule préoccupation du jurislature lorsqu'il encadre l'action collective en droit public français. En effet, ces limites paraissent plutôt inspirées tantôt par la volonté d'obtenir une protection des intérêts collectifs qui pourrait être qualifiée d'« équilibrée », c'est-à-dire une protection qui ne permette pas seulement de garantir l'effectivité des normes visant ces intérêts mais qui assure un équilibre entre l'intérêt attaché au respect de celles-ci - ce qui est d'ailleurs déjà en soi aussi une forme d'intérêt collectif supra-personnel¹⁴⁸⁰ - et ceux que de telles actions pourraient éventuellement heurter¹⁴⁸¹ (Chapitre 1), tantôt par la crainte de voir le collectif l'emporter sur l'individu (Chapitre 2).

¹⁴⁸⁰ Cf. Introduction.

¹⁴⁸¹ Il peut alors s'agir évidemment des intérêts des défenseurs potentiels, mais aussi de ceux des autorités publiques et des groupements dont le rôle de défenseurs légitimes de certains intérêts collectifs pourrait être mis en cause par le développement et l'ouverture d'actions collectives.

CHAPITRE 1 : Une protection équilibrée des intérêts collectifs

561. En elle-même, la limitation de l'action collective des groupements privés n'est pas incompatible avec la recherche d'une meilleure protection des intérêts collectifs. Il semble d'ailleurs préférable de la limiter pour améliorer une telle protection tant en raison de la nature de ces requérants que de la nature juridictionnelle de cette action. En effet, d'une part, il faut s'assurer de la capacité de ces requérants à exercer ce type d'action ainsi que de leur sincérité. A cet égard, le risque de détournement des structures syndicales ou associatives ainsi que de l'action qui lui est associée est patent puisqu'il apparaît comme le revers de la liberté de se regrouper à titre permanent pour défendre des intérêts collectifs. Dès lors, aux fins de prévenir de tels détournements qui pourraient être préjudiciables à une défense effective des intérêts collectifs, le jurislatureur est bien contraint de filtrer les groupements admis à agir. D'autre part, si l'action collective des groupements privés est pour partie justifiée par l'impéritie des autorités publiques habilitées à défendre en justice des intérêts collectifs supra-personnels, l'institution juridictionnelle est aussi un canal traditionnel de régulation dont l'efficacité fut - et est d'ailleurs toujours - parfois contestée. Par là même, ce n'est pas seulement l'utilité de l'action juridictionnelle, y compris lorsqu'elle est introduite par des groupements privés, qui semble être mise en cause mais aussi, dans une certaine mesure, la possibilité même pour ces groupements de l'exercer.

562. Toutefois, en étudiant les obstacles que les groupements privés peuvent rencontrer pour accéder au juge et intervenir dans les rapports de droit public, il apparaît que d'autres considérations président parfois à la limitation de l'action collective. Ce n'est alors pas la volonté du jurislatureur d'améliorer la protection des intérêts collectifs qui vient contenir la dynamique de l'action collective, mais plutôt sa volonté de parvenir à une protection équilibrée desdits intérêts, celle-ci lui étant d'ailleurs parfois imposé puisque les détournements précédemment évoqués pourraient aussi avérer préjudiciables pour les droits et libertés des personnes susceptible de se trouver en position de défendeur¹⁴⁸². Ainsi, les nombreuses exigences de filtrages que le jurislatureur a pu imposer directement ou indirectement aux groupements privés ne se révèlent pas toutes adéquates pour garantir une protection effective des intérêts collectifs et, en tout état de cause, ne semblent pas toutes exclusivement inspirées par un tel objectif (Section 1). Cette recherche d'une protection équilibrée des intérêts collectifs, plus que d'une protection effective, n'est pas non plus toujours étrangère au redéploiement des fonctions contentieuses en dehors de l'institution juridictionnelle qui, sans réellement menacer l'activité contentieuse des groupements privés, y compris lorsqu'elle prend une forme juridictionnelle, peut au moins lui imposer de se renouveler (Section 2).

¹⁴⁸² Ainsi, lorsqu'il a dû se prononcer sur l'atteinte éventuelle que l'ouverture de l'action civile aux associations agréées de lutte contre la corruption pouvait provoquer au « droit à une procédure juste et équitable » et aux « droits de la défense » garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a relevé, pour écarter le grief comme manquant en fait, les nombreux obstacles, juridiques et même non-juridiques, que de tels groupements devaient franchir pour mettre en mouvement l'action publique (CC, n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. n° 5). Ce faisant, le filtrage des groupements dont il sera ici question apparaît, au moins devant les juridictions pénales, comme une garantie de droits constitutionnellement protégés.

SECTION 1 : La sélection des groupements privés habilités à exercer une action collective

563. La sélection des groupements privés peut avoir différentes sources puisque l'habilitation des groupements à défendre des intérêts collectifs, à en proposer une définition éventuellement en lieu et place des organes qui sont en principe habilités à le faire, peut être aussi bien d'origine légale, réglementaire que jurisprudentielle. Ce filtrage n'est pas seulement direct, c'est-à-dire qu'il ne procède pas uniquement de normes qui imposent des exigences ayant pour finalité immédiate de filtrer l'accès au juge des groupements privés défendant des intérêts collectifs (§1), il peut être aussi indirect (§2).

§1- Le filtrage direct de l'action collective des groupements privés

564. Parmi les exigences permettant de filtrer directement l'action des groupements défendant des intérêts collectifs, il faut faire le départ entre les critères qui sont communs à toutes les voies de droit que les groupements privés sont susceptibles d'employer devant les juridictions internes pour intervenir dans des rapports de droit public (A) et ceux qui ne sont propres qu'à certaines d'entre elles (B).

A- Les exigences communes aux différentes voies de droit

565. Quelle que soit la voie de droit que les groupements défendant des intérêts collectifs souhaitent employer pour intervenir dans des rapports de droit public, ils se trouvent soumis à une exigence de légalité - entendue au sens large - (2), d'adéquation entre l'intérêt collectif qu'ils prétendent défendre et la lésion motivant leur requête (3) et leur représentant doit avoir été dûment habilité à exercer l'action en justice en leur nom (1). Si de telles exigences sont communes aux juridictions administratives et judiciaires, leur appréciation, en ce qu'elle impose de se tourner notamment vers l'objet social de l'association ou du syndicat, permet en revanche de singulariser le traitement des actions motivées par l'atteinte à un intérêt collectif lorsqu'elles sont introduites par des groupements privés¹⁴⁸³. Leur mise en œuvre devant les

¹⁴⁸³ En effet, contrairement à ce qu'a pu conclure M. René Hostiou après avoir analysé la jurisprudence administrative, plus familière des actions motivées par l'atteinte à un intérêt collectif avec le contentieux de l'excès de pouvoir, il y a bien une différence de traitement entre les requêtes défendant un intérêt collectif et celles de personnes physiques défendant un intérêt individuel ou même d'ailleurs collectif (René HOSTIOU, « Le contentieux associatif devant les juridictions administratives », in Jean-Claude HELIN, René HOSTIOU (dir.), *Les associations, l'environnement et le droit*, Paris, Economica, coll. « Travaux et recherches. Série Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes », 1984, p. 87-88). Toutefois, cette spécificité de l'appréciation de l'intérêt pour agir ne doit pas être recherchée dans le caractère collectif de l'intérêt défendu mais plutôt dans la nature même du requérant, à savoir une personne morale qui ne peut pas être traitée de la même façon par le juge qu'une personne physique. En effet, en prenant appui sur le contrôle de cassation opéré par le Conseil d'État en la matière, il est possible de décomposer l'appréciation de l'intérêt pour agir des groupements défendant des intérêts collectifs en deux étapes qui ne sont pas transposables aux requêtes émanant de personnes physiques. En premier lieu, le juge détermine l'objet social du groupement, puis il apprécie si celui-ci est de nature à rendre la requête recevable, ce qui a lieu dans le contentieux de l'excès de pouvoir lors de la vérification de l'adéquation entre l'objet social et la décision attaquée. Chacune de ces deux étapes

juridictions administratives place d'ailleurs au passage le juge dans une situation peu habituelle, et quelque peu inconfortable, car elle le contraint finalement d'interpréter, voire d'apprécier la légalité, d'un acte privé.

1- La vérification du pouvoir d'agir en justice

566. Compte tenu de leur nature même de personnes morales, les groupements privés ne peuvent agir en justice que dans le cadre d'une représentation *ad agendum* et, même si la polysémie du terme qualité pour agir n'aide pas forcément à s'y retrouver, le contrôle de l'intérêt donnant qualité pour agir par le juge administratif ou le juge judiciaire doit bien être distingué de celui portant la qualité pour agir de ses représentants, c'est-à-dire sur le pouvoir d'agir au nom de la personne morale. En l'absence de dispositions légales similaires à celles existantes pour les sociétés commerciales par exemple, le juge est alors contraint de se tourner vers les statuts du groupement pour vérifier le respect de cette condition de recevabilité. Le caractère privé de l'acte en question n'a toutefois pas arrêté le juge administratif qui, partant du principe qu'il dispose d'un large pouvoir pour contrôler la recevabilité de la requête qui le saisit, estime qu'il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle pour identifier la personne habilitée à agir en justice¹⁴⁸⁴ ou même apprécier la régularité de son habilitation¹⁴⁸⁵. En revanche, estimant qu'il quitte alors le terrain de la recevabilité pour s'aventurer dans le fonctionnement interne du groupement, le juge administratif refuse d'apprécier la régularité des conditions dans lesquelles l'organe représentant, habilité à agir en justice en vertu des statuts, a pu être désigné¹⁴⁸⁶.

567. Les conditions d'appréciation de cette condition de recevabilité ne pas neutre quant aux fonctionnement interne du groupement et contribue bien au filtrage des recours car, selon l'organe qui est reconnu compétent pour agir en justice, selon qu'une habilitation de l'organe délibérant est ou non obligatoire, elles peuvent conduire à exiger une unité de vue et d'action au sein de la personne morale ou bien à faciliter, si ce n'est banaliser, l'action en justice de sa part¹⁴⁸⁷. Face au silence des statuts sur l'identité de l'organe habilité à engager le groupement en justice, le Conseil d'État a adopté une position fluctuante pour finir par rejoindre à nouveau celle du juge judiciaire. Ainsi, dans un premier temps, il a estimé que le fait que les statuts désignent l'organe exécutif de l'association ou du syndicat comme son représentant en justice ou même simplement dans les actes de la vie civile était suffisant pour considérer qu'il avait le

donne alors lieu à un contrôle différent de la part du Conseil d'État lorsqu'il statue comme juge de cassation. Ainsi, tandis que l'objet statuaire est déterminé souverainement par les juges du fond à partir de leur interprétation des statuts, l'adéquation avec la décision attaquée donne lieu à un contrôle de la qualification juridique des faits.

¹⁴⁸⁴ CE, 4 mars 1935, Rec. Lebon, p. 274 ; CE, Ass., 21 juillet 1972, *Union interfédérale des syndicats des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*, Rec. Lebon, p. 584.

¹⁴⁸⁵ CE, 22 octobre 1965, *Dlle Boissière*, Rec. Lebon, p. 547.

¹⁴⁸⁶ CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n° 230804.

¹⁴⁸⁷ Fabien RAYNAUD, Pascale FOMBEUR, « Qualité pour ester en justice de l'organe tenant des statuts le pouvoir de représenter en justice l'association ou le syndicat », *AJDA*, 1998, p. 413.

pouvoir d'engager une action au nom du groupement¹⁴⁸⁸, l'habilitation spéciale de l'organe délibérant n'étant nécessaire que si elle était prévue expressément par les statuts ou en cas de silence sur l'organe représentant. Les jurisprudences des juridictions administratives et judiciaires étaient alors concordantes¹⁴⁸⁹ à ceci près que les premières acceptaient de s'appuyer sur les statuts n'ayant pas fait l'objet d'une publication régulière¹⁴⁹⁰. Néanmoins, dans un deuxième temps, le Conseil d'État a retenu une appréciation plus stricte en estimant qu'une habilitation générale à représenter le groupement privé n'était pas suffisante et entraînait l'obligation d'obtenir une habilitation spéciale de la part de l'organe délibérant¹⁴⁹¹, pour revenir, finalement, à sa première position¹⁴⁹², se contentant d'une habilitation à le représenter « dans les actes de la vie civile »¹⁴⁹³.

2- L'exigence de légalité *lato sensu* du groupement privé

568. Le champ de l'objet légalement admissible est plus ou moins large selon les formes des groupements privés. Ainsi, tandis que les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association se bornent à prohiber un but lucratif ainsi que « toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement », les dispositions législatives applicables aux syndicats professionnels, qui doivent être appliquées en combinaison avec celles relatives aux contrats et obligations¹⁴⁹⁴, sont plus précises en ce qu'elles imposent aux groupements d'avoir « exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts »¹⁴⁹⁵. Cette condition de légalité, entendue au sens large, peut être comptée au nom des critères de filtrage des actions des groupements dans la mesure où elle n'est pas simplement un motif de dissolution judiciaire ou même administrative mais aussi d'irrecevabilité de leur requête.

569. La formulation relativement vague de certaines de ces conditions de légalité peut alors apparaître comme un moyen commode d'évincer des groupements trop subversifs, d'aseptiser le cadre dans lequel ils peuvent formuler leurs revendications de représentativité. La mise en œuvre de ce critère de filtrage dépend en réalité du contexte normatif et notamment de l'étendue de la liberté de se regrouper à titre

¹⁴⁸⁸ C'est ce qui ressortait - implicitement - de l'arrêt *Nevers* du 29 juillet 1953 pour les syndicats (CE, 29 juillet 1953, *Nevers*, Rec. Lebon, p. 423) et l'arrêt *Association communale de chasse agréée de Bonvillard* du 5 juillet 1985 pour les associations (CE, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 5 juillet 1985, *Association communale de chasse agréée de Bonvillard*, n^{os} 35571, 35920).

¹⁴⁸⁹ Soc., 26 novembre 1975, Bull. Soc. n^o 562, p. 475 ; Civ. 2, 1^{er} décembre 1993, *M^{me} Illy-Meffre*, JCPG, 1994, IV, n^o 328).

¹⁴⁹⁰ *Comp.* CE, 2 juin 1965, *Antoine*, Rec. Lebon, p. 332 et Crim., 27 mars 1984, Bull. crim. n^o 128 ; Soc., 17 mars 1980, Bull. Soc. n^o 263.

¹⁴⁹¹ CE, 1^{ère} et 4^e sous-sections réunies, 8 février 1989, *Comité de défense du chemin de ronde de Damgan*, n^o 44566 ; CE, 7 avril 1993, *Groupes autonomes de l'enseignement public*, Rec. Lebon T., p. 944.

¹⁴⁹² CE, Sect., 3 avril 1998, *Fédération de la plasturgie*, n^o 177962.

¹⁴⁹³ CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 27 juin 2016, *Syndicat régional CFDT santé sociaux de Corse*, n^o 388758.

¹⁴⁹⁴ Chambre mixte, 10 avril 1998, n^o 97-13.137

¹⁴⁹⁵ Art. L. 2131-1 du code du travail.

permanent pour défendre un intérêt collectif, que ce soit sous la forme d'une association ou d'un syndicat, et de son niveau de protection comme en témoigne l'évolution que connurent les groupements d'agents publics pour lesquels cette liberté fut longtemps parcellaire voire, pour certains d'entre eux, totalement inexistante.

570. L'idée corporative n'est pas apparue chez les agents publics avec la loi de 1884, ni celle de 1901. Elle se diffusa, comme dans d'autres pans de la société, au cours du XIX^e siècle au travers de journaux et put incuber au sein de ces interstices de libertés que représentaient les sociétés de secours mutuel¹⁴⁹⁶. La loi de 1884 apparaissait en revanche pour certains d'entre eux comme un moyen d'obtenir une amélioration de leur condition sociale ainsi que d'organiser un contre-pouvoir efficace pour lutter contre les passe-droits rythmant alors les carrières administratives. L'interprétation restrictive que la Cour de cassation retint d'emblée des notions d'« intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles » mentionnées alors à l'article 3 de la loi de 1884¹⁴⁹⁷ ne suffit pas à clore le débat sur son applicabilité aux agents publics, en particulier pour ceux que la diversification progressive des missions de la puissance publique plaçait dans une situation identique à celle de salariés privés, entraînant même la chute du ministère Perrier qui échoua à faire condamner par l'Assemblée la constitution de syndicats de cheminots en 1894. Dans le contexte d'ébullition sociale qui marqua les premières décades du XX^e siècle¹⁴⁹⁸, l'écho que rencontrait cette revendication chez les fonctionnaires, ainsi que les modes d'action de certains d'entre eux¹⁴⁹⁹, avaient de quoi inquiéter la jeune III^e République qui, alors que la querelle religieuse n'était pas tout à fait soldée, se trouvait ainsi prise entre le marteau et l'enclume et ne pouvait même pas espérer se reposer sur la solidité des dogmes censés fonder sa légitimité.

571. En effet, à cette ébullition sociale au sein de la fonction publique répondit une effervescence doctrinale qui vit s'affronter les opposants et les défenseurs de la liberté syndicale dont la reconnaissance ne semblait pas seulement mettre en péril le principe hiérarchique au sein de l'administration mais, au-delà, l'autorité du législateur républicain que ce principe permettait de garantir. M. Guillaume Sacriste y voit ainsi un moment de polarisation du champ scientifique de la doctrine constitutionnelle entre les professeurs parisiens faisant office de « légistes de l'Etat républicain » et certains professeurs de droit public provinciaux à l'origine de ce qu'il nomme une « sorte de révolution conservatrice au sein du champ doctrinal »¹⁵⁰⁰. Les positions n'étaient toutefois pas fixes. En effet, certains révisèrent leur opinion au fil

¹⁴⁹⁶ Jeanne SIWEK-POUYDESSEAU, *Le syndicalisme des fonctionnaires jusqu'à la guerre froide*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1989, p. 20-28.

¹⁴⁹⁷ Cass, 27 juin 1885.

¹⁴⁹⁸ Il faut avoir en mémoire la grève générale de Saint-Petersbourg en 1905, les heurts du 1^{er} mai 1906 en France et, en octobre de la même année, l'adoption lors du neuvième congrès de la CGT de ce qui fut appelé plus tard « la charte d'Amiens » (Sur les conditions d'adoption, les influences et la postérité de la « Charte d'Amiens », V. notamment Jacques JULLIARD, « La charte d'Amiens, cent ans après. Texte, contexte, interprétations », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2006, p. 5).

¹⁴⁹⁹ Il suffit de se rappeler ici des grèves, par exemple, des facteurs parisiens le 11 avril 1906 et même des policiers lyonnais entre le 16 et le 24 mai 1905.

¹⁵⁰⁰ Guillaume SACRISTE, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2011, p. 426-451.

du temps à mesure que le mouvement prenait de l'ampleur comme Louis Rolland¹⁵⁰¹ ou Léon Duguit. Ce dernier, après avoir usé de son droit de réponse pour désavouer la récupération qu' Aimé Berthod avait faite de sa critique de la souveraineté étatique pour défendre le syndicalisme fonctionnariste¹⁵⁰², puis avoir été lui-même interpellé par Bonnard¹⁵⁰³, reconnut finalement qu'il s'agissait là d'un « mouvement profond et intense, que le législateur ne [pouvait] ni entraver, ni même diriger », y trouvant même l'un des contrepoids à l'omnipotence des gouvernants¹⁵⁰⁴. En outre, de part et d'autre de ce spectre doctrinal, les positions étaient loin d'être homogènes. Ainsi, du côté des opposants, Berthélemy prenait soin de distinguer les « fonctionnaires d'autorité » et les « fonctionnaires de gestion », les premiers, en tant que « dépositaires de quelque partie de l'autorité publique », étant les seuls à ne pouvoir ni se coaliser aux termes de l'ancien article 123 du code pénal, ni se syndiquer¹⁵⁰⁵. Quant aux zéloteurs de la cause syndicale des fonctionnaires, ils n'étaient pas tous, et c'est peu dire, de farouches partisans de la lutte des classes. Ainsi, Maurice Hauriou n'avait pas de mots assez durs pour condamner l'immixtion de l'esprit lutte des classes que charriait, selon lui, la loi de 1884 dans la hiérarchie administrative et qui était bien éloigné de l'organisation pacifiée des corporations d'antan dont cette hiérarchie était d'ailleurs pour lui le dernier témoignage¹⁵⁰⁶. Quant à Duguit, il ne revint sur sa position initiale qu'après avoir bien pris soin de distinguer la constitution de syndicats de fonctionnaires de ce « crime contre le service public » que constituait pour lui la grève et avoir inscrit ce mouvement dans le cadre de la division du travail social plutôt que dans celui de la lutte des classes¹⁵⁰⁷.

572. Le choix de la forme syndicale n'était pas seulement celui de l'illégalité comme l'affirmèrent ensuite de concert la Cour de cassation¹⁵⁰⁸ et le Conseil d'État¹⁵⁰⁹. Il apparaissait surtout comme un signe d'allégeance à la Confédération générale du Travail et une adhésion à la doctrine du syndicalisme intégral, c'est-à-dire finalement comme une déclaration de guerre adressée à l'État-Patron¹⁵¹⁰, même si la position

¹⁵⁰¹ Louis ROLLAND, « Chronique administrative : Le projet de loi sur les associations de fonctionnaires », *RDP*, 1907, p. 15 ; « Chronique administrative : Les deux grèves des postes et le droit public », *RDP*, 1909, p. 287.

¹⁵⁰² Léon DUGUIT, « Les syndicats de fonctionnaires », *Revue politique et parlementaire*, 1906, p. 28.

¹⁵⁰³ Roger BONNARD, « Chronique administrative », *RDP*, 1907, p. 481.

¹⁵⁰⁴ Léon DUGUIT, « Le syndicalisme », *Revue politique et parlementaire*, 1908, p. 472.

¹⁵⁰⁵ Henri BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^e édition, 1913, p. 47 ; V. aussi le débat ayant opposé Berthélemy et Ferdinand Larnaudé lors de la séance du 16 mai 1905 devant la Société générale des prisons : *Bulletin de la société générale des prisons*, juin 1906 p. 817 et s.

¹⁵⁰⁶ Il concluait alors que « jamais le syndicat de fonctionnaires ne sera possible, du moins avec le type actuel du syndicat professionnel » (Maurice HAURIOU, « Note sous CE, 13 janvier 1922, *Boisson et syndicat national des agents des contributions indirectes* », *S.*, 1922, III, p. 2).

¹⁵⁰⁷ Sur la position de Duguit à l'égard des syndicats de fonctionnaires, V. Jean-Michel BLANQUER, Marc MILET, *L'invention de l'État : Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 201-204 et p. 223-225 ; Evelyne PISIER, *Le service public dans la théorie de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », t. XV, 1975, p. 233-235.

¹⁵⁰⁸ *Crim.*, 14 mai 1908, *D.*, 1909, 1, p. 133.

¹⁵⁰⁹ CE, 13 janvier 1922, *Boisson et Syndicat national des agents des contributions indirectes*, *Rec. Lebon*, p. 37.

¹⁵¹⁰ Sur ce point, la démonstration de Berthélemy devant la Société générale des prisons se voulait implacable à défaut d'être nuancée : « Le syndicat sans la grève ! quelle chimère, quelle utopie, laissez-moi dire quelle naïveté ! On peut défendre le syndicat. Mais peut-on interdire la grève ? Va-t-on décider qu'on emprisonnera les fonctionnaires qui démissionneront en masse ? De quelle sanction disposerez-vous ? Si la préparation de la grève est facilitée, c'en est fait ! La grève est inévitable. Le seul moyen, non de prohiber, mais d'éviter la grève, c'est d'empêcher l'entente. Le seul moyen d'empêcher l'entente, c'est de

des différents groupements de fonctionnaires réclamant le bénéfice de la loi de 1884 était en réalité loin d'être homogène sur ce point¹⁵¹¹ et qu'ils furent toujours tiraillés entre la défense corporative et la lutte des classes au côté de forces politiques qui voulaient abattre l'Etat auquel ils étaient intégrés¹⁵¹². À partir de 1901, la généralité des termes de la loi sur la liberté d'association offrit un nouveau débouché au mouvement des fonctionnaires. La forme associative avait aussi les faveurs des gouvernements¹⁵¹³ qui, en parallèle du cortège de dissolutions et de condamnations frappant le mouvement syndical, optèrent pour une stratégie d'intégration en mettant aussi sur l'ouvrage des projets de statuts, plus ou moins restrictifs pour les groupements, censés permettre aux fonctionnaires de se prémunir contre ces abus de la hiérarchie qui avaient eu un effet catalytique sur l'esprit corporatif. Cet usage de la liberté d'association, conforté par la reconnaissance de la licéité d'associations de fonctionnaires par les jurisprudences administratives¹⁵¹⁴ et judiciaires¹⁵¹⁵ mais qui ne faisait toutefois pas non plus l'unanimité chez les légistes républicains¹⁵¹⁶, venait ainsi fracturer le mouvement des fonctionnaires entre des groupements associationnistes et des groupements syndicalistes, mais il n'empêchait pas que les premiers pussent servir de fil conducteur à la grève générale¹⁵¹⁷, ni ne parvint à canaliser les velléités des seconds. Si les rapports avec le mouvement syndical se pacifièrent un peu après la première Guerre mondiale, et en particulier après la victoire du cartel des Gauches¹⁵¹⁸, aucune extension de la liberté syndicale ne fut obtenue par les fonctionnaires, ni même un statut général, qui était un projet auquel même certaines des organisations les

proscrire le syndicat ». Un tel raccourci se retrouve aussi, au moins implicitement, sous la plume d'Esmein (Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Léon Tenin, 6^e édition, 1914, p. 700) ainsi que dans l'interprétation systémique que Maurice Hauriou faisait des dispositions de la loi de 1884 dans sa note sous l'arrêt *Boisson* (Maurice HAURIOU, « Note sous CE, 13 janvier 1922, *Boisson et syndicat national des agents des contributions indirectes* », S., 1922, III, p. 1).

¹⁵¹¹ Jeanne SIWEK-POUYDESSEAU, *op.cit.*, p. 120-191.

¹⁵¹² Danièle LOCHAK, « Les syndicats dans l'État ou les ambiguïtés d'un combat » in CURAP, *L'actualité de la Charte d'Amiens*, 1987, p. 121.

¹⁵¹³ Le droit pour les fonctionnaires civils de constituer de telles associations devait ainsi être reconnu par les projets de loi du 11 mars 1907, du 25 mai 1909 et du 30 juin 1910 qui n'ont toutefois pas abouti (Sur ces projets de lois, V. Adhémar ESMEIN, *op.cit.*, p. 706-708).

¹⁵¹⁴ CE, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils*, Rec. Lebon, p. 1016 ; CE, 1^{er} juillet 1910, *Empis*, Rec. Lebon, p. 544 ; CE, 10 novembre 1911, *Mouton*, Rec. Lebon, p. 1022.

¹⁵¹⁵ Civ., 4 mars 1913, *Cardinal Luçon c. Association fraternelle des institutrices de la Marne*, DP, 1913, I, p. 321.

¹⁵¹⁶ La constitution de telles associations était alors regardée par certains d'entre eux comme un moyen de simplement contourner l'interdiction de constituer des syndicats au mépris alors de l'article 21 de la loi du 1^{er} juillet 1901 disposant notamment qu'« il n'est en rien dérogé pour l'avenir aux lois spéciales relatives aux syndicats professionnels, aux sociétés de commerce et aux sociétés de secours mutuels » Là encore les positions des uns et des autres n'étaient pas tout à fait homogènes. Tandis que Chavegrin condamnait sans appel la création de telles associations (Ernest CHAVEGRIN, « Note sous Paris 4 janvier 1911 », S., 1912, 2, 1), Esmein, tout en considérant qu'il était inadmissible que les fonctionnaires pussent constituer des « associations en vue de défendre, de sauvegarder leurs intérêts en tant que fonctionnaires, au besoin contre l'administration » (Adhémar ESMEIN, *op.cit.*, p. 702), admettait que les jurisprudences judiciaire et administrative reconnaissant leur légalité pouvaient trouver « quelque base dans les textes ». Il estimait aussi qu'elles avaient tracé une frontière entre « la défense des intérêts de carrière », entendue comme « la défense des garanties promises à l'ensemble du personnel par la législation en vigueur », et celle de la « fonction » qui, elle, devait rester exclusivement soumise à la hiérarchie, mais il semblait alors craindre que cette frontière soit un jour effacée par « la tendance du Conseil d'État à abaisser progressivement les barrières qui ferment l'accès de son prétoire aux actions qui réalisent le contrôle juridictionnel des actes de l'administration » (Adhémar ESMEIN, *op.cit.*, p. 705-706).

¹⁵¹⁷ Adhémar ESMEIN, *op.cit.*, p. 704.

¹⁵¹⁸ Ils étaient en effet peu au goût de la « chambre bleu horizon » issue des élections de 1919 et nombre d'entre eux s'impliquèrent en revanche dans la campagne de 1924 en faveur du cartel des gauches.

plus vindicatives finirent par se rallier¹⁵¹⁹. En lieu et place, ils ne pouvaient bénéficier, d'une part, que d'une reconnaissance *de facto* de la part de certaines majorités et, d'autre part, des garanties jurisprudentielles parcellaires que l'activisme contentieux des associations de fonctionnaires avait, pour partie, permis de consacrer¹⁵²⁰. Il fallut alors attendre la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires¹⁵²¹, adoptée à l'unanimité par la seconde Assemblée nationale constituante, pour que les fonctionnaires civils puissent bénéficier tant d'un statut général que de la liberté syndicale, qui était par ailleurs une liberté garantie, sans distinction aucune, par le Préambule de la nouvelle Constitution promulguée le 27 octobre 1946. Partant de là, la liberté syndicale put même être ensuite admise *praeter legem* pour les magistrats judiciaires qui ne sont pourtant pas soumis à ce statut général¹⁵²².

573. Il subsistait toutefois toujours une poche d'illégalité pour les militaires en activité auxquels la loi interdisait explicitement de créer ou d'adhérer à des « groupements professionnels militaires à caractère syndical » jugés « incompatibles avec les règles de la discipline militaire »¹⁵²³. Une telle prohibition, si elle n'a pas empêché le développement du phénomène associatif au sein de l'institution militaire et pouvait même être aisément contournée par la constitution d'associations composés de conjoints de militaires en activité¹⁵²⁴, entraînait tout de même corrélativement l'irrecevabilité des recours contentieux introduit pas les groupements composés de militaires en activité ayant pour objet de défendre leurs intérêts professionnels, y compris lorsqu'ils adoptaient une forme associative¹⁵²⁵. Le caractère absolu de cette prohibition générale ne survécut toutefois pas au contrôle de la Cour européenne des droits l'homme qui, démentant au passage le Conseil d'État français, y vit une violation des stipulations de l'article 11 de la CESDHLF dans plusieurs arrêts du 2 octobre 2014¹⁵²⁶. Une réflexion fut alors engagée sur la reconnaissance non pas d'un droit syndical mais d'un « droit d'association professionnelle adapté à l'état militaire »¹⁵²⁷, sans même attendre une hypothétique - et peu probable - infirmation par un arrêt de Grande Chambre¹⁵²⁸ et le législateur, s'inscrivant pour partie dans le sillon des réflexions conduites dans le cadre

¹⁵¹⁹ Sur la place du statut parmi les revendications syndicales à la veille de la Seconde guerre mondiale, V. Jeanne SIWEK-POUYDESSEAU, *op.cit.*, p. 233-247.

¹⁵²⁰ Max QUERRIEN, « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'État dans l'élaboration du statut de la fonction publique », Conseil d'État, *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Paris, Sirey, 1952, p. 311 ; V. Olivier BEAUD, « Les associations professionnelles des ministères et les recours juridictionnels (1906-1914). Essai de sociologie de droit administratif », *RRJ*, 1983, p. 555.

¹⁵²¹ Jacques CHEVALLIER, « Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable », *La revue administrative. Histoire-Droit-Société*, 1996, Le cinquantenaire du statut de la fonction publique, p. 7.

¹⁵²² CE, Sect., 1^{er} décembre 1972, *Mlle Obrego*, n° 80195 (*sol. implicite*).

¹⁵²³ Art. 10 de la loi du 13 juillet 1972 puis l'art. L. 4121-4 du code de la défense ; CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 26 septembre 2007, n° 263747.

¹⁵²⁴ Clara BACCHETTA, « La liberté d'association professionnelle dans les armées », *Les Champs de Mars*, 2001, p. 73.

¹⁵²⁵ CE, Sect., 11 décembre 2008, *Association de défense des droits des militaires (ADEFDROMIL)*, n°s 307405, 307403 et 306962.

¹⁵²⁶ CEDH, 2 octobre 2014, *Matelby c. France*, n° 10609/10 ; CEDH, 2 octobre 2014, *ADEFDROMIL c. France*, n° 32191/09.

¹⁵²⁷ Bernard PECHEUR, Alexandre LALLET, *Le droit d'association professionnelle des militaires*. Rapport à M. le Président de la République, 18 décembre 2014, p. 4.

¹⁵²⁸ Le rapport *Pêcheur* exposait alors que la seule demande de renvoi devant la Grande Chambre avait peu de chance de prospérer dans la mesure où, notamment, la condamnation de la France par ses arrêts, dont le dispositif avait été adopté à l'unanimité par la chambre, s'inscrivait de toute façon dans le sillage de l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008 (CEDH, (G.C.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97) qui avait condamné toute privation absolue du

du rapport *Pêcheur*, intervint finalement pour autoriser la création par les militaires d'active et leur adhésion à des associations professionnelles nationales de militaires¹⁵²⁹. Ces associations nationales, quoique rentrant en principe dans le champ de la loi de 1901¹⁵³⁰, sont soumises à un régime plus rigoureux puisque la loi encadre leur objet en le confinant à la préservation et à la promotion des « intérêts des militaires en ce qui concerne la condition militaire »¹⁵³¹, leur composition, en imposant qu'elles soient exclusivement composées de militaires¹⁵³², et fait de la violation des dispositions législatives spéciales les régissant un motif supplémentaire de dissolution judiciaire¹⁵³³.

3- L'exigence d'adéquation

574. L'adéquation qui est exigée pour que les groupements se voient reconnaître un intérêt pour agir s'apprécie en mettant en rapport leur propre objet statutaire et la lésion motivant leur requête. Cette exigence d'adéquation, qui peut être posée par le législateur, à charge ensuite pour le juge d'en assurer le respect, ou par le juge lui-même, est plus ou moins stricte selon la délimitation qui est retenue des lésions susceptibles de motiver la requête (a) et de l'objet social dont les groupements peuvent se prévaloir sur le plan spatial et matériel (b).

a- La source de la lésion susceptibles de motiver la requête

575. Qu'elle résulte d'un acte juridique ou non juridique, la lésion qui est évoquée par les différentes habilitations législatives et jurisprudentielles constitue toujours un manquement au moins accessoire à une norme dont la finalité, médiate ou immédiate, correspond à l'intérêt du groupe que le groupement privé s'est donné pour objet de défendre. Les lésions susceptibles de motiver les requêtes des groupements privés exerçant des actions collectives devant les juridictions judiciaires (i) et administratives (ii) peuvent ensuite être limitées plus ou moins précisément et strictement selon les domaines dans lesquels elles interviennent.

droit syndical pour les forces armées. Elle était même inopportune selon les auteurs du rapport en ce qu'elle pouvait apparaître, pour les militaires, comme un signe de crispation des pouvoirs publics ou de méfiance à leur endroit et, du point de vue de la Cour, comme une manœuvre dilatoire. Enfin, cette demande aurait créé une « fenêtre d'insécurité juridique » pour les juridictions administratives et un refus - plus que probable - aurait mis le Gouvernement et l'institution militaire « dans une position moralement inconfortable » (Bernard PECHEUR, *rapport.précit.*, p. 30-32)

¹⁵²⁹ Art. 9 à 11 de la loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.

¹⁵³⁰ Art. L. 4126-1 du code de la défense.

¹⁵³¹ 1^{er} alinéa de l'article L. 4126-1 du code de la défense.

¹⁵³² Second alinéa de l'article L. 4126-1 du code de la défense. Il s'agit plus précisément, aux termes de l'article L. 4111-2 du code de la défense auquel renvoie cette dernière disposition, des militaires de carrière, des militaires servant en vertu d'un contrat, des militaires réservistes qui exercent une activité au titre d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité et des fonctionnaires en détachement qui exercent, en qualité de militaires, certaines fonctions spécifiques nécessaires aux forces armées.

¹⁵³³ Art. L. 4126-7 du code de la défense.

i- La limitation des lésions dans les contentieux mettant en jeu les droits de la partie civile

576. Il est rare que les dispositions législatives octroyant la faculté d'exercer les « droits de la partie civile » en cas d'atteinte à un intérêt collectif se contentent de viser laconiquement « les faits » lui « portant un préjudice direct ou indirect »¹⁵³⁴, au moins s'agissant des groupements privés¹⁵³⁵. Par effet de contraste, transparaît d'ailleurs la volonté du législateur de circonscrire l'activité contentieuse de ces associations professionnelles nationales de militaires dont l'existence lui a été imposé puisqu'il ne leur permet d'exercer les droits de la partie civile que « concernant des faits dont elles sont personnellement et directement victimes »¹⁵³⁶, sans même mentionner un quelconque intérêt collectif, ce qui n'est finalement qu'un renvoi au droit commun de l'action en responsabilité extracontractuelle¹⁵³⁷.

577. La plupart du temps, le législateur exige, parfois implicitement, que ces lésions présentent un caractère infractionnel¹⁵³⁸, sans alors prendre nécessairement la peine de préciser que ce fait peut ne causer qu'« indirectement » un « préjudice » à l'intérêt collectif défendu¹⁵³⁹, et qu'elles soient commises dans

¹⁵³⁴ Art. L. 2132-3 du code du travail, art. L. 621-1 du code de la consommation ; art. L. 452-1 du code monétaire et financier. Cela autorise alors des interprétations extensives de la part des juridictions répressives, comme en témoigne l'arrêt de la Chambre criminelle du 24 juin 1997 qui avait admis qu'une association de protection des consommateurs pût se constituer partie civile dans le cadre du procès qui avait suivi l'effondrement de la tribune du stade de Furiani (Crim., 24 juin 1997, n° 96-82.424). Dans le même ordre d'idées, il ressort de la motivation de l'arrêt du 8 décembre 2020 sur la constitution de partie civile d'associations de protection de l'environnement du chef de mise en danger de la vie d'autrui en raison la pollution atmosphérique (Crim., 8 septembre 2020, n° 19-84.995), que la Chambre criminelle de la Cour de cassation, comme la juridiction d'instruction, auraient sans doute pu admettre la recevabilité de leurs actions, ou au moins de celle de l'une d'entre elles, si elle avait été encore agréée et avait ainsi pu fonder son action sur l'article L. 142-2 du code de l'environnement.

¹⁵³⁵ Cela est en revanche plus courant s'agissant des habilitations accordées à des personnes morales de droit public (art. L. 211-5, L. 412-14, L. 514-16 du code de l'environnement du code de l'environnement) ou à des institutions sur lesquelles l'emprise de la puissance publique est plus forte comme le Conseil de l'ordre des vétérinaires (I de l'article L. 242-3-1 du code rural et de la pêche maritime), le Conseil national de l'expertise foncière agricole et forestière (art. L. 171-1 alinéa 10 du code rural et de la pêche maritime), le Conseil de l'ordre des infirmiers (art. L. 4312-7 du code de la santé publique), des pharmaciens (art. L. 4231-2 du code de la santé publique), des sages-femmes, des médecins et des chirurgiens-dentistes (art. L. 4122-1 du code de la santé publique) ou encore le conseil départemental de ces trois derniers ordres (art. L. 4123-1 du code de la santé publique).

¹⁵³⁶ 2nd alinéa de l'article L. 4126-3 du code de la défense.

¹⁵³⁷ Au cours des débats, il fut envisagé par l'Assemblée nationale de reprendre la rédaction de l'avant-projet de loi proposé dans le rapport *Pêcheur* (Bernard PECHEUR, *rapport.précit.*, p.7) et d'octroyer ces associations la possibilité d'exercer les droits de la partie civile pour des « faits dépourvus de lien avec des opérations mobilisant des capacités militaires », ce qui était plus large et permettait d'envisager la défense médiate d'intérêt collectif. Toutefois, « le risque que les APNM deviennent des spécialistes de la défense des intérêts individuels des militaires et que le juge soit, par ce biais, de plus en plus amené à se prononcer sur le bien-fondé de certaines décisions » était trop grand pour la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat qui vota et obtint au final la suppression de cette extension (Jean-Pierre RAFFARIN, *Rapport n° 547, au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense*, enregistré à la Présidence du Sénat le 24 juin 2015, p. 149), alors qu'elle ne trouvait pourtant rien à redire aux dispositions applicables dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

¹⁵³⁸ C'est ce qui ressort implicitement des dispositions de l'article L. 4323-1 du code de la santé publique qui, par une formulation d'ailleurs un peu hasardeuse et peu respectueuse du principe de la présomption d'innocence, habilite les « groupements professionnels régulièrement constitués de masseurs-kinésithérapeutes et de pédicures-podologues » « à poursuivre les délinquants par voie de citation directe devant la juridiction correctionnelle, sans préjudice de la faculté de se porter partie civile dans toute poursuite intentée par le ministère public ».

¹⁵³⁹ Il ne le fait - s'agissant des groupements privés qui sont considérés dans le cadre de cette étude - qu'aux articles 2-5, 2-11, 2-21 du code de procédure pénale, aux articles L. 480-1, L. 480-4, L. 610-1 du code de l'urbanisme, aux articles L. 132-1 et L. 142-2 du code de l'environnement et à l'article 48-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. En l'absence de toute précision de sa part, il faut toutefois considérer qu'il importe peu que l'infraction évoquée ne cause qu'un préjudice indirect à

certaines circonstances¹⁵⁴⁰ qui sont définies avec plus ou moins de précisions comme le montrent les hésitations entourant la définition de l'accident permettant aux associations agréées et aux fédérations d'agir sur le fondement du premier ou du troisième alinéa de l'article 2-15 du code de procédure pénale¹⁵⁴¹. Le champ des lésions légalement admises est alors beaucoup restreint, ne serait-ce qu'en raison de la limitation sur le plan formel des normes dont le manquement est ainsi considéré. Ce ne sont effectivement que des manquements directs à des dispositions législatives qui sont envisagés par les textes, à l'exception notable des dispositions applicables en matière d'environnement qui envisagent la violation des textes pris pour l'application des lois réprimant les comportements infractionnels¹⁵⁴². Le renvoi peut ensuite être plus ou moins large et plus ou moins précis puisque le législateur peut alors se contenter d'évoquer la violation de normes ayant pour objet de régir certaines activités¹⁵⁴³, renvoyer à des parties entières de codes¹⁵⁴⁴, lister les infractions en les décrivant même sommairement¹⁵⁴⁵ ou les articles les réprimant¹⁵⁴⁶, ou encore mêler ces différentes techniques de renvoi¹⁵⁴⁷, voire se contenter de

l'intérêt collectif défendu, sauf alors à considérer que c'est le droit commun qui doit s'appliquer et donc priver de toute utilité ces habilitations législatives. Au reste, lorsque les dispositions législatives sont silencieuses sur ce point mais subordonnent la recevabilité de l'action à l'accord de la victime de l'infraction lorsqu'elle existe, le législateur a implicitement, mais nécessairement, admis qu'elle pouvait n'avoir causé qu'un préjudice « indirect » à l'intérêt collectif défendu par le groupement.

¹⁵⁴⁰ Art. 2-12, 2-15, 2-18, 2-20 du code de procédure pénale.

¹⁵⁴¹ Les juridictions du fond ne semblent pas avoir retenu une conception restrictive de cette condition en admettant qu'une fédération d'associations puisse agir sur le fondement du troisième alinéa de cet article si l'accident en question n'a fait que deux victimes dès lors qu'il s'est produit dans les circonstances évoquées par le législateur (Tribunal corr., Albertville, 25 novembre 2008, cité *in* Marie-France STEINLE-FEUEBACH, « Victimes d'accident collectifs, aide et défense : la place des associations dans le procès pénal », *in* Yves S'TRICKLER, (dir.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 48, ndpb n° 45). La définition même de ces circonstances légales put en revanche faire l'objet d'une interprétation restrictive de la part du ministère de la justice chargé de délivrer l'agrément prévu au premier alinéa de cet article. Ainsi, l'association Irradiés 31, qui fut créée par des patients accidentellement exposés à une surdose de radiation lors de leur passage au CHU de Toulouse, avait dû s'y reprendre à deux fois pour obtenir l'agrément. Le ministère de la justice avait considéré, dans un premiers temps, que le caractère sériel du dommage ne correspondait pas à l'unité de temps, de lieu et d'action censée caractériser l'accident collectif (*Ibid.* ; V. aussi s'agissant des interrogations autour du champ d'application de cette disposition à la suite de son apparition dans le code de procédure pénale, Claude LIENHARD, « Le droit pour les associations de défense des victimes d'accidents collectifs de se porter partie civile (art. 2-15 du code de procédure pénale) », *D.*, 1996, p. 314).

¹⁵⁴² Art. L. 142-2 du code de l'environnement. Cette extension n'est toutefois explicitement prévue qu'au premier alinéa de cet article qui concerne l'action susceptible d'être exercée par les seules associations agréées et non au second qui a trait à l'action ouverte aux associations défendant certains intérêts environnementaux et justifiant d'une durée d'ancienneté.

¹⁵⁴³ C'est le cas de l'article L. 142-2 du code de l'environnement qui vise les normes législatives et les textes pris pour leur application ayant pour objet de régir les activités susceptibles de porter atteinte à l'environnement entendu latissimo sensu et même aux intérêts des consommateurs. Le premier alinéa évoque ainsi les normes relatives « à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ». Quant au second, il renvoie aux infractions « aux dispositions relatives à l'eau » et « aux dispositions relatives aux installations classées ».

¹⁵⁴⁴ Art. 2-21-1 du code de procédure pénale ; art. L. 3517-7, 3355-1 et 3355-2 du code de la santé publique ; art. L. 480-1 du code de l'urbanisme.

¹⁵⁴⁵ Art. 2-4, 2-5, 2-11, 2-12, 2-13, 2-15, 2-19 du code de procédure pénale ; art. L. 2132-3 du code du travail ; art. L. 4122-1, L. 4123-1, L. 4161-4, L. 4231-2, L. 4314-1 du code de la santé publique ; art. L. 132-1, L. 142-2 du code de l'environnement ; art. L. 621-1 du code de la consommation ; art. L. 452-1 du code monétaire et financier ; art. 48-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁵⁴⁶ Art. 2-9, 2-14, 2-16, 2-18, 2-21, 2-22 du code de procédure pénale ; art. L. 3355-3 du code de la santé publique ; art. L. 480-4 et L. 610-1 du code de l'urbanisme ; art. L. 332-17 du code du sport. Un tel renvoi n'est alors pas forcément l'option légistique la plus commode car il impose au législateur d'être ensuite attentif lorsqu'il modifie ou étoffe le droit pénal substantiel.

¹⁵⁴⁷ Art. 2-1, 2-2, 2-3, 2-6, 2-8, 2-10, 2-17, 2-20, 2-23 du code de procédure pénale ; art. L. 1114-2 et L. 2223-1 du code de la santé publique ; art. 48-1, 48-1-1, 48-2, 48-4, 48-5, 48-6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

mentionner la poursuite des « délinquants »¹⁵⁴⁸. Cette référence au caractère infractionnel de la lésion n'empêche toutefois pas les groupements, au nom du droit d'option dont disposent les parties civiles auxquelles ils sont alors assimilés, de se prévaloir de ces habilitations devant d'autres juridictions que les juridictions pénales judiciaires¹⁵⁴⁹. En outre, si les juridictions pénales veillent à maintenir le caractère limitatif des infractions visées¹⁵⁵⁰, il n'est pas exclu, comme le montre l'exemple des associations de protection de l'environnement, que le juge civil ou administratif s'émancipe totalement de ces habilitations législatives et admettent la recevabilité de recours indemnitaires qui ne sont pas motivés par une lésion causée par un fait infractionnel¹⁵⁵¹.

ii- La limitation des lésions dans le contentieux de l'excès de pouvoir

578. Une telle limitation des lésions admissibles peut aussi se retrouver dans les habilitations jurisprudentielles et légales applicables dans le contentieux de l'excès de pouvoir devant les juridictions administratives et prend alors appui sur l'objet et l'effet, ou plutôt les incidences immédiates et médiate¹⁵⁵², des actes susceptibles d'être attaqués.

579. Si, à la faveur du développement du recours pour excès de pouvoir, le prétoire du juge administratif s'est progressivement ouvert aux agents désirant contester les actes ayant trait à leur carrière et à la discipline¹⁵⁵³, le Conseil d'État a toujours veillé à maintenir hors de leur portée une partie des actes adoptés par leurs supérieurs hiérarchiques, en l'occurrence les mesures d'organisation du service¹⁵⁵⁴ ainsi que les actes qu'il a fini par regrouper dans la catégorie des mesures d'« exécution » du service¹⁵⁵⁵ et qui ne sont

¹⁵⁴⁸ Art. L. 4323-1 du code de la santé publique.

¹⁵⁴⁹ Civ. 2, 7 décembre 2006, n° 05-20.297 ; Civ. 2, 14 juin 2007, n° 06-15.352.

¹⁵⁵⁰ C'est effectivement une interprétation stricte que la chambre criminelle a constamment retenue pour les différentes habilitations législatives qui sont contenues ou non dans le code de procédure pénale (Par ex., Crim., 11 mars 1987, n° 83-94.993 ; Crim., 3 mai 1995, n° 95-80.725 ; Crim., 24 octobre 2000, n° 99-87.682 ; Crim., 30 janvier 2001, n° 00-81.292 ; Crim., 9 octobre 2002, n° 01-88.831 ; Crim., 7 avril 2009, n° 08-84.627 ; Crim., 31 janvier 2018, n° 17-80.659 ; Crim., 4 décembre 2018, n° 18-31.364).

¹⁵⁵¹ Civ. 3, 26 septembre 2007, n° 04-20.636. L'habilitation spéciale, quoiqu'étant inapplicable, semble alors servir pour interpréter de façon plus libérale les conditions d'application de l'habilitation générale permettant d'agir en justice.

¹⁵⁵² Sur cette distinction entre l'objet et les effets de l'acte, cf. Chapitre 1^{er} du titre 1^{er} de la première partie.

¹⁵⁵³ Sur cette évolution, V. Alexandre CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, Paris, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, n° 473, p. 391-393 ; Clément CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 276, 2013, n° 411, p. 379-381.

¹⁵⁵⁴ Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 412, p. 381-382.

¹⁵⁵⁵ M. Clément Chauvet semble attribuer à Roland Drago et Jean-Marie Auby la paternité intellectuelle de cette catégorie d'actes qui, apparue en 2003 dans le nouveau considérant de principe du Conseil d'État, se trouvait déjà dans l'édition de 1992 de leur *Traité des recours en matière administrative* (Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 413, p. 382, ndbp n° 264). Les deux auteurs la présentaient alors comme un type d'acte particulier dans le cadre de la *summa divisio* entre actes généraux et actes particuliers qu'ils employaient pour présenter la jurisprudence applicable au recours pour excès de pouvoir des fonctionnaires (Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, p. 264). Toutefois, un peu plus loin, M. Clément Chauvet restitue les propos de Jacques Heilbronner qui, dans sa thèse sur le recours pour excès de pouvoir des fonctionnaires parue en 1929, écrivait qu'« il est certain que les fonctionnaires ne peuvent attaquer les actes qui intéressent l'exécution même du service, tels que l'annulation ou la réformation de leur propre décisions par leurs supérieurs hiérarchiques, ou les ordres et les instructions de ces derniers » (Jacques HEILBRONNER, *Le recours pour excès de pouvoir des fonctionnaires publics contre les actes portant atteinte à leur situation*, Thèse Bordeaux, 1929, p. 53-54 cité in Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 413, p. 383, ndbp n° 270).

que différentes manifestations du pouvoir hiérarchique¹⁵⁵⁶. Cette irrecevabilité de principe, dont le champ était ainsi déterminé par l'objet des actes administratifs litigieux et qui pouvait résulter tantôt du défaut d'intérêt pour agir ou tantôt de la qualification de mesure d'ordre intérieur¹⁵⁵⁷, était néanmoins tempérée par la prise en compte de leurs incidences médiatees sur les droits que les agents pouvaient tenir de leur statut¹⁵⁵⁸ ou leurs « prérogatives »¹⁵⁵⁹. Le Conseil d'État réaffirma ce principe d'irrecevabilité des agents subordonnés et formalisa ces exceptions dans son arrêt d'Assemblée *Association générale des administrateurs civils* du 26 octobre 1956¹⁵⁶⁰ en rappelant au passage qu'elles valaient aussi pour les groupements qui, se donnant pour objet de défendre leurs intérêts, ne sauraient servir de voie de contournement¹⁵⁶¹, malgré les termes de l'article 6 de la loi du 19 octobre 1946¹⁵⁶². Ce faisant, il contredisait les auteurs qui avaient prédit la fin du pouvoir hiérarchique avec l'adoption du statut général et la consécration du droit syndical¹⁵⁶³. En effet, cette jurisprudence, même si elle servit aussi de mesure de l'intérêt pour agir - dans une version qui fut quelque peu amendée au fil du temps - pour les recours dirigés contre les actes d'organisation du service pris dans le cadre de pouvoir de tutelle¹⁵⁶⁴, semble bien trouver son fondement, au moins médiat, dans la volonté de protéger l'intégrité du pouvoir hiérarchique. En déniait ainsi en principe un intérêt direct, certain et personnel pour agir aux agents subordonnés ou aux groupements contre des mesures d'organisation du service émanant des autorités hiérarchiques ou des autorités de

¹⁵⁵⁶ M. Clément Chauvet montre que ce sont ainsi tant les actes de direction (CE, 27 février 1914, *Payaud*, Rec. Lebon p. 257), de correction (CE, 29 janvier 1886, *Maire de Waszy*, Rec. Lebon p. 75) ou encore de substitution - qu'il intègre au pouvoir hiérarchique - (CE, 13 janvier 1853, *Barran*, Rec. Lebon, p. 119) qui sont préservés des contestations pouvant émaner d'agents subordonnés (Pour plus d'exemples, V. Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 414-416, p. 383-385).

¹⁵⁵⁷ Ce qui, même si cela revient au même pour le requérant dont la requête est ainsi rejetée, n'est pas exactement la même chose. En effet, « lorsque le juge se fonde sur l'idée de mesure d'ordre intérieur, il exclut donc toute possibilité de recours juridictionnel, tandis que lorsqu'il écarte le recours pour défaut d'intérêt, l'irrecevabilité n'a vocation à l'appliquer qu'au requérant. En d'autres termes, il y a, dans le premier cas, une irrecevabilité absolue ou objective, tenant à l'acte contesté et consacrant une véritable immunité contentieuse, et dans le second cas, une irrecevabilité relative ou subjective, tenant à la personne même du requérant, en l'occurrence un agent subordonné » (Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 427, p. 396) (en italique dans le texte).

¹⁵⁵⁸ Par ex., CE, 21 mai 1920, *Deslandes*, Rec. Lebon, p. 523.

¹⁵⁵⁹ CE, Ass, 5 mars 1948, *Wuillaume*, Rec. Lebon, p. 117 ; CE, Sect., 21 novembre 1952, *Union fédérale des magistrats*, Rec. Lebon, p. 526. L'arrêt *Lot* du Conseil d'État de 1903 (CE, 11 décembre 1903, *Lot*, Rec. Lebon, p. 780) est aussi parfois présenté comme la première application - implicite - de cette exception (Jacques-Henri STAHL, « L'intérêt pour agir des associations et syndicats de fonctionnaires. Conclusions sur Conseil d'État, 23 juillet 2003, *Syndicat SUD-Travail* (3 espèces, nos 251148, 251619 et 243681) », *RFD.A.*, 2004, p. 139).

¹⁵⁶⁰ CE, Ass., 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, Rec. Lebon, p. 391.

¹⁵⁶¹ Comme le montre l'arrêt de Section *Union fédérale des magistrats* du 21 novembre 1952, il avait déjà eu l'occasion d'aligner les conditions de recevabilité des groupements sur celles des agents.

¹⁵⁶² L'article 6 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires disposait alors que « le droit syndical est reconnu aux fonctionnaires. Leurs syndicats professionnels, régis par le livre III du code du travail, peuvent ester en justice devant toute juridiction. Ils peuvent notamment, devant les juridictions de l'ordre administratif, se pourvoir contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires ».

¹⁵⁶³ V. en ce sens l'opinion de Jean Rivero au lendemain de l'adoption du statut général : Jean RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.*, 1947, chron., p. 149.

¹⁵⁶⁴ CE, Sect., 17 décembre 1982, *Société Radio Monte-Carlo*, n°s 23582, 23667 ; CE, Sect. 19 novembre 1999, *Fédération syndicale F.O. des travailleurs des postes et des télécommunications*, n° 176261 ; CE, 2^e sous-sections jugeant seule, 6 juin 2003, *Fédération C.F.T.C. des postes et des télécommunications, Confédération française de l'encadrement C.G.C. France Télécom, et Fédération syndicale S.U.D.-P.T.T.*, req n°s 231324, 233846, et 233987.

tutelle, le Conseil d'État ne s'assurait pas seulement que la marche des services ne fût pas troublée par de trop fréquentes chicanes contentieuses.

580. Plus profondément, il refusait aux requérants la possibilité même de se prévaloir d'une quelconque atteinte à l'intérêt du service, c'est-à-dire à l'intérêt collectif sur lequel le titulaire du pouvoir hiérarchique doit s'appuyer dans le cadre de sa mission d'unification de la volonté de la personne publique dans l'exercice de ses compétences¹⁵⁶⁵. Pour la mener à bien, il ne saurait effectivement souffrir de la concurrence des agents ou de leurs groupements qui, au travers de la motivation de leur requête, seraient porteurs d'une autre vision de cet intérêt et solliciteraient l'arbitrage du juge lorsque ce sont ses propres actes qui sont contestés¹⁵⁶⁶. En ce sens, cette jurisprudence peut effectivement trouver une justification dans la volonté de préserver le pouvoir hiérarchique.

581. Cette lecture, qui est semble-t-il majoritaire au sein de la doctrine organique¹⁵⁶⁷ et de la doctrine universitaire¹⁵⁶⁸, fut toutefois récemment contestée par M. Clément Chauvet qui, pour sa part, estime que cette irrecevabilité ne serait nullement la conséquence, ou la transposition sur le plan contentieux, de l'obligation d'obéissance hiérarchique pesant sur les agents. Pour ce faire, il convoque d'abord Maurice Hauriou qui, quoiqu'il fût farouchement attaché au respect de l'obligation hiérarchique, admettait que les agents pussent ester en justice contre les actes de leurs supérieurs hiérarchiques. L'autorité d'un auteur, aussi éminent soit-il, n'étant toutefois pas suffisante pour contester l'existence d'un tel lien, M. Clément Chauvet ajoute tout de même qu'il y a aussi « quelque incohérence à lier obéissance et irrecevabilité alors même que l'efficacité de la puissance publique repose largement sur l'autorité qui s'attache à ses décisions »¹⁵⁶⁹. Autrement dit, dans la mesure où le seul exercice d'un recours ne suffit pas à mettre en cause le privilège du préalable, il n'y a pas lieu d'y voir une atteinte au pouvoir hiérarchique. À cela, il pourrait être rétorqué que l'effet non suspensif du recours n'est qu'un effet de principe¹⁵⁷⁰ et que le développement des référés d'urgence tend justement à affaiblir ce privilège du préalable. Surtout, indépendamment de ces éléments somme toute conjoncturels, ce n'est pas l'effet suspensif du recours qui met en péril le pouvoir hiérarchique mais bien le seul fait qu'il donne la possibilité au requérant de

¹⁵⁶⁵ « Le pouvoir hiérarchique a pour fonction, au sein de la personne publique, d'opérer une unification de la volonté et des agissements la révélant, permettant ainsi de traiter la personne publique comme une unité décisionnelle et répondant à une objectivation des relations entre supérieur et subordonné, écartant de leurs rapports hiérarchiques tout droit subjectif » (Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 59, p. 61 (en italique dans le texte) ; Sur cette mission d'unification comme fonction du pouvoir hiérarchique, V. spécialement, Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 72-132, p. 69-123).

¹⁵⁶⁶ Dans ses conclusions sur l'arrêt *Association générale des administrateurs civils*, le commissaire du gouvernement Mosset considérait alors qu'« admettre la qualité du fonctionnaire à se pouvoir, c'est admettre qu'il existe un « intérêt au service » du fonctionnaire distinct et égal à celui du supérieur et autorisant à faire obstacle à la décision du supérieur », il ajoutait plus loin « que les fonctionnaires puissent défendre en justice leurs droits et prérogatives, c'est légitime, qu'ils puissent défendre leur conception de l'organisation et du fonctionnement du service contre leur supérieur, tant qu'il subsistera une parcelle de pouvoir hiérarchique, c'est impossible en droit et en fait »

¹⁵⁶⁷ V. par exemple les conclusions du commissaire du gouvernement Mosset précitées et celles de M. Jacques Henri Stahl sur l'arrêt *Syndicat S.U.D.-Travail*

¹⁵⁶⁸ Par ex., René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^e édition, 2008, n° 596, p. 500 ; Alexandre CIAUDO, *thèse précit.*, p. 390-391.

¹⁵⁶⁹ Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 424, p. 393.

¹⁵⁷⁰ Art. L. 4 du code de justice administrative.

proposer, au travers de la motivation de sa requête, une vision alternative de l'intérêt du service. Il peut donc contester sur ce point le monopole de l'autorité hiérarchique, qui est l'organe censé unifier la volonté de la personne morale, et il permet au juge d'en apprécier lui aussi les contours. Enfin, pour conclure sa démonstration, M. Clément Chauvet ajoute un dernier argument, qu'il présente comme étant le plus « décisif », qui est que « jamais le juge n'établit lui-même dans ses décisions un lien entre ces notions »¹⁵⁷¹ et qu'il a, au contraire, opposé dans les mêmes conditions une irrecevabilité aux recours formés contre des mesures d'organisation du service par les agents disposant d'une indépendance fonctionnelle comme le montre sa jurisprudence sur les magistrats financiers, judiciaires, administratifs ou les professeurs.

582. Il y a en réalité ici deux arguments différents, l'un tenant à la motivation des décisions, l'autre tenant à leur sens. Le premier argument n'est guère probant compte tenu du caractère traditionnellement famélique de la motivation des décisions du juge administratif, quant au second, il est finalement assez sophistique. En effet, indépendamment même du point de savoir si l'indépendance de ces agents, qui n'est envisagée ici que sur le plan fonctionnel, constitue bien une réelle « indépendance » et si elle est hermétique à toute forme de pouvoir hiérarchique, cet argument consiste finalement à affirmer la fausseté d'une assertion - en l'occurrence, si l'agent est soumis à une obligation d'obéissance, il n'est pas recevable à contester les mesures d'organisation et de fonctionnement du service - à partir de la fausseté de sa réciproque. Or, cela ne permet que d'affirmer qu'il n'y pas d'équivalence logique entre l'antécédent et le conséquent de l'assertion discutée, c'est-à-dire qu'il est faux de dire que si, et seulement si, l'agent est soumis à une obligation d'obéissance, il n'est pas recevable à contester les mesures d'organisation et de fonctionnement du service.

583. En outre, M. Clément Chauvet admet lui-même que le respect du pouvoir hiérarchique puisse servir de « justification factuelle à la mise à l'écart du prétoire de ceux qui sont agents de l'Administration »¹⁵⁷². Autrement dit, l'auteur accepte d'y voir seulement un « fondement médiat » au sens qu'Eisenmann donnait à ce terme. Or, en premier lieu, rien ne dit que ce ne fut pas le cas des auteurs dont il cherche à se démarquer et M. Alexandre Ciaudo, par exemple, présente la protection du pouvoir hiérarchique seulement comme une « fonction » de cette irrecevabilité. M. Clément Chauvet ne semble lui-même pas en quête d'un fondement « immédiat »¹⁵⁷³ en n'évoquant que la recherche d'une « justification ». Il se tourne alors vers la nature des actes hiérarchiques ou, plus précisément, leur « qualification de mesure d'ordre intérieur » puisque « c'est d'ailleurs sur ce fondement que certains arrêts jugent irrecevables les recours contentieux formés par des subordonnés à l'encontre d'actes relatifs au service »¹⁵⁷⁴. Ce faisant, l'auteur, qui s'intéressait jusqu'à alors l'« irrecevabilité » en général, semble ici changer d'échelle puisque, tout comme la négation de l'intérêt pour agir, la « qualification » de mesure

¹⁵⁷¹ Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 424, p. 393 (en italique dans le texte).

¹⁵⁷² Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 425, p. 394.

¹⁵⁷³ sur le sens du fondement immédiat, cf Titre 1 de la première partie

¹⁵⁷⁴ Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 426, p. 395.

d'ordre intérieur est une cause d'irrecevabilité, mais elle n'informe pas sur le fondement mêmes de ces irrecevabilités. Quoiqu'elle puisse effectivement apparaître comme un fondement immédiat de la décision d'irrecevabilité, au moins entendu comme une condition d'application de la règle la fondant juridiquement, elle est écartée par l'auteur qui, après avoir montré que « l'irrecevabilité fondée sur le défaut d'intérêt pour agir peut concerner tous les actes hiérarchiques, tandis que celle relative à la mesure d'ordre intérieur n'en concerne que certains », conclut qu'elle est « insusceptible d'expliquer l'ensemble du régime d'irrecevabilité des recours des subordonnés contre les actes de leurs supérieurs »¹⁵⁷⁵.

584. M. Clément Chauvet retient lui « une double justification de l'irrecevabilité des subordonnés à contester les actes hiérarchiques » qui ne serait que le reflet de la double nature des subordonnés qui sont à la fois des individus mais aussi, dans la mesure où le pouvoir hiérarchique s'inscrit dans le cadre d'une relation interorganique, simplement le support matériel d'un organe d'une personne publique. D'une part, leurs recours en tant qu'organes seraient irrecevables en raison de leur absence de capacité juridique, ce que le juge n'évoquerait pas par économie de pensée. D'autre part, il le serait à raison de leur absence d'intérêt personnel pour agir lorsqu'il l'exerce en tant qu'individus constituant le support matériel de cet organe et doté d'une capacité propre, du moins - pour reprendre une distinction esquissée par Laferrière - lorsque l'acte litigieux ne les atteint pas personnellement mais les affecte seulement dans leur fonction. C'est cette distinction que le Conseil d'État mettrait finalement en œuvre au travers des critères d'atteinte aux droits statutaires, aux prérogatives et aux conditions d'emploi et de travail des agents¹⁵⁷⁶. Néanmoins, pour employer les critères de l'auteurs, ces deux causes d'irrecevabilité ont aussi une valeur justificative limitée puisqu'elles laissent de côté les groupements défendant les intérêts des organes qui disposent eux d'une capacité juridique propre - ou même bénéficie de la jurisprudence pragmatique du Conseil d'État en la matière - ainsi que les décisions dans lesquelles les subordonnés ou les groupements les défendant se voient opposer la même irrecevabilité dans le cadre de recours contre des actes de tutelle, c'est-à-dire dans le cadre de relations interpersonnelles.

585. Au fil du temps, le contenu de la réserve jurisprudentielle permettant de contester les mesures d'organisation du service s'est étoffé et, à côté des « droits » et des « prérogatives », sont apparues, explicitement avec les arrêts *Syndicat SUD-Travail* du 23 juillet 2003 qui a reformulé le considérant de principe, les « conditions d'emploi et de travail »¹⁵⁷⁷. Même si cette dernière notion est parfois présentée comme étant incluse dans l'exception relative aux prérogatives¹⁵⁷⁸, elle s'en distingue en réalité

¹⁵⁷⁵ Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 430, p. 399.

¹⁵⁷⁶ Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 431-437, p. 399-405.

¹⁵⁷⁷ CE, 1^{ère} et 2^e sous-sections réunies, 23 juillet 2003, *Syndicat SUD-Travail*, n° 251148 : « Considérant que les fonctionnaires et les associations ou syndicats qui défendent leurs intérêts collectifs n'ont pas qualité pour attaquer les dispositions des circulaires ou instructions de leurs supérieurs hiérarchiques se rapportant à l'organisation ou à l'exécution du service, notamment celles qui leur prescrivent de retenir une interprétation des textes qu'ils sont chargés d'appliquer, sauf dans la mesure où ces dispositions porteraient atteinte à leurs droits et prérogatives ou affecteraient leurs conditions d'emploi et de travail ».

¹⁵⁷⁸ V. CE, 7^e sous-sections jugeant seule, 23 juin 2004, *Syndicat départemental du personnel civil des armées C.F.D.T.*, n° 256153 ; CE, 7^e sous-sections jugeant seule, 9 décembre 2005, *M. Jean-Jacques X. et a.*, n° 274925.

radicalement et, ainsi que le montre M. Clément Chauvet, permet d'en combler les lacunes et d'en assouplir les rigidités. Cette exception relative aux prérogatives, dont le Conseil d'État s'est bien gardé de tracer nettement les contours¹⁵⁷⁹, permettait effectivement de s'affranchir des limites formelles des statuts¹⁵⁸⁰ mais elle n'a fait l'objet que d'une application parcimonieuse puisqu'elle ne profita qu'à certains agents exerçant certaines fonctions¹⁵⁸¹, confirmant les craintes des premiers commentateurs de l'*Association générale des administrateurs civils* qui considéraient qu'elle dénotait d'une conception « aristocratique » de la fonction publique¹⁵⁸².

586. L'exception relative aux conditions d'emploi et de travail, qui est beaucoup plus large, constitue finalement une démocratisation de l'exception jurisprudentielle au profit de l'ensemble des agents. Si elle peut apparaître comme une manifestation contentieuse de ce phénomène plus général de « travaillisation » de la fonction publique comme le nomme M. Mathieu Touzeil-Divina¹⁵⁸³, cette exception témoigne aussi de l'érosion, au moins apparente, du pouvoir hiérarchique. C'est du moins ce que laisse à penser la généalogie de cette notion de « conditions d'emploi et de travail » qui fut d'abord employée pour apprécier la recevabilité des recours de salariés de droit privé ou de groupements défendant les intérêts d'agents d'entreprises publiques et d'établissements publics contre les décisions émanant non pas de leurs supérieurs hiérarchiques mais d'autorités de tutelle. Tel était le cas dans l'arrêt d'Assemblée *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France* du 2 juillet 1965¹⁵⁸⁴ qui, comme le considèrent MM. Alexandre Ciaudo¹⁵⁸⁵ et Clément Chauvet¹⁵⁸⁶, doit être regardé comme la première utilisation de cette notion pour apprécier la recevabilité d'un syndicat d'agents¹⁵⁸⁷. Dans ces

¹⁵⁷⁹ Dans ses conclusions sur l'arrêt *Association générale des administrateurs civils*, le commissaire du gouvernement Mosset se contentait d'une définition lexicale en présentant la prérogative comme « un avantage, concédé ou naturel, mais toujours exclusif » qui pouvait faire l'objet d'une conception extensive, conduisant à reconnaître, dans chaque fonction, « l'existence de certains avantages matériels ou moraux qui lui sont propres et que les autres fonctions publiques ne comportent pas », ou restrictive - qui selon lui tendait alors à prendre le pas dans la jurisprudence du Conseil d'État - consistant à l'assimiler « aux seuls avantages juridiquement garantis, à ceux ayant un caractère statutaire » (Claude MOSSET, Conclusions sur CE, 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, RDP, 1956, p. 1311). Avec un peu plus de recul jurisprudentiel, René Chapus les définissait pour sa part ainsi comme « des droits ou avantages liés, non au grade, mais aux fonctions des agents, à titre individuel ou en tant que membre d'un corps » (René CHAPUS, *op.cit.*, p. 501).

¹⁵⁸⁰ Par ex., André SAUVAGEOT, « Note sous CE, Sect., 21 novembre 1952, *Union Fédérale des magistrats* », JCP, 1953, II, 7384-7835.

¹⁵⁸¹ V. les jurisprudences citées in Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 419, p. 386-388.

¹⁵⁸² Jacques FOURNIER, Guy BRAIBANT, « Chronique de jurisprudence administrative », AJDA, 1956, p. 492). M. Rémy Schwartz la jugeait quant à lui « trop élitiste » (Rémy SCHWARTZ, Conclusions sur CE 11 juin 2003, *Lejeune*, AJDA, 2003, p. 1992).

¹⁵⁸³ Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques ? », AJFP, 2010, p. 284.

¹⁵⁸⁴ CE, Ass. 2 juillet 1965, *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France*, Rec. Lebon, p. 398.

¹⁵⁸⁵ Alexandre CIAUDO, *thèse.précit.*, n° 473, p. 395.

¹⁵⁸⁶ Clément CHAUVET, *thèse.précit.*, n° 420, p. 389.

¹⁵⁸⁷ Certes, dans ses conclusions sur les arrêts *Syndicat SUD-Travail* du 23 juillet 2003, M. Jacques Henri Stahl ne renvoyait qu'aux arrêts *Mutuelle générale des services publics et autres* du 13 janvier 2003 et *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT* du 11 octobre 1985. Il ressort toutefois des conclusions de M. Bruno Lasserre sur ce dernier arrêt que c'est bien *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France* qui faisait office de premier précédent (Bruno LASSERRE, BRUNO LASSERRE, « La notion de transfert du secteur public au secteur privé : nouvelles précisions. Conclusions sur CE, 1^{ère} et 4 sous-sections réunies, 11 octobre 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT et autre* », RFD, 1986, p. 409). D'autres présentations sont parfois faites. Ainsi, M. Jean-Marie Pontier, pour sa part, évoque comme précédent l'arrêt de Section *Lambert* du 8 janvier 1982 (CE, Sect., 8 janvier 1982, *Lambert*, n° 18237 cité in Jean-Marie PONTIER, « Evolutions récentes de l'intérêt à agir des syndicats », AJDA, 2006, p. 940).

conclusions sur l'arrêt *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France*, le commissaire du gouvernement Galabert s'appuyait lui-même sur l'arrêt d'Assemblée *Syndicat des agents des cadres et techniques des chemins de fer de ceinture* du 23 décembre 1936¹⁵⁸⁸ dans lequel le Conseil d'État avait admis la recevabilité du recours de ladite organisation syndicale contre le décret qui avait approuvé l'arrangement intervenu entre les grands réseaux de chemin de fer et les syndicats de grande ceinture et de ceinture de Paris pour l'exploitation de lignes composant le réseaux des chemins de fer. Les faits de l'espèce de l'arrêt *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France* expliquent l'apparition de cette notion. En l'espèce, le tribunal administratif avait, en première instance, estimé que la décision attaquée, en l'occurrence une décision du ministre des travaux publics relative à une desserte aérienne, constituait une mesure d'organisation du service et avait appliqué en conséquence la jurisprudence relative à l'intérêt des agents. Toutefois, devant le Conseil d'État, le commissaire de gouvernement Galabert contestait cette application aux salariés d'une entreprises privées en soulignant, d'une part, la nature différente du rapport hiérarchique en droit privé et, d'autre part, que la décision administrative litigieuse était la manifestation seulement d'un pouvoir de tutelle ou de contrôle. Il concluait en ajoutant que, dans l'hypothèse où le Conseil déciderait d'étendre aux entreprises publiques cette jurisprudence, il devrait « admettre que la mesure d'organisation du service qui porte atteinte à la stabilité de l'emploi du personnel, à son droit au travail, au même titre que celle qui met en cause le statut ou les prérogatives d'un fonctionnaire »¹⁵⁸⁹. La notion de « conditions d'emploi et de travail » s'est par la suite retrouvée dans la motivation d'autres arrêts se prononçant sur des recours contre l'acte d'une autorité de tutelle¹⁵⁹⁰ ou dans les conclusions des commissaires du gouvernement¹⁵⁹¹. Employée dans le cadre de rapports de tutelle, cette notion pouvait alors donner lieu à une jurisprudence plus libérale que dans le cadre de rapports hiérarchiques¹⁵⁹², même si le Conseil d'État sembla parfois faire le choix d'un alignement par le bas au détriment des personnels

¹⁵⁸⁸ CE, Ass., 23 décembre 1936, *Syndicat des agents des cadres et techniques des chemins de fer de ceinture*, Rec. Lebon, p. 1147.

¹⁵⁸⁹ Jean-Michel GALABERT, « Conclusions sur CE, Ass. 2 juillet 1965, *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France* », *AJDA*, 1965, p. 493.

¹⁵⁹⁰ CE, 11 octobre 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT et a.*, n°s 28106, 34811, 34812 ; CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 29 mars 1996, *Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production d'EDF-GDF*, n° 148945.

¹⁵⁹¹ V. Jean MASSOT, Conclusions sur CE, Sect., 10 novembre 1978, *AJDA*, n° 2,1979, p. 33.

¹⁵⁹² C'est ce que Jean Massot rappelait dans ses conclusions sur l'arrêt *Chevallier* avant d'aborder la question de la recevabilité du recours par lequel le requérant, en qualité d'enseignant à la faculté de droit d'Amiens et de membres des conseils de la faculté de droit et de l'Université de Picardie, contestait la légalité d'un arrêté du recteur créant au sein de l'Université un « Institut des sciences juridiques appliquées » et un décret ministériel ayant pour objet l'« érection en établissement public à caractère scientifique et culturel de l'UER de sciences et technique de Saint-Quentin et la création de l'UER Institut des sciences juridiques dotée du statut d'EPSC » et, dans la suite de ses conclusions, il évoqua notamment l'arrêt *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France* (Jean MASSOT, *conclusions.précit.*, p. 34 ; V. aussi Marie-Aimée LATOURNERIE, « Conclusions sur CE, 15 mars 1978, *Syndicat général de l'éducation nationale CFDT et Fédération de l'éducation nationale*, n°s 7310, 7326, 9674 », *AJDA*, 1979, p. 42). Une telle lecture fut néanmoins contestée par M. Bruno Lasserre dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT et a.* Le commissaire du gouvernement évoquait aussi l'arrêt *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France* mais il notait que, depuis lors, le Conseil d'État avait aussi refusé de reconnaître l'intérêt pour agir d'un syndicat des cadres de l'ORTF contre une décision autorisant la Société Radio Monte-Carlo à installer un nouvel émetteur dans la mesure où elle n'avait pas de conséquences suffisamment perceptibles sur les conditions de travail de ces agents (CE, Sect., 17 décembre 1982, *Société Radio Monte-Carlo*, n°s 23582, 23667). Il estimait que la jurisprudence du Conseil d'État était « guidée, au-delà des formules employées dans les arrêts, par une seule et unique préoccupation : s'assurer que la mesure attaquée a des incidences directes et certaines sur la situation des personnels » (Bruno LASSERRE, *conclusions.précit.*, p. 410).

de ces services décentralisés et de leurs groupements¹⁵⁹³. Ce n'est que dans un second temps que le Conseil d'État, procédant à un alignement par le haut, employa ponctuellement cette notion pour apprécier la recevabilité des recours de ces agents et groupements contre des décisions émanant de leurs supérieurs hiérarchiques¹⁵⁹⁴ puis la généralisa à l'ensemble des recours des agents ou des groupements dirigés contre les mesures d'organisation ou d'exécution du service.

587. Cette érosion ne semble toutefois pas avoir atteint la défiance du Conseil d'État à l'égard de ces recours émanant notamment de groupements défendant les intérêts des agents. Bien qu'il ait consacré cette exception et, en parallèle, réduit la catégorie des mesures d'ordres intérieur dans le contentieux de la fonction publique¹⁵⁹⁵, il a effectivement veillé à conserver des leviers pour filtrer leurs actions. Ainsi, pour rejeter leur recours, il se contente parfois de relever - et il le fit d'ailleurs dès les arrêts *Syndicat SUD-Travail* - que la décision attaquée ne porte « par elle-même » aucune atteinte aux droits statutaires, aux prérogatives ou encore aux conditions d'emploi et de travail¹⁵⁹⁶. Si elle n'est pas inédite sous la plume du juge administratif, une telle formulation est somme toute surprenante dans le contentieux de l'excès de pouvoir puisqu'il y recourt plutôt lorsqu'il est amené à se prononcer sur des demandes en matière de référé suspension¹⁵⁹⁷, de référé liberté¹⁵⁹⁸, c'est-à-dire lorsqu'il est censé procéder à un examen relativement superficiel de l'acte normateur litigieux. Ce faisant, pour mettre en œuvre cette exception justifiée par les effets médiats de l'acte, il semble parfois se contenter d'une analyse de leur effet immédiat ce qui, loin d'avoir renversé le principe de l'irrecevabilité¹⁵⁹⁹, revient finalement à reprendre d'une main

¹⁵⁹³ C'est ce qui ressort de la rédaction de l'arrêt *Société Radio Monte-Carlo* qui, contrairement à la présentation que M. Bruno Lasserre en faisait dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT et a.*, n'évoquait nullement les conditions de travail et d'emploi, mais se contentait de reprendre le considérant utilisé pour les requêtes dirigées contre les mesures d'organisation du service émanant de supérieurs hiérarchiques : « Considérant que le syndicat des cadres de l'Office de radio-télévision française, qui a notamment pour objet la défense des intérêts professionnels de ses membres, ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de l'autorisation accordée à la société Radio Monte-Carlo d'implanter un émetteur de radiodiffusion sur le territoire de la commune de Roumoules Alpes de Haute-Provence ladite autorisation étant sans rapport avec les dispositions du statut applicables à ces membres et ne portant pas d'atteinte à leurs prérogatives ». En réalité, M. Bruno Lasserre semblait considérer, comme le fit ensuite explicitement le Conseil d'État, que la notion de prérogative se confondait ou, tout du moins, incluait, les conditions de travail et d'emploi.

¹⁵⁹⁴ CE, Sect. 19 novembre 1999, *Fédération syndicale F.O. des travailleurs des postes et des télécommunications*, n° 176261 ; CE, 2^e sous-sections jugeant seule, 6 juin 2003, *Fédération C.F.T.C. des postes et des télécommunications, Confédération française de l'encadrement C.G.C. France Télécom, et Fédération syndicale S.U.D.-P.T.T.*, req n°s 231324, 233846, 233987.

¹⁵⁹⁵ V. Benjamin DEFOORT, « L'ordre intérieur à bout de souffle », *RFDA*, 2016, p. 75.

¹⁵⁹⁶ CE, 1^{ère} et 2^e sous-sections réunies, 23 juillet 2003, *Syndicat SUD-Travail*, n° 251148 ; CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 29 novembre 2004, n° 266964 ; CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 28 décembre 2005, n° 270237 ; CE, 6^e sous-section jugeant seule, 27 novembre 2006, n° 253650 ; CE, 6^e sous-section jugeant seule, 1^{er} mars 2013, n° 357178 ; CE, 6^e sous-section jugeant seule, 1^{er} mars 2013, n° 357698 ; CAA de Marseille, 5^e chambre, 5 octobre 2015, n°s 14MA03679, 14MA03695 ; CE, Section, 23 mars 2018, n° 406066.

¹⁵⁹⁷ V. récemment, CE, ord., 27 juin 2019, n° 431515.

¹⁵⁹⁸ V. récemment, CE, ord., 21 juin 2019, n° 431719.

¹⁵⁹⁹ *Contra* Alexandre CIAUDO, *thèse.précit.*, n° 473, p. 395. Ainsi, s'agissant de l'émergence de l'exécution relative aux conditions d'emploi et de travail, l'auteur relevait que « l'organisation du service ayant précisément pour objet de mettre en place les conditions d'exécution du travail des agents, l'exception permet le renversement du principe comme son adaptation à la diversité des espèces ». Il est vrai que cette exception semble aboutir finalement au même résultat que la conception extensive de la notion de prérogative qu'évoquait le commissaire du gouvernement Mosset et dont il estimait qu'elle risquait de permettre « aux agents intéressés de contester toutes mesures de réorganisation du service », ce que le Conseil d'État avait évité en retenant justement une conception élitiste de la notion de prérogative qui faisait office finalement de voie médiane entre la conception la plus extensive et la plus restrictive.

ce qu'il a donné d'une autre. Par ailleurs, et de façon plus spécifique, un tel confinement de l'exception dans le contentieux des mesures d'organisation du service impose aux groupements, compte tenu de l'évolution récente de la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif s'agissant des litiges relatifs aux personnels des établissements publics industriels et commerciaux et des entreprises visées par les articles L. 2233-1 et L. 2233-2 du code du travail¹⁶⁰⁰, de se tourner vers le juge judiciaire pour contester l'évolution des conditions de travail et d'emploi des agents participant à de tels services.

588. Le législateur s'est ensuite inspiré de cette réserve jurisprudentielle et des dispositions législatives applicables aux syndicats d'agents publics civils pour encadrer le recours pour excès de pouvoir des associations professionnelles nationales de militaires. Ainsi, s'agissant du recours par voie d'action ou d'intervention, le code de la défense dispose qu'elles « peuvent se pourvoir et intervenir devant les juridictions compétentes contre tout acte réglementaire relatif à la condition militaire et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs de la profession. Elles ne peuvent contester la légalité des mesures d'organisation des forces armées et des formations rattachées »¹⁶⁰¹. La rédaction de ces dispositions montre toutefois que l'inspiration procède tant de la filiation que de la réaction. Ainsi, à la différence de la jurisprudence applicable pour les agents civils ainsi d'ailleurs que des dispositions qui étaient proposées dans l'avant-projet de loi¹⁶⁰², elles excluent tous recours contre les « mesures d'organisation des forces armées et des formations rattachées », y compris celles qui affecteraient la « condition militaire » ou les « intérêts collectifs de la profession ». En somme, l'objet de l'acte prend ici le pas sur l'effet. En outre, la référence aux « droits et prérogatives » et aux « conditions d'emploi et de travail » laisse ici la place à la notion de « condition militaire » pour les actes réglementaires, ce qui est cohérent au regard de l'objet assigné aux associations et permet surtout d'éviter que l'institution militaire ne se trouve contaminée par la « travaillisation ». En effet, en donnant enfin un contenu législatif à la

¹⁶⁰⁰ Pour rappel, le Tribunal des conflits a adopté une vision plus restrictive des « mesures d'organisation du service public » telles qu'elles étaient définies dans la jurisprudence *Epoux Barbier* (TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. époux Barbier*, n° 1908), en détachant des clauses des accords susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir celles ayant « pour objet la détermination des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales des personnels des entreprises et établissements publics » visés par les articles L. 2233-1 et L. 2233-2 du code du travail (TC, 15 décembre 2008, *Kim c. Etablissement français du sang*, n° 3652 ; TC, 15 décembre 2008, *Voisin c. RATP*, n° 3662), qu'elles s'appliquent uniquement aux agents de droit privé ou aussi aux fonctionnaires en activité dans ces entreprises (CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 26 septembre 2014, *Syndicat CFE-CGC/UNSA France Télécom-Orange*, n°380164).

¹⁶⁰¹ 1^{er} alinéa de l'article L. 4126-3 du code de la défense.

¹⁶⁰² En effet, le I de l'article L. 4126-3 du code de la défense, dont la création était proposée par l'avant-projet de loi contenu dans le rapport Pêcheur, disposait que « les associations professionnelles nationales de militaires peuvent se pourvoir et intervenir devant les juridictions compétentes contre tout acte réglementaire relatif à la condition militaire et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs de la profession. Elles ne peuvent demander l'annulation des mesures d'organisation des forces armées et des formations rattachées que lorsque celles-ci portent atteinte aux droits et prérogatives des militaires ».

notion de « condition militaire »¹⁶⁰³, le législateur ne l'a pas limité au « steak frites »¹⁶⁰⁴ mais, en suivant ici les préconisations du rapport *Pêcheur*, a tout de même veillé à écarter toute référence aux « organisation du service », aux « conditions d'organisation du travail » qui aurait permis de discuter « l'opportunité des décisions de gestion et d'organisation des forces armées, comme la restructuration d'une base de défense ou le vote du budget de la défense nationale »¹⁶⁰⁵. Ces associations professionnelles nationales de militaires ne disposent en revanche pas d'un monopole en matière de défense de la « condition militaire » puisque, postérieurement à la loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015, le Conseil d'État a admis que des associations ne remplissant pas les conditions légales pour bénéficier de cette labellisation - dont d'ailleurs celle qui est à l'origine de la condamnation de la France - puissent aussi, si elles ne comptent pas dans leur rang de militaires en activité, former « des recours contre des actes réglementaires intéressant la condition militaire dès lors qu'elles y ont un intérêt »¹⁶⁰⁶.

b- L'exclusion des objets statutaires trop larges

589. Dans le cadre des habilitations législatives à exercer les droits de la partie civile, c'est le législateur qui délimite, de façon plus ou moins précise et plus ou moins stricte, le champ des intérêts collectifs que les groupements doivent prétendre défendre pour pouvoir en bénéficier. S'appuyant sur les statuts du groupement, le juge veille alors à ce que les prévisions légales soient respectées¹⁶⁰⁷ et, à ce titre, ne va pas jusqu'à exiger une « unicité d'objet »¹⁶⁰⁸, même s'il a pu ironiser sur le caractère « manifestement diversifié

¹⁶⁰³ Aux termes de l'article L. 4111-1 du code de la défense, tel qu'il fut légèrement amendé ensuite par l'article 15 de la loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense, « la condition militaire recouvre l'ensemble des obligations et des sujétions propres à l'état militaire, ainsi que les garanties et les compensations apportées par la Nation aux militaires. Elle inclut les aspects statutaires, économiques, sociaux et culturels susceptibles d'avoir une influence sur l'attractivité de la profession et des parcours professionnels, le moral et les conditions de vie des militaires et de leurs ayants droit, la situation et l'environnement professionnels des militaires, le soutien aux malades, aux blessés et aux familles, les conditions de départ des forces armées et formations rattachées ainsi que les conditions d'emploi après l'exercice du métier militaire.» (Sur la genèse et les usages de cette notion de condition militaire, V. Jean JOANA, « La « condition militaire » inventions et réinventions d'une catégorie d'action publique », *Revue française de science politique*, 2002, p. 449).

¹⁶⁰⁴ Patricia ADAM, *Rapport n° 2816 fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n° 2779), après engagement de la procédure accélérée, actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 mai 2015, p. 122.

¹⁶⁰⁵ Bernard PECHEUR, *rapport.précit.*, p. 46-47. Le rapport n'évoquait toutefois pas la jurisprudence administrative applicable à la fonction publique mais seulement celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation relative au champ matériel de compétence des anciens comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en renvoyant d'ailleurs notamment à un arrêt du 30 juin 2010 qui était hors de propos puisqu'il avait seulement traité la contestation d'une mesure disciplinaire (V. Soc., 30 juin 2010, n° 09-42.393 cité in Bernard PECHEUR, *rapport.précit.*, p. 46, ndbp n° 59).

¹⁶⁰⁶ CE, 7^e et 2^e chambres réunies, 26 septembre 2016, n° 393738.

¹⁶⁰⁷ Par ex., Crim., 17 décembre 2002, n° 01-85.650.

¹⁶⁰⁸ Crim., 16 avril 1991, n° 90-87.509.

» des missions d'une association au détour d'un considérant¹⁶⁰⁹ et s'autorise même parfois à aller au-delà des stipulations statutaires pour dégager un objet implicite¹⁶¹⁰.

590. Les restrictions auxquelles procède le législateur, directement ou non, au niveau de l'objet statutaire peuvent parfois donner lieu à des incohérences. Ainsi, alors qu'il mentionne les infractions aux textes relatifs à « la sûreté nucléaire et la radioprotection » et « les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales » parmi les lésions susceptibles de motiver la constitution de partie civile des associations de protection de l'environnement, il ne fait ni de la protection des consommateurs ni même de la lutte contre les risques associés à l'énergie nucléaire des domaines dans lesquels l'associations doit inscrire son objet statutaire pour être éligible à l'agrément auquel les associations de protection de l'environnement peuvent prétendre, ce qui donne lieu du reste à des positions contradictoires de la part des autorités compétentes¹⁶¹¹. Ces restrictions peuvent être aussi une source de différenciation entre les groupements qui se transforme en rupture d'égalité comme le montre le cas de l'article 48-2 de loi du 29 juillet 1881 dans sa version issue de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe. En effet, le législateur avait alors visé en général « l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi et en ce qui concerne l'infraction prévue par l'article 24 *bis* » mais, n'ayant effectivement à l'esprit que les crimes commis à l'occasion de la Seconde guerre mondiale et ne pouvant prévoir qu'ils pussent malheureusement se reproduire, il n'avait octroyé les droits de la partie civile qu'aux « association[s] régulièrement déclarée[s] depuis au moins cinq ans à la date des faits, qui se propose[nt], par [leurs] statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés », ce qui constituait une différence de traitement non justifiée pour les associations défendant les intérêts moraux et l'honneur des victimes de tels crimes commis à d'autres moments de l'Histoire¹⁶¹².

¹⁶⁰⁹ Crim., 4 décembre 2018, n° 18-81.364. Il ne s'agissait toutefois pas là du motif pour lequel la recevabilité de sa constitution de partie civile ne fut pas retenue.

¹⁶¹⁰ Ainsi, pour admettre que la Ligue nationale contre le cancer, dont l'objet est de « d'unir les efforts de l'ensemble de ses membres, notamment des comités départementaux, en vue de favoriser et de coordonner les activités exercées par eux, ainsi que celles de grands organismes, publics ou privés, désireux d'aider à la lutte contre le cancer », pouvait exercer les droits de la partie civile sur le fondement de l'article L. 3512-1 du code de la santé publique qui, dans sa version antérieure, visait notamment les « associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre le tabagisme », la Cour de cassation a relevé que « ces actions doivent être entendues comme pouvant être préventives et non pas seulement curatives ; qu'il est incontestable que la consommation de tabac est un facteur majeur de risque de certains cancers ; que l'objet social de la Ligue nationale contre le cancer inclut donc nécessairement la lutte contre le tabagisme, en conséquence de quoi son action doit être déclarée recevable » (Crim., 23 avril 2013, n° 12-83.244).

¹⁶¹¹ Cf. *Infra*, n° 646.

¹⁶¹² CC, n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France* [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité], cons. n° 7. L'article 176 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, intervenu d'ailleurs après le délai que le Conseil constitutionnel avait ménagé au législateur en procédant à une abrogation différée des dispositions mentionnant les crimes contre l'humanité et les crimes de guerres en général, a opéré une égalisation par le haut en maintenant la référence aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre et étendant la qualité pour agir à toutes associations régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits qui se propose, par ses statuts, d'assister les victimes de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, de défendre leur mémoire ou de lutter contre les discriminations. Il eût été opportun que le

591. Cette neutralisation des objets sociaux trop larges peut aussi avoir lieu en dehors de toute prévision législative. C'est ce qui ressort, par exemple, de la jurisprudence administrative dans le contentieux de l'excès de pouvoir qui, tout en permettant d'utiliser la structure associative ou syndicale pour défendre des intérêts qui seraient par trop diffus pour les personnes physiques prises isolément¹⁶¹³, refuse tout de même d'admettre l'intérêt pour agir de groupements qui, au travers d'un objet défini trop largement, voudraient s'ériger en défenseurs sans bornes de la légalité ou même des seuls droits et libertés fondamentaux¹⁶¹⁴. Si le juge de l'excès de pouvoir veille ainsi à contenir le volet matériel de l'objet social, il fait toutefois ponctuellement preuve de tolérance à l'égard d'associations historiques comme la Ligue des droits de l'homme¹⁶¹⁵ et il semble aussi désormais faire preuve, de manière générale, de plus de souplesse en ce qui concerne le volet spatial¹⁶¹⁶.

592. S'appuyant, en principe du moins, sur les seuls statuts du groupement¹⁶¹⁷, le juge administratif a pris acte de leur nature contractuelle ainsi qu'en témoignent le contrôle de cassation que le Conseil d'État

législateur en profitât pour modifier aussi les dispositions de l'article 2-5 du code de procédure pénale qui sont désormais sur la sellette puisque, parmi les associations, elle ne réserve qu'à celles se proposant, par leurs statuts, « de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés » la possibilité d'exercer « les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne soit l'apologie des crimes de guerre ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi, soit les destructions ou dégradations de monuments ou les violations de sépultures, soit les délits de diffamation ou injures, qui ont causé un préjudice direct ou indirect à la mission qu'elle[s] rempl[issent] ».

¹⁶¹³ Cf. *Supra*, n° 426.

¹⁶¹⁴ Le Conseil d'État a ainsi déclaré irrecevable, pour ce motif, un recours pour excès de pouvoir introduit par l'association « Le droit pour la justice et la démocratie » ayant pour objet de « de combattre l'injustice sous quelque forme que ce soit et en quelque lieu qu'elle se trouve » et de dénoncer, « y compris par voie de justice, l'empiètement de l'espace juridique réglementaire dans le domaine législatif et les iniquités qu'il engendre notamment dans les domaines de la liberté individuelle et du respect de la personne humaine » (CE, 2^e et 6^e sous sections réunies, 10 mars 1995, *Association « Le droit pour la justice et la démocratie »*, n° 125271) ou encore de l'Association de défense des agents publics ayant pour objet « veiller au respect des règles propres à la fonction publique, en vue, notamment, d'assurer l'effectivité du principe d'égalité résultant de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (CE, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 13 mars 1998, *Association de défense des agents publics*, n° 173705).

¹⁶¹⁵ L'étendue de l'objet social de cette association sur le plan matériel ne paraît effectivement pas poser de problème au Conseil d'État (Par ex., CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 4 novembre 2015, *Ligue des droits de l'homme*, n° 375178). Pourtant, même s'il est effectivement formulé en des termes plus précis, force est de constater qu'il est finalement aussi large que pouvait l'être celui de l'association « Le droit pour la justice et la démocratie ». Ainsi, l'article 1^{er} de ses statuts stipule qu'elle est « destinée à défendre les principes énoncés dans les Déclarations des droits de l'Homme de 1789 et de 1793, la Déclaration universelle de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et ses protocoles additionnels », qu'elle « œuvre à l'application des conventions et des pactes internationaux et régionaux en matière de droit d'asile, de droit civil, politique, économique, social et culturel », qu'elle « combat l'injustice, l'illégalité, l'arbitraire, l'intolérance, toute forme de racisme et de discrimination fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle, les mœurs, l'état de santé ou le handicap, les opinions politiques, philosophiques et religieuses, la nationalité, et plus généralement toute atteinte au principe fondamental d'égalité entre les êtres humains, toutes les violences et toutes les mutilations sexuelles, toutes les tortures, toutes les crimes de guerre, tous les génocides, et tout crime contre l'humanité », qu'elle « lutte en faveur du respect des libertés individuelles en matière de traitement des données informatisées, et contre toute atteinte à la dignité, à l'intégrité et à la liberté du genre humain pouvant notamment résulter de l'usage de techniques médicales ou biologiques » et qu'elle « concourt au fonctionnement de la démocratie et agit en faveur de la laïcité ».

¹⁶¹⁶ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 25 juin 2012, *Collectif antinucléaire 13 et autres*, n° 346395.

¹⁶¹⁷ CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays loudunais*, n° 250482.

exerce sur l'appréciation des juges du fond¹⁶¹⁸ ainsi que la référence - parfois explicite¹⁶¹⁹ - aux directives non impératives¹⁶²⁰ d'interprétation fournies par le code civil lors de l'appréciation de la recevabilité. Il apparaît alors que le juge administratif se contente la plupart du temps d'une interprétation littérale des statuts, ce qui s'explique semble-t-il plus par l'absence de nécessité interprétative que par une quelconque gêne de sa part à l'égard d'un acte de droit privé qui le conduirait à dissimuler le recours à la théorie de l'acte clair avec une telle méthode d'interprétation. En revanche, en cas de difficultés pour déterminer le champ matériel d'intervention du groupement, il semble préférer l'interprétation systémique des différentes missions énoncées dans les statuts aux fins de faire émerger un objet social apparaissant trop général¹⁶²¹ plutôt que la recherche de la commune intention des fondateurs¹⁶²² qui, quoiqu'étant toujours placée en tête de la partie du code consacrée à l'interprétation des conventions, ne bénéficie pas, il est vrai, d'une priorité juridiquement consacrée sur les autres directives.

593. Aux fins d'apprécier, et d'éventuellement contenir l'objet social du groupement, le juge administratif peut aussi, prendre en compte des éléments extérieurs aux statuts au stade de la détermination de l'objet social, s'éloignant ainsi de la ligne de conduite que le Conseil d'État avait fixée dans son arrêt *Communauté de communes du pays loudunais* de 2004 sur l'appréciation de leur intérêt pour agir¹⁶²³. Cette prise en compte d'éléments extra-statutaires est d'ailleurs imposée désormais par le Conseil d'État lui-même pour la détermination du champ spatial de l'association. En l'absence de précision dans les statuts, le juge ne doit désormais plus regarder automatiquement l'associations comme une association nationale¹⁶²⁴, et par là même lui dénier en principe un intérêt pour agir contre une décision n'ayant qu'une portée infranationale, mais il doit recourir à la technique du faisceau d'indices que sont « son appellation, la localisation de son siège social ainsi que l'existence, dans plusieurs autres départements, d'associations locales ayant un objet analogue et une dénomination similaire »¹⁶²⁵. Plus favorable aux groupements, cette inflexion participe d'une politique jurisprudentielle d'assouplissement de la condition d'adéquation

¹⁶¹⁸ Lorsqu'il eut à se prononcer, comme juge de cassation, sur l'étendue de son contrôle de l'interprétation des juges du fond, il a ainsi repris sa jurisprudence relative à l'interprétation des stipulations contractuelles et décidé de ménager l'appréciation souveraine des juges du fond sur ce point (CE, 2^e et 6^e sous-sections réunies, 9 décembre 1996, *Assaupamar*, n° 155477 ; V. aussi devant les juridictions judiciaires : Civ. 1, 20 septembre 2017, n° 16-18.035).

¹⁶¹⁹ La cour administrative d'appel de Lyon s'est, par exemple, référée explicitement aux normes d'interprétation fournies par les anciens articles 1156 et suivants du code civil pour interpréter les statuts (CAA de Lyon, 4^e chambre, 25 juin 2009, n° 07LY01811), normes que le juge administratif peut utiliser par ailleurs pour interpréter les contrats dans le contentieux de la commande publique.

¹⁶²⁰ Civ. 1, 6 mars 1979, Bull. civ. I, n° 81. Seule la dénaturation des clauses claires et précises par les juges du fond est alors susceptible d'être sanctionnée.

¹⁶²¹ Denis PIVETEAU, Conclusions sur CE, 7^e et 5^e sous-sections réunies, 29 janvier 2003, *Union des propriétaires pour la défense des Arcs*, n° 199692, *BJDU*, 1997, p. 50.

¹⁶²² Au cours de cette - vaste - recherche, il n'a ainsi été possible de trouver qu'une seule affaire dans laquelle le Conseil d'État aurait recherché, à l'invitation du commissaire du gouvernement, l'intention des fondateurs afin d'apprécier l'intérêt pour agir d'un groupement (V. Michel MORISOT, « Conclusions sur CE, Ass., 30 juin 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et la Sécurité nationale* », *AJDA*, 1973, p. 125).

¹⁶²³ CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays loudunais*, n° 250482.

¹⁶²⁴ CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 5 novembre 2004, *Association Bretagne littoral environnement urbanisme « Bleu »*, n° 264819.

¹⁶²⁵ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 25 juin 2012, *Collectif antinucléaire 13 et autres*, n° 346395 ; CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, n° 354596.

spatiale dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Elle apparaît en effet comme le pendant de la jurisprudence *Ligue des droits de l'homme*¹⁶²⁶ qui, se plaçant elle du côté de la lésion de l'intérêt défendu, admet dans certaines circonstances qu'un groupement d'envergure nationale puisse agir contre une décision qui, au regard de leur seul dispositif, devrait être regardée comme n'ayant qu'une portée locale. Des éléments extra-statutaires peuvent être aussi pris en considération pour délimiter l'objet social sur le plan matériel, le juge interprétant alors les statuts à l'aune d'indications contenues sur un site internet¹⁶²⁷ ou des dispositions législatives régissant le groupement¹⁶²⁸, ce qui n'est d'ailleurs pas nécessairement défavorable aux groupements requérants comme le montre l'utilisation que le Conseil d'État a faite des dispositions des articles L. 2131-1 et L. 2132-3 du code du travail pour apprécier les contours de l'objet social d'unions syndicales que les juridictions du fond désiraient confiner à un simple rôle de coordination en les privant de la possibilité de se prévaloir, dans le silence de leurs statuts, de l'atteinte aux intérêts des personnes qu'ont vocation à défendre les syndicats qu'elles regroupent¹⁶²⁹. Ce recours à des éléments extra-statutaires n'est toutefois pas toujours assumé et vise plutôt à neutraliser les objets qui paraîtraient trop généraux, en limitant le champ d'action du groupement, par exemple à la défense d'intérêts professionnels¹⁶³⁰.

B- Les critères de filtrage propres à certaines voies de droit

594. L'ancienneté (1), l'existence d'une activité réelle (2), l'obtention d'une reconnaissance administrative (4), ainsi que l'acquisition de la personnalité morale (3), sont aussi des exigences qui sont imposées pour filtrer directement l'action des groupements, mais elles ne sont propres qu'à certaines des voies de droit susceptibles d'être employées par les groupements devant les juridictions internes.

1- L'ancienneté de l'association requérante

595. C'est la pertinence et la cohérence tant du champ d'application de cette condition d'ancienneté (a) que ses modalités d'appréciation (b) qui méritent d'être discutées.

¹⁶²⁶ CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 4 novembre 2015, *Ligue des droits de l'homme*, n° 375178.

¹⁶²⁷ Nicolas BOULOUIS, Conclusions inédites sur CE, Sect., 11 décembre 2008, *Association de Défense des Droits des Militaires (ADEFDROMIL)*, n°s 306962, 307403, 307405.

¹⁶²⁸ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705.

¹⁶²⁹ CE, 1^{ère} et 6^e chambres réunies, 24 mai 2017, *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière et a.*, n°s 392661, 392676, 392678.

¹⁶³⁰ S'agissant du syndicat de la magistrature, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de neutraliser une partie de l'objet social de ce syndicat, mais il ne s'était alors pas appuyé sur la forme juridique du groupement et des textes l'organisant (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 12 mars 2007, n° 297888).

a- Le champ de l'exigence d'ancienneté

596. Une durée minimum d'existence du groupement n'est pas une exigence commune à l'ensemble des voies de droit mais elle se retrouve tout de même dans la majorité des habilitations législatives, contenues dans le code de procédure pénale¹⁶³¹ ou en dehors¹⁶³², qui permettent aux associations d'exercer les droits de la partie civile. Elle se retrouve même désormais dans le cadre du recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives, du moins contre certaines décisions, puisque l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme impose désormais aux associations désirant attaquer les décisions relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols d'avoir déposé leur statut en préfecture au moins un an avant l'affichage en mairie de la décision litigieuse.

597. Cette exigence d'ancienneté permet au moins d'éviter la constitution d'associations *ad hoc* qui sont parfois perçues comme étant en elles-mêmes des détournements de la structure associative et des foyers de recours abusifs. C'est bien l'idée qui ressort des débats ayant précédé l'adoption de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme lors de deuxième lecture au Sénat du projet de loi portant engagement national pour le logement. Les sénateurs déposèrent un amendement qui, rédigé sous la dictée de l'association des maires de France, était censé faire le tri au sein du paysage associatif, tri qui était présenté comme nécessaire pour lutter contre les recours abusifs en matière d'urbanisme et, plus particulièrement, les recours dits mafieux c'est-à-dire ces recours qui, donnant lieu à un désistement monnayé, paraissent seulement destinés à rançonner les promoteurs.

598. Ce phénomène n'était alors pas nouveau puisqu'il avait été évoqué dès le début des années 1990 par le Conseil d'État dans son rapport *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*¹⁶³³ ainsi que par quelques commentateurs de la jurisprudence qui mirent aussi en lumière de possibles détournements de la structure associative¹⁶³⁴. Ce phénomène fut ensuite évoqué, en plus des recours abusifs, au cours des travaux de la commission présidée par M. Daniel Labetoulle. De prime abord, il faudrait distinguer les recours abusifs de ces recours mafieux dans la mesure où ces deniers peuvent très bien être des recours recevables ou même fondés. C'est du reste le sérieux du recours qui permet de faire pression sur le bénéficiaire de l'autorisation d'occupation des sols. Toutefois, tout dépend en réalité de la définition qui est retenue de l'abus de droit, et plus précisément de l'abus d'ester en justice. Sur ce point, deux grandes écoles s'opposent. L'une, individualiste, adopte une définition restrictive de l'abus de droit en le réduisant à

¹⁶³¹ Art. 2-1, 2-2, 2-3, 2-4, 2-5, 2-6, 2-8, 2-9, 2-10, 2-11, 2-12, 2-13, 2-15, 2-16, 2-17, 2-18, 2-19, 2-20, 2-21, 2-21-1, 2-22 et 2-23 du code de procédure pénale.

¹⁶³² Art. L. 2223-1, L. 3515-7, L. 3355-1 du code de la santé publique ; art. L. 480-4 du code de l'urbanisme ; art. L. 132-1, L. 142-2 du code de l'environnement ; art. L. 332-17 du code du sport ; art. 48-1, 48-2, 48-3, 48-4, 48-5, 48-6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁶³³ Conseil d'État, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, Paris, Doc.fr, 1992, p. 98.

¹⁶³⁴ Yves CLAISSÉ, note sous TA Paris, 8 juillet 1993 et CAA Paris, 3 novembre 1994, *LPA*, 19 février 1996, p. 10 ; Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Droit et politique de l'urbanisme, intervention au 89^e congrès des Notaires de France », *LPA*, 21 avril 1993.

L'intention maligne dans l'exercice d'un droit, l'autre, partant du principe qu'une mission sociale est assignée aux droits, le qualifie de détournement d'une fonction sociale. En tout état de cause, comme le soulignait Josserand lui-même, il n'y a de toute façon pas d'incompatibilité entre la référence à l'intention de nuire comme critère d'identification de l'abus de droit et la théorie fonctionnelle de l'abus de droit dans la mesure où l'intention de nuire peut indiquer qu'il y a un détournement d'un droit de sa finalité sociale¹⁶³⁵. Il n'est guère facile de voir quelle acception de l'abus de droit est retenue par les juridictions. Cela suppose de se confronter à une jurisprudence casuistique de juges hermétiques au dogmatisme et couvrant leurs décisions du voile de l'*imperatoria brevisitas*. Toutefois, la doctrine a réussi à dégager des lignes de force, des tendances au sein des jurisprudences judiciaires et administratives. Dans la mesure où elle heurterait trop la tradition individualiste libérale, la théorie des « droits-fonction » de Josserand n'aurait pas, de manière générale, les faveurs des tribunaux judiciaires qui préféreraient donc se référer à l'intention malveillante, ou plus largement à la faute, plutôt qu'à la mission sociale qui serait dévolue à un droit¹⁶³⁶. Les études les plus récentes prennent tout de même soin de rappeler la précarité des œuvres de systématisation en la matière. Par exemple, en admettant que toute systématisation de la jurisprudence de la Cour de cassation serait vaine, M. Philippe Brun tente de dresser un tableau, en dégradé, de la jurisprudence judiciaire. Celle-ci adopterait une définition plus ou moins extensive de la notion d'abus de droit, de la faute, selon le caractère plus ou moins discrétionnaire du droit en cause et sa palette jurisprudentielle va ainsi des « droits discrétionnaires conférant à leur titulaire une immunité totale » aux « droits soumis à l'exigence d'un usage raisonnable » en passant par les « droits conférant une immunité à leur titulaire sauf intention de nuire ou mauvaise foi »¹⁶³⁷ et, s'agissant plus précisément du droit d'ester en justice, le juge judiciaire privilégierait une définition restrictive de l'abus de droit. Il peut même, s'agissant d'une même voie de droit, adopter une approche différente selon les actes de procédures en cause. Si M. Philippe Brun, en soulignant l'évolution qu'a connue la jurisprudence sur ce point, rattache le droit d'agir en justice à la catégorie des « droits soumis à l'exigence d'un usage raisonnable », il nuance le degré de sévérité dont ferait preuve le juge judiciaire et note une différence de traitement selon les différents actes de procédures eu égard aux « enjeux particuliers » qu'ils peuvent renfermer¹⁶³⁸, ce qui est une preuve supplémentaire de la porosité de ces catégories et de la difficulté de systématiser la jurisprudence sur ce point. Le recours pour excès de pouvoir semble, pour sa part, faire l'objet d'un traitement particulier dans la jurisprudence de la Cour de cassation puisqu'en évoquant « la défense de la légalité » comme une finalité à laquelle cette voie de droit est assignée¹⁶³⁹, elle semble se référer ici à cette théorie des droits-fonction à laquelle elle est traditionnellement rétive. Ainsi entendu, le recours abusif

¹⁶³⁵ Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, réédition, 2007, p. 394

¹⁶³⁶ Louis DUBOUIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1962, p. 341.

¹⁶³⁷ Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 5^e édition, 2018, n° 335-338, p. 227-230

¹⁶³⁸ Philippe BRUN, *op.cit.*, n° 338, p. 230.

¹⁶³⁹ Civ. 3, 5 juin 2012, n° 11-17.919.

en matière de recours pour excès de pouvoir recouvre bien le recours seulement utilisé comme un moyen de pression pour obtenir une rétribution financière en échange d'un désistement. La jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation tend à conforter cette analyse dans la mesure où elle a estimé qu'une tel exercice de l'action en justice, hors le dessein de faire assurer ou protéger un droit légitime et après qu'un intérêt à agir eut été artificiellement créé dans le seul but d'obtenir le versement de sommes au titre d'une transaction, constitue une manœuvre déterminante de la remise des fonds », pouvait être qualifiée d'escroquerie ou de tentative d'escroquerie¹⁶⁴⁰. La qualification de ce type de recours en infraction pénale intentionnelle suppose d'ailleurs implicitement, mais nécessairement, que les juridictions pénales aient retenu l'existence d'une intention maligne qui permet aussi de les faire rentrer dans la définition plus restrictive de l'abus de droit.

599. L'ancienneté, qui était alors réduite au niveau de la durée à une simple antériorité par rapport à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire par les dispositions de l'article L. 600-1-1, était ainsi présentée comme le critère le plus pertinent pour trier le bon grain de l'ivraie au sein des associations se donnant pour objet la protection de l'environnement. Les défenseurs de cet amendement, qui fut voté contre l'avis du Gouvernement et ne fut ensuite pas remis en cause devant l'Assemblée nationale, ne s'appuyaient néanmoins sur aucune donnée chiffrée attestant que la plupart des recours contre les autorisations d'occupation ou d'utilisation des sols seraient effectivement le fait d'associations de circonstance ou même que la plupart de leur recours seraient bien abusifs ou mafieux¹⁶⁴¹.

600. Au travers des associations *ad hoc*, c'est plutôt le phénomène du « NIMBY », c'est-à-dire l'opposition systématique à des projets d'aménagement au nom de la protection d'intérêts personnels et égoïstes¹⁶⁴², dont elles seraient l'instrument privilégiée, qui était mis en cause par les parlementaires. Même

¹⁶⁴⁰ Crim., 22 janvier 2014, n° 12-88.042.

¹⁶⁴¹ Les quelques exemples jurisprudentiels qu'il est possible de trouver et les quelques études réalisées sur cette question montrent d'ailleurs qu'il peut très bien s'agir de recours introduits par des personnes physiques (V. Philippe S. HANSEN « Le recours abusif dans le contentieux de l'urbanisme », *BJDU*, 2005, p. 234).

¹⁶⁴² Apparu dans les années 1970 aux États-Unis (Arthur JOBERT, « L'aménagement en politique, ou ce que le syndrome Nimby nous dit de l'intérêt général », *Politix*, n° 42, 1998, p. 71), le terme « NIMBY », pour « *Not In My Backyard* » - « *Pas dans mon arrière-cour* » - est l'un des nombreux acronymes utilisé pour décrire les réactions de riverains à des projets d'aménagement, ces conflits de localisation des infrastructures ne se limitant d'ailleurs pas aux thématiques environnementales (Nicolas MARCHETTI, *Les conflits de localisation : le syndrome NIMBY*, Centre de recherche CIRANO, Rapport, 2005, 36 p. ; V. aussi Stacy GRELET, « Une pierre dans mon jardin : ce que les Nimby's nous apprennent de l'hospitalité », *Revue Vacarme*, 2007, p. 32 : l'auteure distingue ainsi le NIMBY « environnemental » et le NIMBY « résidentiel », ce dernier étant une réaction à l'ouverture d'une infrastructure à vocation sociale). Ces acronymes se sont effectivement multipliés pour désigner les différentes formes que peut prendre l'opposition de riverains à un projet d'aménagement, il n'est possible que d'en donner une liste non exhaustive: « *BANANA* » c'est-à-dire « *Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything* » - « ne construisez rien nulle part près de quoi que ce soit » -, « *LULU* » c'est-à-dire « *Locally unpopular land use* » - « utilisation du sol localement impopulaire » -, « *NLABY* » c'est-à-dire « *Not in anybody's back yard* » - « pas dans l'arrière-cour de quiconque » -, « *NIMFOS* » c'est-à-dire « *Not in my field of sight* » (« pas dans mon champ de vision »). Destinée à délégitimer les contestations que peuvent rencontrer des projets d'aménagement, cette expression de « NIMBY » fut ensuite reprise par les politistes américains et importée en France où elle est utilisée aussi bien pour décrire des recours qualifiés d'abusifs que pour décrire certains comportements lors des procédures de participation du public. Ainsi, le *Cahier de méthodologie* de la Commission nationale du débat public use de ce terme pour décrire une position « individualiste » du public, « une attitude d'opposition des résidents à un projet d'intérêt général » (CNDP, *Cahier de méthodologie 2002-2012*, 2012, p. 39) et ses différents rapports décrivent le réflexe « NIMBY » comme une attitude primaire, opposé à la prise en compte par les participants au débat des enjeux environnementaux soulevés par le projet (Par ex., CNDP, *Compte rendu : Commission particulière du débat public Liaison Castres-*

s'ils ont en commun d'apparaître comme l'expression d'intérêts égoïstes, il est toutefois un peu rapide, si ce n'est abusif, d'assimiler ce phénomène aux recours abusifs ou mafieux. En effet, contrairement à ce que l'usage stigmatisant de ce terme peut suggérer, le phénomène que recouvre le « NIMBY » se laisse difficilement enfermer dans une approche manichéenne¹⁶⁴³. Cette assimilation part aussi du postulat que le recours pour excès de pouvoir ne serait destiné qu'à défendre exclusivement et même toujours en priorité l'intérêt général¹⁶⁴⁴ et fait fi des convergences pouvant par ailleurs exister entre des intérêts personnels et supra-personnels. Si un recours d'une association *ad hoc* peut être l'expression d'un syndrome « NIMBY » que le débat public n'aura pas réussi à « soigner »¹⁶⁴⁵, il peut tout au plus être reproché à ces associations de ne défendre qu'un intérêt qui, bien que différent, concorde avec celui de

Toulouse, mars 2010, p. 6 ; CNDP, *Compte-rendu du débat public portant sur le projet de canalisation de transport de gaz naturel : ERIDAN*, janvier 2010, p. 48 ; CNDP, *Bilan du débat public : contournement autoroutier de Toulouse*, 2007, p. 5).

¹⁶⁴³ En effet, ce phénomène « NIMBY » est assez difficile à appréhender et la pertinence de cette opposition radicale entre « contestations écologistes et environnementalistes » et le syndrome « NIMBY » a pu d'ailleurs être mise en cause tant il existe des convergences possibles au sein du camp des contestataires à un projet d'aménagement, au point que les contestataires adopteraient même parfois une attitude « nimbiste » en ne s'opposant qu'à la localisation d'un équipement et non à son principe. (Philippe SUBRA, « Ce que le débat public nous dit du territoire et de son aménagement », *Géocarrefour*, 2006, p. 287). Cette frontière est aussi mouvante puisqu'il ne faut pas exclure une possible « montée en généralité » à partir du « NIMBY ». Ainsi, au cours du débat, les comportements des différents acteurs, leurs arguments sont susceptibles d'évoluer (Jacques LOLLIVE, « La montée en généralité pour sortir du NIMBY. La mobilisation associative contre le TGV méditerranée », *Politix*, 1997, p. 109), ce serait même là une des vertus du débat public. En ce sens, cette réaction de riverains peut être pour eux une source d'intégration à la vie politique locale, de constitution d'un capital politique (Sébastien LEA, « Le NIMBY est mort. Vive la résistance éclairée : le cas de l'opposition à un projet de décharge, Essonne, France. », *Sociologies pratiques*, 2013, p. 145). Ainsi, l'administré, auquel est associé le syndrome « NIMBY » en ce qu'il serait passif et centré sur ses intérêts égoïstes (Marianne MOLINER-DUBOST, « Démocratie environnementale et participation des citoyens », *AJDA*, 2011, p. 259), ne serait pas si éloigné du citoyen « garant et protecteur d'une valeur collective supérieure » (Michel PRIEUR, « Droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, 1988, p. 397, cité par Marianne MOLINER-DUBOST, *op.cit*) pour lequel la participation aurait été mise en place.

¹⁶⁴³ Assemblée nationale, 2^e séance du 3 mars 2016, *JOAN*, p. 1688.

¹⁶⁴⁴ En effet, la qualité de voisins est après tout regardée comme licite et légitime et à ce titre susceptible de conférer intérêt pour agir pour demander l'annulation d'une décision d'urbanisme

¹⁶⁴⁵ Paradoxalement, pour la CNDP, il semble d'ailleurs que ce soit là que réside le véritable risque du débat public : dans cette « montée en généralité » (CNDP, *Cahier de méthodologie 2002-2012*, 2012, p. 39), dans ce passage du « pas ici » au « ni ici ni ailleurs ». Certaines associations apparaissent d'ailleurs comme des catalyseurs de la montée en généralité (Par ex., CNDP, *Compte-rendu intermédiaire des garants de la concertation 2^{ème} étape, Grand projet ferroviaire du Sud-Ouest*, juin 2012, p. 4 ; M. Jacques Chevallier, en s'appuyant sur les recherches de M. Alexis Billet (Alexis BILLET, *Les citoyens et l'action publique : les contestations riveraines d'un grand projet d'infrastructure. Les mobilisations contre l'aéroport à Notre-Dame des Landes*, Mémoire, IEP Rennes, 2010, 90 p) évoque aussi ce phénomène s'agissant des opposants à l'aéroport Notre-Dame des Landes qui se sont regroupés autour d'associations locales et nationales : Jacques CHEVALLIER, « Le débat public à l'épreuve. Le projet d'aéroport Notre-Dame des Landes », *AJDA*, 2013, p. 779). Le débat dérive alors vers des questions de « gouvernance » et de politique nationale dépassant la compétence du maître d'ouvrage. Une telle approche du débat public tend à le réduire à un simple instrument de légitimation du projet, sans que l'effet escompté soit d'ailleurs toujours obtenu. Le qualificatif de « NIMBY » semble impliquer une confiscation de l'intérêt général par le maître d'ouvrage et une dévalorisation de la parole contestataire. Les juristes se sont aussi saisis de ces phénomènes qu'il ne pouvait ignorer dans la mesure où ils constituent « des mesureurs d'adéquation entre les décisions publiques et les attentes de la société », des « indicateurs de l'état du dialogue entre le pouvoir normatif et les individus » (Adélie POMADE, « NIMBY et NEIMBY : regard d'un juriste sur deux syndromes atypiques », *Droit de l'environnement*, 2012, p. 18) et ont aussi, pour certains, mis en doute la pertinence d'une telle labellisation des contestations. M. Raphael Romi estime ainsi que cet acronyme n'est pas toujours utilisé à bon escient pour stigmatiser « une idéologie égoïste » dans la mesure où la distinction à laquelle elle renvoie n'est pas toujours facile à faire et qu'il est utilisé par des personnes dont la sincérité pour les préoccupations environnementales est tout aussi douteuse (Raphael ROMI, Note sous CAA de Marseille, 23 novembre 2000, *Association Auribeau-Demain*, n° 00MA01030, 00MA01390, *Droit de l'environnement*, 2001, p. 84, ndbp n°3). Dans le même ordre d'idées, Mme Molinier-Dubost, qui s'appuie par ailleurs sur les travaux de M. Arthur Jobert précédemment cités, dénonce aussi le « prétendu syndrome NIMBY » (Marianne MOLINIER-DUBOST, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 2015, p. 122).

leurs membres¹⁶⁴⁶. En tout état de cause, les recours formés par des associations *ad hoc* contre des autorisations d'occupation ou d'utilisation des sols ne sont pas nécessairement l'expression du « NIMBY », qu'il est de toute façon bien difficile, si ce n'est impossible, de détecter dans le contentieux de l'excès de pouvoir¹⁶⁴⁷. En effet, les requérants et leur conseil soulèvent tous les moyens recevables et opérants à leur disposition sans se soucier de savoir si les normes qu'ils invoquent ont pour finalité principale la protection de leur intérêt personnel ou celle de l'environnement.

601. Finalement, si elle contribue effectivement à la sécurisation de ces autorisations, et bénéficiera d'ailleurs pour cette raison de l'onction du Conseil constitutionnel, cette condition d'ancienneté n'était sans doute pas une restriction nécessaire pour lutter contre le phénomène des recours abusifs ou mafieux. Il pourrait même lui être reprochée de ne pas être de toute façon suffisante pour sécuriser les projets d'urbanisme puisqu'elle laisse de côté, par exemple, les recours contre les décisions relatives à l'exercice du droit de préemption¹⁶⁴⁸. Au reste, lorsqu'en 2013, le législateur délégué décida de faire aussi une exception au principe selon lequel l'intérêt pour agir s'apprécie à la date de l'enregistrement de la requête pour les recours n'émanant pas d'associations, il a limité le champ d'application et la rigueur de cette exception. En effet, l'article L. 600-1-3, à l'égard duquel l'article L. 600-1-1 doit donc être regardé comme une disposition spéciale, n'impose de tenir compte de l'intérêt pour agir du requérant au moment de l'affichage en mairie de la demande que s'agissant des recours dirigés contre « un permis de construire, de démolir ou d'aménager » et réserve expressément l'hypothèse dans laquelle le requérant pourrait justifier de « circonstances particulières ».

602. Il est néanmoins d'autres situations dans lesquelles le législateur reconnaît que cette condition d'ancienneté peut se révéler handicapante en empêchant de se servir de la structure associative comme un moyen de mutualisation des ressources pour des victimes en réaction à une lésion particulière, en particulier lorsque, comme c'est le plus souvent le cas, c'est la date à laquelle est survenue ce fait dommageable qui est prise comme référence pour apprécier son respect. C'est pour cela qu'il a ménagé une exception au premier alinéa de l'article 2-15 du code de procédure pénale au profit d'associations qui sont constituées pour défendre des victimes d'un accident collectif en particulier, en veillant toutefois à compenser l'absence de critère d'ancienneté par l'exigence d'un agrément. Interpellé par des associations de victimes des attentats du 13 novembre 2015¹⁶⁴⁹, il s'est ensuite inspiré de cette disposition pour ajouter à l'article 2-9 du code de procédure pénale, qui a trait précisément aux conditions d'exercice des droits de la partie civile par les associations de défense des victimes en cas d'actes terroristes, un alinéa

¹⁶⁴⁶ Julien BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, p. 516.

¹⁶⁴⁷ En cela, la distinction que Mme Adélie Pomade tente d'opérer entre les requêtes relevant du « NIMBY » et celles relevant du « NEIMBY » c'est-à-dire le « *Not environment in my backyard* » n'est guère convaincante.

¹⁶⁴⁸ CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 1^{er} juillet 2009, *La fourmi vouvrillonne*, n° 319238.

¹⁶⁴⁹ Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la 2^e séance du 3 mars 2016, *JOAN*, p. 1688.

dispensant de la condition d'ancienneté les associations ayant pour objet la défense des victimes d'un acte terroriste en particulier, pourvu toutefois qu'elles aient tout de même obtenu un agrément¹⁶⁵⁰.

603. Enfin, force est de constater que le législateur ne fait pas toujours preuve de cohérence dans l'application de ce critère de filtrage. Ainsi, rien ne permet d'expliquer, ni même de justifier que les associations de défense de la langue française n'aient pas été non plus soumises à une telle condition. C'est le pouvoir réglementaire qui a alors comblé cet oubli en faisant de l'ancienneté un critère indirect de filtrage, c'est-à-dire en l'imposant comme une condition d'obtention de l'agrément nécessaire à l'octroi de la qualité pour agir.

b- Les modalités d'appréciation de l'exigence d'ancienneté

604. Le respect de la condition d'ancienneté est en général apprécié à partir de la date à laquelle l'atteinte à l'intérêt collectif est survenue¹⁶⁵¹, ce qui constitue effectivement un obstacle dirimant à la constitution d'une association *ad hoc*. En revanche, la date à laquelle une atteinte potentielle a été rendue publique, qui est celle retenue dans le contentieux des autorisations d'occupation des sols avec l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire, permettait toujours de constituer une association une fois que le projet du pétitionnaire était officieusement connue ce qui explique pourquoi le législateur a voulu aller plus loin dans le cadre de la loi « ELAN » et de ne plus se contenter de la simple antériorité du dépôt des statuts par rapport à cette date d'affichage mais d'une ancienneté d'au moins un an. Il est toutefois des hypothèses dans lesquelles le législateur a choisi d'atténuer la rigueur de cette condition d'ancienneté en renvoyant parfois à la date de la constitution de la partie civile¹⁶⁵². Il est enfin d'autres hypothèses dans lesquelles la disposition législative octroyant la qualité pour agir demeure silencieuse quant à la date à retenir pour apprécier la condition d'ancienneté et les débats parlementaires ne sont pas toujours d'une grande aide pour interpréter ce silence.

605. Ainsi, les travaux préparatoires ne sont d'aucun secours pour interpréter les dispositions de l'article 2-19 du code procédure pénale octroyant la possibilité à certaines association départementale des maires d'exercer les droits reconnus à la partie civile dans toutes les instances introduites par les élus

¹⁶⁵⁰ Art. 2-9 du code de procédure pénale tel que modifié par l'article 15 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. L'article 18 de la loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 ayant introduit l'article 2-9 dans le code de procédure pénale avait d'ailleurs déjà ménagé une première exception au profit des associations assistant les victimes d'infractions qui avaient été « *régulièrement déclarées avant le 9 septembre 1986* », ce qui correspondait à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 86-1020 relative à la lutte contre le terrorisme et permettait aux associations de victimes qui s'étaient constituées alors que la France connaissait aussi une vague d'attentats d'exercer les droits de la partie civile relativement à ces dernier (Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 3 mai 1990, JORF, p. 570).

¹⁶⁵¹ Art. 2-1, 2-2, 2-3, 2-5, 2-6, 2-8, 2-10, 2-11, 2-12, 2-13, 2-15, 2-16, 2-17, 2-20, 2-21, 2-21-1, 2-22 et 2-23 du code de procédure pénale ; art. L. 2223-1, L. 3515-7, L. 3355-1 du code de la santé publique ; art. L. 480-4 du code de l'urbanisme ; art. L. 132-1 et L. 142-2 du code de l'environnement ; art. L. 332-17 du code du sport ; art. 48-1, 48-2, 48-3, 48-4, 48-5 et 48-6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁶⁵² Art. 2-23 du code de procédure pénale.

municipaux à la suite d'injures, d'outrages, de diffamations, de menaces ou de coups et blessures à raison de leurs fonctions¹⁶⁵³. En revanche, parmi ces dispositions silencieuses du code de procédure pénale, il est moins possible d'exclure la date à laquelle le fait est survenu pour l'article 2-4 qui octroie à certaines associations la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, ainsi que pour l'article 2-9 qui octroie elle la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile en cas d'actes terroristes et, enfin, l'article 2-18 qui octroie la possibilité d'exercer les droits de la partie civile en présence certaines atteintes involontaire à la vie ou à l'intégrité physique de la personne commises à l'occasion d'une activité professionnelle. En effet, le silence procède justement ici d'une modification qui avait pour objet de supprimer la référence à la date des faits qui paraissait trop rigoureuse ou, pour l'article 2-4, rendait même l'habilitation inapplicable¹⁶⁵⁴. En revanche, à la lecture de ces mêmes travaux préparatoires, il n'est pas toujours évident de savoir la date qu'il faut retenir en lieu et place. Ainsi, si c'est bien la date à laquelle l'association s'est constituée partie civile qui fut évoquée lors de la modification de l'article 2-19 du code de procédure pénale, les débats ayant précédé l'adoption de l'article 2-18 de ce code sont aussi silencieux que la loi sur ce point. Or, s'agissant d'une disposition qui n'habilite les associations à agir que si l'action publique a été préalablement mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée, il serait envisageable de retenir aussi bien la date de leur propre constitution de partie civile que celle de la mise en mouvement de l'action publique qui n'est pas de leur fait. Le doute est aussi permis s'agissant de l'article 2-4 du code de procédure pénale. La rédaction de cette disposition, telle qu'elle résultait alors de la loi n° 81-82 du 2 février 1981, fut effectivement mise en cause par le Gouvernement, qui proposa la suppression de la référence à la date des faits, ainsi que par un amendement parlementaire qui proposait quant à lui de la remplacer par une référence à la « date d'ouverture des poursuites » et qui fut retiré au profit du premier¹⁶⁵⁵. Ce faisant, les parlementaires semblent avoir considéré que ces deux modifications rédactionnelles étaient équivalentes, c'est-à-dire qu'il conviendrait d'apprécier désormais l'ancienneté de l'association non pas à compter de la date des faits mais de celle de l'ouverture des poursuites. Or, cela ne correspond pas non plus nécessairement à la date de la constitution de la partie civile de l'association puisque l'action publique contre de telles infractions n'est pas forcément mise en mouvement à la suite de cette dernière. Au-delà même de ces lacunes rédactionnelles, c'est la cohérence des choix du législateur qui, exception faite peut être de l'article 2-4 du code de procédure pénale, mérite d'être aussi questionnée.

606. Du côté de la date à compter de laquelle cette durée d'ancienneté est censée débiter, la rédaction de certaines des dispositions est aussi équivoque. Certes, il est au moins certain que l'ensemble des

¹⁶⁵³ Cet article est issu d'un amendement sénatorial qui avait été déposé dans un premier temps lors des débats sur un projet de loi relatif à l'action publique en matière pénale et modifiant le code de procédure pénale mais qui fut finalement repris et adopté à l'occasion des débats portant sur la future loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

¹⁶⁵⁴ Cette première version de l'article 2-4 du code de procédure pénale n'est d'ailleurs pas visible sur le site *Légifrance* à moins de consulter directement la reproduction en ligne du Journal officiel.

¹⁶⁵⁵ Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 7 avril 1983, JORF Sénat, p. 138.

dispositions législatives imposant cette condition d'ancienneté exclut que la durée durant laquelle l'association n'aurait eu qu'une existence légale puisse être prise en compte puisqu'elles ne renvoient qu'à la date de la déclaration régulière¹⁶⁵⁶, du dépôt des statuts¹⁶⁵⁷ ou encore de l'inscription d'une activité dans les statuts d'une association déjà déclarée¹⁶⁵⁸. Néanmoins, lorsque le législateur se contente de mentionner la date de la déclaration, il n'est pas évident de savoir s'il faut seulement retenir la date à laquelle l'association a acquis la personnalité juridique ou bien celle à laquelle l'objet social requis par les dispositions législatives pour l'octroi de la qualité pour agir a été intégré dans ses statuts, ce qui peut se faire aussi bien à l'occasion de la déclaration initiale que d'une déclaration modificative. Dans la première hypothèse, la rigueur et même l'utilité de la condition d'ancienneté s'en trouveraient considérablement amoindries car elle permettrait seulement d'éviter la constitution d'associations de circonstance mais non des modifications statutaires de circonstance par des associations déjà déclarées ou inscrites. Cela explique que la jurisprudence de la Cour de cassation retienne de manière constante la seconde interprétation en exigeant de retenir la date à laquelle l'objet social exigé par la loi a été déclaré¹⁶⁵⁹. C'est aussi cette interprétation que le Conseil d'État retient de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme en imposant au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la recevabilité du recours à l'aune des statuts tels qui ont été déposés avant l'affichage de la demande en mairie¹⁶⁶⁰.

2- L'existence d'une activité réelle de la part de l'association requérante

607. Rarement imposé directement par le législateur (a), l'exercice d'une activité réelle par les groupements requérants n'est que ponctuellement pris en considération par les juridictions lorsqu'elles apprécient leur qualité pour agir (b).

¹⁶⁵⁶ Art. 2-1, 2-2, 2-3, 2-4, 2-5, 2-6, 2-8, 2-10, 2-12, 2-13, 2-15, 2-16, 2-17, 2-18, 2-19, 2-20, 2-21, 2-21-1, 2-22, 2-23 du code de procédure pénale ; art. L. 2223-1, L. 3515-7, L. 3355-1 du code de la santé publique ; art. L. 480-4 du code de l'urbanisme ; art. L. 132-1 et L. 142-2 du code de l'environnement ; art. L. 332-17 du code du sport ; art. 48-1, 48-2, 48-3, 48-4, 48-5 et 48-6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse .

¹⁶⁵⁷ Art. 2-19 du code de procédure pénale.

¹⁶⁵⁸ Art. L. 132-1 du code de l'environnement.

¹⁶⁵⁹ Crim., 22 octobre 1986, Bull. crim. n° 302 ; Crim., 21 mai 1996, n° 94-83.370 ; Crim., 27 novembre 1996, Bull. crim. n° 431 ; Crim., 11 mars 1998, n° 97-81.584 ; Crim., 30 mars 2010, n° 09-84.279 ; Crim., 30 mars 2010, n° 09-87.255). Un tel contournement est parfois empêché expressément par le législateur. C'est le cas à l'article L. 132-1 du code de l'environnement, qui ouvre notamment aux « associations régulièrement déclarées exerçant des activités dans le domaine de la conservation des connaissances traditionnelles » la possibilité d'exercer les droits de la partie civile en présence d'une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, ainsi qu'aux textes pris pour leur application ayant causé un préjudice direct ou indirect aux intérêts qu'elles ont pour objet de défendre. En effet, ces dispositions exigent une durée de trois ans à compter de l'inscription de cette activité dans les statuts de l'association ce qui peut correspondre aussi bien à une déclaration initiale qu'à une déclaration modificative.

¹⁶⁶⁰ CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 29 mars 2017, *Association Garches est à vous*, n° 395419. Si cette décision fut rendue alors que l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme réduisait l'ancienneté à un simple antériorité, l'entrée en vigueur des modifications apportées par l'article 80 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique ne s'oppose évidemment en rien au maintien de cette exception à la jurisprudence *Commune de la Tour du Meix*. Simplement, le juge devrait désormais ne tenir compte que des modifications statutaires qui ont été déclarées au moins un an avant l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire.

a- Une exigence législative

608. Seul l'article L. 132-1 du code de l'environnement semble faire de l'existence d'une activité réelle une exigence de filtrage directe en faisant explicitement le départ entre l'inscription d'une activité dans les statuts de l'association et son exercice par cette dernière¹⁶⁶¹, sans préciser néanmoins au juge comment la réalité de cet exercice doit être appréciée. En réalité, la condition tenant à l'existence d'une activité réelle est le plus souvent imposée indirectement par le législateur puisqu'elle se retrouve dans la plupart des textes organisant la reconnaissance administrative qu'il impose parfois aux associations d'obtenir pour se voir attribuer la qualité pour agir ou des facilités d'action.

609. Cette condition peut aussi apparaître implicitement dans la formulation de l'objet social qui est exigée par le législateur pour bénéficier de l'habilitation aujourd'hui prévue à l'article 2-22 du code de procédure pénale. En effet, c'est la volonté de réserver l'action à des associations ayant fait la preuve d'une activité effective qui explique en partie la rédaction de la loi n° 75-229 du 9 avril 1975 habilitant les associations constituées pour la lutte contre le proxénétisme à exercer l'action civile. L'article unique de cette loi, dont les dispositions sont aujourd'hui pour partie reprises à l'article 2-22 du code de procédure pénale¹⁶⁶², disposait ainsi que « toute association reconnue d'utilité publique ayant pour objet statutaire la lutte contre le proxénétisme et l'action sociale en faveur des personnes en danger de prostitution ou des personnes se livrant à la prostitution en vue de les aider à y renoncer, peut exercer l'action civile devant toutes les juridictions où cette action est recevable, en ce qui concerne les infractions de proxénétisme prévues par le Code pénal ainsi que celles se rattachant directement ou indirectement au proxénétisme, qui ont causé un préjudice direct ou indirect à la mission qu'elle remplit ». À l'origine, le texte, issu d'une proposition de loi, ne faisait aucune référence à l'« action sociale » et ne visait que « toute association reconnue d'utilité publique » et « constituée pour la lutte contre le proxénétisme ». Néanmoins, lors de la première lecture devant l'Assemblée, le garde des sceaux, Jean Foyer, qui soutenait la proposition, estima qu'il était préférable de remplacer cette formulation par une autre visant les seules associations reconnues d'utilité publique « ayant pour objet statutaire l'assistance et la protection des personnes se livrant à la prostitution en vue de les aider à y renoncer ». Le garde des sceaux n'avait alors pas vraiment expliqué ce qui justifiait un tel changement rédactionnel et il était sans doute possible de croire qu'il désirait simplement que fût clarifiée ce que recouvrait la lutte contre le proxénétisme. L'« assistance et la protection » furent ensuite remplacées par l'« action sociale en faveur » à l'initiative de Jean Foyer qui jugeait que la rédaction était malheureuse car susceptible, selon lui, de faire croire que les groupements

¹⁶⁶¹ L'article L. 132-1 du code de l'environnement vise effectivement les « associations régulièrement déclarées exerçant des activités dans le domaine de la conservation des connaissances traditionnelles inscrites dans leurs statuts depuis au moins trois ans » (nous soulignons).

¹⁶⁶² Art. 13 de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

visés étaient en réalité des souteneurs reconnus d'utilité publique¹⁶⁶³. L'auteur de la proposition obtint en outre que fût rajoutée la « lutte contre le proxénétisme ». Cette rédaction ne convainquit toutefois pas une partie des sénateurs. Pour eux, elle ne conduisait pas une redondance, somme toute innocente, dans la description des associations susceptibles de bénéficier de l'habilitation mais risquait bien de neutraliser, ou moins pour un temps, l'effectivité même de celle-ci. En effet, ils craignaient que le caractère cumulatif des conditions relatives à l'objet statuaire conduisît à exclure du bénéfice de ces dispositions l'association « équipe d'action contre la traite des femmes et des enfants » qui était alors, à leurs yeux, l'association reconnue d'utilité publique la plus active en matière de lutte contre le proxénétisme. En effet, quoiqu'active dans la lutte contre le proxénétisme, celle-ci ne menait alors pas d'actions sociales de reclassement ou de réinsertion comme paraissait l'exiger le texte voté par l'Assemblée. Dès lors, ils proposaient de remplacer la conjonction de coordination « et » par « ou », c'est-à-dire de rendre ces conditions alternatives. C'est à ce moment-là que le garde des sceaux sortit de l'ambiguïté. Il fit valoir, d'une part, que ce droit d'action, et par là même l'indemnisation qu'il était susceptible de procurer au groupement, ne pouvait être justifié que par les frais que l'association avait pu exposer afin d'aider les personnes se livrant à la prostitution à y renoncer et, d'autre part, que la seule mention de la « lutte contre le proxénétisme » constituait à son goût une atteinte un peu trop directe aux prérogatives du ministère public. Ainsi, le législateur était alors plus soucieux d'objectiver l'indemnisation que les associations étaient susceptibles d'obtenir en exerçant l'action civile que de filtrer l'accès au juge. Autrement dit, cette référence implicite à l'exercice d'une activité réelle, dont les modalités d'appréciation n'étaient d'ailleurs même pas précisées, avait vocation à encadrer l'appréciation du juge plus au moment de statuer au fond sur les prétentions de l'association qu'au stade de l'examen de la recevabilité de la requête.

b- Une exigence jurisprudentielle

610. L'exercice d'une activité réelle par le groupement requérant ne lui confère alors pas nécessairement un privilège procédural (ii) lorsqu'il est ponctuellement pris en compte par les juridictions judiciaires et administratives (i).

i- Une prise en compte ponctuelle de l'activité réelle

611. Quoique plus fréquente, la prise en compte de l'activité réelle des groupements au stade de l'appréciation de la recevabilité demeure aussi relativement rare en jurisprudence, alors même que pour

¹⁶⁶³ Alors même que l'amendement gouvernemental précisait bien que ces actions étaient menées afin d'aider à renoncer à l'exercice de la prostitution.

apprécier le respect de la condition de légalité *lato sensu*, c'est-à-dire tant la non-lucrativité du but que la légalité de ce dernier, le juge devrait aller au-delà de la seule activité statutaire¹⁶⁶⁴.

612. Il est toutefois possible de trouver quelque trace d'une référence à l'activité réelle du groupement dans les jurisprudences administrative et judiciaire pour apprécier alors l'existence du préjudice extrapatrimonial dont l'allégation permet d'exercer une action en responsabilité du fait de l'atteinte à un intérêt collectif. En témoignent, par exemple, les décisions rendues dans l'affaire des « biens mal acquis » qui conduisit la chambre criminelle à reconnaître *praeter legem* la recevabilité de la constitution de partie civile de l'association « *Transparence International France* ». Il est aussi possible de trouver des décisions de juridictions administratives du fond qui, confrontées à un détournement de la structure associative, ont trouvé dans le recours à des éléments extrastatutaires un moyen commode non plus simplement pour sanctionner par une amende ces recours abusifs mais aussi pour fermer le prétoire à des groupements dont l'activité était en réalité fictive¹⁶⁶⁵. Le Conseil d'État n'a toutefois pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la légalité d'un tel mode d'appréciation de l'intérêt pour agir mais la référence à « l'objet statuaire » des groupements ainsi qu'à « leur action » dans l'arrêt *OFPRA c. Mme Edosa Felix* de 2013 peut apparaître comme une invitation de sa part à apprécier l'intérêt à intervenir en plein contentieux et en excès de pouvoir aussi à l'aune de l'activité réelle et, sauf à créer une différence de traitement difficilement justifiable, comme les prémices aussi d'une évolution des conditions d'appréciation de l'intérêt pour agir qui devrait conduire le Conseil d'État à abandonner totalement, et surtout officiellement, la ligne jurisprudentielle qu'il avait fixé dans l'arrêt *Communauté de communes du Pays Loudunais*.

613. Dans l'attente d'une confirmation de sa part, il faut se tourner vers les jurisprudences établissant un lien dans le contentieux de l'excès de pouvoir entre la reconnaissance de la qualité pour agir des groupements et leur participation à la procédure ayant précédé l'édition de la décision administrative litigieuse pour espérer trouver une prise en compte, au moins indirecte, de l'activité réelle des groupements dans l'appréciation de l'intérêt pour agir. Néanmoins, s'il est effectivement possible de trouver des liens entre les dispositifs permettant la participation des groupements au processus décisionnel et leur qualité pour agir dans les contentieux ayant trait à la légalité des décisions élaborées dans le cadre de ces procédures, ces liens sont en réalité plus ou moins affirmés selon le degré d'ouverture et de formalisme de la procédure en question ainsi que du degré d'implication de ces groupements dans le processus décisionnel.

614. Ainsi, lorsqu'est prévue l'obligation de recueillir l'avis d'organes au sein desquels siègent des représentants de groupements défendant des intérêts que la future décision est susceptible d'affecter, ce qui correspond à une procédure de consultation marquée par la sélectivité et un certain formalisme, les

¹⁶⁶⁴ V. par ex., Civ. 1, 16 octobre 2001, n° 00-12.259 ; Civ. 1, 23 février 1972, n° 71-10.157.

¹⁶⁶⁵ CAA de Douai, 1^{ère} chambre, 30 mars 2006, *SA Caudis, Association de défense du commerce local de Caudry*, n° 04DA00116 ; CAA de Lyon, 1^{ère} chambre, 22 juin 2006, *Société Celaur énergies et M^{me} Derail*, n° 06LY00237 ; CAA de Lyon, 1^{ère} chambre, 12 octobre 2006, *Association de défense du cadre de vie des communes du Publier et Thonon*, n° 03LY01134.

groupements devraient pouvoir, au moins par l'intermédiaire de leurs représentants, bénéficier de la jurisprudence *Suran*, admettant que la qualité de membres d'une commission dont la consultation est obligatoire confère un intérêt pour agir contre les décisions relevant de la compétence, et de la jurisprudence *M. Fourcade* qui elle met fin à la limitation des moyens invocables en cette qualité. Le Conseil d'État est même allé plus loin dans le contentieux de la fonction publique. Dans son arrêt *Syndicat CFDT du Ministère des Relations Extérieures* du 4 mai 1984¹⁶⁶⁶, il a ainsi transposé la jurisprudence *Suran* au bénéfice non pas des représentants syndicaux siégeant au sein des anciens comités techniques paritaires mais des organisations syndicales qui les nomment, ce que la mise en place des nouveaux comités techniques dans le cadre la réforme du dialogue social dans la fonction publique, qui permet par ailleurs de relativiser la place que peut occuper la saisine du juge dans le répertoire d'action des groupements¹⁶⁶⁷, ne devrait pas remettre en cause¹⁶⁶⁸, pas plus que l'absorption prochaine de ces comités techniques au sein des « comités sociaux »¹⁶⁶⁹.

615. Ce lien est moins assuré s'agissant de procédures de consultation plus informelles et ouvertes comme peuvent l'être, par exemple, les enquêtes publiques en matière d'environnement. Le Conseil d'État ne s'est pas prononcé et les juridictions du fond adoptent une position contradictoire sur la question. Ainsi, tandis que la cour administrative d'appel de Lyon a exclu de faire bénéficier un groupement d'une participation totalement informelle lors de son appréciation de la qualité pour agir¹⁶⁷⁰, la cour administrative d'appel de Nancy, pour sa part, a estimé que le dépôt d'observations par une association de protection de l'environnement au cours de l'enquête publique sur un projet de remembrement intégrant des travaux connexes permettait de la regarder comme une personne « intéressée » au sens et pour application de l'article L. 121-7 du code rural¹⁶⁷¹, c'est-à-dire lui permettait de saisir la commission départementale d'aménagement foncier du recours administratif préalable

¹⁶⁶⁶ CE, Sect., 4 mai 1984, *Syndicat CFDT du Ministère des Relations Extérieures*, n° 45980.

¹⁶⁶⁷ En effet, si les nouveaux comités techniques bénéficient d'une extension de leur champ de compétence, leur consultation obligatoire dans ces domaines ne sera pas suivie par un acte réglementaire, que les organisations professionnelles pourraient aisément contester par la suite, mais d'un simple protocole d'accord dont la valeur obligatoire est nulle eu égard au maintien de la situation légale et réglementaire des fonctionnaires. Ainsi, les syndicats ne pourront ni s'en prévaloir au contentieux, ni même les attaquer. Ils les ont néanmoins l'on accepté car, en contrepartie, ces protocoles d'accord doivent à terme être soumis au principe de l'accord majoritaire des représentants syndicaux dont la légitimité est désormais accrue et à l'égard desquels l'administration sera donc moins encline à s'opposer.

¹⁶⁶⁸ De prime abord, il était effectivement possible de s'interroger sur la pérennité de cette jurisprudence puisqu'il ressort des conclusions de M. Daniel Labetoulle que c'est la nomination par les organisations syndicales de leur représentant au sein des comités techniques paritaires de la fonction publique d'État et leur possible révocation *ad nutum* qui avait, pour partie, motivé l'extension de la jurisprudence *Suran* à leur profit. Or, les représentants syndicaux siégeant dans les nouveaux comités techniques sont désormais élus sur une liste et non plus nommés par les organisations syndicales présumées représentatives. Toutefois, il est à noter que la possibilité de déroger à ce principe de nomination qu'offrait l'article 11 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires, en prévoyant l'élection des représentants du personnel au comité technique paritaire en l'absence de commission administrative paritaire, n'avait pas freiné le commissaire du gouvernement dans son raisonnement en 1984 et que le Conseil d'État admit ensuite sans problème l'application de cette jurisprudence, par exemple, aux syndicats de magistrats administratifs disposant de représentants élus au sein du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel faisant office de comité technique (CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 12 mars 2014, *Syndicat de la juridiction administrative*, n° 371841).

¹⁶⁶⁹ Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

¹⁶⁷⁰ CAA de Lyon, formation plénière, 1^{er} avril 2008, n°s 07LY01399, 07LY01626.

¹⁶⁷¹ CAA de Nancy, 1^{ère} chambre, 10 mai 2004, *Ministre de l'agriculture et de la pêche c. Association Alsace Nature*, n° 01NC00332.

obligatoire qui a été aménagé contre les décisions des commissions communales ou intercommunales d'aménagement foncier qui sont les chevilles ouvrières de cette opération de remembrement qui fut rebaptisée « aménagement foncier agricole, forestier et environnemental »¹⁶⁷². La solution retenue par la cour nancéenne, qui consiste à subordonner la reconnaissance de la qualité pour agir des associations au fait que le projet d'aménagement litigieux comporte des travaux connexes et que les associations aient formulé des observations sur ces travaux au cours de l'enquête publique¹⁶⁷³, peut paraître inutilement restrictive. En effet, l'applicabilité de l'obligation d'étude d'impact environnemental et de l'enquête publique au projet intégrant les travaux connexes autorisés par le code rural peut déjà laisser à penser que ledit projet a en lui-même une incidence susceptible de léser l'intérêt défendu par l'ensemble des associations de protection de l'environnement. Elle l'est toutefois toujours moins que celle retenue par un autre courant jurisprudentiel, représenté par un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes de 1999, qui estime que seuls les propriétaires peuvent être regardés comme « intéressés » par l'opération de remembrement et, par là même, habilités à saisir la commission départementale d'une réclamation¹⁶⁷⁴. En outre, elle ne doit pas être extrapolée. Elle ne serait effectivement de toute façon pas transposable dans l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le principe de participation en matière environnementale est mis en œuvre par une enquête publique dans la mesure où la cour a en réalité motivée sa décision en s'appuyant seulement sur les dispositions du code rural qui organisent cette procédure¹⁶⁷⁵. En l'occurrence, pour interpréter la notion d'« intéressés » employée à l'article L. 121-7, elle s'est appuyée sur les dispositions réglementaires du code qui font de l'enquête publique le moment d'enregistrement des « réclamations des propriétaires » mais aussi des « observations du public sur le programme des travaux connexes »¹⁶⁷⁶ dont la commission communale ou intercommunale prend ensuite connaissance et sur lesquelles elle statue par des décisions qui sont susceptibles de faire l'objet d'une réclamation devant la commission départementale.

616. Dès lors si la participation de la « société civile » à l'élaboration des décisions constitue aussi désormais l'un des traits saillants de l'action publique, rien ne dit que ses représentants, autoproclamés

¹⁶⁷² Il s'agit désormais, avec les échanges et cessions amiables d'immeubles ruraux, la mise en valeur des terres incultes ainsi que la réglementation et la protection des boisements, de l'un des modes d'aménagement rural prévu par le code rural et forestier.

¹⁶⁷³ En cela, la portée de la décision de la cour administrative d'appel de Nancy est donc plus limitée que celle rendue en première instance par le tribunal administratif de Strasbourg qui, pour reconnaître la qualité de personne intéressée à l'association agréée, s'était contenté de souligner, d'une part, que les opérations projetées - qui était alors encore appelées remembrement - étaient accompagnées de travaux connexes ayant des incidences environnementales et, d'autre part, d'apprécier l'adéquation avec les statuts de l'associations agréées requérantes. C'est peu ou prou aussi la motivation du jugement qu'avait rendu en 2003 le tribunal administratif de Dijon lorsqu'il reconnut la qualité de personne intéressée à une association de protection de l'environnement contre la décision d'une commission d'aménagement foncier établissant un projet de remembrement comportant des travaux connexes d'aménagement (TA de Dijon, 16 décembre 2003, *Association de défense des sites des vallées de l'Yonne et de la Cure*, n°s 021321, 021651)

¹⁶⁷⁴ CAA de Nantes, 2^e chambre, 3 février 1999, *Ministre de l'agriculture et de la pêche c. Association eau et rivières de Bretagne*, n° 96NT01934.

¹⁶⁷⁵ Pierre BOYER, « Ouverture aux associations de défense de l'environnement du contentieux du projet de remembrement enfin reconnue », *Dr. rural*, n° 3, mars 2005, comm. 55.

¹⁶⁷⁶ Ancien art. R. 123-12 du code rural.

ou désignés, puissent en tirer profit sur le plan contentieux. En effet, ce qui marque actuellement la physionomie de la procédure administrative non contentieuse, c'est tant l'ampleur prise par ce phénomène de participation, qui en lui-même n'est pas si récent que cela¹⁶⁷⁷, que le développement justement de procédures de consultation du public qui sont censées être relativement plus ouvertes et plus souples que les précédentes¹⁶⁷⁸ en permettant notamment aux destinataires potentiels des décisions de s'exprimer directement sans passer nécessairement par l'intermédiaire de représentants institutionnalisés.

ii- Un avantage à relativiser pour les groupements actifs

617. Cette prise en compte ponctuelle de l'activité réelle des groupements en faveur de l'intérêt visé par leur statut n'est pas nécessairement un facteur de différenciation, c'est-à-dire qu'elle ne fait pas forcément des groupements actifs des requérants privilégiés par rapport à d'autres qui ne le seraient pas. L'avantage que les groupements peuvent espérer de cette prise en compte doit en effet être apprécié à l'aune des conditions générales d'appréciation de l'intérêt pour agir qui sont plus ou moins libérales selon les voies de droit considérées. À cet égard, si l'avantage que les groupements peuvent retirer des jurisprudences établissant un lien entre la participation effective au processus décisionnel et la qualité pour agir est réel dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle, il semble faible voire inexistant dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

618. Ainsi, s'agissant des syndicats de fonctionnaires, la prise en compte de la présence de l'un de leurs représentants au sein des comités techniques paritaires n'a eu finalement, comme l'avait d'ailleurs prédit Daniel Labetoulle dans ses conclusions¹⁶⁷⁹, que peu d'utilité pour eux. L'avantage que ces syndicats auraient pu retirer de cette transposition de la jurisprudence *Suran* s'est trouvé en réalité pris en étau par deux autres tendances jurisprudentielles. D'un côté, le Conseil d'État a retenu une interprétation restrictive du champ de l'obligation de consultation de ces comités dont est tributaire finalement la qualité pour agir des organisations y siégeant¹⁶⁸⁰, ne permettant pas aux syndicats de contourner la réserve jurisprudentielle relative aux mesures d'organisation du service. De l'autre, il a concédé un assouplissement, somme toute relatif, de cette même réserve jurisprudentielle au profit de l'ensemble des organisations ayant pour objet de défendre les intérêts professionnels des agents. Finalement, les mesures devant être obligatoirement portées à la connaissance des comités n'apparaissent que comme une sous-

¹⁶⁷⁷ Cf Introduction.

¹⁶⁷⁸ Jacques CHEVALLIER, « Consultations ouvertes et participation du public », in AFDA, *Les procédures administratives non contentieuses*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 196-198.

¹⁶⁷⁹ Daniel LABETOULLE, Conclusions sur CE, 20 avril 1984, *Syndicat CFDT du Ministère des Relations Extérieures*, n°45980, *LPA*, 26 novembre 1984, p. 9.

¹⁶⁸⁰ Le juge se prononce effectivement sur l'intérêt pour agir du syndicat contre la décision après avoir vérifié que cette dernière rentre bien dans le champ de l'obligation de consultation (Par ex., CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 12 mars 2014, *Syndicat de la juridiction administrative*, n° 371841)

catégorie des mesures d'organisation du service rentrant dans le champ de l'exception jurisprudentielle car, même si l'article 12 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 soumettait à l'avis obligatoire de ces comités les « questions et projets de textes relatifs » notamment « aux problèmes généraux d'organisation des administrations, établissements ou services » et « aux conditions générales de fonctionnement des administrations et services », le Conseil d'État, afin de préserver tant le principe hiérarchique que d'éviter de multiplier les causes d'illégalité externe, a refusé de retenir une conception « fonctionnelle »¹⁶⁸¹ de l'obligation de consultation du comité technique paritaire qui aurait conduit à soumettre pour avis aux comités techniques paritaires toutes décisions réglementaires touchant à l'organisation ou au fonctionnement du service. Il a donc exclu du champ de la consultation obligatoire des mesures d'organisation n'affectant que « ponctuellement » le fonctionnement général du service. En somme, il a estimé que seule une réforme d'envergure des modalités d'organisation et de fonctionnement du service rentre dans le champ de la consultation obligatoire. Or, il est assez difficile d'envisager qu'une telle mesure ne puisse être regardée, dans le même temps, comme susceptible d'affecter les conditions d'emploi et de travail, c'est-à-dire puisse être contestée par toute organisation prétendant défendre l'intérêt professionnel des agents. Deux facteurs sont néanmoins susceptibles de conduire le Conseil d'État à retenir une conception plus large de l'obligation de consultation, et par là même de donner une réelle utilité contentieuse à la jurisprudence *Syndicat CFTD du Ministère des Relations Extérieures*. Il s'agit, d'une part, de la jurisprudence *Danthony* qui pourrait désinhiber le juge, mais aussi des modifications apportées au champ de compétence des nouveaux comités techniques à l'occasion de la réforme du dialogue social dans la fonction publique, si tant est du moins que cette dernière ne remette effectivement pas en cause cette jurisprudence¹⁶⁸². En effet, l'article 34 du décret du 15 février 2011, pris pour application de la loi portant réforme du dialogue social dans la fonction publique, avait supprimé la référence au caractère « général » des questions soumises à l'avis des comités, ce qui, bien que la circulaire prise pour l'application de ce décret ne relevait même pas cette évolution de la formulation, pourrait aussi autoriser une lecture jurisprudentielle plus souple de la part du juge administratif.

619. En revanche, dans le cadre du contentieux de l'aménagement foncier et agricole, la position adoptée par la cour administrative d'appel de Nancy confère bien un avantage aux associations participantes sur les autres groupements défendant un intérêt similaire ou identique¹⁶⁸³ compte tenu, d'une part, de l'accès très limité au recours administratif préalable obligatoire auprès de la commission départementale d'aménagement foncier et, d'autre part, de la sécurisation des autres actes administratifs édictés tout au long de cette procédure - comme les arrêtés créant la commission communale ou intercommunale d'aménagement foncier, ordonnant le déclenchement des opérations et fixant leur périmètre, les clôturant ou encore autorisant les travaux connexes - qui limite donc les possibilités de

¹⁶⁸¹ Pascale FOMBEUR, Conclusions inédites sur CE, 1^{ère} et 2^e sous-sections réunies, 21 février 2000, n° 204478.

¹⁶⁸² Cf. *Supra*, n° 614.

¹⁶⁸³ Exception faite évidemment de ceux qui pourraient se prévaloir de la qualité de propriétaire.

contournement. Il reste toutefois que le Conseil d'État n'a toujours pas tranché ce qui demeure une contradiction de jurisprudence entre les juridictions du fond. En outre, quand bien même il condamnerait une interprétation restrictive de la notion de personne « intéressée », rien ne dit qu'il le ferait au terme d'une motivation identique à celle de la cour nancéenne. Même si la solution de cette dernière permettait finalement de donner un véritable effet préventif à la participation, le Conseil pourrait, en s'appuyant plus sur l'incidence environnementale des travaux connexes ayant imposé le verdissement de la procédure d'aménagement que sur l'économie générale des dispositions du code rural et forestier¹⁶⁸⁴, ouvrir le recours administratif préalable obligatoire à l'ensemble des associations de protection de l'environnement indépendamment de leur participation effective à l'enquête publique sur le projet. Il pourrait aussi, pour prendre le contrepied de la cour administrative d'appel de Nantes dont le raisonnement s'appuyait sur les finalités de cette opération d'aménagement, admettre aussi le recours de ces associations contre des projets même s'ils n'intègrent pas de travaux connexes¹⁶⁸⁵.

620. Pour trouver dans le contentieux de l'excès de pouvoir plus d'exemples dans lesquels la prise en compte de la participation du groupement privé à l'élaboration d'un acte lui confère bien un avantage procédural par rapport aux groupements ayant un objet identique ou même simplement similaire, il faut en réalité déplacer la focale, c'est-à-dire ne pas s'intéresser seulement aux hypothèses dans lesquelles le groupement saisi le juge d'une requête aux fins d'obtenir l'annulation de l'acte administratif litigieux mais aussi à celles dans lesquelles c'est la décision juridictionnelle qui s'est prononcée sur la légalité de ladite décision qui est contestée. Ainsi, dans son arrêt *Association des Producteurs de Cinéma et autres*, le Conseil a estimé que la seule signature de la convention collective ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension permettait de considérer que les syndicats signataires pouvaient se prévaloir de l'existence d'un droit lésé

¹⁶⁸⁴ Les dispositions du code rural et de la pêche maritime ont été modifiées depuis lors et, *a priori*, le décret n°2006-394 du 30 mars 2006 relatif aux procédures d'aménagement foncier rural et modifiant le code rural a ôté l'un de ces maillons au raisonnement de la cour administrative d'appel de Nancy. En effet, il a modifié l'article R. 123-12 qui ne dispose plus que « le commissaire enquêteur ou l'un des membres de la commission d'enquête, désigné par le président de celle-ci, recevra les réclamations des propriétaires ou les observations du public sur le programme des travaux connexes au remembrement » et ne semble donc plus faire de l'enquête publique une procédure d'enregistrement des réclamations et des observations. Toutefois, de telles réclamations et de telles observations peuvent évidemment être déposées dans le cadre de l'enquête publique unique telle qu'elle est organisée par les articles L. 123-4 à L. 123-19 et R. 123-7 à R. 123-23 du code de l'environnement auxquels renvoie désormais l'article R. 121-1 du code rural et de la pêche maritime en réservant l'application de dispositions spéciales. En outre, le code rural et de la pêche maritime fait toujours de cette enquête une procédure d'enregistrement de « réclamations » et « d'observations » puisque son article R. 123-14 dispose toujours que « la commission communale ou intercommunale prend connaissance des réclamations et observations formulées lors de l'enquête ainsi que du rapport d'enquête et des conclusions ».

¹⁶⁸⁵ Pour limiter l'accès au recours devant la commission départementale d'aménagement foncier aux propriétaires, la cour administrative d'appel de Nantes s'appuyait sur les termes du deuxième alinéa de l'article L. 123-1 du code rural qui disposait alors que « le remembrement, applicable aux propriétés rurales non bâties se fait au moyen d'une nouvelle distribution des parcelles morcelées et dispersées. Il a principalement pour but, par la constitution d'exploitations rurales d'un seul tenant ou à grandes parcelles bien groupées, d'améliorer l'exploitation agricole des biens qui y sont soumis ». Or, le verdissement de l'opération d'aménagement ne s'est pas simplement produit au niveau de la procédure, mais il a atteint aussi ces objectifs puisque l'article 80 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, imposant au passage - mais étrangement seulement à l'article L. 123-1 - le qualificatif « environnemental » à l'aménagement foncier agricole et forestier, a ajouté à cet alinéa qu'« il doit également avoir pour objet [i.e : but] l'aménagement rural du périmètre dans lequel il est mis en œuvre et peut permettre, dans ce périmètre, une utilisation des parcelles à vocation naturelle, agricole ou forestière en vue de la préservation de l'environnement ».

en cas d'annulation dudit arrêté¹⁶⁸⁶. Autrement dit, c'est la participation au processus décisionnel par la signature de la convention collective étendue qui leur offre le précieux sésame, dont ne peuvent bénéficier les autres syndicats non-signataires qui auraient pourtant eu intérêt pour agir contre cet arrêté ou même à intervenir en défense, qui ouvre cette voie en rétractation que constitue la tierce opposition s'ils n'ont pas été mis en cause ou ne sont pas intervenus au cours de l'instance. Dans l'hypothèse où ils seraient intervenus en défense, et ne pourraient donc plus exercer la tierce opposition en cas d'annulation¹⁶⁸⁷, ils conservent tout de même un avantage procédural puisqu'ils peuvent alors interjeter appel au fond ou se pourvoir en cassation contre la décision d'annulation qui n'aurait pas été rendue et premier et dernier ressort par le Conseil d'État, à la différence des autres groupements qui, bien qu'étant non signataires de la convention, seraient intervenus concurremment pour défendre cet arrêté¹⁶⁸⁸. Rien n'indique toutefois que cette solution, rendue au sujet d'arrêtés d'extension des conventions collectives, puisse être transposée à toutes les situations dans lesquelles des groupements participent, au moins intellectuellement, à l'élaboration d'un acte administratif par la conclusion d'une convention, le cas échéant avec l'auteur de l'acte administratif lui-même. Précédemment les juridictions du fond refusèrent ainsi de reconnaître à un syndicat de fonctionnaires la qualité pour former une tierce opposition contre le jugement qui avait annulé un règlement édicté à la suite d'un protocole d'accord qu'il avait signé compte tenu de la valeur que de tels accords revêtent pour des agents dans une situation légale et réglementaire¹⁶⁸⁹. Si un tel critère d'identification du droit lésé venait à être confirmé par le Conseil d'État, cela voudrait dire que les groupements qui, à la faveur de ce mouvement de contractualisation marquant déjà depuis plusieurs décennies l'action publique et les rapports que l'administration entretient avec ses agents, peuvent apparaître comme des interlocuteurs privilégiés de l'administration, ne peuvent espérer en tirer profit sur le plan contentieux lorsque cette contractualisation ne s'avère être en réalité qu'un trompe-l'œil juridique.

¹⁶⁸⁶ CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 24 février 2015, *Association des Producteurs de Cinéma et autres*, n° 370629 (*sol. implicite*). Auparavant, le Conseil d'État exigeait en outre que le syndicat fût à l'origine de la demande d'extension (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections, 11 décembre 2009, *Syndicat national des entreprises exploitant les activités physiques et récréatives des loisirs marchands*, n° 314885) ce qui, comme le notait M. Alexandre Lallet dans ses conclusions sur l'arrêt *Association des Producteurs de Cinéma et autres*, était une position en décalage avec la réalité des négociations collectives et compliquait inutilement la tâche du juge. Il semblait toutefois avoir déjà abandonné implicitement cette condition en 2012 dans son arrêt *Confédération paysanne* (CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 21 novembre 2012, *Confédération paysanne*, n° 346421).

¹⁶⁸⁷ CE, 11 avril 1935, *Monzat*, Rec. Lebon, p. 503.

¹⁶⁸⁸ La recevabilité de l'appel de l'intervenant en défense est effectivement conditionnée à sa qualité pour former tierce opposition s'il n'était pas intervenu (CE, Sect., 9 janvier 1959, *de Harenne*, Rec. Lebon, p. 23). Il en va en revanche autrement, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, pour l'intervenant en demande qui peut aussi exercer ces voies de recours dès lors qu'il aurait eu intérêt pour former le recours principal (CE, 27 mai 1964, *Choulet et Syndicat national des chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics*, Rec. Lebon, p. 302).

¹⁶⁸⁹ CAA Lyon, 3^e chambre, 7 décembre 2004, n° 04LY00567.

3- L'acquisition de la personnalité juridique

621. De prime abord, l'existence de la personnalité juridique par le groupement requérant, en l'occurrence de la personnalité morale, apparaît comme une condition indispensable pour justifier de la capacité d'agir en justice. Au reste, les différentes dispositions habilitant les associations pour agir en justice font systématiquement référence à l'acquisition de la personnalité juridique par une rédaction qui - omettent d'ailleurs systématiquement le cas du droit alsacien et mosellan - fait référence à l'existence d'une déclaration régulière de l'association. Pourtant, elles ne constituent pas une condition de filtrage commune à toutes les voies de droit puisque le Conseil d'État a estimé que les associations ne pouvant se prévaloir que d'une existence légale sont recevables à exercer un recours pour excès de pouvoir contre les décisions lésant les intérêts qu'elles ont pour objet de défendre, c'est-à-dire qu'elles peuvent être regardées comme capables d'agir en justice contre de telles décisions nonobstant l'absence de cette personnalité morale qui leur confère pourtant cette aptitude d'être titulaires de droits ou d'obligations. En effet, alors même que la loi du 1^{er} juillet 1901 réserve expressément la personnalité morale aux seules associations ayant procédé à la déclaration préalable prévue à son article 5¹⁶⁹⁰, que la capacité d'« ester en justice » qu'elle mentionne par ailleurs peut en paraître indissociable, que le Conseil d'État sembla lui-même s'attacher à l'existence d'une telle déclaration pour apprécier la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir¹⁶⁹¹, il admit en 1919, la recevabilité d'un recours contre une décision administrative émanant d'une association qui n'était pas déclarée¹⁶⁹².

622. *A priori*, cette solution semble procéder d'une justification dogmatique, c'est-à-dire découler d'une vision de la nature même du recours pour excès de pouvoir qui, présenté comme un recours objectif, n'imposerait pas d'être titulaire d'un droit ou de simplement prétendre l'être et, par là même, d'avoir la personnalité juridique que suppose cette titularité¹⁶⁹³. À la lecture des conclusions du commissaire du

¹⁶⁹⁰ Cette déclaration devant être faite, pour les associations dont le siège social est à l'étranger, au représentant de l'État dans le département où est situé le siège de leur principal établissement au terme du troisième alinéa de cet article et le Conseil constitutionnel précisa aussi à l'attention des juridictions administratives et judiciaires que cette dernière disposition ne saurait être interprétée « comme privant les associations ayant leur siège à l'étranger, dotées de la personnalité morale en vertu de la législation dont elles relèvent mais qui ne disposent d'aucun établissement en France, de la qualité pour agir devant les juridictions françaises dans le respect des règles qui encadrent la recevabilité de l'action en justice » (CC, n° 2014-424 QPC du 7 novembre 2014, *Association Mouvement raélien international* [Capacité juridique des associations ayant leur siège social à l'étranger], cons. n° 7).

¹⁶⁹¹ Ainsi, dans l'arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Segney-Tivoli*, le Conseil d'État avait pris soin de relever que l'association requérante s'était « conformée aux prescriptions des articles 5 et suivants de la loi du 1er juillet 1901 », c'est-à-dire aux dispositions relatives à la déclaration, pour rejeter la « fin de non-recevoir tirée de ce que le syndicat requérant ne constituerait pas une association capable d'ester en justice » et admettre ainsi sa « qualité pour ester en justice ».

¹⁶⁹² CE, 21 mars 1919, *Dame Polier*, Rec. Lebon, p. 302.

¹⁶⁹³ C'est la raison que retient M. David Bailleul pour expliquer l'appréciation souple dont la condition de capacité fait l'objet dans le contentieux de l'excès de pouvoir tant au bénéfice des personnes physiques frappées d'une forme d'incapacité que pour les entités dépourvues de personnalité morale (David BAILLEUL, *thèse précit.*, p. 72 et s.). Avant lui, Raphael Alibert, sur lequel l'auteur s'appuie en partie, voyait la preuve de cette dissociation entre le recours pour excès de pouvoir et la notion de patrimoine, aussi associée à la personnalité juridique, dans l'admission des recours pour excès de pouvoir d'un ministre contre la décision d'un autre : « Tout s'éclaire cependant si l'on prend soin d'isoler le recours pour excès de pouvoir de toute notion de patrimoine et de personnalité civile. Isolement légitime, en théorie tout au moins, car le recours, qui n'implique même pas l'existence de

gouvernement Riboulet sur l'arrêt *Dame Polier*, il apparaît que cette solution tient en réalité tant d'une certaine représentation - somme toute discutable - du recours pour excès de pouvoir que d'une certaine interprétation des dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901, ce qui expliquerait qu'elle n'ait pas été étendue à d'autres recours. D'une part, le commissaire du gouvernement déconnectait effectivement la « cassation administrative » de la capacité juridique en rappelant que le Conseil d'État avait admis que des entités non personnalisées puissent introduire des recours contre les décisions leur refusant la personnalité juridique ou les en priver¹⁶⁹⁴. D'autre part, il arguait que la loi du 1^{er} juillet 1901, en abrogeant les dispositions du code pénal qui prohibaient l'association, avait reconnu, à côté de l'association déclarée bénéficiant de la « petite personnalité civile » et de l'association d'utilité publique bénéficiant de la « grande personnalité civile », l'association n'ayant qu'une « existence légale ». Enfin, au travers de la capacité d'« ester en justice », le législateur n'aurait entendu que permettre à ces associations disposant de la personnalité morale de défendre les droits qu'elles auraient pu contracter au cours de leur vie civile. Or, tel n'était pas l'origine des droits que le recours pour excès de pouvoir entendait défendre en l'espèce¹⁶⁹⁵. Il était toutefois possible d'avoir des doutes sur la portée de cet arrêt dont la motivation était plus circonstanciée que les conclusions du commissaire du gouvernement. Rien n'indiquait qu'elle valait pour tous les recours pour excès de pouvoir dans la mesure où le Conseil d'État avait rendu, peu de temps avant, l'arrêt *Lafage* qui faisait de cette voie de droit un instrument de défense des droits patrimoniaux, ou même pour une partie seulement de ces recours puisque des voies de droits devant les juridictions judiciaires permettent aussi de défendre des droits non-patrimoniaux.

623. La suite de la jurisprudence tend toutefois à montrer que la nature ou la finalité assignée au recours pour excès de pouvoir ne constitue pas une justification satisfaisante, ou tout du moins suffisante, pour fonder cette déconnection, auquel cas, elle aurait été et serait toujours admise dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Or, si elle fut ensuite admise pour les associations contestant les décisions les privant

partie, n'a pour objet direct ni de faire reconnaître des droits, ni de défendre ou d'améliorer des éléments patrimoniaux, et tend uniquement au respect de la règle légale, de l'ordre juridique et de la discipline administrative » (Raphaël ALIBERT, Note sous CE, 10 mars 1933, *Ministre des finances* et CE, 2 novembre 1934, *Ministre de l'intérieur*, S., 1935, III, p.105). Ce qui est en cause dans cet exemple, c'est toutefois moins l'existence d'une personne morale à laquelle il serait possible d'imputer cette action, puisqu'il est possible de regarder le recours comme celui d'un organe de l'État, que son unité par ce litige entre « frères ennemis » (*Ibid.*) et que Raphaël Alibert tente finalement d'éluder en se concentrant ainsi sur le volet objectif du recours pour excès de pouvoir. C'est aussi le caractère prétendument « objectif » du recours pour excès de pouvoir qui était avancé par le commissaire du gouvernement Bacquet dans ses conclusions de l'arrêt d'Assemblée *Maurice* du 15 mai 1981 au soutien de la recevabilité du recours d'un condamné à mort, frappé alors d'une interdiction légale, contre une décision administrative dont l'illégalité est susceptible d'affecter celle de sa condamnation (CE, Ass, 15 mai 1981, *Maurice*, Rec. Lebon, p. 221). Cette dernière décision n'est toutefois pas forcement à inscrire au bilan du recours pour excès de pouvoir dans la mesure où le recours dirigé contre une nomination pour ordre fut alors requalifié par le Conseil d'État en recours en inexistance.

¹⁶⁹⁴ CE, 26 juillet 1918, *Société mutuelle française*, Rec. Lebon, p. 755 ; CE, 22 novembre 1918, *Première compagnie néerlandaise d'assurance contre le risque des loteries*, Rec. Lebon, p. 1021 ; CE, 20 décembre 1918, *Syndicat de garantie des entrepreneurs, fabricants et commerçants français*, Rec. Lebon, p. 1149.

¹⁶⁹⁵ *In fine*, l'interprétation du commissaire du gouvernement, qui paraissait par ailleurs attachée à la théorie de la fiction de la personne morale, revenait tout de même à considérer que les associations ne pouvant se prévaloir que d'une existence légale bénéficiaient, en dehors des prévisions expresses de la loi, d'une capacité juridique qui était alors seulement plus réduite encore que celle correspondant à la « petite capacité » résultant de la déclaration.

de la personnalité morale¹⁶⁹⁶, et même étendue aux personnes physiques visées par une décision d'internement, au nom du « principe fondamental de la liberté individuelle »¹⁶⁹⁷, elle fut aussi refusée pour d'autres entités dépourvues de la personnalité morale contre des décisions n'ayant pas trait à l'octroi ou l'étendue de leur capacité juridique¹⁶⁹⁸. En 1969, le Conseil d'État a levé une partie de ces doutes par son arrêt d'Assemblée *Syndicat de défense des canaux de la Durance* qui, contre l'avis alors du commissaire du gouvernement¹⁶⁹⁹, a au moins clairement retenu la singularité du recours pour excès de pouvoir introduit par des associations non déclarées en affirmant que « l'absence de déclaration ne fait pas obstacle à ce que, par la voie du recours pour excès de pouvoir, toutes les associations légalement constituées aient la qualité pour contester la légalité des actes administratifs faisant grief aux intérêts qu'elles ont pour mission de défendre »¹⁷⁰⁰, et non uniquement des actes affectant l'octroi de la personnalité juridique ou même des prérogatives que leur confère la loi. C'est finalement avec pragmatisme, pour ne pas dire avec opportunité, que le Conseil d'État s'autorise du dogme de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir pour assouplir ses conditions de recevabilité¹⁷⁰¹ et s'il confirma ensuite la possibilité de passer outre l'absence de capacité juridique pour contester la légalité de la décision à l'origine de sa privation¹⁷⁰², il ne l'a pas pour autant admise pour tous les recours pour excès de pouvoir émanant d'entités dépourvues de la personnalité juridique, y compris aux fins de défendre des droits non patrimoniaux¹⁷⁰³. S'agissant des associations, il s'est borné ensuite à rappeler que celles qui ne sont pas déclarées « n'ont pas la capacité d'ester en justice pour y défendre des droits patrimoniaux »¹⁷⁰⁴, ce qui ne signifie toutefois pas, comme le déduisirent M.

¹⁶⁹⁶ CE, Sect., 22 avril 1955, *Association franco-russe dite Rousky-Dom*, n° 15155.

¹⁶⁹⁷ CE, 10 juin 1959, *Dame Poujol*, n° 42760, Rec. Lebon p. 355.

¹⁶⁹⁸ CE, 12 février 1958, *Station de pilotage de Honfleur*, Rec. Lebon, p. 96 ; CE, 22 juillet 1958, *Régie municipale du gaz de Bordeaux*, Rec. Lebon, p. 371.

¹⁶⁹⁹ Il contestait tant la distinction entre défense de droits patrimoniaux et défense de droits extrapatrimoniaux que le commissaire du gouvernement Riboulet avait tirée des dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901, dont il estimait d'ailleurs qu'elle était devenue artificielle avec la transposition de la jurisprudence *Lafage* aux recours des associations par l'arrêt *AP œuvre de Saint Nicolas* (CE, 7 juillet 1950, *AP œuvre de Saint Nicolas*, Rec. Lebon, p. 422), que la portée qu'il avait alors conférée à l'existence légale des associations seulement déclarées. En outre, il notait que le Conseil d'État était pour partie revenu à une interprétation plus rigoureuse de la condition de capacité pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Il admettait néanmoins que les associations non déclarées pussent se prévaloir d'une « capacité juridique réduite » pour contester les décisions les privant de la personnalité morale, à l'instar alors de l'interné qui pouvait contester sa décision d'internement. Il le justifiait alors par l'effet rétroactif de l'annulation qu'elles sont susceptibles d'obtenir et y voyait une transposition de la capacité juridique « passive » que certaines juridictions judiciaires du fond avaient reconnue aux associations non déclarées pour leur permettre de conclure en défense (Michel MORISOT, « Conclusions sur CE, Ass., 31 décembre 1969, *Syndicat de défense des canaux de la Durance* », *CJEG*, 1970, p. 378).

¹⁷⁰⁰ CE, Ass., 31 décembre 1969, *Syndicat de défense des canaux de la Durance*, Rec. Lebon, p. 462.

¹⁷⁰¹ Finalement, ce sont ces seules considérations d'opportunité que M. Alexandre Ciaudo, pour sa part, retient pour expliquer cette jurisprudence (Alexandre CIAUDO, *thèse.précit.*, n° 586, p. 504).

¹⁷⁰² CE, Ass, 15 mai 1981, *Maurice*, n° 33041, Rec. Lebon, p. 221.

¹⁷⁰³ V. sur un recours d'une section syndicale contre une instruction relative à l'exercice des fonctions des délégués syndicaux (CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, du 26 avril 1989, *Section syndicale C.F.D.T de la chambre de commerce et d'industrie de Nantes*, n° 16172). Tout au plus a-t-il admis, par anticipation (René CHAPUS, *op.cit.*, n° 542, p. 441), le recours d'entités qui, sur le point d'acquiescer la capacité juridique, contestent une décision contre une décision affectant leur future activité (CE, 13 mai 1992, *Ramier*, Rec. Lebon, p. 663).

¹⁷⁰⁴ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 16 octobre 1985, *Ministre de l'Agriculture c. Société des courses de Questembert-Malestroit*, n° 53759.

Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur l'arrêt *ADEFDROMIL*¹⁷⁰⁵ et les responsables du centre de documentation du Conseil d'État lorsqu'ils chroniquèrent cet arrêt à l'*AJDA*¹⁷⁰⁶, qu'elles ne peuvent exercer un recours pour excès de pouvoir en cas d'atteinte à des intérêts patrimoniaux. Sauf à considérer que les seuls intérêts patrimoniaux dont la lésion est alors susceptible de motiver leurs actions collectives sont des intérêts qui leur sont propres, et auquel cas ce n'est pas une précision mais une tautologie que de dire que des associations dépourvues de la personnalité morale ne sont pas recevables pour agir dans ces circonstances¹⁷⁰⁷, et que l'atteinte à l'intérêt collectif visé dans les statuts desdites associations ne peut donc pas résulter, par exemple, d'une décision qui, ayant un objet ou un effet pécuniaire, affecte le groupe auquel correspond cet intérêt. À cet égard, la distinction entre le motif et le but de la requête est sans doute plus éclairante pour apprécier la portée de cette jurisprudence. En effet, si une requête motivée par une atteinte à intérêt patrimonial propre à l'association ou même dont le but est la satisfaction d'un intérêt patrimonial propre à l'association, comme une action tendant à l'indemnisation d'un préjudice, ne sont effectivement pas envisageables, il faut réserver l'hypothèse des requêtes qui sont motivées par l'atteinte à un intérêt patrimonial d'un tiers et qui ne tendent pas à la satisfaction d'un tel intérêt de l'association.

624. Cette jurisprudence a néanmoins été en partie remise en cause par le législateur lorsqu'il a imposé une condition d'ancienneté aux associations pour pouvoir contester les décisions relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols par la voie du recours pour excès de pouvoir. Certes, ce n'était pas la possibilité pour les associations non déclarées d'exercer un recours pour excès de pouvoir qui était alors directement en cause, mais la possibilité d'exercer un recours contre de telles décisions au travers d'associations de circonstance qui peuvent très bien être des associations régulièrement déclarées dès lors que le Conseil d'État admettait de toute façon que l'intérêt pour agir pût se constituer postérieurement à l'adoption de la décision¹⁷⁰⁸, c'est-à-dire éventuellement grâce à une déclaration modificative. Il n'en reste pas moins que, compte tenu des modalités d'appréciation de cette condition d'ancienneté, les jurisprudences *Dame Polier* et *Syndicat de défense des canaux de la Durance* sont bien les victimes collatérales de cette chasse - un peu aveugle - aux recours abusifs puisque les associations non déclarées ne sont désormais plus recevables à exercer un recours pour excès de pouvoir contre les décisions relatives à l'occupation ou l'utilisation des sols¹⁷⁰⁹. La capacité d'exercice des associations déclarées est ensuite réduite puisqu'elles ne sont pas

¹⁷⁰⁵ Nicolas BOULOUIS, Conclusions inédites sur CE, Sect., 11 décembre 2008, *Association de Défense des Droits des Militaires (ADEFDROMIL)*, n°s 306962, 307403, 307405.

¹⁷⁰⁶ Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI, « Irrecevabilité de la requête d'une association de défense des intérêts professionnels des militaires », *AJDA*, 2009, p. 148.

¹⁷⁰⁷ Il est du reste surprenant que l'arrêt *Ministre de l'Agriculture c. Société des courses de Questembert-Malestroit* soit ainsi isolé dans la chronique précitée pour présenter l'état du droit applicable alors que le passage faisant référence aux « droits patrimoniaux » - et dont il est semble-t-il déduit que le Conseil d'État exclut que les associations non-déclarées puissent défendre un intérêt patrimonial - est en réalité déjà présent dans l'arrêt d'Assemblée du 31 décembre 1969.

¹⁷⁰⁸ C'est effectivement à la date d'enregistrement de la requête que l'intérêt pour agir doit être, en principe, apprécié.

¹⁷⁰⁹ Avant l'entrée en vigueur de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme, le Conseil d'État avait d'ailleurs eu l'occasion de rappeler l'applicabilité de cette jurisprudence aux contentieux des autorisations d'occupation et d'utilisation des sols (CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 25 juin 2003, *Commune de Saillagouse*, n° 233119).

recevables pour agir contre les décisions relatives à l'occupation ou l'utilisation des sols dont l'affichage en mairie a eu lieu moins d'un an avant le dépôt de leurs statuts.

4- La reconnaissance administrative de l'association

625. Une partie des habilitations législatives imposent, éventuellement en sus d'autres critères, que le groupement requérant soit aussi bénéficiaire d'une reconnaissance administrative qui peut prendre la forme d'une décision d'agrément¹⁷¹⁰, d'une décision d'inscription sur une liste¹⁷¹¹ ou encore d'un décret reconnaissant l'utilité publique que revêt l'association¹⁷¹² ou la fondation¹⁷¹³. Celle-ci peut être regardée comme étant déjà en elle-même un moyen de filtrage à part entière, c'est-à-dire indépendamment même des conditions posées à son obtention et son maintien qui seront étudiées plus avant. Il convient donc d'étudier tant le champ d'application (a) que les modalités d'attribution de cette reconnaissance administrative (b).

a- Le champ et la portée de ces formes de reconnaissance administrative

626. Comme le montre le cas des fondations reconnues d'utilité publique, il n'est pas forcément aisé d'identifier les hypothèses dans lesquelles la reconnaissance administrative ouvre le prétoire du juge aux entités qui en bénéficient. L'extension, au moins explicite, du champ d'application personnelle d'une partie des habilitations législatives au profit des fondations reconnues d'utilité publique par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle trouve son origine dans un amendement parlementaire qui avait été déposé lors de la première lecture du texte à l'Assemblée nationale en réaction, comme c'est bien souvent le cas en cette matière, à une appréciation restrictive des conditions de recevabilité de la constitution de partie civile par les juridictions judiciaires. Il s'agissait en l'occurrence d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 23 octobre 2015 qui avait déclaré irrecevable la constitution de partie civile de la Fondation pour l'enfance dans une affaire de cyber pédophilie en s'appuyant sur les termes de l'article 2-3 du code de procédure pénale qui ne réservait alors qu'à des associations la possibilité d'exercer les droits de la partie en présence de telles infractions¹⁷¹⁴. Cette extension ne faisait toutefois pas

¹⁷¹⁰ V. Articles 2-9, 2-14, 2-15, 2-21, 2-23 du code de procédure pénale ; articles L. 621-1 et L. 621-2 du code de la consommation ; articles L. 480-1 et L. 610-1 du code de l'urbanisme ; article L. 1114-2, L. 3515-7 et L. 3355-1 du code de la santé publique ; articles L. 142-1, L. 142-2, L. 437-18 du code de l'environnement ; article L. 332-17 du code du sport.

¹⁷¹¹ Articles 2-3, 2-11 et 2-15 du code de procédure pénale et article 48-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁷¹² Article 7 de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ; articles 2-17 et 2-22 du code de procédure pénale.

¹⁷¹³ Article 43 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁷¹⁴ Jean-Michel CLÉMENT, Jean-Yves LE BOUILLONNEC, *Rapport n° 3726 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3204), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 mai 2016, p. 226-227. L'exposé des motifs de l'amendement parlementaire, dont les auteurs avaient été semble-t-il contactés par la fondation

l'unanimité puisqu'elle n'enthousiasma pas, dans un premier temps, le Gouvernement et elle s'imposa ensuite, comme de nombreuses autres dispositions de cette loi, contre la volonté du Sénat. Non seulement, elle pouvait apparaître superfétatoire dans la mesure où il ne s'agissait que d'un arrêt d'appel qui paraissait en outre se démarquer de la jurisprudence de la Cour de cassation assimilant les fondations reconnues d'utilité publique et les associations visées pour l'application des dispositions habilitant à exercer les droits de la partie civile¹⁷¹⁵. Surtout, et c'était ce qui justifia la réserve gouvernementale, s'il n'était pas procédé dans le même temps à une coordination des différents textes applicables, elle risquait de s'avérer finalement contreproductive pour l'action des autres fondations. En effet, si elle demeurait cantonnée à l'article 2-3 du code de procédure pénale, cette mention des fondations permettrait effectivement de lever toute ambiguïté s'agissant de cette dernière disposition mais pourrait apparaître, dans le même temps, comme une invitation à interpréter le silence des autres dispositions ayant un objet similaire comme une exclusion. Force est alors de constater que les conditions dans lesquelles le législateur a introduit cette référence aux fondations reconnues d'utilité publique ne sont guère satisfaisantes car, en guise de coordination, l'Assemblée nationale n'a pas fait le choix d'une disposition spéciale sur l'action civile des fondations reconnues d'utilité publique mais s'est contentée, avec l'avis favorable du Gouvernement, de modifier l'ensemble des dispositions du code de procédure pénale reconnaissant la qualité pour agir d'associations et de deux dispositions législatives qui, en dehors de celui-ci, y renvoient. Cela est évidemment loin d'être exhaustif et l'incohérence du droit applicable pourrait encore s'accroître si le législateur omet ces entités les prochaines fois qu'il décidera de reconnaître la qualité pour agir d'associations devant les juridictions répressives.

627. Lorsqu'elle trouve à s'appliquer, la reconnaissance administrative n'est pas toujours une condition nécessaire pour pouvoir saisir le juge d'une action en défense d'un intérêt collectif en ce sens que les textes la mentionnant admettent parfois que d'autres groupements, ayant un objet statutaire identique ou similaire, puissent introduire devant les mêmes juridictions une requête qui tend à satisfaire en priorité un intérêt identique et motivée par la même atteinte au même intérêt. Dans ces hypothèses, la reconnaissance administrative ne permet alors, en général, que de faciliter l'action en justice des

en question, reproduisait en partie la motivation de l'arrêt de la cour d'appel qui avait mis en avant que « l'article 2-3 du Code de procédure pénale ne vise que les associations et non les fondations » et que « la fondation, qui résulte en principe de l'engagement financier de son ou ses fondateur(s) et dont la création nécessite un capital qui produise des intérêts pour financer ses activités, obéit ainsi à des règles fondamentalement différentes de celles du régime associatif ».

¹⁷¹⁵ L'état du droit applicable pouvait toutefois apparaître plus incertain que ne le présentait le garde des sceaux lors des débats, même si la Fondation pour l'enfance avait jusqu'alors pu se constituer partie civile plus de deux cents fois selon les dires des auteurs de l'amendement. Certes, il était effectivement possible de trouver des exemples dans lesquels la chambre criminelle de la Cour de cassation avait admis la recevabilité de l'action civile de vraies fondations, c'est-à-dire de fondations qui ne sont pas en réalité des associations ayant simplement emprunté cette appellation, sur le fondement de textes ne visant que la forme associative (V. s'agissant de fondations reconnues d'utilité publique admises à agir sur le fondement de l'article L. 142-2 du code de l'environnement : Crim., 4 octobre 2011, n° 11-80.198). Néanmoins, la jurisprudence n'était pas aussi fournie que cela au stade de la cassation. Par ailleurs, le code de procédure pénale fait bien le départ entre les associations et les fondations à son article 99-1 et, ainsi que cela fut dit précédemment, cette même chambre criminelle avait montré qu'elle était peu encline à retenir une interprétation extensive de ces dispositions habilitant certains groupements à exercer les droits de la partie civile (Crim., 25 septembre 2007, n° 05-88.324).

groupements en les exemptant d'une condition de recevabilité comme l'ancienneté¹⁷¹⁶, l'accord de la personne dont la lésion personnelle constitue l'un des motifs de la requête¹⁷¹⁷, la mise en mouvement préalable de l'action publique¹⁷¹⁸ ou en les assouplissant comme c'est le cas de la condition d'adéquation pour les associations agréées de protection de l'environnement qui bénéficie d'une présomption d'intérêt pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir¹⁷¹⁹. Cela explique d'ailleurs que le Conseil d'État, lorsqu'il fut saisi des recours contre le décret réformant le régime de l'agrément en matière d'environnement et l'arrêté pris pour son application, ne l'ait pas regardé comme une restriction du droit d'accès au juge des associations¹⁷²⁰. Pour autant, comme le montrent les conditions dans lesquelles le législateur a procédé à l'extension de la qualité pour agir au profit des fondations reconnues d'utilité publique, il n'attache pas une importance particulière à la reconnaissance administrative, aussi prestigieuse et difficile à obtenir soit-elle, et ne hiérarchise pas les critères de filtrage. En effet, il s'est contenté, par une formule identique pour chaque disposition, d'aligner les conditions d'exercice de l'action civile de ces fondations sur celles des associations mentionnées dans les différents articles, y compris celles qui ne bénéficient pas d'une quelconque reconnaissance administrative. Cet encadrement de l'action des fondations « dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves » que celle de « l'association mentionnée au présent article » pose d'ailleurs des problèmes lorsque ces conditions ou ces réserves ne leurs sont pas transposables, comme une durée d'existence appréciée à compter de la déclaration¹⁷²¹, ou, surtout, lorsque l'article en question mentionne plusieurs types d'association et encadre différemment leur action¹⁷²².

628. Si la reconnaissance administrative n'est pas toujours une condition nécessaire pour saisir le juge, elle n'est pas non plus toujours suffisante, en ce sens que les groupements qui en bénéficient peuvent être encore soumis à d'autres exigences comme l'ancienneté¹⁷²³, ce qui dénote alors une méfiance persistante du législateur à leur égard et peut apparaître comme une rigueur inutile. En effet, cette reconnaissance est, en principe, déjà suffisante pour éviter des détournements de la structure associative et son obtention est d'ailleurs le plus souvent elle-même conditionnée par l'ancienneté de l'association. L'exemple le plus typique, si ce n'est le plus caricatural, de cette méfiance est celui de l'encadrement de l'effet *ratione temporis* de l'agrément en matière de protection de l'environnement dans le cadre du

¹⁷¹⁶ Deuxième alinéa des articles 2-3 et 2-9 du code de procédure pénale et article L. 142-2 du code de l'environnement.

¹⁷¹⁷ Deuxième alinéa de l'article 2-22 du code de procédure pénale.

¹⁷¹⁸ Deuxième alinéa de l'article 2-3 du code de procédure pénale.

¹⁷¹⁹ Second alinéa de l'article L. 142-1 du code de l'environnement.

¹⁷²⁰ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 25 septembre 2013, n° 352660.

¹⁷²¹ En pareille circonstance, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est alors référée à la date du décret reconnaissant l'utilité publique de la fondation (Crim., 4 octobre 2011, n° 11-80.198).

¹⁷²² Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'article 2-22 du code de procédure pénale, la fondation doit-elle être traitée comme n'importe quelle association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et dont l'objet statutaire comporte la lutte contre l'esclavage, la traite des êtres humains, le proxénétisme ou l'action sociale en faveur des personnes prostituées ou bien doit-elle être traitée comme celles qui sont reconnues d'utilité publique et qui peuvent exercer les droits de la partie civile s'agissant des infractions mentionnées à cet article sans recueillir l'accord de la victime ?

¹⁷²³ Art. 2-11, 2-15 alinéa 3, 2-22, 2-23 du code de procédure pénale ; art. 48-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

contentieux de l'excès de pouvoir¹⁷²⁴. En effet, alors que le Conseil d'État admettait qu'une association pût bénéficier de la présomption d'intérêt pour agir associée à l'agrément même lorsque celui-ci ne lui est accordé qu'en cours d'instance, le législateur estima qu'il était nécessaire de tenir en échec cette jurisprudence et modifia l'article L. 142-1 du code de l'environnement afin de conditionner les avantages conférés par l'agrément à l'antériorité de ce dernier par rapport à la décision attaquée¹⁷²⁵ en prétextant là aussi lutter contre les recours abusifs dont ces associations agréées pourraient être les instruments¹⁷²⁶.

629. La portée de ces différentes formes de reconnaissance administrative, c'est-à-dire les avantages que les associations peuvent espérer en retirer en sus de la confiance que peut inspirer cette labellisation par la puissance publique, est assez variable.

630. En premier lieu, certains peuvent être limités sur le plan territorial et n'avoir qu'une portée infranationale. Lorsqu'une telle différenciation est opérée, les échelons peuvent alors varier. Ainsi, si le code de la santé publique ne considère que le cadre national et régional¹⁷²⁷, le code du patrimoine retient, outre le cadre national, le cadre interrégional, régional, interdépartemental, départemental, intercommunal et communal¹⁷²⁸. Le code de la consommation quant à lui prévoit pour les associations des agréments dans un cadre national, régional, départemental ou local, tandis que le code de l'environnement, aux fins semble-t-il d'exclure celles qui ne seraient en réalité que des associations de riverains¹⁷²⁹, ne retient plus que ces trois échelons en réservant néanmoins le cas des associations agissant dans un cadre infra-départemental¹⁷³⁰. Un tel découpage du cadre territorial peut alors sembler artificiel et inadapté lorsque, comme c'est le cas en matière de défense de l'environnement, l'activité des associations et les enjeux auxquels elle prétend répondre se jouent bien des circonscriptions administratives existantes¹⁷³¹. De ce

¹⁷²⁴ CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 25 juin 2003, *Commune de Saillagousse*, n° 233119.

¹⁷²⁵ Art. L. 142-1 du code de l'environnement tel que modifié par l'article 13 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

¹⁷²⁶ Dominique BRAYE, *Rapport n° 81 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi portant engagement national pour le logement*, déposé le 15 novembre 2005, p. 56. Lorsque cette disposition fut adoptée en première lecture par le Sénat, l'éviction des associations non déclarées dans le contentieux des autorisations d'occupation des sols, qui fut introduite lors de la deuxième lecture du texte devant cette assemblée, n'était d'ailleurs même pas encore envisagée. Dans son rapport, la Commission des affaires économiques relevait d'ailleurs que cette disposition ne remet « absolument pas en question l'intérêt à agir d'une association locale qui se constituerait après la délivrance du permis » (*Ibid.*).

¹⁷²⁷ Art. L. 1114-1 du code de la santé publique.

¹⁷²⁸ 6° de l'article R. 114-9 du code du patrimoine.

¹⁷²⁹ Xavier BRAUD, « La réforme de l'agrément du 12 juillet 2011 : Des objectifs louables, une occasion manquée ? », *RJE*, 2012, p. 69. La circulaire d'application met, pour sa part, en avant un objectif de simplification puisque l'agrément pouvait jusqu'alors être attribué à six niveaux : communal, intercommunal, départemental, interdépartemental, régional et national (Circulaire du 14 mai 2012 relative à l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement et à la désignation d'associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable au sein de certaines instances, p. 5).

¹⁷³⁰ En effet, comme le rappelle M. Xavier Braud (*Ibid.*), le second alinéa de l'article R. 141-3 du code de l'environnement dispose que « le cadre territorial dans lequel l'agrément est délivré est fonction du champ géographique où l'association exerce effectivement son activité statutaire, sans que cette activité recouvre nécessairement l'ensemble du cadre territorial pour lequel l'association sollicite l'agrément ». L'ajout par le Conseil d'État d'une condition tenant à l'exercice de l'activité sur une « partie significative » du territoire correspondant au périmètre de l'agrément a néanmoins rétréci la fenêtre que le pouvoir réglementaire avait ainsi ménagé à ces associations (cf. *Infra*, n° 671).

¹⁷³¹ « C'est bien mal connaître la réalité du mouvement associatif environnemental, qui s'attache au territoire physique ou écologique d'une ou de plusieurs problématiques environnementales, et non pas au découpage administratif de la France :

point de vue, les dispositions réglementaires qui, issues du décret n° 2011-832 du 12 juillet 2011, ont opéré cette dissociation entre le champ géographique de l'activité réelle de l'association et celui de l'agrément susceptible de lui être délivré n'ont pas été remises en cause par celles de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 qui ont modifié l'article L. 141-1 du code de l'environnement pour imposer à l'autorité administrative compétente de tenir compte du territoire sur lequel l'association exerce effectivement ses activités¹⁷³².

631. En outre, certaines reconnaissances administratives ne confèrent pas seulement un privilège procédural aux associations qui en sont bénéficiaires, mais aussi des avantages du point de vue de leur capacité juridique¹⁷³³ ou sur le plan fiscal¹⁷³⁴. Elles leur permettent aussi de prendre part à des instances consultatives¹⁷³⁵ ou constituent une condition nécessaire pour obtenir une autre reconnaissance administrative leur permettant de prétendre y prendre part¹⁷³⁶. Enfin, le privilège procédural que les

prétendre le contraire, c'est un peu comme décider que tel ou tel massif forestier ou bien un bassin hydrographique s'arrête aux frontières d'un département ou d'une région administrative » (Chantal CANS, Emmanuel WORMSER, « Périmètre de l'agrément environnemental : les facéties du Conseil d'État », *AJDA*, 2016, p. 1460)

¹⁷³² Art. 15 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement. C'était pourtant bien, comme l'avait constaté le ministre de l'environnement, à une telle remise en cause que conduisait la rédaction de l'amendement sénatorial à l'origine de cette modification puisqu'il avait pour objet de modifier le cinquième alinéa de l'article L. 141-1 du code de l'environnement afin de prévoir que l'agrément serait délivré « pour le territoire sur lequel l'association exerce les activités énoncées au premier alinéa ». Le Gouvernement, représenté par le ministre de l'environnement, ne s'était alors pas opposé sur le principe mais avait seulement souligné qu'une telle disposition relevait plutôt du domaine du règlement (Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 6 novembre 2012, *JORF*, p. 4316). Néanmoins, après que le texte fut transmis à l'Assemblée nationale, le Gouvernement déposa un amendement en séance publique pour rectifier la rédaction de cette nouvelle disposition. Tout en déclarant qu'il ne fallait effectivement pas exiger des associations un périmètre d'activité correspondant exactement à celui des circonscriptions administratives choisies par le législateur, la ministre de l'environnement tenait tout de même à ce que le champ de l'agrément correspondît à une « zone géographique bien identifiée ». Ce faisant, le texte de loi fut modifié afin de préciser que l'agrément « est valable pour une durée limitée dans un cadre déterminé en tenant compte du territoire sur lequel l'association exerce effectivement son activité », ce qui, contrairement à ce que disait la rapporteure de la commission du développement durable, n'était pas exactement « l'esprit des modifications introduites par le Sénat » puisqu'elles avaient pour objet, comme le reconnaissait alors la ministre, « d'autoriser la délivrance des agréments pour un cadre géographique qui ne corresponde pas strictement aux limites susvisées » (Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la 2^e séance du mercredi 21 novembre 2012, *JOAN*, p. 5554).

¹⁷³³ Tel est le cas, par exemple, pour la reconnaissance d'utilité publique des associations et des fondations qui leur donne la possibilité de recevoir, outre des dons manuels, des dons et legs, leur confère la « grande capacité juridique ». Encore que, au fil du temps, le législateur a réduit l'avantage que la reconnaissance d'utilité publique pouvait présenter sur ce point en étendant cette possibilité aux associations cultuelles (art. 19 alinéa 8 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État), aux unions agréées d'associations familiales (art. L. 211-7 alinéa 4 du code de l'action sociale et familiale), aux associations ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance ou la recherche scientifique ou médicale (art. 6 alinéa 8 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association) ou encore aux associations créées depuis au moins trois ans et qui sont reconnues d'intérêt général sur le fondement du b du 1 de l'article 200 du code général des impôts. Par ailleurs, le législateur a permis aux associations simplement déclarées de compenser leur infirmité juridique avec la création d'un fonds de dotation pouvant recevoir des dons et legs (art. 140 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie).

¹⁷³⁴ Ainsi, pour ne donner que cet exemple, les dons et legs aux associations et fondations reconnues d'utilité publique « dont les ressources sont exclusivement affectées à des œuvres d'assistance, à la défense de l'environnement ou à la protection des animaux » ou « ayant pour objet de soutenir des œuvres d'enseignement scolaire et universitaire régulièrement déclarées » sont exonérés des droits de mutation à titre gratuit (4^e et 5^e de l'article 795 du code général des impôts). D'ailleurs, sur ce point aussi, les fonds de dotation, qui peuvent bénéficier d'une telle exonération, viennent relativiser l'intérêt de la reconnaissance d'utilité publique.

¹⁷³⁵ Par exemple, l'agrément prévu à l'article L. 1114-1 du code de la santé publique permet aux associations qui en sont titulaires de représenter les usagers du système de santé au sein des instances hospitalières ou de santé publique et leur confère même un monopole de représentation (I de l'article L. 1114-1 du code de la santé publique).

¹⁷³⁶ C'est là le principe du « super-agrément » qui existe en matière de consommation et en matière d'environnement. L'obtention de l'agrément au niveau national est une l'une des conditions nécessaires pour obtenir, par arrêté du ministre

associations peuvent en retirer devant les juridictions répressives n'est pas non plus le même selon les textes qui la mentionnent. Ainsi, s'il est des hypothèses dans lesquelles la reconnaissance administrative semble constituer pour le législateur une garantie de sérieux suffisante pour permettre à leurs bénéficiaires de déclencher l'action publique¹⁷³⁷, et c'est du reste pour cela qu'elle a parfois été instituée¹⁷³⁸, dans d'autres, elle ne leur permet que de se constituer partie civile par voie d'intervention¹⁷³⁹.

632. Quels que soient les avantages que les associations peuvent retirer de la reconnaissance administrative, ils ont tous pour contrepartie leur soumission à un contrôle de l'administration. Ce contrôle peut être alors plus ou moins prononcé. Au minimum, la reconnaissance administrative implique, dans le cadre des procédures d'agrément et de reconnaissance administrative, un contrôle périodique de la part de l'administration grâce à l'envoi chaque année par l'association de documents, dont la liste varie selon les procédures, à l'auteur de la décision ou, plus rarement, à une autre autorité qui sont censés attester du fait qu'elle remplit toujours les conditions ayant justifié la délivrance de la reconnaissance. Seules les associations de supporters agréées sur le fondement de l'article D. 224-9 du code du sport sont dispensées de cette obligation de communication annuelle. Ce ne signifie toutefois pas qu'il n'y ait aucun contrôle. Cette absence de contrôle périodique est alors compensée par la mise en œuvre d'une obligation déclarative permettant d'exercer un contrôle constant sur la structure associative. Ainsi, le ministre chargé des sports doit être informé « sans délai » de « toute modification des statuts, du règlement intérieur et de la liste des membres chargés de l'administration de l'association »¹⁷⁴⁰, ce qui ne rend toutefois pas compte du respect de toutes les conditions exigées pour la délivrance de l'agrément. Un tel contrôle se retrouve, en sus de l'obligation de communication annuelle, pour les associations et les fondations reconnues d'utilité publique et est même renforcé puisque l'obligation déclarative se mue

chargé de la consommation, la « reconnaissance spécifique » (1° de l'article R. 812-1 du code de la consommation) permettant notamment de siéger au sein du bureau du Conseil national de la consommation. La reconnaissance administrative joue aussi comme un premier filtre pour les associations qui souhaiteraient être habilitées à siéger dans les instances mentionnées dans le décret n° 2011-833 du 12 juillet 2011 fixant la liste des instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable.

¹⁷³⁷ Art. 2-3 alinéa 2, 2-11, 2-14, 2-21, 2-23 du code de procédure pénale ; art. L. 3515-7 et L. 3355-1 du code de la santé publique ; art. L. 480-1 et L. 610-1 du code de l'urbanisme ; art. L. 622-1 du code de la consommation ; art. L. 142-1 du code de l'environnement ; art. L. 332-17 du code du sport ; art. L. 452-1 du code monétaire et financier ; art. 48-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁷³⁸ L'inscription administrative fut effectivement imposée au deuxième alinéa de l'article 2-3 du code de procédure par l'article 15 de la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance comme une contrepartie à la possibilité qui était donnée aux associations ayant pour objet la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes formes de maltraitance de pallier l'inertie éventuelle du ministère public et des victimes. En effet, ces dernières ne sont alors pas forcément identifiables ou en mesure de mettre en mouvement l'action publique s'agissant d'infractions pédopornographiques et de certaines des infractions constituant une mise en péril de mineur lorsqu'elles ont été commises hors du territoire de la République mais que la loi française demeure applicable.

¹⁷³⁹ Art. 2-9 et 2-15 du code de procédure pénale et art. L. 1114-2 du code de la santé publique.

¹⁷⁴⁰ Art. D. 224-12 du code du sport.

alors en autorisation pour les modifications statutaires¹⁷⁴¹. Pour les fondations, ce contrôle administratif se traduit même au niveau de la gouvernance avec la présence de représentants de l'État¹⁷⁴².

b- Les modalités de la reconnaissance administrative

633. Le principe de la reconnaissance administrative est ambivalent et présente un risque pour les groupements. En effet, si cette reconnaissance leur permet de contester dans le cadre d'une action juridictionnelle les choix de l'administration ou facilite seulement cette contestation, elle crée dans le même temps un lien de dépendance à l'égard de cette dernière qui pourrait, si son appréciation n'est pas encadrée, se transformer en un lien de soumission ou constituer un moyen pour l'administration d'écarter des entités qui, quoiqu'ayant un objet licite, lui paraîtraient seulement subversives¹⁷⁴³. Les normes à même de prévenir ce risque en encadrant l'appréciation de l'administration, c'est-à-dire qui fixent les conditions de fond et les conditions procédurales applicables aux différentes formes de reconnaissance administrative, sont alors diverses tant sur le plan formel que matériel (i) et ménagent une marge de discrétionnarité (ii).

i- Les différentes formes de la reconnaissance administrative

634. Les normes encadrant l'octroi de la reconnaissance administrative peuvent être tant législatives que réglementaires, mais aussi, pour la reconnaissance d'utilité publique des associations et des fondations, provenir de la « jurisprudence » de la Section de l'intérieur du Conseil d'État qui élabore et propose au Gouvernement des statuts-types, qui ont valeur de lignes directrices une fois que le Ministre de l'Intérieur les a repris à son compte¹⁷⁴⁴, puis les interprète.

635. Cette diversité se retrouve aussi sur le plan matériel. Certes, il est désormais possible, grâce aux dispositions de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000¹⁷⁴⁵ et du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017¹⁷⁴⁶, de s'appuyer sur un « tronc commun » pour les procédures d'agrément dont le contenu présente en outre

¹⁷⁴¹ Art. 20 des statuts-types des associations reconnues d'utilité publique ; art. 14 des statuts-types des fondations reconnues d'utilité publique avec directoire et conseil de surveillance et art. 15 des statuts-types des fondations reconnues d'utilité publique avec conseil d'administration.

¹⁷⁴² Cette emprise de l'État sur le fonctionnement de la fondation se manifeste alors, selon le mode de gouvernance, par la présence d'un commissaire du gouvernement ou la présence de ses représentants au sein du collège des membres de droit lorsqu'un tel collège existe.

¹⁷⁴³ Ainsi, comme le rappelle le rapport de la Section des rapports et des études du Conseil d'État consacré à la reconnaissance d'utilité publique, qui constitue la forme la plus ancienne de reconnaissance administrative, la précarité de son régime sous l'Ancien régime trouvait sa « justification économique » dans « la méfiance à l'égard des biens dits de « mainmorte » » et « sa justification politique » dans « la méfiance du souverain à l'égard des « corps intermédiaires » quels qu'ils soient et en particulier des congrégations » (Conseil d'État, *Les associations reconnues d'utilité*, 2000, p. 9).

¹⁷⁴⁴ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 16 avril 2010, n° 305649.

¹⁷⁴⁵ Art. 25-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹⁷⁴⁶ Décret n° 2017-908 du 6 mai 2017 portant diverses dispositions relatives au régime juridique des associations, des fondations, des fonds de dotation et des organismes faisant public à la générosité.

une parenté intellectuelle évidente avec les règles encadrant la reconnaissance d'utilité publique des associations et des fondations. Toutefois, ce tronc commun ne fait qu'imposer des conditions minimales dans toutes les procédures d'agrément que les dispositions spéciales applicables à chaque procédure peuvent donc compléter ou écarter. De plus, il n'est pas évident de délimiter le champ d'application de ces dispositions et, plus précisément, de savoir si les procédures de reconnaissance administrative prenant la forme d'une inscription administrative comptent parmi les branches de ce tronc commun. Le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont effectivement pas profité de cette remise en ordre pour enfin pallier l'absence de définition de la notion d'agrément en droit positif¹⁷⁴⁷ et, si ces procédures d'inscription administrative peuvent effectivement être qualifiés d'agréments au regard des quelques définitions doctrinales qui ont été forgées pour essayer de donner un contenu et une unité à une notion employée à profusion par les lois, les règlements et la jurisprudence¹⁷⁴⁸, rien ne dit qu'il s'agit bien d'agrément au sens et pour application de ces dispositions, ni que ces dernières ne doivent en réalité s'appliquer qu'aux procédures qui sont simplement dénommées ainsi. Faute de mieux, il faudrait donc se tourner vers les textes ayant choisi cette forme de reconnaissance administrative et rechercher ce que fut alors l'intention du législateur. Les résultats obtenus grâce à cette méthode d'interprétation sont toutefois mitigés. Ainsi, lorsque cette forme de reconnaissance administrative est apparue à l'occasion du vote de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 ouvrant la possibilité d'exercer les droits de la partie civile aux associations ayant pour objet de défendre les intérêts moraux et l'honneur des anciens combattants et victimes de guerre et des morts pour la France en cas de dégradation, de destructions de monuments ou de violation de sépultures ainsi que de diffamation ou d'injure, elle était effectivement conçue comme un moyen d'éviter la procédure d'agrément que les parlementaires, qui semblaient d'ailleurs la définir à partir de son régime ou plutôt d'un régime juridique supposé, estimaient inadaptée¹⁷⁴⁹. Les débats parlementaires sont

¹⁷⁴⁷ Tout au plus est-il possible de déduire de la rédaction du deuxième alinéa de l'article 25-1 de la loi, qui dispose que les associations reconnues d'utilité publique sont « réputées satisfaire » aux conditions du tronc commun, que pour le législateur l'agrément doit être distingué de la reconnaissance d'utilité publique et que la seconde n'est pas incluse dans la première, autrement dit que la reconnaissance d'utilité publique n'est pas une espèce du genre agrément.

¹⁷⁴⁸ Mme Christine Bertrand, élaborant sa définition en procédant en partie par induction, entend l'agrément comme « la procédure visant à associer une personne, généralement privée, à une tâche d'intérêt général, ce qui conduit à la mise en place de la collaboration entre le titulaire de l'agrément et l'administration et à un contrôle des pouvoirs publics sur l'agrément et surtout après l'octroi » (Christine BERTRAND, *L'agrément en droit public*, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, coll. Thèse, vol. 6, 1999, p. 121). Ces inscriptions administratives correspondent aussi à la définition de l'agrément qui est donnée dans l'étude 250 du « *Lamy Association* », et que le Conseil national de la vie associative avait d'ailleurs reprise à son compte dans son avis du 3 juillet 2006 consacré justement à l'agrément associatif. L'agrément n'est alors pas envisagé comme une procédure mais comme un « acte administratif, unilatéral, discrétionnaire, ayant pour objet de soumettre dans l'intérêt public, une activité à un régime juridique favorable ».

¹⁷⁴⁹ La procédure d'inscription administrative, issue d'un amendement gouvernemental à la proposition de loi sénatoriale, était présentée comme une solution de compromis entre une ouverture large aux associations d'anciens combattants, ce qui, compte tenu de leur nombre, aurait alors présenté un risque d'engorgement des juridictions même en filtrant avec le critère de l'ancienneté - le secrétaire d'État avançait alors le chiffre de 50 000 associations en comptant le niveau départemental et le niveau local (1^{ère} séance du 28 novembre 1991) - , et l'agrément qui était présenté comme une procédure plus lourde et qui, associée lors des débats à la défense des consommateurs, dénotait une forme de méfiance et semblait faire injure à la nature des intérêts défendus par les associations en question. Il s'agissait aussi visiblement de ménager la susceptibilité de ces associations qui, dans les discussions, étaient plutôt comparées aux associations d'anciens résistants et d'anciens déportés dont l'action en justice n'avait pas été soumise à une telle forme de filtrage.

en revanche beaucoup plus succincts, et surtout parfois contradictoires, s'agissant de l'inscription administrative des fédérations d'associations de victimes¹⁷⁵⁰ et des associations ayant pour objet la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes formes de maltraitance¹⁷⁵¹.

ii- Les conditions d'octroi de la reconnaissance

636. Les normes conditionnant l'octroi de la reconnaissance administrative laissent à l'administration une marge d'appréciation dont l'étendue varie selon les procédures de reconnaissance administrative et parfois au sein même de celles-ci puisqu'elle dépend tant de la formulation des conditions de fond posées à l'octroi de cette reconnaissance que de l'existence de conditions procédurales et de la portée de ces dernières.

637. Comme cela sera étudié plus avant au titre du filtrage indirect des associations, ces conditions de fond varient selon les formes de reconnaissance et la formulation de certaines d'entre elles, en particulier celles relatives à l'importance de l'activité des associations ou de leur effectif, est effectivement assez vague. Quant aux conditions procédurales, elles sont tout aussi hétérogènes et épargnent dans la plupart des cas la marge d'appréciation de l'administration. Ainsi, la condition procédurale la plus répandue, à savoir la consultation par l'administration d'autres autorités au cours de l'instruction de la demande, n'est envisagée que pour la reconnaissance d'utilité publique, qui prend la forme d'un décret en Conseil d'État, et seulement pour la plupart des procédures d'agrément¹⁷⁵². Evidemment, rien n'empêche alors l'autorité

¹⁷⁵⁰ Au cours des débats ayant conduit à l'adoption de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et à l'ouverture de l'action civile aux fédérations d'associations de victimes d'accidents collectifs sur le fondement du troisième alinéa l'article 2-15 du code de procédure pénale, aucune explication ne fut fournie par le Gouvernement lorsqu'il déposa l'amendement imposant ce critère de filtrage à l'occasion de la première lecture du texte par le Sénat en séance publique. Cela risquait pourtant de créer une différence de traitement avec les associations de défense des victimes qui, sur le fondement du premier alinéa de cette même disposition, devaient déjà être agréées pour exercer les droits de la partie civile en présence des mêmes faits. Il est toutefois probable que cette inscription administrative soit apparue alors comme une espèce d'agrément. Le garde des sceaux les présenta ainsi en séance publique comme des « fédérations d'associations de victimes d'accidents collectifs agréées par le ministère de la justice » (Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 7 octobre 2003, *JORF*, p. 47). Les termes alors employés dans le compte rendu des débats sont toutefois équivoques. L'adjectif « agréées » peut en effet qualifier aussi bien les fédérations que les associations qui la composent. D'ailleurs, mais cela ne ressortait alors pas des termes du troisième alinéa de l'article 2-15 du code de procédure pénale, l'article R1-1 du code de procédure pénale pris pour l'application imposa ensuite à la fédération de « rassembler au moins dix associations de victimes agréées sur le fondement du premier alinéa de l'article 2-15 [du code de procédure pénale]. Le rapport de Commission des lois de l'Assemblée nationale, qui fut ensuite saisie du texte, fit en revanche l'analogie avec les associations d'anciens combattants mais sans fournir ni obtenir plus d'explications sur la formulation de cette disposition qui fut de toute façon adoptée sans encombre (Jean-Luc WARSMANN, *Rapport n° 1236-2ème partie fait au de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat (n° 1109), portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 novembre 2003, p. 99).

¹⁷⁵¹ Les débats autour de l'exigence d'inscription administrative pour les associations ayant pour objet la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes formes de maltraitance sont tout aussi confus puisque cette forme de reconnaissance administrative fut proposée par les sénateurs par mimétisme avec les dispositions qu'ils venaient d'adopter dans le cadre des débats sur la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 alors encore en discussion et en s'appuyant aussi sur le précédent que représentaient les associations d'anciens combattants, mais elle obtint l'aval du Gouvernement en étant qualifiée d'agrément (Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 16 octobre 2003, *JORF*, p. 78).

¹⁷⁵² Parmi les textes organisant la délivrance des agréments censés faciliter l'action en justice des associations, seuls ceux relatifs aux associations ayant pour objet la défense de la langue française ou la lutte contre la corruption n'envisagent pas, à titre

compétente de solliciter, sans qu'aucun texte ne l'y contraigne, l'avis d'autres autorités lors de l'instruction de la demande. D'ailleurs toutes les demandes d'avis évoquées par les textes organisant les différentes formes de reconnaissance administrative ne sont pas obligatoires¹⁷⁵³. Lorsqu'elles le sont, ces demandes sont rarement adressées à des organes collégiaux, comme le Conseil d'État réuni en formation consultative pour la reconnaissance d'utilité publique ou la Commission nationale d'agrément pour les associations de défense des usagers du système de santé¹⁷⁵⁴, mais plutôt au ministère public¹⁷⁵⁵ et, le cas échéant, à l'autorité préfectorale¹⁷⁵⁶, au maire¹⁷⁵⁷ ou à des autorités locales ou nationales qui sont spécialement intéressées par la reconnaissance administrative compte tenu de leur champ de compétence

facultatif ou obligatoire, la consultation de tiers par l'autorité administrative. S'agissant des procédures d'inscription administrative, plus aucun des textes les organisant ne prévoit désormais une quelconque procédure d'avis. Seules les dispositions de l'article 3 du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice envisageaient la consultation d'une commission administrative *ad hoc* pour une partie des demandes d'inscription, en l'occurrence celles qui émanaient d'associations, nationales ou non, devant justifier de la spécificité de leur objet. Cette commission *ad hoc*, qui était présidée par le directeur général de l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre et composée d'un représentant du garde des sceaux, d'un représentant du ministre chargé des anciens combattants et victimes de guerre et du représentant titulaire et du représentant suppléant d'associations d'anciens combattants au Conseil national de la vie associative, ne survécut toutefois pas aux velléités de simplification et de modernisation de l'administration exprimées lors du 2^e comité interministériel de modernisation de l'action publique qui s'était déroulé le 2 avril 2013. Elle fut donc emportée par l'article 42 du décret n° 2013-420 du 23 mai 2013 portant suppression de commissions administratives à caractère consultatif et modifiant le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif.

¹⁷⁵³ Ainsi, par exemple, l'article D. 224-10 du code du sport prévoit que, lors de l'instruction de la demande d'agrément des associations de supporters, le ministère chargé des sports peut « solliciter l'avis, à titre indicatif, de l'association sportive, de la société sportive, de la fédération sportive, de la ligue professionnelle concernées ou, le cas échéant, d'une association nationale de supporters agréée, ainsi que tout autre élément utile ».

¹⁷⁵⁴ Art. L. 1114-1 du code de la santé publique.

¹⁷⁵⁵ Lorsque les textes organisant la délivrance des reconnaissances administratives prévoient une demande d'avis au cours de l'instruction, c'est effectivement la consultation de cette autorité qui est le plus souvent envisagée, parfois en sus de celle d'autres autorités. Tel est le cas pour l'agrément des associations de défense de l'environnement (second alinéa de l'article R. 141-9 du code de l'environnement), du patrimoine (art. R. 114-11 du code du patrimoine), des consommateurs (art. L. 811-1 et R. 811-2 du code de la consommation), des investisseurs (second alinéa de l'article D. 452-3 du code monétaire et financier), des victimes d'une infraction terroriste et de défense des victimes d'un accident collectif (II de l'article D1 du code de procédure pénale). Dans la plupart des cas, il s'agit alors du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle l'association a son siège. Seul le II de l'article D1 du code de procédure pénale prévoit, s'agissant des associations de défense des victimes d'une infraction terroriste et de défense des victimes d'un accident collectif, la consultation du procureur de la République qui peut être aussi bien celui de la juridiction dans laquelle l'association a son siège que celui de la « juridiction saisie ». Dans l'un comme l'autre cas, l'association ne peut effectivement agir qu'une fois que l'action publique a été mise en mouvement.

¹⁷⁵⁶ L'avis du préfet du département dans lequel l'association a son siège social est ainsi requis pour l'agrément en matière de protection de l'environnement (art. R. 141-11 du code de l'environnement), du moins lorsque ledit agrément est sollicité dans un cadre national et qu'il n'est donc plus compétent que pour procéder à l'instruction, pour l'inscription administrative des associations d'anciens combattants régionales, départementales ou locales (art. 2 du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice) et pour l'agrément des associations de protection du patrimoine quel que soit leur champ d'action ou de l'agrément sollicité (art. R. 114-13 du code du patrimoine).

¹⁷⁵⁷ Depuis que les échelons communaux et intercommunaux ont été supprimés pour l'agrément des associations de protection de l'environnement, l'avis du maire de la commune où l'association a son siège social n'est plus qu'imposé pour les associations de protection du patrimoine. Dans cette hypothèse, il n'y a toutefois pas de corrélation, comme c'était le cas en matière de protection de l'environnement, entre le cadre géographique pour lequel l'agrément est sollicité - qui peut être communal, intercommunal, départemental, interdépartemental, régional, interrégional ou national - et cette obligation de consultation (art. R. 114-11 du code du patrimoine).

matérielle¹⁷⁵⁸, voire, s'agissant des associations de supporters, à des personnes privées¹⁷⁵⁹. En outre, quoiqu'obligatoires, ces avis ne restreignent pas en général l'appréciation de l'administration puisqu'il s'agit, exception faite de celui de la Commission nationale d'agrément, d'avis simples. Ils peuvent même constituer une cause de retard voire de blocage lors de l'instruction dont les textes ne prévoient pas toujours la résolution¹⁷⁶⁰.

638. À cet égard, il faut d'ailleurs tenir compte de l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013¹⁷⁶¹, aujourd'hui codifié à l'article L. 231-1 du code des relations entre le public et l'administration, posant le principe selon lequel le « silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation » dans l'orbite desquelles rentrent bien ces différentes procédures de reconnaissance administrative et qui est loin de faciliter la situation des services instructeurs et des associations ainsi que la lisibilité du droit applicable. En effet, en premier lieu, le pouvoir réglementaire n'a pas toujours pris en compte ce nouveau principe alors que certains de ces textes précisent explicitement que le silence sur la demande de reconnaissance vaut refus¹⁷⁶² ou, voire parfois en plus, accordent un délai d'instruction à l'administration qui est la plupart du temps supérieur à deux mois¹⁷⁶³. Ainsi, même lorsque les dispositions réglementaires n'ont pas exclu que le silence de

¹⁷⁵⁸ Ce recours à des autorités administratives qui sont relativement plus spécialisées est envisagé pour l'agrément des associations de protection du patrimoine avec la consultation par le préfet en charge de l'instruction de la demande du directeur régional des affaires culturelles de la région dans laquelle l'association a son siège social (art. R. 114-11 du code du patrimoine), pour l'agrément des associations de défense des investisseurs avec la consultation par le préfet en charge de l'instruction de l'autorité des marchés financiers (art. L. 452-1 et D. 452-3 du code monétaire et financier). Outre l'avis du directeur régional de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL), dont il est même précisé qu'il doit être motivé, les dispositions relatives à l'agrément des associations de défense de l'environnement précisent que le préfet doit consulter les « chefs déconcentrés intéressés » (art. R. 141-9 du code de l'environnement), ce qui est somme toute assez vague s'agissant d'un avis qui est obligatoire.

¹⁷⁵⁹ L'article D. 224-10 du code du sport dispose ainsi que le ministère chargé des sports peut solliciter l'avis, à titre indicatif, « de l'association sportive, la société sportive, de la fédération sportive, de la ligue professionnelle concernées ou, le cas échéant, d'une association nationale de supporters agréée, ainsi que tout autre élément utile ».

¹⁷⁶⁰ Seuls le code de l'environnement et le code du patrimoine envisagent que, passé un délai de deux mois dans le premier cas et de six dans le second, l'avis des autorités consultées lors de l'instruction est réputé favorable (second alinéa de l'article R. 141-10 du code de l'environnement ; art. R. 114-12 du code du patrimoine). Néanmoins, s'agissant de l'agrément en matière d'environnement, l'obligation de motivation pesant sur la DREAL ne disparaît pas une fois que le délai de deux mois a été dépassé, ce qui lui donne toujours la possibilité de bloquer l'instruction.

¹⁷⁶¹ Art. 1^{er} de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

¹⁷⁶² Art. R. 1114-11 du code de la santé publique ; art. R. 141-15 du code de l'environnement.

¹⁷⁶³ Lorsqu'il a été fixé par les textes propres aux différentes formes de reconnaissance administrative, ce qui n'est pas le cas pour les associations de supporters, ce délai d'instruction n'est de deux mois à compter de la date de délivrance du récépissé que pour l'agrément des associations défendant les victimes d'un acte terroriste ou d'un accident collectif (II de l'article D1 du code de procédure pénale) l'inscription administrative associations ayant pour objet la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes formes de maltraitance (II de l'article R1 du code de procédure pénale), des fédérations d'associations de défense des victimes (II de l'article R1-1 du code de procédure pénale), des associations d'anciens combattants (art. 4 du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice). En revanche, il est de quatre mois à compter de la délivrance du récépissé pour les associations d'anciens combattants (art. 4 du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice), de défense la langue française (art. 10 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française), de lutte contre la corruption (art. 2 du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile) où il est d'ailleurs susceptible d'être allongé de deux mois si l'instruction du

l'administration puisse valoir acceptation¹⁷⁶⁴, voire retenu cette dernière option¹⁷⁶⁵, le risque est de voir ces dispositions réduire *de facto* le délai d'instruction que le pouvoir réglementaire avait estimé nécessaire de ménager à l'administration et, en passant, la qualité des avis qu'elle peut être tenue de solliciter pour l'éclairer. Pis, lorsque lesdits avis sont conformes, comme tel est le cas pour l'agrément en matière de défense des usagers du système de santé, le risque est de favoriser par la contraction des délais d'instruction la naissance de décisions implicites d'acceptation illégales.

639. Certes, la partie législative du code admet que le pouvoir réglementaire puisse, « eu égard à l'objet de certaines décisions ou pour des motifs de bonne administration », faire exception au principe du silence pendant deux mois valant acceptation par un décret en Conseil d'État et en conseil des ministres¹⁷⁶⁶ ou seulement modifier le délai au terme duquel naît une décision implicite d'acceptation par un décret pris en Conseil d'État « lorsque l'urgence ou la complexité de la procédure le justifie »¹⁷⁶⁷ ainsi que le prévoyait déjà la version initiale de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations lorsque le principe était celui du silence valant rejet. Le pouvoir réglementaire fit d'ailleurs usage de ces habilitations s'agissant de l'agrément des associations de protection de l'environnement et de lutte contre la corruption en retenant néanmoins des solutions dont

dossier le justifie. C'est parfois une durée encore supérieure qui est retenue car il est de six mois à compter de la date de réception du dossier complet par l'autorité administrative initialement saisie pour les associations de défense des usagers du système de santé (art. R. 1114-11 du code de la santé publique), de l'avis de réception ou de la décharge pour les associations de protections de l'environnement (art. R.141-15 du code de l'environnement), de la délivrance de l'accusé de réception pour les associations de défense des consommateurs (art. R. 811-15 du code de la consommation), de la délivrance du récépissé pour les associations de défense des investisseurs (art. D 452-6 du code monétaire et financier) et, enfin, de dix mois à compter de l'avis de réception ou de décharge pour les associations de défense du patrimoine (art. R. 114-13 du code du patrimoine).

¹⁷⁶⁴ Les dispositions applicables aux associations de défense de victimes d'une accident collectif ou d'un acte terroriste (art. D1 du code de procédure pénale), de la langue française (décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française), des investisseurs (art. D. 452-1 et suivants du code monétaire et financier) et aux associations de supporters (art. D. 224-9 et suivants du code du sport) ne se prononcent effectivement pas sur le sens du silence de l'administration

¹⁷⁶⁵ Avant même que la loi ne vienne inverser le principe applicable aux décisions implicites, le pouvoir réglementaire avait choisi régime de la décision implicite d'acceptation pour l'inscription administrative des associations ayant pour objet la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes formes de maltraitance (II de l'article R1 du code de procédure pénale), des fédérations d'associations de défense des victimes (II de l'article R1-1 du code de procédure pénale), des associations d'anciens combattants (art. 4 du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice), l'agrément des associations de défense du patrimoine (art. R. 114-13 alinéa 3 du code du patrimoine). C'est aussi ce régime qui était choisi par les anciennes dispositions du code de la consommation pour l'agrément des associations (ancien art. R. 411-5 du code de la consommation), mais il ne fut pas repris à l'occasion de la recodification de la partie réglementaire du code de la consommation. Toutefois, dans la mesure où cette recodification est postérieure à la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 (décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation), une telle reprise pouvait apparaître superfétatoire.

¹⁷⁶⁶ Art. L. 231-5 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁷⁶⁷ Art. L. 231-6 du code des relations entre le public et l'administration.

la différence est difficilement justifiable¹⁷⁶⁸ et des options légistiques difficilement défendables¹⁷⁶⁹. Toutefois, en premier lieu, ce sont parfois des décrets simples qui organisent ces procédures de reconnaissance administrative¹⁷⁷⁰ et prévoient un délai d'instruction supérieur à deux mois. Il en va ainsi de la procédure d'agrément des associations de défense des investisseurs dont la durée d'instruction de six mois, au cours de laquelle tant le ministère public que l'Autorité des marchés financiers doivent rendre un avis simple, se trouve donc divisée par trois en passant à deux mois. Quant aux autres procédures qui, organisées par un décret en Conseil d'État, prévoient seulement un délai d'instruction supérieur à deux mois ou, sur le fondement d'un décret en Conseil d'État et en conseil des ministres, qu'une décision implicite de rejet naît au terme d'un délai supérieur à deux mois, rien ne garantit qu'elles puissent bénéficier des exceptions ménagées par le code. En effet, ces décrets n'ont pas été pris, à proprement parler, en application de ces dispositions législatives puisqu'ils sont tous antérieurs à la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 et même, pour la plupart, à l'entrée en vigueur de cet article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 qui permettait déjà un allongement du délai de naissance des décisions implicites. Si l'article R. 1114-11 du code de la santé publique a bien été pris sur le fondement de cette dernière disposition, il prévoit néanmoins toujours que le silence vaut rejet¹⁷⁷¹. En admettant que les procédures antérieures puissent se prévaloir de ces exceptions légales, ce qui est semble-t-il la position du Conseil d'État, encore faut-il qu'elles répondent aux conditions qu'elles imposent¹⁷⁷². Ainsi, en matière de défense

¹⁷⁶⁸ En effet, tandis qu'il a souhaité maintenir le silence valant rejet pour l'agrément des associations de lutte contre la corruption (art. 1^{er} et 2 du décret n° 2014-1277 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » pris sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites, sur le fondement du II de cet art. (ministère de la justice)), il a admis que celui des associations de protection de l'environnement soit désormais soumis au principe du silence valant acceptation et s'est contenté d'allonger le délai au terme duquel une telle décision est susceptible de naître (l'article 1^{er} du décret n° 2014-1272 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie)). Or, rien ne permet de justifier une telle différence de traitement et surtout qu'un traitement plus favorable soit ainsi accordé au second agrément dans la mesure où il confère plus d'avantages aux associations qui en bénéficient.

¹⁷⁶⁹ En effet, le silence de l'administration vaut désormais acceptation pour l'agrément des associations de protection de l'environnement car les dispositions du code de l'environnement pertinentes sont citées dans l'annexe auquel renvoie l'article 1^{er} du décret n° 2014-1272 du 23 octobre 2014. Toutefois, la rédaction desdites dispositions est de nature à induire en erreur car elle n'a pas été modifiée par ce décret. Ainsi, l'article R. 141-15 du code de l'environnement dispose toujours que le silence vaut rejet.

¹⁷⁷⁰ C'est le cas de l'agrément des associations de défense des victimes d'un acte terroriste ou d'un accident collectif (décret n° 95-932 du 17 août 1995 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif aux associations de défense des victimes d'accidents collectifs), de défense des investisseurs (décret n° 2005-1211 du 21 septembre 2005 portant application de l'article 126 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière relatif aux conditions d'agrément d'associations de défense des investisseurs) et des associations de supporters (décret n° 2016-957 du 12 juillet 2016 pris pour l'application de l'article 6 de la loi n° 2016-564 du 10 mai 2016 renforçant le dialogue avec les supporters et la lutte contre le hooliganisme).

¹⁷⁷¹ Elle se retrouve effectivement dans les visas du décret n° 2005-300 du 31 mars 2005 relatif à l'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique dont l'article 1^{er} a inséré l'article R. 1114-11 dans le code de la santé publique.

¹⁷⁷² Conseil d'État, *L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, Paris, la doc. fr., coll. Les études du Conseil d'État, 2014, p. 83 : « La modification de la loi du 12 avril 2000 ne remet pas nécessairement en cause (...) les dispositions législatives actuelles qui prévoient un régime de refus implicite. (...) La question ne se pose pas dans les mêmes termes s'agissant des dispositions réglementaires. L'adoption de la loi du 12 novembre 2013 n'entraîne pas de plein droit l'abrogation des dispositions réglementaires antérieures. Encore faut-il qu'elles soient devenues incompatibles avec les

des usagers du système de santé, il faudrait que l'« objet » de la décision ou des « motifs de bonne administration » permettent de justifier le choix du silence valant rejet pour les agréments. Ce sont donc là des notions assez vagues. À cet égard, il n'y a que l'existence d'un avis conforme, singularisant cette procédure d'agrément, qui permet de justifier qu'elle soit soumise à un régime différent de celle qui est suivie, par exemple, en matière d'environnement et qui aboutit à l'édition d'une décision ayant un « objet » équivalent, c'est-à-dire conférant des avantages similaires aux associations. Pour autant, rien ne dit qu'il s'agisse bien d'un motif « de bonne administration » à même de justifier le choix d'un tel régime de décision implicite de rejet. En tout état de cause, le juge administratif devrait, comme auparavant, s'en tenir à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix que le pouvoir réglementaire opère entre le régime de décision implicite de rejet et celui d'acceptation¹⁷⁷³. En revanche, la « complexité » de la procédure, à même de justifier un allongement du délai d'apparition des décisions implicites, fait désormais l'objet d'un contrôle plus approfondi de la part du juge administratif¹⁷⁷⁴. Elle pourrait se retrouver chaque fois que le pouvoir réglementaire a estimé qu'il était nécessaire pour l'autorité administrative de recueillir des avis de tiers au cours de l'instruction. Un tel raisonnement conduirait alors à raccourcir le délai d'instruction pour l'agrément prévu pour les associations de défense de la langue française ainsi que pour l'inscription administrative des associations d'anciens combattants, sachant que pour ces dernières, il est plus probable que la disparition de l'avis obligatoire pour l'instruction de demandes émanant de certaines associations soit plus la conséquence d'un coup de rabot réglé seulement à partir d'une logique de résultat que le fruit d'une réflexion approfondie sur la complexité de cette procédure d'inscription administrative¹⁷⁷⁵.

640. Une fois que la reconnaissance administrative a été attribuée, c'est son caractère précaire qui maintient une forme de dépendance à l'égard de l'administration. Cette précarité peut tenir tout d'abord au fait qu'elle est parfois affectée d'un terme, c'est-à-dire attribuée seulement pour une durée déterminée

dispositions de la loi du 12 avril 2000 modifiée. On peut, à cet égard, relever que la modulation des délais de droit commun reste définie par les mêmes critères (urgence et complexité de la procédure) et le même véhicule réglementaire (décret en Conseil d'État). Les décrets en Conseil d'État adoptés sous l'empire de l'ancien article 22 de la loi du 12 avril 2000 (dérogation au délai de droit commun dans le cadre de la création d'un régime implicite d'acceptation) ne soulèvent donc pas de difficultés. Le régime d'acceptation implicite qu'ils instauraient à titre dérogatoire relève désormais du droit commun. Il n'y a pas de raison de penser que le délai dérogatoire prévu pourrait être remis en cause dès lors qu'il est posé par un décret en Conseil d'État et justifié par des considérations liées à l'urgence ou à la complexité de la procédure. Les décrets en Conseil d'État pris en application de l'ancien article 21 de la loi du 12 avril 2000 (dérogation au délai de droit commun dans le cadre du régime de refus implicite). Le plus souvent, les décrets en question disposent que « le délai à l'expiration duquel le silence gardé par l'autorité administrative vaut décision de rejet » est porté à n mois. Quand bien même, ce qui sera sans doute le plus souvent le cas, les conditions relatives à la complexité de la procédure ou à l'urgence se vérifieraient toujours, la question du maintien de ces dispositions réglementaires ne pourra donc pas se poser indépendamment de celle de la compatibilité du régime de refus implicite avec la loi du 12 avril 2000 dans sa rédaction issue de la loi du 12 novembre 2013 ».

¹⁷⁷³ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 27 juillet 2005, *Société ARBED*, n° 264913.

¹⁷⁷⁴ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 30 décembre 2015, n° 386805

¹⁷⁷⁵ Cette logique de résultat transparait bien à la lecture du relevé de décision du 2^e comité interministériel de modernisation de l'action publique du 2 avril 2013 : « d'ici juin 2013, le nombre de commissions consultatives devra avoir diminué au total de 25 % » (Relevé de décisions du CIMAP du 2 avril 2013, p. 5 (disponible en ligne à l'adresse : https://www.modernisation.gouv.fr/sites/default/files/fichiers-attaches/dp-cimap_02-04-13_0.pdf))

- qui varie entre trois¹⁷⁷⁶ et cinq ans¹⁷⁷⁷ - au terme de laquelle l'association doit solliciter un renouvellement¹⁷⁷⁸. Les dispositions générales du tronc commun, lorsqu'elles trouvent à s'appliquer, n'imposent pas quant à elles une durée limitée pour les agréments, auxquels le silence des dispositions spéciales - interprété comme le choix d'une durée illimitée - viendrait de toute façon déroger, mais pour la présomption d'équivalence censée faciliter la démarche des associations pour obtenir un autre agrément¹⁷⁷⁹. Cette précarité tient aussi à la nature même de la décision procédant à la reconnaissance administrative. Celle-ci se présente en effet, quelle que soit sa forme, comme une « décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition » au sens et pour application du 1° de l'article L. 242-2 du code des relations entre le public et l'administration, c'est-à-dire qui peut être abrogée sans condition de délai lorsque ladite condition n'est plus remplie¹⁷⁸⁰. C'est néanmoins le retrait qui a été le plus souvent retenu comme sanction pouvant être édicté par les autorités ayant délivré la reconnaissance administrative, sans qu'il soit alors certain que ces textes réglementaires, qui peuvent de toute façon déroger au code sur ce point¹⁷⁸¹, ne soient en réalité des reliquats de cette approximation lexicale qui avait cours jusqu'à que le code procède à une mise en ordre salutaire en imposant une définition de l'abrogation et du retrait¹⁷⁸². Outre la disparition prématurée de la reconnaissance administrative, les textes propres à

¹⁷⁷⁶ C'est le cas pour les associations de défense de la langue française (art. 11 alinéa 2 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française) des investisseurs (art. D. 452-3 alinéa 3 du code monétaire et financier), de lutte contre la corruption (art. 3 alinéa 2 du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile).

¹⁷⁷⁷ C'est le cas pour les associations de défense des consommateurs (art. R. 811-2 alinéa 4 du code de la consommation), usagers du système de santé (art. 1114-12 alinéa 1^{er} du code de la santé publique), de protection de l'environnement (art. R. 141-3 alinéa 1^{er} du code de l'environnement) et les associations de supporters (art. D. 224-11 alinéa 1^{er} du code du sport)

¹⁷⁷⁸ La procédure suivie pour le renouvellement est alors similaire. Seules les dispositions applicables à l'agrément en matière de protection de l'environnement adaptent la procédure de renouvellement en imposant en plus à l'association de joindre à son dossier de renouvellement « une note présentant l'évolution de l'association depuis cinq années relativement à son activité, au champ géographique dans lequel elle intervient ainsi que tout élément de nature à justifier la demande de renouvellement » ainsi que les documents qu'elle n'aurait pas communiqué durant les cinq dernières années au titre de son obligation de transmission annuelle (2) et (3) du I de l'article 2 de l'arrêté du 12 juillet 2011 relatif à la composition du dossier de demande d'agrément au titre de la protection de l'environnement, du dossier de renouvellement de l'agrément et à la liste des documents à fournir annuellement).

¹⁷⁷⁹ Art. 25-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹⁷⁸⁰ C'est du reste à cette disposition que renvoie l'article 19 du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017 portant diverses dispositions relatives au régime juridique des associations, des fondations, des fonds de dotation et des organismes faisant appel public à la générosité pour fixer les conditions d'abrogation des procédures d'agrément relevant du cadre commun. Plus généralement, les décisions procédant à une reconnaissance administrative sont effectivement des décisions conditionnelles dont le code des relations entre le public et l'administration semble d'ailleurs estimer qu'elles demeurent dans la catégorie des décisions créatrices de droits même lorsque l'une des conditions imposées pour leur obtention n'est plus remplie. En effet, comme le relève M. Gweltaz Eveillard, alors que la jurisprudence estimait que la disparition de cette condition affectait tantôt la légalité de la décision ou tantôt son caractère créateur de droits, le code, en rangeant ces dispositions dans un chapitre consacré aux « décisions créatrices de droits », semble avoir tranché en faveur de la première solution et soumet ces décisions créatrices de droits illégales à un régime dérogatoire s'agissant de l'abrogation (Gweltaz EVEILLARD, « La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux », *AJDA*, 2015, p. 274).

¹⁷⁸¹ Art. L. 241-1 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁷⁸² Gweltaz EVEILLARD, *art.précit.*, p. 274-275. Les dispositions du code de l'environnement relatives à l'agrément des associations de protection de l'environnement témoignent d'ailleurs bien du manque de rigueur dont le législateur ou le pouvoir réglementaire pouvait faire preuve dans l'usage de cette terminologie. En effet, jusqu'à l'harmonisation par le haut à laquelle procéda l'article 15 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, les dispositions législatives du code évoquaient le « retrait » de l'agrément tandis que les dispositions réglementaires prises pour application de ces dernières et issues du décret n° 2011-832 du 12 juillet 2011 évoquaient son abrogation.

chaque reconnaissance administrative envisagent également parfois sa suspension¹⁷⁸³, en la limitant le cas échéant dans le temps¹⁷⁸⁴. Parfois d'autres motifs de sanction s'ajoutent à la disparition des conditions d'attribution de la reconnaissance comme le non-respect de l'obligation annuelle de transmission¹⁷⁸⁵, qui n'est donc pas toujours sanctionné, ou même, pour les associations de supporters, « tout motif grave », c'est-à-dire notamment, « tout fait contraire à l'ordre public et à la moralité publique »¹⁷⁸⁶. La formulation des motifs de sanction, qui n'est en partie que le reflet de celles des conditions d'obtention de la reconnaissance, ménage ainsi la marge d'appréciation de l'autorité administrative pour laquelle ce pouvoir de sanction ne demeure de toute façon qu'une faculté relativement discrétionnaire¹⁷⁸⁷. Au reste, lorsque les textes prévoient la possibilité de faire disparaître ou de suspendre la reconnaissance, rien ne permet d'asseoir une quelconque échelle des sanctions dans la mesure où, exception faite des dispositions du code du patrimoine, ils n'envisagent alors qu'un seul motif de sanction¹⁷⁸⁸.

641. Comme c'est parfois le cas pour l'octroi de la reconnaissance administrative, les associations bénéficient tout de même de garanties procédurales au nombre desquelles se trouve au moins le respect des droits que les associations tiennent du principe de la contradiction qui est imposé systématiquement soit par les différents textes spéciaux¹⁷⁸⁹ soit, à titre supplétif, par les dispositions du tronc commun lorsqu'elles s'appliquent¹⁷⁹⁰. Certaines dispositions vont plus loin en exigeant, en sus du respect des droits attachés au principe de la contradiction, la communication préalable à l'association concernée des griefs

¹⁷⁸³ II de l'article D1 du code de procédure pénale ; alinéa 1^{er} de l'article R. 114-7 du code du patrimoine ; art. 13 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; art. 5 du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile.

¹⁷⁸⁴ S'agissant de l'agrément des associations de protection du patrimoine, l'alinéa 1^{er} de l'article R. 114-7 du code du patrimoine précise ainsi que l'agrément ne peut être suspendu que « pour une durée maximale de six mois ».

¹⁷⁸⁵ Art. R. 114-17 alinéa 1^{er} du code du patrimoine ; art. R. 1114-16 alinéa 1^{er} du code de la santé publique ; 3° de l'article 141-20 du code de l'environnement.

¹⁷⁸⁶ Art. D. 224-13 du code du sport.

¹⁷⁸⁷ Par exemple, il ressort de la jurisprudence des juridictions administratives du fond sur les recours contre les décisions de non-retrait prises sur le fondement de l'article R. 141-20 du code de l'environnement que le juge se contente tout au plus d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qui n'exclut toutefois pas l'annulation d'un refus lorsque c'est une condition d'agrément ayant un « caractère déterminant » qui fait défaut (CAA de Nantes, 2^e chambre, 30 décembre 2003, *Association Manche Nature*, n° 00NT02011).

¹⁷⁸⁸ Cette échelle n'est d'ailleurs pas vraiment imposée par les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article R. 114-17 du code du patrimoine. Certes, elles mentionnent, d'une part, deux motifs de sanction et permettent, d'autre part, à l'autorité administrative de choisir entre le retrait et la suspension ainsi que de faire varier la durée de la suspension en fixant seulement une durée maximale. Toutefois, la disparition de l'une des conditions ayant justifié l'octroi de l'agrément et le non-respect de l'obligation de transmission sont présentées dans cet alinéa comme pouvant être des motifs aussi bien de retrait que de suspension.

¹⁷⁸⁹ II des articles D1, R1 et R1-1 du code de procédure pénale ; art. 6 du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice ; art. 13 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; art. R. 114-17 du code du patrimoine ; art. R. 1114-16 du code de la santé publique ; art. R. 141-20 du code de l'environnement ; art. R. 811-7 du code de la consommation ; art. D. 452-8 du code monétaire et financier ; art. D. 224-13 du code du sport.

¹⁷⁹⁰ Les dispositions du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ne précisant pas les conditions procédurales dans lesquelles l'agrément peut être retiré ou suspendu, il faut alors, aux termes de l'article 19 du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017, se tourner vers les dispositions L. 121-1, L. 121-2 et L. 122-1 du code des relations entre l'administration et le public.

à son encontre¹⁷⁹¹, ce qui correspond plutôt aux éléments constitutifs des droits de la défense. Cette application demeure donc sélective et parcellaire alors que, compte tenu de leur finalité, ces décisions pourraient bien être regardées comme des sanctions au sens et pour application de l'article L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration¹⁷⁹². À cela il faut aussi rajouter les garanties dont les associations peuvent bénéficier lors de l'instruction de leur demande de reconnaissance administrative lorsque le législateur et le pouvoir réglementaire ont fait le choix du parallélisme des procédures¹⁷⁹³.

642. Face à un refus de reconnaissance ou l'une de ces sanctions, il reste alors au moins la possibilité pour les associations, à condition dans certaines hypothèses d'avoir exercé un recours administratif préalable obligatoire¹⁷⁹⁴, de les contester devant le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ou même de plein contentieux en matière de protection de l'environnement¹⁷⁹⁵. L'utilité de ce recours juridictionnel pour les associations est évidemment fonction de l'intensité du contrôle de légalité interne exercé par le juge mais se télescope alors avec celle que l'administration peut trouver dans le procédé de la reconnaissance administrative¹⁷⁹⁶. Celle-ci varie alors selon les formes de reconnaissance administrative car si le Conseil d'État a tenu à marquer franchement sa réserve en matière de reconnaissance d'utilité publique¹⁷⁹⁷, il ressort de la jurisprudence, émanant surtout des juridictions du fond, relative à des formes plus récentes de reconnaissance que le juge accepte d'opérer un contrôle plus

¹⁷⁹¹ Art. R. 1114-16 du code de la santé publique ; art. R. 141-20 du code de l'environnement ; art. D. 224-13 du code du sport.

¹⁷⁹² D'ailleurs, s'agissant du retrait de la reconnaissance d'utilité publique, c'est le Conseil d'État qui a imposé, *praeter legem*, l'obligation de communiquer préalablement à l'association les griefs formulés contre elle et de nature à provoquer cette décision (CE, Ass. 31 octobre 1952, *Ligue de protection des mères abandonnées*, Rec., Lebon, p. 480).

¹⁷⁹³ Ce parallélisme, qui se retrouve aussi parfois pour les mesures de publicité de ces sanctions, n'est toutefois pas systématique.

¹⁷⁹⁴ II des articles D1, R1 et R1-1 du code de procédure pénale ; art. 7 du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice.

¹⁷⁹⁵ Cela signifie donc que, face à un refus illégal, le juge administratif peut délivrer lui-même les agréments aux associations, du moins s'il s'estime suffisamment informé (V. pour une injonction de réexamen sous astreinte : TA de Paris, 29 avril 2010, *Association des familles victimes du saturnisme*, n° 0718905). Dans la mesure où le dernier alinéa de l'article L. 141-1 du code de l'environnement vise « les décisions prises en application du présent article », sont concernées aussi bien les décisions qui accordent ou refusent des agréments que celles qui, prises sur le fondement de l'article R. 141-20 du code de l'environnement qui trouve lui-même son fondement légal dans cet article, les abrogent.

¹⁷⁹⁶ Ainsi, lorsqu'il avait dû se prononcer en 1984 sur la légalité d'une décision de refus d'agrément d'une association intercommunale de chasse, le Conseil d'État avait fait le choix du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, suivant en cela son commissaire du gouvernement, Pierre-Alain Jeanneney, qui estimait que le terme même d'agrément impliquait de respecter la marge d'appréciation de l'administration puisque les régimes d'agrément, aussi hétérogènes soient-ils, ont en commun de faire participer le bénéficiaire à l'exercice d'une activité d'intérêt général c'est-à-dire, selon ses propres termes, les transformer en « collaborateur du service public » (Pierre-Alain JEANNENEY, « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 13 juin 1984 *ministre de l'Environnement contre Association intercommunale de chasse Quercy-Gascogne et autre* (N° 39.184) », RJE, 1984 p. 223).

¹⁷⁹⁷ La formule de principe retenue pour la reconnaissance d'utilité publique des associations est lapidaire et pourrait passer pour une illustration de ce contrôle - bien mal nommé comme le souligne Pierre-Laurent Frier (Pierre-Laurent FRIER, « Motifs : contrôle », *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*, § 41) - dit « infra-minimum » : « l'opportunité des décisions gouvernementales qui accordent, refusent ou retirent aux associations la reconnaissance d'utilité publique n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'État statuant au contentieux » (CE, Sect. 15 juillet 1959, *Fédération française de tir*, Rec. Lebon, p. 441). Cette formule, qui est néanmoins un peu vague pour le commentateur qui partirait du principe qu'il n'y a de toute façon jamais de contrôle de l'opportunité par le juge administratif mais toujours de l'opportunité dans son contrôle, se retrouve effectivement dans des arrêts de la même époque dans lesquels le Conseil d'État refusait d'exercer, au niveau des motifs, un quelconque contrôle de la qualification juridique des faits et se bornait à en contrôler la matérialité (V. exemples cités in Pierre-Laurent FRIER, « Motifs : contrôle », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, § 43-47). S'agissant des fondations reconnues d'utilité publique, il a en revanche choisi d'exercer un contrôle au moins de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 28 juillet 1995, *Dabiez et Hamon*, n° 146878).

approfondi de l'appréciation de l'administration, y compris s'agissant de conditions dont la formulation est relativement vague comme pour celle tenant au périmètre des activités exercées pour l'agrément en matière d'environnement¹⁷⁹⁸ qui constitue d'ailleurs la principale source de contentieux en la matière, ou encore, s'agissant de l'agrément en matière de défense des usagers du système de santé, celle tenant à l'existence d'un nombre « suffisant » de membres cotisants ou d'une « large audience »¹⁷⁹⁹.

643. En tout état cause, l'encadrement de l'appréciation de l'administration dans l'attribution de la reconnaissance administrative n'est pas suffisant pour éviter l'instrumentalisation de cette dernière. En effet, le risque pour les associations bénéficiant d'une telle reconnaissance n'est pas seulement d'être phagocytées mais aussi de voir leur influence finalement diluée, en particulier dans les instances consultatives où elles sont admises à siéger, par l'octroi de droits équivalents ou simplement de l'éligibilité à la reconnaissance à des groupements sur lesquels l'emprise de l'administration est déjà forte et qui, comme le montre le cas des fédérations de chasseurs en matière d'environnement, peuvent défendre des intérêts susceptibles d'heurter ceux défendus par les associations bénéficiant de la reconnaissance administrative. Il fallut d'ailleurs s'y reprendre à plusieurs fois pour garantir au moins l'éligibilité des fédérations à cet agrément. Ainsi, dans un premier temps, ce sont les statuts-types des fédérations qui furent modifiés par arrêté du 2 mars 1981 afin de préciser qu'elles « assurent la conservation des espèces sauvages et de leurs habitats et contribuent au maintien des équilibres naturels » et contrer les

¹⁷⁹⁸ Lorsqu'il se prononça pour la première fois sur la légalité d'un refus d'agrément dans son arrêt *Ministre de l'Environnement et du Cadre de Vie c. Déproper* (CE, 10^e et 3^e sous-sections, 13 novembre 1981, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de Vie c. Déproper*, n° 26613), le Conseil d'État ne trancha pas expressément la question de l'intensité du contrôle du juge administratif comme le relevait M. Michel Prieur alors dans son commentaire (Michel PRIEUR, « Associations. Agrément. Critère. But de l'association. Actions désintéressées en faveur de l'environnement. Importance numérique des effectifs. Conseil d'Etat, 13 novembre 1981 *Ministre de l'Environnement et du Cadre de Vie c/Déproper* (N° 26613) », *RJE*, 1982, p. 177). En effet, d'un côté, il reconnaissait à l'autorité préfectorale « un pouvoir d'appréciation sur le choix parmi les associations qui remplissent les conditions auxquelles les textes législatifs et réglementaires subordonnent l'agrément, de celles qui peuvent être agréées » et semblait donc aller dans le sens des tribunaux du fond qui avaient jusqu'alors retenu l'erreur manifeste d'appréciation dans la lignée de sa propre jurisprudence sur les refus d'agrément des associations de pêche et de pisciculture (CE, Sect., 25 avril 1975, *Association des propriétaires riverains du bassin de la Nive*, n° 90542, Rec. Lebon, p. 265). Toutefois, d'un autre côté, le Conseil d'État n'avait pas pour autant expressément désavoué son commissaire du gouvernement qui avait plaidé dans ses conclusions en faveur d'un contrôle « normal » sur le respect des conditions imposées alors par l'article 3 du décret du 7 juillet 1977 car « les conditions sont énoncées en termes suffisamment précis et leur vérification ne semble présenter aucune difficulté particulière » (Jacques BIANCARELLI, « Associations. Agrément. Critère. But de l'association. Actions désintéressées en faveur de l'environnement. Importance numérique des effectifs. Conseil d'Etat, 13 novembre 1981 *Ministre de l'Environnement et du Cadre de Vie c/Déproper* (N° 26613) », *RJE*, 1982, p. 175), ce qui peut être discuté ou, tout du moins, nuancé. Pour autant, M. Michel Prieur n'envisageait alors pas une modulation de l'intensité du contrôle selon les conditions d'agrément mais estimait plutôt, prudemment compte tenu de la motivation de l'arrêt, que l'intensité était fonction du sens des décisions avec un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation pour les décisions d'attribution et un contrôle dit « normal » de la qualification juridique des faits pour les décisions de refus (Michel PRIEUR, *art.précit.*, p. 185). Par la suite, le Conseil d'État n'a pas apporté plus de précision sur l'intensité du contrôle des motifs lorsqu'il eut à connaître de recours contre des refus d'agrément (Par ex., CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 25 septembre 1995, n° 129728). S'il est effectivement possible de trouver au moins une référence explicite à l'erreur manifeste d'appréciation, après d'ailleurs que ce contentieux fut intégré au plein contentieux, il ne s'agit que d'un jugement de tribunal administratif (TA de Rennes, 15 mars 2001, *Association « Agir ensemble pour Combril-Sainte-Marine »*, *RJE*, 2001, p. 417) et la lecture de la jurisprudence incite plutôt à penser que c'est un contrôle dit « normal » qui l'a emporté (Par ex., CAA de Douai, 1^{ère} chambre, 26 juin 2014, n° 13DA02115), y compris dans le cadre des recours contre les décisions attribuant les agréments où il est simplement question « d'erreur d'appréciation » (V. s'agissant d'un recours contre une décision refusant le retrait d'un agrément (CAA de Nantes, 2^e chambre, 30 décembre 2003, *Association Manche-Nature*, n° 00NT02011).

¹⁷⁹⁹ CAA de Paris, 3^e chambre, 21 mars 2018, n° 16PA01288.

jurisprudences des tribunaux administratifs qui avaient annulé les agréments qui leur avaient été accordés au motif qu'elles n'exerçaient pas les « activités dans le domaine de la protection de de la nature et de l'environnement » qui étaient alors mentionnées au b de l'article 3 du décret n°77-760 du 7 juillet 1977 relatif aux associations exerçant leurs activités dans le domaine de la protection de la nature, de l'environnement et de l'amélioration du cadre de vie¹⁸⁰⁰. Ce ne fut toutefois pas suffisant puisque les fédérations se heurtèrent à la condition, qui fut introduite par le décret n° 96-170 du 28 février 1996 relatif aux associations agréées de protection de l'environnement à l'article R*. 252-2 du code rural, tenant à l'exercice, « à titre principal », d'activités effectives consacrées à la protection de l'environnement¹⁸⁰¹. Le législateur, à la demande des fédérations de chasseurs intervint ainsi, en 2008¹⁸⁰² et en 2012¹⁸⁰³, pour modifier l'article L. 141-1 du code de l'environnement qui dispose désormais que « la Fédération nationale des chasseurs, les fédérations régionales des chasseurs, les fédérations interdépartementales des chasseurs et les fédérations départementales des chasseurs sont éligibles à l'agrément » mentionné à son premier alinéa.

§2- Le filtrage indirect de l'action collective des groupements privés

644. Le filtrage indirect des groupements admis à ester en justice pour défendre les intérêts visés par leur statut peut être de droit (A) ou de fait (B)

A- Le filtrage *de jure*

645. L'obligation d'obtenir une reconnaissance administrative pour se voir octroyer la qualité pour agir ou des facilités est une source de filtrage indirect en ce qu'elle fait peser sur différentes entités que sont les associations et les fondations des exigences qui, poursuivant pour certaines d'entre elles des finalités communes, peuvent être réparties en fonction de leur objet comme ayant trait à leur objet statutaire (1), leur composition (2), leur organisation et leur fonctionnement (3), leur ancienneté (5) ainsi qu'à la nature de leur activité (5) et s'imposent à elles, selon les procédures, en tant que conditions ou sous-conditions d'obtention de la reconnaissance administrative, voire comme des critères d'appréciation de ces dernières.

¹⁸⁰⁰ Michel PRIEUR, « Critère de l'agrément. Appréciation du caractère désintéressé de l'activité d'une association. Tribunal Administratif de Rennes - 21 novembre 1979. Association Bevan E. Treburden », *RJE*, 1980, p. 236

¹⁸⁰¹ CAA de Nantes, 2^e chambre, 30 décembre 2003, *Association Manche-Nature*, n° 00NT02011.

¹⁸⁰² Art. 14 de la loi n° 2008-1545 du 31 décembre 2008 pour l'amélioration et la simplification du droit de la chasse.

¹⁸⁰³ Art. 4 de la loi n° 2012-325 du 7 mars 2012 portant diverses dispositions d'ordre cynégétique.

1- L'objet statutaire

646. Comme dans le cadre des habilitations législatives qui n'imposent pas l'obtention d'une reconnaissance administrative, le groupement doit avoir inscrit dans ses statuts un objet légalement prédéterminé pour espérer bénéficier de la reconnaissance administrative. Les contours de l'objet en question peuvent alors être délimités plus ou moins nettement selon les textes et même ceux qui sont *a priori* les plus précis ont pu donner lieu à des interprétations discutables de la part des autorités administratives compétentes ainsi qu'en témoignent le cas de l'agrément des associations de protection de l'environnement. Ainsi, si pour apprécier les contours de cette notion éminemment malléable de « protection de l'environnement » visée à l'article L. 141-1 du code de l'environnement, dans le cadre de laquelle l'association doit inscrire son activité statutaire mais aussi son activité réelle principale pour être éligible à l'agrément¹⁸⁰⁴, l'autorité administrative et le juge peuvent s'appuyer sur une liste de domaines énumérés au même article, ladite liste, qui donne une vision de la « protection de l'environnement » dont les contours furent pour partie informés par une conception anthropocentrée¹⁸⁰⁵ et déformée par les pressions de groupements d'intérêt¹⁸⁰⁶, n'est finalement pas d'une très grande utilité. À défaut d'être pertinente et cohérente, elle ne garantit effectivement pas en elle-même une interprétation uniforme puisqu'elle emploie des notions qui sont finalement tout aussi floues que la protection de l'environnement comme « l'amélioration du cadre de vie ». Saisie d'un recours contre un refus d'agrément par l'association « *Viellies Maisons Françaises* » dont l'objet statutaire était consacré à la conservation du patrimoine culturel bâti, le tribunal administratif de Cergy Pontoise put ainsi estimer, en s'appuyant aussi pour partie d'une interprétation générique des dispositions du code l'environnement qui incluraient la protection du patrimoine, que l'objet de cette association, ainsi que ses activités, pouvaient finalement se rattacher aux domaines de « l'amélioration du cadre de vie », de la protection des « sites et paysages » et de « l'urbanisme

¹⁸⁰⁴ 1° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement.

¹⁸⁰⁵ En témoignerait la présence dans cette liste de la « la lutte contre les pollutions et les nuisances » et de cet objet - qui demeure somme toute assez vague- qui est « l'amélioration du cadre de vie ». C'est au nom de cette conception, qui se manifesta aussi dans la jurisprudence relative au champ d'application du principe de précaution (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 8 octobre 2012, *Commune de Lunel*, n° 342423) ou du principe de participation du public (CC, n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre* [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité]), que Mme Suzanne von Coester, dans ses conclusions sur l'arrêt *Association des familles victimes du saturnisme*, put admettre que l'objet de ladite association s'inscrivait bien dans le champ de l'article L. 141-1 du code de l'environnement même s'il consistait à « [soutenir] les personnes atteintes de saturnisme ou exposées au plomb », « [informer] tous les publics sur le saturnisme », « [agir] pour la mise en œuvre d'une politique de prévention, de santé publique et de réparation des risques liés au saturnisme » et « [assurer] la représentation collective des victimes du saturnisme et de leur entourage auprès des autorités publiques, administratives et judiciaires » (Suzanne von COESTER, Conclusions inédites sur CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 décembre 2013, *Association des familles victimes du saturnisme*, n° 359940). C'est toutefois la condition tenant à l'existence d'une activité réelle tournée principalement vers la protection de l'environnement qui fit alors défaut.

¹⁸⁰⁶ L'adjonction de la « la gestion de la faune sauvage » par l'article 148 de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux n'avait effectivement pour but que de satisfaire les revendications des chasseurs.

»¹⁸⁰⁷. C'est même le caractère limitatif ou non de cette liste qui demeure incertain¹⁸⁰⁸. Donnant raison au préfet de la région Aquitaine qui avait refusé l'agrément à l'association « Tchernoblaye », le tribunal administratif de Bordeaux¹⁸⁰⁹, puis la cour administrative de Bordeaux¹⁸¹⁰ semblaient considérer - car il n'est pas évident à la lecture du jugement et de l'arrêt de savoir s'ils s'appuient seulement sur l'activité réelle ou aussi sur l'objet statutaire - qu'une association ayant pour objet la lutte contre l'industrie nucléaire ne saurait, compte tenu du silence de l'article L. 141-1 du code de l'environnement sur ce point, prétendre à l'agrément, alors que plusieurs ministres de l'environnement n'hésitèrent guère à l'accorder à des associations ayant un objet similaire¹⁸¹¹.

647. À la différence néanmoins des dispositions qui font de l'objet statutaire un moyen de filtrage direct de l'action, celles qui encadrent la délivrance de la reconnaissance administrative peuvent imposer expressément que le but ainsi poursuivi par l'objet statutaire soit reconnu d'« intérêt général ». C'est du moins le cas, eu égard au champ d'application des dispositions du 1^o de l'article 25-1 de loi n^o 2000-321 du 12 avril 2000, lorsque la reconnaissance administrative prend la forme d'un agrément. À ce titre, il n'est donc pas seulement imposé que le but poursuivi soit licite. Aux termes de l'article 15 du décret n^o 2017-908 du 6 mai 2017 pris pour l'application de cette dernière disposition, il ne doit pas non plus se limiter, « sauf exception législative ou réglementaire », à « la défense du seul intérêt collectif de ses membres »¹⁸¹². De ce point de vue, l'agrément délivré aux associations de défense des victimes sur le fondement du premier alinéa de l'article 2-15 du code de procédure pénale procède donc d'une dérogation législative à cette dernière exigence. Seule la défense exclusive d'un tel intérêt semble néanmoins prohibée par le décret n^o 2017-908 du 6 mai 2017, là où la circulaire relative à l'agrément des associations de protection de l'environnement qui fut édicté le 14 mai 2012, c'est-à-dire antérieurement à cette disposition, écartait les associations « œuvrant totalement ou majoritairement à la défense des intérêts de [leurs] membres »¹⁸¹³.

¹⁸⁰⁷ TA de Cergy-Pontoise, 24 avril 2015, n^o 1304351 (V. « Le patrimoine culturel bâti, composante de l'environnement ? », *AJDA*, 2015, p. 1895).

¹⁸⁰⁸ C'est le caractère non limitatif qui semble en tout cas ressortir des travaux préparatoires (V. Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la séance du 6 décembre 1994, *JOAN*, p. 8341.)

¹⁸⁰⁹ TA de Bordeaux, 23 février 2006, *Association Tchernoblaye*, n^o 051317.

¹⁸¹⁰ CAA de Bordeaux, 1^{ère} chambre, 7 février 2008, *Association Tchernoblaye*, n^o 06BX00814.

¹⁸¹¹ Chantal CANS, « Le « ou » et le « et » : une association de lutte contre le nucléaire est-elle une association de protection de l'environnement ? », *AJDA*, 2006, p. 885.

¹⁸¹² Art. 15 du décret n^o 2017-908 du 6 mai 2017 portant diverses dispositions relatives au régime juridique des associations, des fondations, des fonds de dotation et des organismes faisant appel public à la générosité.

¹⁸¹³ Elle renvoyait alors seulement aux dispositions du 1^o de l'article 25-1 de la loi n^o 2000-321 du 12 avril 2000 et à l'Annexe 5 de la circulaire du Premier ministre du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément qui indiquait que, pour être agréée, une association « ne [devait] pas agir pour un cercle restreint ».

2- La composition du groupement

648. La réunion d'un nombre minimum d'adhérents est une exigence qui peut s'imposer comme un critère de filtrage en tant que condition d'obtention de la reconnaissance administrative¹⁸¹⁴ mais aussi en tant qu'indice pouvant attester de l'existence de l'une des conditions requises¹⁸¹⁵. Pour la formuler, le législateur ou le pouvoir réglementaire peuvent faire le choix d'un seuil minimum chiffré qui, s'agissant des associations nationales, varie de deux cents membres pour les associations de défense des investisseurs en titres financiers ou en produits financiers¹⁸¹⁶ à dix mille pour les associations de défense des consommateurs¹⁸¹⁷ ou, ce qui est parfois le cas lorsque le champ de la reconnaissance n'est pas nationale ou que l'association la sollicitant se démarque par son objet, se contenter d'imposer un nombre de membres « suffisant »¹⁸¹⁸ ou « représentatif »¹⁸¹⁹.

¹⁸¹⁴ 1° du I de l'article D1 du code de procédure pénale ; a) du I de l'article R1 du code de procédure pénale ; b) et c) du I de l'article R1-1 du code de procédure pénale ; 1°, 2°, 3°, 4° de l'article 1^{er} du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice ; 2° de l'article 9 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; 3° de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ; art. R. 141-2 du code de l'environnement ; a) et b) du 3° de l'article R. 811-1 du code de la consommation ; art. L. 452-1 et D. 452-1 du code monétaire et financier.

¹⁸¹⁵ Art. R. 1114-3 du code de la santé publique ; art. R. 114-7 du code du patrimoine. Il faut toutefois relever que, s'agissant de l'article R. 114-7 du code du patrimoine, les associations qui, exerçant leurs activités statutaires dans le domaine de l'étude et de la protection du patrimoine archéologique, désiraient obtenir l'agrément exigé par l'article 2-21 du code de procédure pénale peuvent être dispensées d'avoir à faire la preuve notamment de ce nombre suffisant d'adhérents lorsqu'elles sont déjà reconnues d'utilité publique (art. R. 114-8 du code du code du patrimoine).

¹⁸¹⁶ Art. L. 452-1 et D. 452-1 du code monétaire et financier.

¹⁸¹⁷ a) de l'article R. 811-1 du code de la consommation. Par ordre décroissant, viennent ensuite les dispositions du code de la santé publique qui imposent aux associations de défense des usagers du système de santé, comme une condition principale mais alternative, de réunir au moins 5 000 membres cotisants pour obtenir l'agrément au niveau national (art. R 1114-9 du code de la santé publique) et celles du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 qui imposent le même effectif pour les associations fédérales d'anciens combattants et de victimes de guerre regroupant des associations nationales mais seulement un seuil de 3 000 membres pour les associations nationales non fédérales (1° et 2° de l'article 1^{er} du décret n°92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice). Enfin, les dispositions des articles R1 et R1-1 du code de procédure pénale impose un seuil de 1 000 membres aux associations ayant pour objet la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes formes de maltraitance et aux fédérations d'associations ayant pour objet la défense des victimes d'accident collectif (b) du I de l'article R1 du code de procédure pénale et c) du I de l'article R1-1 du code de procédure pénale).

¹⁸¹⁸ 3° et 4° de l'article 1^{er} du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice ; 2° de l'article 9 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; art. 114-7 du code du patrimoine ; 3° de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ; art. R. 1114-3 du code de la santé publique ; 2° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement.

¹⁸¹⁹ Le 1° de l'article D1 du code procédure pénale, qui fixe les conditions d'obtention de l'agrément des associations ayant pour objet la défense des victimes d'un acte terroriste - en particulier celles mentionnées au deuxième alinéa de l'article 2-9 du code procédure pénale - et des associations ayant pour objet statutaire la défense des victimes d'un accident survenu dans les transports collectifs ou dans un lieu ou local ouvert au public ou dans une propriété privée à usage d'habitation ou à usage professionnel mentionnées au premier alinéa de l'article 2-15 du même code, exige ainsi que ces associations justifient d'« un nombre représentatif de membres adhérents qui ont été victimes de l'infraction ». Certes, il est évident que le pouvoir réglementaire ne pouvait ici fixer à l'avance un nombre à compter duquel le nombre d'adhérents victimes de l'infraction poursuivie peut être regardé comme représentatif, sauf à préjuger du nombre total de victimes de l'infraction et en exclure ainsi certaines du champ de l'habilitation. Il eût été néanmoins possible de choisir une valeur relative exprimée en pourcentage.

649. Lorsqu'elle n'est pas formulée sous la forme d'un seuil chiffré, l'appréciation de cette exigence laisse donc une marge d'appréciation beaucoup plus grande à l'autorité administrative, d'autant plus que les textes ne mentionnent alors pas toujours les éléments à l'aune desquels elle doit l'apprécier¹⁸²⁰, du moins pas explicitement¹⁸²¹, et, lorsqu'ils le font, les éléments retenus ne sont d'ailleurs pas toujours les mêmes. Ainsi, pour les associations de défense des usagers du système de santé échappant aux seuils chiffrés, c'est, au moins dans un premier temps, le cadre territorial et l'activité de l'association qui doivent être pris en compte lors de l'instruction¹⁸²², ce qui garantit un traitement équitable entre les associations selon le champ de leur activité mais aussi le caractère plus ou moins généraliste de celles-ci¹⁸²³. Néanmoins, les textes se contentent le plus souvent d'évoquer le « cadre territorial » dans lequel l'association exerce son activité¹⁸²⁴ ou bien, au travers de l'« objet spécifique » de l'association¹⁸²⁵, la nature de cette dernière. S'agissant des associations de protection de l'environnement, c'est alors la circulaire d'application qui complète les dispositions réglementaires du code¹⁸²⁶. Enfin, lorsque le seuil d'adhérents requis n'a pas été chiffré, il est parfois possible, au terme d'une lecture systémique des dispositions organisant la

¹⁸²⁰ Le 1^o de l'article D1 du code procédure pénale, le 2^o de l'article 9 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, le 3^o de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ainsi que l'article R 114-7 du code du patrimoine sont ainsi muets sur ce point.

¹⁸²¹ Ainsi, il paraît évident que le caractère « représentatif » du nombre d'adhérents ayant été victimes de l'infraction, tel qu'il est exigé par 1^o de l'article D1 du code procédure pénale, doit être apprécié à l'aune du nombre total de victimes connues. S'agissant du caractère « suffisant » mentionné par l'article R. 114-7 du code du patrimoine, il peut faire l'objet d'une interprétation fonctionnelle. Il ne constitue effectivement pas à proprement parler une condition d'obtention de l'agrément exigé par l'article du code de procédure pénale, mais un des indices permettant d'attester de l'existence de ces conditions, c'est-à-dire d'un « fonctionnement conforme » aux statuts, l'existence « d'activités désintéressées dans le domaine de l'étude et de la protection du patrimoine archéologique » et de « garanties suffisantes d'organisation ». Dans la mesure où le nombre d'adhérents a peu à voir avec les deux premières, il doit plutôt être regardé comme un moyen d'attester de l'existence de la dernière condition, c'est-à-dire que le nombre doit être suffisant pour assurer la viabilité des activités que l'association s'est donnée pour objet de réaliser et qu'il doit donc être apprécié au regard du champ territorial et de la nature de ces dernières.

¹⁸²² Art. R. 1114-3 du code de la santé publique : « la représentativité de l'association est attestée par un nombre suffisant de membres cotisant individuellement, eu égard au public auquel s'adresse l'association et au cadre territorial de ses activités ». C'est effectivement l'activité, et plus précisément son champ d'exercice, qui est évoquée au travers de la référence au « public auquel s'adresse l'association ».

¹⁸²³ Comme le rappelle constamment la Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique dans ses rapports d'activité depuis 2017 : « Il n'est en effet pas possible d'apprécier de la même façon en fonction du nombre de cotisants une association à vocation large et une association en charge de la défense des patients atteints d'une maladie rare » (Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2018*, adopté à la séance du 26 février 2019, p. 27 ; Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2017*, adopté à la séance du 20 février 2018, p. 24 ; Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2016*, adopté à la séance du 20 janvier 2017, p. 8).

¹⁸²⁴ 2^o de l'article R. 141-2 du code de l'environnement ; b) de l'article R. 811-1 du code de la consommation.

¹⁸²⁵ 3^o et 4^o de l'article 1^{er} du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice.

¹⁸²⁶ En effet, la circulaire du 14 mai 2012 précise à l'attention des services instructeurs que « l'appréciation du nombre suffisant de membres prend en compte la situation démographique de la circonscription administrative considérée ainsi que le caractère plus ou moins généraliste de l'objet statutaire de l'association » (Circulaire du 14 mai 2012 relative à l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement et à la désignation d'associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable au sein de certaines instances, p. 7).

reconnaissance administrative, de le plafonner ce qui, à défaut de l'objectiver totalement, encadre tout de même l'appréciation de l'autorité administrative¹⁸²⁷.

650. Le mode de comptage des adhérents peut aussi varier d'une reconnaissance administrative à l'autre. Ainsi, lorsque la reconnaissance administrative est réservée à un regroupement d'associations, c'est qui est le cas pour les fédérations visées au troisième alinéa de l'article 2-15 du code de procédure pénale, il n'est pas seulement exigé un nombre minimum d'adhérents, appréciée alors au travers des associations regroupées, mais aussi un nombre minimum d'associations regroupées¹⁸²⁸. Lorsque le bénéfice de la reconnaissance administrative n'est pas réservé à de tels groupements, il est aussi parfois précisé que l'autorité administrative doit tenir compte de l'existence éventuelle d'un tel regroupement d'associations lorsqu'elle apprécie le respect de cette condition, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas seulement compter les membres qui cotisent individuellement à l'association, mais aussi ceux adhérant aux éventuelles associations regroupées¹⁸²⁹. Il est alors regrettable, en premier lieu, que le pouvoir réglementaire ne se soit pas alors contenté de parler d'« unions », c'est-à-dire de reprendre le terme générique qui est employé par le décret du 16 août 1901 pour désigner les regroupements d'associations¹⁸³⁰, mais qu'il jette le trouble en ne se référant la plupart du temps qu'aux fédérations¹⁸³¹. Il est surtout incohérent qu'il n'ait pas prévu cette modalité d'appréciation pour l'ensemble des procédures de reconnaissance administrative exigeant aussi un nombre minimum d'adhérents¹⁸³² alors que, dans le même temps, il peut d'ailleurs parfois l'envisager pour l'appréciation d'autres conditions¹⁸³³.

¹⁸²⁷ Ainsi, s'agissant des associations de protection de l'environnement, le nombre d'adhérents susceptible d'être requis pour obtenir l'agrément peut être plafonné à l'aune des dispositions de l'arrêté qui précisent ce que recouvre le « nombre important de membres » que le 1^o de l'article R. 141-21 du code de l'environnement mentionne comme l'une des conditions d'obtention du « super-agrément ». Outre une condition tenant à l'origine géographique des membres, l'article 1^{er} de l'arrêté du 12 juillet 2011 exige ainsi des associations agréées dans le cadre national au titre de l'article L. 141-1 du code de l'environnement qu'elles justifient, pour l'exercice précédant la date de dépôt de la demande, d'un nombre de membres à jour de leur cotisation supérieur à 2 000 si elles souhaitent prendre part au débat sur l'environnement se déroulant au sein de certaines instances consultatives nationales. Ce faisant, sauf à nier la différence établie par le code de l'environnement entre nombre « suffisant » et nombre « important », un nombre de membres cotisants supérieur à 2 000 ne saurait être exigé de la part des associations sollicitant l'agrément dans le cadre national, ni, *a fortiori*, de la part de celles le sollicitant dans un cadre infranational.

¹⁸²⁸ Aux termes des b) et c) du I de l'article R1-1 du code de procédure pénale, les fédérations d'associations doivent, notamment, rassembler à la date de leur demande d'inscription « dix associations de victimes », qui sont d'ailleurs elles-mêmes déjà agréées, et « justifier d'un nombre total d'adhérents à ces associations, ayant la qualité de victimes d'infraction, supérieur ou égal à 1000 ».

¹⁸²⁹ Article 1^{er} du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice ; 2^o de l'article 9 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; art. R. 114-7 du code du patrimoine ; 3^o de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ; art. R1114-3 du code de la santé publique ; 2^o de l'article R. 141-2 du code de l'environnement ; art. R. 811-1 du code de la consommation ; art. D. 452-4 du code monétaire et financier.

¹⁸³⁰ Art. 7 du décret du 16 août 1901 pris pour l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

¹⁸³¹ Seules les dispositions de l'article R. 811-1 du code de la consommation envisagent l'existence d'une « structure fédérale ou confédérale ».

¹⁸³² Art. D1 et R1 du code de procédure pénale.

¹⁸³³ C'est le cas des dispositions de l'article D1 du code de procédure pénale relatives à l'agrément des associations mentionnées au deuxième alinéa de l'article 2-9 ou au premier alinéa de l'article 2-15 du code de procédure pénale qui, tout en imposant un nombre minimum d'adhérents, n'envisage l'existence d'un regroupement que pour apprécier l'existence des « garanties suffisantes d'une activité effective en vue de la défense des victimes de l'infraction ».

651. Le législateur ou le pouvoir réglementaire peuvent poursuivre différents buts lorsqu'ils imposent à l'autorité administrative de prendre en compte le nombre d'adhérents de l'association. Cette exigence peut, d'une part, être utilisée pour s'assurer de la capacité financière de l'association. C'est ce qui ressort, par exemple, des dispositions de l'article R. 114-7 du code du patrimoine, qui en font un indice de l'existence de « garanties suffisantes d'organisation » exigées par l'article R. 114-6 du même code, mais aussi de toutes celles qui, imposant de ne tenir compte que du nombre d'adhérents cotisant¹⁸³⁴, conduisent *in fine* à filtrer les associations en tenant compte d'une partie de leurs ressources financières propres. D'autre part, et parfois même concomitamment, cette exigence tend à être de plus en plus associée à la « représentativité » de l'association que ce soit en tant qu'indice ou en tant que condition nécessaire de sa reconnaissance¹⁸³⁵. Elle peut alors apparaître comme un moyen de s'assurer de l'acceptation par le groupe dont l'intérêt est visé par les statuts, par la circonscription adéquate pour reprendre les termes de M. Michael Saward, de la revendication portée par l'association, donc de la légitimité de cette dernière qui, grâce à cette reconnaissance administrative, peut avoir en outre vocation à siéger dans des instances consultatives.

652. À cet égard, le nombre d'adhérents, aussi élevé soit-il, n'est toutefois pas suffisant puisqu'il doit alors être accompagné d'une condition qui, tenant à la qualité des membres, permette de s'assurer que les adhérents de l'association appartiennent bien au groupe dont l'intérêt est visé par les statuts et que le nombre d'adhérents exigé représente ainsi une part substantielle ou même la majorité de ce groupe. À cet égard, seules les dispositions de l'article D1 du code de procédure pénale, qui conditionnent la reconnaissance administrative des associations constituées pour défendre les intérêts d'un groupe de victimes d'une infraction particulière, parviennent à faire du nombre d'adhérents un véritable indice de

¹⁸³⁴ Seuls les articles D1, R1 et R1-1 du code de procédure pénale paraissent se contenter de membres qui sont simplement des adhérents.

¹⁸³⁵ Le contenu de cette « représentativité » est d'ailleurs équivoque dans le code de l'environnement. Elle n'était pas mentionnée parmi les conditions d'agrément dans les anciennes dispositions de l'article R* 252-2 du code rural mais seulement par la circulaire du 12 janvier 1999 relative à la mise en œuvre de la procédure d'agrément des associations de protection de l'environnement. Elle y faisait allusion lorsqu'elle évoquait le « nombre d'adhérents », c'est-à-dire de l'un des indices de la condition tenant à l'existence de « garanties suffisantes d'organisation », en précisant alors que « le nombre des adhérents n'est pas nécessairement un bon indice de l'activité réelle d'une association ». Elle l'associait donc à une autre condition d'agrément – en l'occurrence celle relative à « l'exercice, à titre principal, d'activités effectives consacrées à la protection de l'environnement » - et en citant d'ailleurs des jurisprudences qui, pour certaines d'entre elles, n'avaient pas trait à la réalité des activités exercées mais plutôt à leur « audience », ce qui est encore autre chose puisqu'elle n'est pas la preuve d'un quelconque soutien à l'association ou même une adhésion par les personnes qui la connaissent. Aujourd'hui, la condition de « représentativité » n'est pas non plus expressément mentionnée aux articles L. 141-1 et R. 141-2 du code de l'environnement qui sont relatifs aux conditions d'agrément des associations. Elle l'est seulement à l'article L. 141-3 dudit code qui est relatif à l'habilitation des associations agréées pour prendre part au débat sur l'environnement qui se déroule dans le cadre des instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable et à l'article R. 142-11 du code qui est, quant à lui, relatif aux conditions que doivent remplir les associations dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres pour obtenir l'agrément leur permettant d'exercer l'action de groupe en matière environnementale qui est prévue à l'article L. 142-3-1 et qui sera étudiée plus avant. Or, tandis que le pouvoir réglementaire a fait du nombre d'adhérents le seul critère d'appréciation de la condition de « représentativité » dans le cadre de l'article R. 142-11, il a décidé, lorsqu'il a précisé à l'article R. 141-21 cette condition posée par l'article L. 141-3, de renvoyer au « nombre de membres ou de donateurs », mais aussi à l'exercice « d'une activité effective sur une partie significative du ressort départemental, régional ou national pour lequel la demande de participation est présentée ».

légitimité même si elles se gardent bien de fixer le seuil requis¹⁸³⁶. C'est aussi le cas, dans une moindre mesure, en matière d'environnement lorsque les dispositions du code de l'environnement imposent à l'autorité administrative de ne prendre en compte que les « personnes physiques »¹⁸³⁷ parmi les adhérents des associations qui sont effectivement les seuls dont le droit à vivre dans un environnement sain pourrait souffrir d'une pollution. Rien n'impose toutefois que les personnes physiques adhérentes vivent bien dans l'aire géographique pour laquelle l'association sollicite l'agrément ou qu'elles ne soient pas originaires d'une seule région pour obtenir l'agrément national, ce qui est envisagé à titre alternatif en matière de défense des usagers du système de santé¹⁸³⁸ ou à titre complémentaire pour le « super-agrément » en matière d'environnement¹⁸³⁹. En réalité, la prise en compte de la qualité des adhérents est utilisée ici surtout pour éviter des détournements de la structure associative, c'est-à-dire exclure celles qui ne seraient que des faux-nez du « monde de l'industrie, des intérêts économiques »¹⁸⁴⁰, ce qui est garanti différemment pour d'autres agréments¹⁸⁴¹ et ne permet pas de s'assurer de l'adhésion du groupe défendu. Il est vrai toutefois que, compte tenu de l'étendue du groupe dont l'intérêt est défendu dans un tel domaine¹⁸⁴², il est difficile de faire du nombre d'adhérents à l'association un indice satisfaisant de mesure de la légitimité, à moins de fixer des seuils qui soient totalement prohibitifs. Il semble donc plus réaliste, même si cela devient alors beaucoup plus subjectif, de s'attacher à la popularité de l'action de l'association auprès du groupe qu'elle prétend défendre, ce que font d'ailleurs les dispositions du code de la santé publique pour les associations de défense des usagers du système de santé avec leur « audience » auprès des personnes qu'elles prétendent représenter ou défendre, cette « audience » n'étant toutefois que subsidiaire par rapport au nombre d'adhérents pour attester de leur « représentativité »¹⁸⁴³.

653. La crise du militantisme qui frappe aussi le milieu associatif risque alors de transformer cette condition en un obstacle dirimant pour les associations désirant obtenir une reconnaissance administrative, en particulier au niveau national puisque c'est là que les seuils réglementaires chiffrés sont

¹⁸³⁶ Le 1^o du I de l'article D1 du code de procédure pénale exige ainsi qu'« un nombre représentatif de membres adhérents » qui soient des « victimes de l'infraction ».

¹⁸³⁷ 2^o de l'article R. 141-2 du code de l'environnement.

¹⁸³⁸ Art. R. 1114-9 du code de la santé publique

¹⁸³⁹ L'article 1^{er} de l'arrêté du 12 juillet 2011 fixant les modalités d'application au niveau national de la condition prévue au 1^o de l'article R. 141-21 du code de l'environnement concernant les associations et fondations souhaitant participer au débat sur l'environnement dans le cadre de certaines instances.

¹⁸⁴⁰ Xavier BRAUD, *art.précit.*, p. 67.

¹⁸⁴¹ Il eût été opportun que le pouvoir réglementaire imposât la même exigence pour l'agrément des associations en matière de consommation, dans la mesure où seules des personnes physiques peuvent être qualifiées de consommateurs, ou encore en matière de défense des usagers du système de santé. Pour éviter les détournements de la structure associative, il faut alors compter sur l'exigence d'« indépendance » qui est elle-même sélective (Cf. *Infra*, n^o 661).

¹⁸⁴² Et la réflexion pourrait être étendue à la défense des consommateurs ou encore des usagers du système de santé.

¹⁸⁴³ Art. R. 1114-3 code de la santé publique. Il s'agit donc de valoriser « l'activité effective et publique de l'association en vue de la défense des droits des personnes malades et des usagers du système de santé ainsi qu'aux actions de formation et d'information qu'elle conduit » qui sont évoquées à l'article L. 1114-1 du code. Toutefois, dans cette partie législative, l'activité réelle n'est pas présentée comme un indice de la « représentativité » mais bien comme une condition qui en est distincte.

les plus élevés¹⁸⁴⁴. Cela explique pourquoi le pouvoir réglementaire ait parfois accepté soit d'assouplir cette condition par la substitution d'un seuil non chiffré, dont l'appréciation est néanmoins - en contrepartie - plus subjective, comme c'est le cas pour certaines des associations nationales d'anciens combattants et victimes de guerre¹⁸⁴⁵, soit de la faire tout simplement disparaître au profit d'une autre condition tenant soit à l'audience de ses activités auprès de ceux dont elle prétend défendre l'intérêt, comme c'est le cas pour l'ensemble des associations des usagers du système de santé¹⁸⁴⁶, soit à la spécificité de ses activités, comme le prévoit le code de la consommation pour les seules associations de défense des consommateurs réclamant un agrément au niveau national¹⁸⁴⁷. Cette appréciation numérique de la représentativité conduit alors à écarter les associations qui ne pourraient se prévaloir que d'une légitimité d'expertise donc à se priver de leur concours alors même que, par ailleurs, la technicité du litige est, dans certains domaines, l'une des raisons pouvant justifier que leur intérêt pour agir soit reconnu¹⁸⁴⁸.

654. Pour l'agrément en matière de consommation, le pouvoir réglementaire a ainsi réservé le cas des associations qui, bien que n'atteignant pas le seuil requis, se livrent « à des activités de recherche et d'analyse de caractère scientifique »¹⁸⁴⁹. Il a toutefois circonscrit le champ de cette exception aux seules associations nationales. Il ne l'a pas non plus reprise dans d'autres matières comme lors de la réforme de l'agrément en matière environnementale qui s'inspirait pourtant des dispositions du code de la consommation¹⁸⁵⁰. Une partie des associations de protection de l'environnement, agréées sous le régime antérieur au décret, s'était alors émue de cette condition qui était posée à l'obtention de l'agrément et du

¹⁸⁴⁴ V. en ce sens les observations formulées par la Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique dans son rapport d'activité de 2008 au sujet du seuil des 5 000 membres exigées pour les associations voulant obtenir l'agrément national (Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2018*, p. 28).

¹⁸⁴⁵ C'est ainsi que le décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 réserve le cas des associations nationales et non fédérales d'anciens combattants et victimes de guerre qui ne réunissent pas au moins 3000 membres cotisants à la date de leur demande d'inscription (2° de l'article 1^{er} du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice).

¹⁸⁴⁶ Art. R. 1114-3 du code de la santé publique.

¹⁸⁴⁷ a) du 3 de l'article R. 811-1 du code de la consommation.

¹⁸⁴⁸ Cf Chapitre 2 du Titre 1 de la première partie.

¹⁸⁴⁹ a) du 3 de l'article R. 811-1 du code de la consommation.

¹⁸⁵⁰ Xavier BRAUD, *art.précit.*, p. 65.

super-agrément¹⁸⁵¹ avant de la contester devant le juge administratif¹⁸⁵². Cette condition eut d'ailleurs l'effet couperet escompté en permettant, sous couvert de redéfinition et de renforcement de la représentativité, une baisse drastique du nombre d'associations agréées. Certes, la perte est de prime abord minime pour ces associations expertes déchues puisque l'agrément n'est pas ici une condition nécessaire pour saisir les juridictions internes, mais facilite seulement la saisine des juridictions judiciaires et administratives¹⁸⁵³ et qu'elles peuvent aussi, même dépourvues d'agrément ou simplement de « super-agrément », « prendre part au débat sur l'environnement » en ayant un de leur représentant qui siège en tant que « personne qualifiée » dans le cadre des différentes instances consultatives nationales, régionales et départementales qui sont mentionnées à l'article R. 421-1 du code de l'environnement. Toutefois, si la nomination est alors aussi aléatoire pour les représentants de groupements siégeant *ès qualité*¹⁸⁵⁴, force est de constater que le vivier à la disposition de l'administration, donc sa marge d'appréciation, est ici beaucoup plus étendue.

655. Cette exigence relative au nombre d'adhérents peut enfin être perçue comme l'un des moyens permettant de structurer le paysage associatif, de remédier à son caractère centrifuge.

3- Les conditions d'organisation et de fonctionnement

656. C'est en tant que condition de la reconnaissance administrative, mais aussi en tant que sous-condition de celle-ci, que les modalités d'organisation et de fonctionnement peuvent constituer un critère de filtrage indirect. Il s'agit ici, à partir de critères qui sont plus ou moins précis selon les formes de reconnaissance, d'éliminer les associations dont les conditions d'organisation et de fonctionnement ne

¹⁸⁵¹ V. en ce sens la lettre qu'une trentaine d'entre elles ont adressé à la ministre de l'environnement à la suite de la publication de l'arrêté du 12 juillet 2011 fixant les modalités d'application au niveau national de la condition prévue au 1^o de l'article R. 141-21 du code de l'environnement concernant les associations et fondations souhaitant participer au débat sur l'environnement dans le cadre de certaines instances : « Dans le même temps, le décret fixe les nouvelles conditions d'agrément qui désormais stipule que ne pourront être agréés que les associations ayant « un nombre suffisant, eu égard au cadre territorial de son activité, de membres, personnes physiques, cotisant soit individuellement, soit par l'intermédiaire d'associations fédérées ». Cette obligation, qui démontre aussi que les associations qui souhaiteraient un agrément pourraient se retrouver face à des refus arbitraires, pourrait remettre en cause la capacité à agir des associations dont les motivations ne vont pas dans le sens d'intérêts politiques à un moment donné. En effet, sans agrément, la possibilité de porter plainte avec constitution de partie civile reste très réduite. Dans ces conditions, les procès mettant en cause les lobbies deviennent beaucoup plus difficiles. De la même manière, le fait que les agréments soient conditionnés par un nombre de personnes rendra très difficile la tâche des associations locales, défendant des causes locales et dont l'action territoriale est indispensable au bon fonctionnement de notre démocratie. Les préfets pourront toujours soutenir qu'elles ne remplissent pas les conditions susnommées. » (Lettre consultable en ligne notamment à l'adresse suivante : <https://www.generations-futures.fr/actualites/representativite-des-associations-quels-risques-pour-les-ong-expertes-telles-que-generations-futures/>).

¹⁸⁵² CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 25 septembre 2013, n^o 352660.

¹⁸⁵³ Sur la portée de la reconnaissance administrative, Cf. *Supra*, n^o 627-631.

¹⁸⁵⁴ Xavier BRAUD, *art.précit.*, p. 74. À cet égard, la circulaire du 14 mai 2012 rappelle bien que « l'habilitation » « ne garantit pas la désignation effective pour siéger dans l'une ou l'autre des instances. Celle-ci doit faire l'objet d'une décision individuelle conforme aux règles particulières de nomination au sein de l'instance concernée » (Annexe II de la circulaire du 14 mai 2012 relative à l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement et à la désignation d'associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable au sein de certaines instances, p. 1).

permettent pas de contrôler les instances dirigeantes (a) ou ne garantissent pas qu'elles puissent effectivement défendre au mieux les intérêts visés par leurs statuts (b).

a- Un contrôle des instances dirigeantes

657. Les conditions d'organisation et de fonctionnement sont le plus souvent utilisées comme un critère de filtrage par le législateur et le pouvoir réglementaire afin de s'assurer que l'entité bénéficiant de la reconnaissance administrative puisse être contrôlée tant par ses membres que par l'autorité administrative, autrement dit pour garantir que les instances dirigeantes puissent faire l'objet d'un contrôle à la fois interne et externe.

658. Ainsi, les exigences en matière de transparence financière qui sont expressément mentionnées parmi les conditions du tronc commun de l'agrément et se retrouvent dans les statuts-types que les associations doivent adopter pour obtenir la reconnaissance d'utilité publique permettent d'assurer tant un contrôle externe qu'interne¹⁸⁵⁵.

659. Le contrôle interne ne se réduit évidemment pas à la transparence financière. Il est censé être assuré, plus largement, grâce à l'existence d'un fonctionnement démocratique qui est aussi une condition se retrouvant en filigrane dans certains articles des statuts types¹⁸⁵⁶ et qui est autonomisé dans le tronc commun des procédures d'agrément¹⁸⁵⁷. L'exigence d'un fonctionnement démocratique entendue *lato sensu*, c'est-à-dire au-delà des conditions énoncées par le décret n° 2017-908 du 6 mai 2017¹⁸⁵⁸ et parfois

¹⁸⁵⁵ L'article 17 du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017 portant diverses dispositions relatives au régime juridique des associations, des fondations, des fonds de dotation et des organismes faisant appel public à la générosité dispose ainsi que « les règles de nature à garantir la transparence financière sont réputées respectées dès lors que l'association établit, d'une part, un budget annuel et, d'autre part, des états financiers ou, le cas échéant, des comptes, les communique aux membres dans les délais prévus par ses statuts, les soumet à l'assemblée générale pour approbation, et en assure la publicité et la communication aux autorités publiques conformément à la réglementation ».

¹⁸⁵⁶ Art. 1^{er}, 4, 5, 6, 7, 8, 12, 17, 18, 19, 20, 22 des statuts-types.

¹⁸⁵⁷ 2° de l'article 25-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹⁸⁵⁸ Précisant les dispositions du 2° de l'article 25-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, l'article 16 du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017 portant diverses dispositions relatives au régime juridique des associations, des fondations, des fonds de dotation et des organismes faisant appel public à la générosité impose, au minimum, pour que le fonctionnement de l'association puisse être réputé démocratique : « La réunion régulière, au moins une fois par an, de l'assemblée générale », « le droit de participation effective à cette assemblée et le droit de vote des membres à jour de leurs obligations ainsi que la communication à ceux-ci des documents nécessaires à leur information, selon les modalités fixées par ses statuts ou son règlement intérieur », « l'élection de la moitié au moins des membres chargés de l'administration ou de la direction par l'assemblée générale » et, enfin « l'approbation par l'assemblée générale du renouvellement régulier des membres chargés de l'administration ou de la direction ainsi que du rapport annuel d'activités de l'association ». Le décret ne se contente pas ici de reprendre les conditions qui étaient énoncées dans l'annexe V de la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément. S'il est plus précis sur certains points, comme la périodicité des réunions de l'assemblée générale, il abaisse aussi le seuil des exigences sur d'autres. Ainsi, il n'a pas repris l'obligation de transmettre « suffisamment à l'avance » aux membres de l'association les documents sur lesquels ils doivent se prononcer à l'occasion des assemblées générales. En outre, s'agissant du mode de désignation des membres des instances dirigeantes, là où la circulaire imposait que « l'assemblée générale [élût] les membres de l'instance dirigeante », le 3° de l'article 16 du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017 n'exige plus que « l'élection de la moitié au moins des membres chargés de l'administration ou de la direction par l'assemblée générale ». Comme le montre la jurisprudence de la Commission nationale

complétées par des dispositions spéciales¹⁸⁵⁹, peut même apparaître comme une condition matricielle par rapport aux autres conditions du tronc commun en ce sens qu'il serait possible d'y rattacher la plupart de leurs sous-conditions qui ont trait à l'organisation et au fonctionnement de l'association. Cela se vérifie évidemment pour la transparence financière mais aussi pour la condition tenant à l'existence d'un « objet d'intérêt général ». En effet, parmi les sous conditions énoncées par l'article 15 du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017 se trouvent notamment l'existence de « garanties suffisantes au regard du respect des libertés individuelles » - qui est parfois exigée comme une condition autonome par les dispositions propres à certaines procédures d'agrément¹⁸⁶⁰ - et l'obligation pour l'association d'« inscrire son action dans le cadre d'une gestion désintéressée et d'une absence de but lucratif ». Or, le respect des « libertés individuelles » au sein de l'association peut être aussi associée à son fonctionnement démocratique et, plus précisément, être regardée comme une condition nécessaire de celui-ci dès lors que la démocratie se présente comme la synthèse de l'égalité et de la liberté. Quant à la reconnaissance d'une « gestion désintéressée », elle est aussi, comme le rappellent les instructions fiscales en vigueur¹⁸⁶¹, tributaire du fonctionnement démocratique de l'association, entendu au sens strict comme au sens large, lorsque les dirigeants de l'association sont rémunérés ou se voient octroyer des avantages¹⁸⁶². En effet, dans cette hypothèse, le caractère désintéressé de la gestion demeure pourvu, notamment, que l'association fasse la preuve d'un

d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, l'entrée en vigueur du décret et de cet assouplissement de la condition relative aux organes dirigeants n'a toutefois pas nécessairement constitué une véritable rupture. En effet, si la Commission exigeait jusqu'alors en principe que les deux tiers des membres de l'instance dirigeante fussent élus, ce qui est déjà en deçà de ce que semblait exiger la circulaire, elle admettait « qu'eu égard aux conditions très particulières de création de certaines associations un nombre important de membres fondateurs [pussent] siéger au conseil d'administration » (Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2017*, adopté à la séance du 20 février 2018, p. 26). Dans son rapport d'activité de 2018, elle va même jusqu'à saluer cet infléchissement qui ne ferait que « consolider » sa propre jurisprudence et aurait, finalement comme elle, « le mérite du réalisme » car « beaucoup d'associations se constituent à partir d'un niveau initial de membres fondateurs notamment dans les cas de personnes morales révélées à la suite d'un drame individuel » et que, « assez naturellement, ces membres fondateurs continuent à jouer un rôle prépondérant, alors même que l'association s'est développée » (Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2018*, adopté à la séance du 26 février 2019, p. 20).

¹⁸⁵⁹ Comme l'exigence d'un fonctionnement conforme aux statuts (5° de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ; 1° de l'article R. 114-6 du code du patrimoine ; alinéa 1^{er} de l'article R. 1114-1 du code de la santé publique ; 4° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement) ou, pour ce qui est du seul agrément des associations de supporters, l'obligation d'adopter des statuts garantissant « leur fonctionnement démocratique, la transparence de leur gestion et l'égal accès des femmes et des hommes à leurs instances dirigeantes », « la liberté d'opinion et l'interdiction de toute discrimination de quelque nature que ce soit », « la promotion des valeurs du sport et le bon déroulement des manifestations et compétitions sportives » et celle de « s'assurer que leurs membres adoptent, dans leur activité de supporters, une attitude conforme [à ces] principes et dispositions statutaires » (1° et 2° de l'article D. 224-9 du code du sport).

¹⁸⁶⁰ Art. R. 1114-4 du code de la santé publique et D. 224-9 du code du sport.

¹⁸⁶¹ Instruction fiscale n° 4 H 5 06, *Bulletin officiel des impôts* n° 208 du 18 décembre 2006.

¹⁸⁶² Instruction fiscale n° 4 H 5 06, *Bulletin officiel des impôts* n° 208 du 18 décembre 2006, p. 13-14. La circulaire du 14 mai 2012 relative à l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement et à la désignation d'associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable au sein de certaines instances ne se limite toutefois pas à cette hypothèse lorsqu'elle présente le fonctionnement démocratique de l'association comme un « critères importants du caractère désintéressé de la gestion » alors qu'elle renvoie à ce passage de l'instruction fiscale n° 4 H 5 06 (Circulaire du 14 mai 2012 relative à l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement et à la désignation d'associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable au sein de certaines instances, p. 8, ndbp n° 7).

« fonctionnement démocratique »¹⁸⁶³ ainsi que de « sa transparence financière » dont certaines des garanties peuvent là encore correspondre à une organisation et à un fonctionnement démocratique entendu *lato sensu*¹⁸⁶⁴.

b- Une défense efficace des intérêts visés par les statuts

660. Au travers des conditions d'organisation et de fonctionnement, le législateur et le pouvoir réglementaire éliminent aussi les associations qui ne seraient pas en mesure d'assurer une défense efficace des intérêts visés par leurs statuts et notamment celles qui ne disposeraient des moyens suffisants, ce que permet aussi de faire le critère de l'ancienneté qui, lorsqu'il est associé à l'exigence d'une activité effective, constitue finalement pour l'association une période probatoire¹⁸⁶⁵. Ce critère peut alors être associé à l'exigence relative au nombre de membres cotisants, comme c'est le cas des associations de défense du patrimoine¹⁸⁶⁶, ou être autonomisé lorsque les textes n'imposent pas une telle exigence au sujet de la composition de l'association¹⁸⁶⁷.

661. Il ne suffit toutefois pas que l'association dispose de moyens suffisants pour assurer une défense efficace des intérêts visés par leurs statuts, encore faut-il que, lorsqu'elle les emploie, elle ne subisse pas l'interférence d'autres intérêts potentiellement divergents ou même qu'elle ne leur serve en réalité que de paravent. Le législateur et le pouvoir réglementaire sont ainsi parfois allés jusqu'à exiger expressément l'« indépendance » des associations sollicitant une reconnaissance administrative. Ils ne le firent toutefois que pour l'agrément en matière de défense des consommateurs, en exigeant alors l'indépendance de

¹⁸⁶³ Les exigences sont alors moins précises que dans le cadre de l'article 16 du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017 puisque l'instruction ne fait état que de « l'élection démocratique régulière et périodique des dirigeants » et de l'existence d'« un contrôle effectif sur la gestion de l'organisme effectué par les membres de l'association ». Elle admet aussi une présomption de fonctionnement démocratique lorsque l'État a passé avec cette association une convention pluriannuelle d'objectifs en cours de validité (Instruction fiscale n° 4 H 5 06, *Bulletin officiel des impôts* n° 208 du 18 décembre 2006, p. 14).

¹⁸⁶⁴ L'instruction estime ainsi que la transparence financière est garantie dès lors que les statuts prévoient explicitement la possibilité de rémunérer certains dirigeants ; qu'il y a « une délibération et un vote de l'instance délibérative statutairement compétente qui fixent le niveau et les conditions de rémunération hors de la présence du dirigeant concerné » et que « la décision de l'organe délibérant [est] prise à la majorité des deux tiers des membres de ce dernier, présents ou représentés » ou, si « l'organe délibérant n'est pas l'assemblée générale », « la participation effective de l'ensemble des membres de l'organe délibérant et non simplement des seuls membres présents lors de la délibération » ; qu'il y a « l'indication dans une annexe aux comptes de l'organisme du montant des rémunérations versées à chacun des dirigeants concernés » ; qu'un rapport est présenté « à l'organe délibérant par le représentant statutaire, ou le commissaire aux comptes, sur les conventions prévoyant une telle rémunération » ; que les comptes de l'association sont certifiés par un commissaire aux comptes (*Instruction fiscale* n° 4 H 5 06, *Bulletin officiel des impôts* n° 208 du 18 décembre 2006, p. 13).

¹⁸⁶⁵ Dans le cadre de la reconnaissance d'utilité publique des associations, l'article 10 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association exempte toutefois les associations de cette période probatoire « si les ressources prévisibles sur un délai de trois ans de l'association demandant cette reconnaissance sont de nature à assurer son équilibre financier ».

¹⁸⁶⁶ Comme cela a été dit précédemment, l'effectif doit être regardé ici comme l'un des indices permettant vérifier s'il existe des « garanties suffisantes d'organisation ».

¹⁸⁶⁷ Ainsi, si les dispositions de l'article D1 du code de procédure pénale n'exigent pas que le nombre minimum d'adhérents soit bien des membres cotisants, elles imposent tout de même aux associations sollicitant l'agrément nécessaire pour agir sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 2-9 ou du premier alinéa de l'article 2-15 du code de procédure pénale de justifier « des garanties suffisantes d'une activité effective en vue de la défense des victimes de l'infraction, notamment par l'intervention d'un avocat » (2° du I de l'article D1 du code de procédure pénale). L'adhésion au sein « d'une fédération lui permettant d'assurer une activité effective en vue de la défense des victimes et agréée par arrêté du ministre de la justice » est alors présentée comme un moyen pour l'association de remplir aussi ce critère.

l'association à l'égard de « toutes formes d'activités professionnelles »¹⁸⁶⁸, pour l'agrément des usagers du système de santé¹⁸⁶⁹, la partie réglementaire du code de la santé publique précisant que l'indépendance doit être garantie « en particulier » « à l'égard des professionnels de santé, établissements de santé, services de santé et organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que des producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé »¹⁸⁷⁰ et invitant à l'apprécier à l'aune des financements, des conditions d'organisation et de fonctionnement de l'association ainsi que des statuts de cette dernière¹⁸⁷¹, et, enfin, pour l'agrément des associations de lutte contre la corruption sans toutefois préciser ici les intérêts potentiellement menaçants et en invitant l'autorité administrative à vérifier le respect de cette exigence « notamment eu égard à la provenance de ses ressources »¹⁸⁷².

662. L'exigence d'« indépendance » demeure donc apparemment sélective¹⁸⁷³. Néanmoins, lorsqu'elle n'a pas été expressément posée, il est possible de lui trouver des succédanés, aussi bien dans la jurisprudence de la Section de l'intérieur pour la reconnaissance d'utilité publique que dans les dispositions du tronc commun ou les dispositions propres à chaque procédure d'agrément, qui ne sont toutefois pas entièrement satisfaisants. Il en va ainsi du niveau des ressources propres de l'association qui n'est pas une garantie suffisante même lorsque le pouvoir réglementaire a veillé, comme en matière d'environnement, à prévenir les détournements de la structure associative par des personnes morales, puisque ce montant ne renseigne de toute façon en rien sur la part qu'elle représente dans le budget de l'association par rapport à d'autres sources éventuelles de financement, ou que cette exigence est combinée avec l'interdiction d'une gestion intéressée et avec l'existence d'activités lucratives. En effet, si

¹⁸⁶⁸ Art. L. 811-2 du code de la consommation. Le « professionnel » est défini par l'article préliminaire du code de la consommation comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel » (Art. préliminaire du code de la consommation).

¹⁸⁶⁹ Art. L. 1114-1 du code de la santé publique.

¹⁸⁷⁰ Art. R. 1114-4 du code de la santé publique.

¹⁸⁷¹ Le guide pratique publié par la Direction générale de la santé précise ainsi que la Commission nationale d'agrément, à partir des « statuts, rapports d'activité, rapports financiers » et de la « composition des instances dirigeantes », examine « la profession exercée par les membres des instances dirigeantes », « les sources de financement de l'association et ses postes de dépenses, détermine « la prédominance de certains financeurs » mais aussi, ce qui semble avoir plutôt trait au fonctionnement démocratique de l'association, renvoie aux contrôles internes qui permettent d'éviter des détournement de la structure associative, vérifie « la tenue d'assemblées générales qui permet à tout adhérent de l'association d'accéder aux activités de l'association, à ses financements et dépenses » (Direction générale de la santé, *La mise en œuvre de l'agrément et la représentation des usagers du système de santé. Guide pratique*, p. 37).

¹⁸⁷² 4° de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile. Ce qui est du reste aussi le critère d'appréciation retenue pour apprécier le caractère désintéressé de son activité mais n'est pas suffisant pour attester de l'indépendance de l'association. L'adverbe « notamment » montre d'ailleurs que le pouvoir réglementaire en est bien conscient. L'autorité administrative pourrait profiter de la marge d'appréciation ménagée par le décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 pour reprendre le faisceau d'indices utilisé par la Commission nationale d'agrément s'agissant des associations de défense des usagers du système de santé.

¹⁸⁷³ S'agissant des associations de protection de l'environnement, elle n'est ainsi expressément envisagée qu'au 3° de l'article R. 141-21 du code de l'environnement pour l'obtention du « super-agrément ». Il est alors exigé que l'association dispose de « statuts, de financements ainsi que de conditions d'organisation et de fonctionnement qui ne limitent pas leur indépendance, notamment à l'égard des pouvoirs publics, des partis politiques, des syndicats, des cultes, ou d'intérêts professionnels ou économiques ». Dans la mesure où les associations sont censées être déjà agréées sur le fondement de l'article L. 141-1 du code de l'environnement, il faudrait en déduire qu'une telle indépendance n'est pas requise pour obtenir cet agrément.

cette interdiction - toute relative - permet d'éviter l'interférence de certains intérêts économiques dans la réalisation de l'objet social de l'association, elle la rend aussi, en contrepartie, plus dépendante d'autres financements, en particulier publics. L'existence ou non d'une situation de dépendance à l'égard des subventions publiques est ainsi vérifiée par le Conseil d'État pour la reconnaissance d'utilité publique des associations¹⁸⁷⁴ et des fondations¹⁸⁷⁵, mais, et même si cela est sans doute plus satisfaisant sur le plan conceptuel, il est regrettable que le fait que « la pérennité de l'association ne doive pas dépendre exclusivement d'un même financeur » et que « la proportion des fonds publics ne [doive] pas être de nature à qualifier l'association d'association para-administrative »¹⁸⁷⁶ ne soit plus mentionné parmi les conditions de la « transparence financière » appartenant au tronc commun des procédures d'agrément, ni expressément mentionné dans les différentes dispositions spéciales. Enfin, l'interférence d'autres intérêts ne trouve pas nécessairement sa source dans le financement de l'association puisqu'elle peut être aussi provoquée, par exemple, par sa composition et si cette cause d'interférence peut être prise en considération pour apprécier le caractère désintéressé de la gestion de l'association¹⁸⁷⁷, cette dernière exigence n'est pas forcément suffisante puisqu'elle ne permet alors d'éloigner que des intérêts de nature économique.

663. Il reste que même lorsqu'elle a été expressément imposée, cette exigence d'indépendance demeure de toute façon aussi relative. Ainsi, pour l'agrément des associations de défense des consommateurs, le législateur a pris soin de réserver le cas de celles qui émanaient de « sociétés coopératives de consommation, régies par la loi du 7 mai 1917 modifiée ayant pour objet l'organisation du crédit aux sociétés coopératives de consommation », c'est-à-dire de groupements qui, en dépit de leur forme commerciale, ont constitué l'un des premiers moyens de défense des intérêts des consommateurs en préservant leurs adhérents de la spéculation à laquelle peut conduire la recherche du profit¹⁸⁷⁸. Toutefois, si cette exception permettait de ne pas se priver du concours des associations les mieux implantées et les plus actives, elle ne permettait pas d'envisager l'évolution de ces sociétés de coopération qui « ont, pour la plupart, perdu de leur pureté originelle »¹⁸⁷⁹ et occupent aujourd'hui une position ambiguë à l'égard de l'intérêt des consommateurs qu'elles peuvent permettre de protéger mais aussi menacer en qualité de professionnelles. Dans le même ordre d'idées, l'indépendance des associations de défense des usagers du

¹⁸⁷⁴ CE, Section de l'intérieur, 1^{er} février 2011, *Ateliers des Maîtres d'Art et de leurs élèves*, n° 384406.

¹⁸⁷⁵ CE, Section de l'intérieur, 23 novembre 1993, *Fondation pour l'action humanitaire*, n° 355386.

¹⁸⁷⁶ Annexe V de la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément.

¹⁸⁷⁷ Le caractère intéressé de la gestion de l'association peut ainsi apparaître lorsque cette dernière a un dirigeant en commun avec une société commerciale et que les liens qu'elle entretient avec cette dernière sont tels qu'il existe une communauté d'intérêts au profit de ce dirigeant commun. Il en va ainsi, par exemple, lorsque l'association ne sert que de débouché à la société (CE, Section, *Ministre délégué au budget c. Association pour favoriser la création d'entreprise*, 6 mars 1992, n° 100445, Rec. Lebon, p. 107 ; CE, 9^e et 10^e chambres réunies, 7 décembre 2016, n° 389299).

¹⁸⁷⁸ Sur la place du « courant coopératif » dans l'histoire de la défense des consommateurs, V. Gérard CAS, *La défense des consommateurs*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e édition 1980, p. 70).

¹⁸⁷⁹ Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE, Malo DEPINCE, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020, 10^e édition n° 30, p. 30.

système de santé à l'égard des professionnels de santé ainsi que des établissements de santé et des acteurs économiques et financiers du secteur de la santé, et eux seuls¹⁸⁸⁰, n'est pas synonyme d'étanchéité. À cet égard, la Commission nationale d'agrément veille à retenir une approche réaliste dans le cadre d'une jurisprudence largement casuistique. Ainsi, elle s'est résolue, d'une part, à admettre la présence de professionnels de santé dans les instances dirigeantes des associations lors même qu'ils risqueraient, en raison de l'ascendant que leur confère leur compétence professionnelle, de monopoliser la représentation des usagers et qu'ils ne sauraient, de toute façon, être « juges et parties » en matière de démocratie sociale¹⁸⁸¹. Comme la commission le reconnaît elle-même, il est difficile de se passer des praticiens dans le cadre des associations ayant pour objet la reconnaissance d'une pathologie nouvelle ou des associations de soins palliatifs¹⁸⁸². Elle tient alors compte du pourcentage que représentent les praticiens au sein des instances dirigeantes et accepte même de délivrer un agrément aux associations dans lesquels ils seraient majoritaires pourvu qu'il y ait ensuite une « mise aux normes progressive »¹⁸⁸³. De même l'existence de financements par des acteurs économiques et financiers du systèmes de santé n'est pas rédhibitoire, pourvu toutefois qu'ils n'aient pas comme contrepartie des « avantages de gouvernance » pour ces derniers comme un système de droits de vote double ou triple à l'assemblée générale ou des sièges réservés au sein des instances dirigeantes, des actions « commerciales ou publicitaires en faveur d'un médicament ou d'un produit de santé »¹⁸⁸⁴. La Commission s'est ensuite bien gardée de fixer un pourcentage de financement au-delà duquel l'indépendance de l'association ne serait plus regardée comme garantie, afin de réserver l'hypothèse de financements multiples, et s'attache plutôt à vérifier si le montant représenté par l'une d'entre elles n'atteint pas un niveau tel que l'association ne survivrait pas à sa suppression¹⁸⁸⁵, reprenant finalement les critères qui étaient énoncés auparavant pour le tronc commun s'agissant de la

¹⁸⁸⁰ Partant du principe que cette exigence d'indépendance ne devait être appréciée qu'« au regard de la mission de prise en charge des malades et de défense des droits des usagers du système de santé dont sont investies les associations agréées, et de la participation de leurs délégués aux instances représentatives du système de santé », la cour administrative d'appel de Paris a estimé que « les liens organiques et humains » d'une association « avec la Confédération générale du travail, qui est à l'origine de sa création, et la concordance fréquente des positions que défendent le syndicat et l'association ne sont pas en eux-mêmes de nature à compromettre, par insuffisance d'indépendance, l'objectif de défense des droits des malades et des usagers du système de santé » (CAA de Paris, 3^e chambre, 21 mars 2018, n° 16PA01288).

¹⁸⁸¹ Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2017*, adopté à la séance du 20 février 2018, p. 27.

¹⁸⁸² Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2018*, adopté à la séance du 26 février 2019, p. 29.

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ En revanche, la Commission distingue et admet le « financement de publications au contenu informatif notamment en matière de prévention ou de conseils de santé publique » (Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2016*, adopté à la séance du 20 janvier 2017, p. 9), « d'une action (brochure ou plaquette par exemple) ou d'une manifestation publique (stand d'exposition) » (Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2018*, adopté à la séance du 26 février 2019, p. 30). Il peut toutefois y avoir là des « situations limites ». Comme la Commission le reconnaît elle-même, « la mention d'un produit (il ne s'agit pas de produits de santé pour lesquels la publicité n'est pas permise mais souvent de dispositifs médicaux) en « légitime » l'utilisation du point de vue des membres de l'association. Elle peut être interprétée comme le label donné à ce produit par l'association, ce qui n'entre bien évidemment pas dans le rôle d'un établissement d'utilité publique » (*Ibid.*).

¹⁸⁸⁵ Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2017*, adopté à la séance du 20 février 2018, p. 29.

transparence financière. Enfin, en tout état de cause, le principe même de la reconnaissance administrative conduit à relativiser cette indépendance de l'association à l'égard de l'autorité administrative, compte tenu simplement du contrôle administratif qu'elle implique et qui peut d'ailleurs même se refléter dans son organisation, et ce, quelles que soient les garanties procédurales ou substantielles encadrant l'attribution et le maintien de cette reconnaissance.

4- L'ancienneté de l'entité

664. L'ancienneté de l'association peut constituer à la fois une condition de l'octroi de la qualité pour agir et une condition d'octroi de la reconnaissance administrative conditionnant elle-même la reconnaissance de la qualité pour agir. C'est donc à deux titres que les groupements peuvent être contraints d'en faire la preuve et parfois même à deux reprises puisque la plupart des dispositions réglementaire imposant cette condition d'ancienneté pour la reconnaissance administrative est fondée sur des dispositions législatives qui imposent déjà une condition d'ancienneté aux associations agréées ou inscrites pour se voir octroyer la qualité pour agir¹⁸⁸⁶.

665. La condition d'ancienneté est utilisée là aussi comme un moyen de prévenir la constitution d'associations *ad hoc* et comme un indice de leur expérience et de leur sérieux. Des exceptions ont toutefois été aussi ménagées par le pouvoir réglementaire. En premier lieu, en cohérence avec les dispositions législatives l'habilitant à organiser cette reconnaissance, il a dispensé les associations mentionnées au deuxième alinéa de l'article 2-9 et au premier alinéa de l'article 2-15 du code de procédure pénale d'avoir à faire la preuve d'une telle ancienneté pour obtenir l'agrément imposé par le législateur¹⁸⁸⁷. L'article R. 1411-1 du code de la santé publique, qui énumère une partie des conditions requises pour obtenir l'agrément exigé par l'article L. 1411-1 dudit code, ménage aussi une exception en disposant que les « associations assurant à titre principal la défense des personnes malades et des usagers du système de santé victimes d'une affection ou d'un effet indésirable d'un produit de santé sont dispensées de justifier de trois années d'ancienneté si l'existence, la gravité ou l'ampleur de cette affection ou de cet effet indésirable n'ont été connues que dans les trois années précédant la demande d'agrément ». Dans ces différents cas de figure, les risques de détournement sont toutefois dissipés par les autres conditions posées à l'octroi de la reconnaissance administrative ainsi que celles posées à la reconnaissance de la qualité pour agir. Le législateur et le pouvoir réglementaire veillent néanmoins à ce que le champ d'intervention des associations de circonstance soit contenu, c'est-à-dire que leur objet social soit tourné vers la défense d'un intérêt individuel type qui est celui des victimes d'un dommage en particulier. À cet

¹⁸⁸⁶ Art. 2-3, 2-15 alinéa 3, 2-11, 2-21, 2-23 du code de procédure pénale.

¹⁸⁸⁷ V. art. D1 du code de procédure pénale tel que modifié par l'article 2 du décret n° 2016-1455 du 28 octobre 2016 portant renforcement des garanties de la procédure pénale et relatif à l'application des peines en matière de terrorisme, qui fixe les conditions d'agrément de ces deux formes de groupements.

égard, le champ d'action de ces associations de circonstance semble d'ailleurs mieux maîtrisé dans le code de procédure pénale que dans le code de la santé publique. D'une part, la défense de cet intérêt type apparaît comme un objet exclusif et non seulement « principal », d'autre part elles substituent cette condition d'ancienneté par une condition tenant à la composition de l'association puisqu'il est exigé qu'elles regroupent « plusieurs de ces victimes ». Le pouvoir réglementaire fait aussi montre de plus de souplesse que le législateur puisque, comme pour l'appréciation du nombre d'adhérents, il réserve parfois l'hypothèse dans laquelle la reconnaissance administrative est sollicitée par un regroupement d'associations dont l'une au moins des composantes bénéficie déjà d'une telle reconnaissance et a donc déjà fait la preuve de son ancienneté¹⁸⁸⁸. Toutefois, là aussi, cela n'est pas précisé dans tous les textes qui conditionnent la reconnaissance administrative à l'ancienneté de l'association¹⁸⁸⁹ ni même, parmi ces derniers, dans tous ceux qui envisagent pourtant l'existence d'un tel regroupement pour l'appréciation du nombre d'adhérents¹⁸⁹⁰.

666. Comme dans les hypothèses dans lesquelles elle est posée directement comme une condition d'octroi de la qualité pour agir, la durée d'ancienneté requise est variable. Elle l'est même encore plus variable ici puisqu'elle va de six mois, pour l'agrément des associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des investisseurs en titres financiers ou en produits financiers qui sont évoquées à l'article L. 452-1 du code monétaire et financier¹⁸⁹¹, à cinq ans pour d'autres associations spécialement habilitées à agir¹⁸⁹². De tels écarts entre les groupements ne sont alors pas non plus justifiés. Tout au plus est-il possible de noter que lorsque les dispositions législatives l'habilitant imposaient déjà une condition d'ancienneté pour reconnaître la qualité pour agir aux associations bénéficiant d'une reconnaissance administrative, le pouvoir réglementaire s'est systématiquement aligné sur la durée exigée par ces dernières¹⁸⁹³.

¹⁸⁸⁸ V. Art. 12 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, art. 4 du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile, art. R. 1114-1 du code de la santé publique, art. R. 811-3 du code de la consommation. C'est au même résultat que conduisent les dispositions de l'article D. 452-4 du code monétaire et financier même si elles n'évoquent pas directement une exemption : « lorsque plusieurs associations, dont l'une au moins est agréée, se transforment en une seule, l'agrément doit être à nouveau sollicité. Dans ce cas, le critère d'ancienneté mentionné à l'article L. 452-1 s'apprécie à compter de la date de création de la plus ancienne des associations parmi celles qui bénéficiaient déjà d'un agrément ».

¹⁸⁸⁹ V. Décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice ; art. R1 et R1-1 du code de procédure pénale ; art. R. 141-1 et suivants du code de l'environnement ; art. 114-6 et suivants du code du patrimoine.

¹⁸⁹⁰ C'est le cas pour l'ensemble des textes précédemment cités à l'exception de l'article R1 du code de procédure pénale.

¹⁸⁹¹ V. Art. L. 452-1 et D. 452-1 du code monétaire et financier.

¹⁸⁹² Art. R1 et R1-1 du code de procédure pénale ; art. 1^{er} du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice ; 1^{er} de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile.

¹⁸⁹³ La condition législative d'ancienneté peut alors devenir superfétatoire. Ainsi, l'article 2-23 du code de procédure pénale ouvre la possibilité aux associations de lutte contre la corruption d'exercer les droits de partie civile en présence de certaines infractions à condition qu'elles soient déclarées depuis au moins cinq ans à la date de la constitution de partie civile et agréées. Or, pour avoir obtenu cet agrément, lesdites associations ont dû justifier notamment de « cinq années d'existence à compter de [leur] déclaration », durée qui devrait être appréciée au moment de la demande d'agrément comme pour les autres formes de reconnaissance administrative.

667. L'ancienneté n'est évidemment pas appréciée de la même manière selon qu'elle constitue une condition d'octroi de la qualité pour agir ou seulement de la reconnaissance administrative conditionnant l'octroi de la qualité pour agir. En effet, la date à laquelle elle doit être appréciée diffère nécessairement et le pouvoir réglementaire, lorsqu'il prend la peine de la préciser¹⁸⁹⁴, impose ainsi que l'ancienneté des associations soit appréciée à la date de la « demande d'agrément » ou de la « demande d'inscription ». Cela n'exclut toutefois pas de trouver quelques points communs avec les modalités d'appréciation de la condition d'ancienneté imposée pour la qualité pour agir.

668. Ainsi, ces dispositions réglementaires ne permettent pas non plus de prendre en considération la période durant laquelle l'association n'aurait eu qu'une existence légale puisqu'elles renvoient toutes à la date de la déclaration de l'association ou - lorsque la spécificité du droit applicable les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle n'a pas été omise - de son inscription sur le registre des associations auprès du « tribunal judiciaire de son siège »¹⁸⁹⁵. Il est vrai toutefois que la rédaction de certaines de ces dispositions peut sembler équivoque sur ce point¹⁸⁹⁶. En outre, alors qu'elles paraissent ne viser que la déclaration ou l'inscription initiale de l'association en évoquant parfois l'« existence »¹⁸⁹⁷ de l'association ou même sa « création »¹⁸⁹⁸, elles évitent aussi les modifications statutaires de circonstance. C'est ici le recours à la condition d'activité réelle sur la période d'existence, qui est systématiquement associée à la condition d'ancienneté, qui permet de faire obstacle à un tel contournement. La précarité de la reconnaissance administrative, qu'elle soit d'ailleurs ou non à durée déterminée, garantit ensuite une activité soutenue de la part de l'association.

¹⁸⁹⁴ Les dispositions du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ne précisent effectivement pas la date à laquelle l'ancienneté de l'association doit être appréciée.

¹⁸⁹⁵ Elle n'est effectivement évoquée que par l'article L. 141-1 du code de l'environnement lorsqu'il désigne les associations éligibles à l'agrément et à l'article R. 114-6 du code du patrimoine qui énumère les conditions d'obtention de l'agrément pour les associations visées à l'article 2-21 du code de procédure pénale, c'est-à-dire celles ayant pour but l'étude et la protection du patrimoine au sens de l'article L. 1 du code du patrimoine.

¹⁸⁹⁶ En effet, tandis que la plupart de ces dispositions distinguent bien une « durée d'existence » calculée à partir de la date d'attribution la personnalité juridique et l'exercice d'une activité effective durant celle-ci (V. Les 1° et 3° de l'article 9 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française et les 1° et 2° de l'article 1^{er} du décret 2014-327, 1° et 2° et R. 811-1, art. 114-6 du code du patrimoine, art. D. 452-1 du code monétaire et financier), d'autres semblent admettre que l'exercice de cette activité réelle par l'association suffit pour attester de son ancienneté indépendamment même du point de savoir si elle n'avait durant cette période qu'une existence légale (V. les articles R1 et R1-1 du code de procédure pénale et l'article 1^{er} du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice). Ce faisant, il semble que la période durant laquelle l'association n'aurait éventuellement eu qu'une existence légale puisse être ici mise au crédit de son ancienneté. Cette interprétation ne résiste toutefois pas à une lecture combinée de ces dispositions. En effet, elles imposent par ailleurs aux associations de transmettre lors de leur demande d'agrément ou d'inscription « un extrait du Journal officiel de la République française attestant de la date de sa déclaration » en sus de leurs précédents rapports d'activité sur la période considérée (V. le b) du II des articles R1 et R1-1 du code de procédure pénale et le b) de l'article 2 du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice).

¹⁸⁹⁷ V. 1° de l'article 9 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française et le 1° de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile.

¹⁸⁹⁸ Art. D. 452-4 du code monétaire et financier.

5- La nature des activités exercées

669. La condition d'ancienneté est associée à l'exigence d'une activité réelle de la part de l'association qui est tantôt qualifiée de « pratique »¹⁸⁹⁹, de simplement « effective »¹⁹⁰⁰ ou d'« effective et publique »¹⁹⁰¹. Les textes sont alors plus ou moins précis sur les actions - pour reprendre un autre terme - qu'une telle activité peut recouvrer. À ce titre, ils retiennent d'ailleurs parfois un lien différent entre celles-ci et cette forme d'activité particulière que constitue la publication. En effet, lorsque cette dernière est évoquée par les dispositions réglementaires, elle est présentée tantôt comme une alternative à l'activité « pratique »¹⁹⁰² ou « effective et publique »¹⁹⁰³ qui est exigée tantôt comme l'une des formes que peut prendre cette activité réelle¹⁹⁰⁴. Il est alors aussi parfois précisé que ce n'est pas simplement à partir de l'existence de ces actions mais, et parfois implicitement, de leur « nature » et de leur « importance »¹⁹⁰⁵ qu'il faut apprécier la réalité de l'activité de l'association en faveur de l'intérêt collectif visé par ses statuts.

670. Mis à part pour l'agrément en matière de lutte contre la corruption, il n'est toutefois pas alors précisé si cette importance doit être évaluée seulement du point de vue de l'association, c'est-à-dire par exemple au regard de la part qu'occupe ces actions dans son activité, comme le permet le critère de l'utilisation des ressources évoqué par les dispositions relatives à l'agrément en matière de lutte contre la corruption, ou à l'aune de sa contribution à la défense de l'intérêt collectif ou encore, ce qui n'est pas exactement la même chose, de sa notoriété dans son champ géographique d'intervention. Lorsqu'il est précisé, comme c'est le cas en matière d'environnement, que ces actions doivent attester que l'association œuvre principalement en faveur dudit intérêt, c'est, en principe, le premier point de vue qui devrait être retenu¹⁹⁰⁶. Néanmoins, si les juridictions purent effectivement apprécier le caractère principal de l'activité

¹⁸⁹⁹ Art. R. 114-7 du code du patrimoine.

¹⁹⁰⁰ Art. R1 et R1-1 du code de procédure pénale et 3° de l'article 9 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

¹⁹⁰¹ Art. 1^{er} du décret n° 92-701 du 20 juillet 1992 portant application de la loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991 permettant aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice. 1° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement ; 2° de l'article R. 811-1 du code de la consommation : second alinéa art. D. 452-1 du code monétaire et financier.

¹⁹⁰² Art. R. 114-7 du code du patrimoine.

¹⁹⁰³ 1° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement.

¹⁹⁰⁴ 2° des articles R. 811-1 du code de la consommation et 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile ; 3° de l'article 9 du décret n°95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; second alinéa de l'article D. 452-1 du code monétaire et financier.

¹⁹⁰⁵ 3° de l'article 9 du décret n°95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; 1° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement ; art. R. 114-7 du code du patrimoine. S'agissant de l'agrément des associations de lutte contre la corruption, ce critère se déduit de ce que le 2° de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile impose que l'existence d'« une activité effective et publique en vue de lutter contre la corruption et les atteintes à la probité publique » de l'association soit « appréciée notamment en fonction de l'utilisation majoritaire de ses ressources pour l'exercice de cette activité, de la réalisation et de la diffusion de publications, de l'organisation de manifestations et la tenue de réunions d'information dans ces domaines ».

¹⁹⁰⁶ Apparue à l'occasion de la réforme de l'agrément par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, cette exigence est mentionnée aujourd'hui aussi bien dans la partie législative du code (art. L. 141-1 du code de l'environnement) que dans la partie réglementaire (1° de l'article R. 141-2 du code l'environnement).

en s'appuyant sur le budget du groupement sous l'empire des anciennes dispositions régissant l'agrément en matière d'environnement, elles ne se référaient alors pas explicitement à ce critère de l'« importance »¹⁹⁰⁷ qui était d'ailleurs présent avant que cette condition relative à l'activité ne fasse son apparition et était, comme c'est toujours le cas aujourd'hui pour les associations de protection du patrimoine, censé permettre d'apprécier tant l'existence « d'activités désintéressées »¹⁹⁰⁸ que de « garanties suffisantes d'organisation ». En outre, même si ce critère paraît désormais uniquement tourné vers la condition relative à l'existence d'une activité principale, les modalités d'appréciation évoquées par la circulaire du 14 mai 2012 ne permettent pas vraiment de voir en quoi l'association œuvre bien à titre principal pour la défense de l'environnement¹⁹⁰⁹, mais, en se concentrant sur la publicité, permettent tout au plus d'exclure celles qui n'œuvrent en réalité que pour l'intérêt de leurs membres. Dans son arrêt *Association des familles victimes du saturnisme*, le Conseil d'État a néanmoins eu l'occasion de préciser qu'une contribution « indirecte » à la protection de l'environnement ne saurait tenir lieu d'action principale s'agissant de ladite association qui, bien que pouvant se prévaloir d'un objet statutaire rentrant dans le champ de la « protection de l'environnement », intervenait en réalité « à titre principal dans les domaines de la santé publique et de l'action sociale »¹⁹¹⁰.

671. L'importance des actions menées, et par là même de l'activité de l'association, peut être par ailleurs considérée par rapport au cadre géographique dans lequel l'association aura vocation à agir grâce à la reconnaissance administrative. Dans le cadre de la reconnaissance d'utilité publique, l'association doit

¹⁹⁰⁷ CAA de Nantes, 2^e chambre, 30 décembre 2003, *Association Manche Nature*, n° 00NT02011.

¹⁹⁰⁸ Le décret n° 96-170 du 28 février 1996 relatif aux associations agréées de protection de l'environnement, pris pour l'application de la loi « Barnier », a ensuite modifié l'ancien article R*252-2 du code rural pour remplacer cette condition par deux autres, l'une tenant à l'existence « d'activités statutaires dans les domaines mentionnés à l'article L. 252-1 [du code rural] » et l'autre tenant à « l'exercice, à titre principal, d'activités effectives consacrées à la protection de l'environnement ».

¹⁹⁰⁹ S'agissant de « l'activité », la circulaire rappelle bien, en évoquant d'ailleurs seulement la partie législative du code, que « l'association doit impérativement œuvrer « principalement pour la protection de l'environnement » et précise alors à l'attention des services instructeurs que « lors de l'instruction de la demande, vous vérifierez soigneusement que cette condition capitale est remplie et n'accorderez pas l'agrément à une association dont seule une partie accessoire de l'activité relève de la protection de l'environnement au sens de l'article L. 141-1 du code de l'environnement » (Circulaire du 14 mai 2012 relative à l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement et à la désignation d'associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable au sein de certaines instances, p. 6). Toutefois, elle ne semble pas lier cette condition avec le critère de la nature et de l'importance des actions. Elle l'évoque à part en précisant : « Dans le même temps, vous apprécierez à la fois « la nature et l'importance » de ce que l'association met en œuvre, ou bien des « publications et travaux » qu'elle a présentés à l'appui de sa demande. Travaux et publications comportent évidemment les ouvrages originaux, les rapports, que certaines associations sont en mesure de faire formellement éditer. De tels documents ne sauraient toutefois être exigés systématiquement. Cette condition doit être appréciée en tenant compte de l'objet statutaire de l'association, de sa taille et du cadre géographique de son intervention. Vous vérifierez surtout si elle rend régulièrement et largement accessible au public son activité et ses prises de positions ou propositions, fournissant ainsi matière à un débat de qualité au-delà du seul cercle de ses membres. À titre d'illustration, les contenus figurant sur un site internet peuvent être considérés comme des publications, tout comme les documents qu'elle diffuse qu'ils soient ou non périodiques, brochures ou feuillets, distribués lors de réunions ouvertes à d'autres que ses membres. Enfin, une association œuvrant totalement ou majoritairement à la défense des intérêts de ses membres, doit être écartée » (Circulaire du 14 mai 2012 relative à l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement et à la désignation d'associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable au sein de certaines instances, p. 7).

¹⁹¹⁰ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 décembre 2013, *Association des familles victimes du saturnisme*, n° 359940.

ainsi faire la preuve d'un « rayonnement géographique dépassant le cadre local »¹⁹¹¹. Lorsqu'il a été prévu que la reconnaissance administrative puisse être délivrée à différents niveaux géographiques, l'étendue géographique de l'activité réelle de l'association peut aussi être employée pour déterminer le niveau de reconnaissance auquel elle peut prétendre. Ainsi, là où les dispositions relatives, par exemple, à l'agrément en matière de consommation et de défense des usagers du système de santé renvoient au nombre d'adhérents, voire à la nature de l'activité exercée, pour déterminer le périmètre de l'agrément auxquels les associations peuvent prétendre, le Conseil d'État a imposé - *praeter legem* - aux associations sollicitant l'agrément pour la protection de l'environnement de faire la preuve d'une activité réelle sur une « partie significative » du cadre territorial pour lequel ledit agrément peut leur être délivré¹⁹¹². Cette nouvelle condition, formulée d'ailleurs en des termes assez vagues, semble tout de même condamner, ou tout du moins rendre beaucoup plus difficile, l'agrément départemental pour les associations n'exerçant leur activité que dans un cadre intercommunal et, compte tenu du redécoupage territorial auquel a procédé la loi « NOTre », complique aussi la tâche des associations souhaitant obtenir l'agrément au niveau régional¹⁹¹³.

672. Outre la réalité et parfois l'importance de l'activité, c'est aussi sa non-lucrativité qui peut être exigée pour certaines formes de reconnaissance administrative, en l'occurrence l'agrément en matière de protection de l'environnement¹⁹¹⁴, ce qui doit bien être distinguée de la condition relative au caractère désintéressé de la gestion même si elle est liée au caractère non lucratif du but de l'association. Une telle prohibition des activités lucratives n'est d'ailleurs pas redondante s'agissant d'organismes qui sont dits « sans but lucratif » dans la mesure où ils peuvent très bien exercer des activités « lucratives » au sens et pour application des dispositions relatives aux impôts commerciaux sans pour autant perdre cette qualité et même sans pour autant être redevables de telles impositions. Les effets d'une telle prohibition sont alors radicaux car cela signifie l'interdiction pour l'association de toute activité lucrative y compris de celles qui, quoique rentrant dans le champ d'application des impôts commerciaux, bénéficieraient des franchises et exonérations prévues par la loi, autrement dit la privation d'une source de financement¹⁹¹⁵.

¹⁹¹¹ Cela n'exclut toutefois pas qu'une association puisse, tout en ayant une activité localisée du point de vue géographique, être ainsi reconnue d'utilité publique (Par ex., pour une association recueillant des chevaux au sein d'un domaine dans le Puy-de-Dôme, CE, avis, 23 janvier 2018, *S.O.S Cheval*, n° 393926).

¹⁹¹² CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 20 juin 2016, *MEDDE*, n° 389590.

¹⁹¹³ Chantal CANS, Emmanuel WORMSER, « Périmètre de l'agrément environnemental : les facéties du Conseil d'État », *AJDA*, 2016, p. 1463.

¹⁹¹⁴ 3° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement.

¹⁹¹⁵ Ce n'est pas l'opinion de M. Xavier Braud qui estime que « bien entendu, cette condition ne saurait exclure les nombreuses associations qui se livrent à des activités commerciales accessoires avec notamment pour but de s'assurer d'une certaine indépendance financière. Le caractère non lucratif n'exclut pas l'activité commerciale, mais seulement la distribution des bénéfices entre membres de l'association. Elle pourrait permettre, le cas échéant, de refuser l'agrément à des structures exerçant, sous le régime de l'association, des activités principalement commerciales dans le domaine de la prestation de service (bureau d'étude, formation) ou de travaux (gestion et aménagement des milieux) » (Xavier BRAUD, *art.précit.*, p. 67-68). L'auteur semble toutefois confondre ici le but de l'association sollicitant l'agrément et les activités qu'elles exercent pour le réaliser, ce qui expliquerait du reste qu'il considère que cette condition est superflue « dès lors que seules des associations à but non lucratif peuvent prétendre à l'agrément » (*Ibid.*). Or, comme le rappelle l'instruction fiscale n° 4 H 5 06, à laquelle

673. Les dispositions applicables aux autres formes de reconnaissance administrative sont en revanche silencieuses ou ambiguës quant au sort qui doit être réservé à de telles activités. En effet, rien dans les textes applicables à la reconnaissance d'utilité publique ou à l'inscription administrative ne prohibe l'exercice de telles activités. De même, les dispositions du tronc commun des procédures d'agrément ne font finalement qu'interdire un détournement de la structure associative à des fins lucratives au moyen d'une formulation un peu redondante puisque l'article 15 du décret n° 2017-908 du 6 mai 2017 impose comme sous-condition de la condition d'intérêt général que l'association inscrive « son action dans le cadre d'une gestion désintéressée et d'une absence de but lucratif ». Or, si la gestion désintéressée imposée est effectivement souvent associée à l'activité non-lucrative, elle ne l'implique toutefois pas. Quant au but, il ne saurait, à proprement parler, être confondu avec l'activité qui n'est qu'un moyen pour le réaliser et sa non-lucrativité est d'ailleurs censée être déjà garantie par le caractère désintéressé de la gestion. La rédaction des quelques dispositions spéciales applicables aux procédures d'agrément qui s'intéressent à la nature de l'activité réelle de l'association est plus équivoque. En effet, comme c'était le cas avant 1995 pour les associations de protection de l'environnement, ce n'est pas la lucrativité qui est évoquée pour qualifier l'activité ou l'action prohibée mais le désintéressement¹⁹¹⁶ qui est d'ordinaire associé à la « gestion ». Partant de là plusieurs interprétations sont possibles. Il est en premier lieu possible de considérer que ce sont les termes non-lucratif et désintéressé qui sont regardés comme synonymes et que c'est donc l'exercice de toute activité lucrative, y compris dans le cadre d'une gestion désintéressée, qui est prohibée. Il est aussi possible de considérer que ce sont les termes activité et gestion qui sont regardés comme synonymes, la gestion n'étant après tout qu'une forme d'activité ou d'action - celle de gérer - et qu'il est donc admis que l'association puisse exercer une activité lucrative dans le cadre d'une gestion désintéressée¹⁹¹⁷. Enfin, il est possible de considérer qu'il s'agit bien, comme au travers de la condition de gestion désintéressée, d'apprécier le but que l'association poursuit en exerçant ses différentes activités, lucratives ou non, mais que le désintéressement dont il est alors question peut être entendu plus largement que dans le cadre des dispositions applicables en matière fiscale, c'est-à-dire qu'il ne se correspond pas nécessairement à la recherche et à la distribution de bénéfices aux membres de l'association ou l'existence

renvoie d'ailleurs la circulaire du 14 mai 2012 (Circulaire du 14 mai 2012 relative à l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement et à la désignation d'associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable au sein de certaines instances, p. 7, ndbp n° 6), ce n'est pas la condition tenant au caractère non-lucratif de l'activité qui exclut la distribution de bénéfice entre membres de l'association et garantit le caractère non-lucratif du but de l'association mais celle tenant au caractère désintéressé de la gestion.

¹⁹¹⁶ 3° de l'article D1 du code de procédure pénale ; 2° de l'article R. 114-6 du code du patrimoine ; 4° de l'article 9 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; 4° de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile.

¹⁹¹⁷ C'est effectivement pour désigner le but non-lucratif des associations, qui suppose lui-même une gestion désintéressée, que l'expression « activité désintéressée » se retrouvait parfois dans les textes de loi (art. 8 de la loi n° 48-1360 du 1 septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement) ou sous la plume du Conseil d'État (CE, 8^e et 9^e sous-sections réunies du 20 avril 1983, n° 32515).

de contrepartie pour ses dirigeants et administrateurs et n'entraînerait donc pas nécessairement son assujettissement aux impôts commerciaux.

674. C'est cette dernière interprétation qui fut retenue après que cette notion d'« activité désintéressée » apparut comme une condition d'agrément avec le décret n° 77-760 du 7 juillet 1977 relatif aux associations exerçant leurs activités dans le domaine de la protection de la nature, de l'environnement et de l'amélioration du cadre de vie. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Ministre de l'Environnement et du Cadre de Vie c. DEPROPER*, M. Jacques Biancarelli, au terme d'une interprétation génétique des dispositions législatives servant de fondement au décret, relevait que « ce que le législateur et le Gouvernement ont entendu exclure, ce sont, par exemple, (...), les associations de défense de propriétaires qui défèrent au contentieux tous les permis de construire délivrés dans un souci de défense d'intérêts strictement particuliers, les associations de propriétaires fonciers constituées pour faire groupe de pression à l'occasion d'opérations de remembrement et toutes les associations qui, sous couvert d'un objet généreux, entendent en réalité défendre avant tout les intérêts purement matériels de leurs adhérents »¹⁹¹⁸. Or, si cela correspond bien à la défense des intérêts patrimoniaux des membres de l'association, en l'occurrence la valeur économique de leurs biens immobiliers, de telles associations ne permettent pas la distribution de profits qui seraient produits à l'occasion d'activités commerciales. Cette défense de l'intérêt des membres ne fut toutefois pas considérée par le Conseil d'État comme un obstacle à l'obtention de l'agrément dès lors qu'elle n'était ni exclusive ni incompatible avec la protection de l'environnement. C'est donc finalement plutôt avec l'absence de défense exclusive de l'intérêt collectif des membres, qui est une sous-condition de l'objet d'intérêt général énoncée dans le cadre commun, que cette condition ferait doublon.

675. Il serait même possible d'aller plus loin et d'envisager que cette condition permette aussi d'éviter le détournement de l'agrément au profit d'autres intérêts extrapatrimoniaux. Si cette interprétation s'est heurtée dans un premier temps à la forte connotation patrimoniale de l'intérêt lorsqu'elle fut défendue à l'occasion d'un recours contre l'agrément accordé à une association de protection de l'environnement qui était présentée comme un simple paravent couvrant les ambitions électorales de ses membres¹⁹¹⁹, elle semble avoir prospéré par la suite lorsque le Conseil d'État s'est prononcé sur des recours dirigés contre des agréments accordés à des fédérations de chasseurs qui contestaient tant le caractère désintéressé de leurs activités que leur compatibilité avec la protection de l'environnement. Ainsi, tout en défendant la légalité de ces arrêtés, le commissaire du gouvernement, dont les conclusions furent alors suivies, admettait qu'une partie des activités de ces fédérations pût être effectivement regardée comme exercée

¹⁹¹⁸ Jacques BIANCERELLI, « Conclusions sur CE, 10^e et 3^e sous-sections, 13 novembre 1981, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de Vie c. Déproper* », n° 26613, *RJE*, 1982 p. 175.

¹⁹¹⁹ Michel PRIEUR, « Critère de l'agrément. Appréciation du caractère désintéressé de l'activité d'une association. Tribunal Administratif de Rennes - 21 novembre 1979. Association Bevan E. Trebeurden », *RJE*, 1980, p. 236.

au moins immédiatement dans l'intérêt de leurs membres¹⁹²⁰. Or, l'intérêt dont il était ici question, à savoir la possibilité d'exercer un loisir, était de nature extrapatrimoniale.

B- Le filtrage *de facto*

676. Les groupements ne sont eux-mêmes pas épargnés par certains obstacles non-juridiques comme l'obstacle financier que leurs actions collectives sont pourtant censées permettre de surmonter (1). Certes, avec l'exigence d'un coût non-prohibitif des procédures qui est posée par la convention d'Aarhus et les directives la reprenant, ils bénéficient au moins d'une protection spécifique en matière environnemental. Force est toutefois de constater que la mise en œuvre de cette exigence demeure insatisfaisante devant les juridictions nationales (2).

1- Les obstacles financiers pour les groupements privés

677. Comme tous les requérants, les groupements privés peuvent se heurter à des obstacles non-juridiques, et en particulier d'ordre financier, lorsqu'ils souhaitent défendre les intérêts collectifs visés par leur objet social. Pourtant, leurs actions collectives sont parfois présentées comme un moyen, pour certains groupes, de surmonter un tel obstacle et elles sont mêmes parfois promues pour cette raison.

678. Néanmoins, comme cela fut étudié précédemment, l'accès au juge n'est pas toujours réservé aux seuls groupements privés ayant fait la preuve de leur solidité financière. Certes, ils peuvent eux-mêmes bénéficier, par exemple, de l'aide juridictionnelle puisque l'article 2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 vise ainsi les « personnes morales à but non lucratif ayant leur siège en France et ne disposant pas de ressources suffisantes ». À ce titre, certains abus de la part d'associations purent même être dénoncées et la structure associative être ainsi détournée par des personnes qui n'étaient pas éligibles à cette aide afin d'introduire une action en justice à moindre frais¹⁹²¹. Ces abus demeureraient toutefois marginaux tant est minime la part qu'occupent ces groupements parmi les bénéficiaires mais aussi les demandeurs¹⁹²² de cette

¹⁹²⁰ Pierre-Alain JEANNENEY, « Conclusions sur Conseil d'État, 13 juin 1984, *Fédération départementale des chasseurs du Loiret et autres*, n° 28187 », *RJE*, 1984, p. 324.

¹⁹²¹ Question écrite n° 00564 de M. André Reichardt (Bas-Rhin - Les Républicains).

¹⁹²² Dans sa réponse, le ministre de la justice mettait en avant, d'une part, le contrôle que les bureaux d'aide juridictionnelle exercent sur les demandes d'aide juridictionnelle et, plus précisément, sur le caractère non manifestement irrecevable et infondée de l'action du demandeur. Une telle réponse était peu satisfaisante car elle feignait d'ignorer le caractère superficiel du contrôle que les bureaux d'aide juridictionnelles exercent sur ce point et, surtout, le type de détournement dénoncé par la question. Il eût été alors sûrement préférable que le ministère de la justice rappelât que, dès sa circulaire du 23 décembre 1991 d'application de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, il avait été indiqué aux bureaux d'aide juridictionnelle qu'ils devaient, aux fins apprécier le respect des conditions de ressources pour les personnes morales, tenir compte, notamment, des facultés contributives de leurs membres et dirigeants. Plus récemment, la Cour de justice, lorsqu'elle avait été saisie d'une question préjudicielle portant sur les incidences éventuelles du principe de protection juridictionnelle effective, tel que consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, sur le droit des personnes morales au bénéfice de l'aide « judiciaire », avait d'ailleurs précisé que le juge national pouvait « prendre en considération, notamment, la forme et le but lucratif ou non de la personne morale en cause ainsi que la capacité financière de ses associés ou actionnaires et la

aide qui, selon les termes mêmes de la loi, ne peut leur être attribuée qu'« exceptionnellement »¹⁹²³. Il est ainsi des associations, comme « *Eaux et Rivières de Bretagne* », qui ne la demandent pas et privilégient les voies de droit n'imposant pas le recours au ministère d'avocat en misant sur la compétence de leur propre service juridique¹⁹²⁴, ce qui peut toutefois constituer un poste de dépense de fonctionnement lorsque leurs membres n'agissent pas à titre bénévole¹⁹²⁵ et, en tout état de cause, ne les exonère que d'une partie des coûts afférents à l'exercice d'une action en justice.

679. Quant à celles qui en demandent le bénéfice, elles n'ont pas nécessairement à souffrir des prévisions de la loi et en particulier du caractère exceptionnel que doit avoir leur admission. Ainsi, M. Benoist Busson, membre du directoire du réseau juridique de France nature environnement, expliquait qu'il était assez aisé pour une association d'obtenir le bénéfice de l'aide juridictionnelle par le bureau d'aide juridictionnelle du Conseil d'État lorsqu'elle se pourvoit en cassation. En revanche, il reconnaissait que la situation pouvait être plus contrastée au niveau de la première instance et varier au niveau local selon l'enveloppe allouée dans le ressort du tribunal de grande instance au titre de l'aide juridictionnelle¹⁹²⁶.

possibilité, pour ceux-ci, de se procurer les sommes nécessaires à l'introduction de l'action en justice » pour apprécier les conditions d'octroi de cette aide (CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09). Le ministre de la justice estimait, d'autre part, que telles hypothèses étaient trop rares trop perturber l'équilibre du système de l'aide juridictionnelle et, par là même, justifier une modification de la loi. À ce titre, il soulignait alors la part marginale qu'occupaient les personnes morales parmi les demandeurs et les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, avançant le chiffre de 0,1 % « des décisions rendues » en 2015, sans qu'il soit néanmoins possible de savoir s'il évoquait l'ensemble des décisions ou seulement celles d'octroi (Réponse du ministère de la justice (JO Sénat du 10 août 2017, p. 258).

¹⁹²³ L'article 2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique reprend sur ce point les termes du dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire. Cette disposition se distinguait alors, notamment par l'ajout de cet adverbe, de celle délimitant le champ d'application du dispositif que la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 avait pour objet de remplacer, à savoir l'assistance judiciaire pour les personnes dépourvues de ressources qui avait été créé par la loi du 22 janvier 1851 et se contentait alors simplement de viser les « établissements publics ou d'utilité publique » parmi ses bénéficiaires potentiels. En considération de la proportion de groupements privés bénéficiant d'une telle reconnaissance, l'octroi de cette assistance pouvait aussi finalement apparaître comme étant exceptionnel *de facto*. Par l'adjonction de cette condition le législateur, qui par ailleurs ne mentionnait alors plus que les personnes morales sans but lucratif ayant leur siège en France, maintenait ainsi une forme d'équilibre dont seuls les établissements reconnus d'utilité publique étaient susceptibles de pâtir. C'est du moins ce qu'il est possible de subodorer car l'exposé des motifs ou les débats dans les chambres sont silencieux sur ce point. Cette évolution rédactionnelle et substantielle n'attira que l'attention du rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale qui, estimant - à tort - que le nouveau dispositif était moins généreux sur ce point que celui mis en place par la loi du 22 janvier 1851, invoqua « l'effort financier consenti par l'État » en guise d'explication et de justification (Assemblée nationale, *Rapport n° 1991*, p. 21).

¹⁹²⁴ *Eaux et rivières de Bretagne*, La stratégie contentieuse d'une association de protection de l'environnement. Deux décennies d'activités juridiques en Bretagne, 31 décembre 2005 (disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.eau-et-rivieres.asso.fr/media/user/File/PDF/Activite_cx_ERB.pdf).

¹⁹²⁵ Arnaud GOSSEMENT, « L'accès à la justice en matière environnementale. Débat », *RJE*, 2009, p. 58.

¹⁹²⁶ Benoist BUSSON, « Le droit d'obtenir justice en matière d'environnement : le point de vue des associations », in Julien BETAILLE (dir.), *op.cit.*, p. 297. Cette réflexion, développée à l'occasion d'un échange avec la salle lors du colloque consacrée au « droit d'accès à la justice en matière d'environnement », ne se retrouve malheureusement pas dans la contribution écrite de l'auteur qu'elle vient pourtant tempérer.

- 2- Une prise en compte éphémère et limitée de l'exigence d'un coût non-prohibitif des procédures dans le contentieux de l'environnement

680. Alors que des normes internationales et européennes imposent de faire bénéficier notamment les associations d'une protection particulière en matière d'environnement face aux coûts prohibitifs (a), il est difficile d'en trouver trace en droit interne (b).

- a- La lutte contre les coûts prohibitifs dans le contentieux de l'environnement

681. Les obstacles financiers que les associations de protection de l'environnement, entre autres, peuvent rencontrer lors de l'exercice d'une action en justice font l'objet d'une attention particulière à l'article 9 de la Convention d'Aarhus dont le quatrième paragraphe stipule notamment que les procédures leur permettant de garantir le droit à l'information, les droits tirés du principe de participation du public ainsi que le droit national de l'environnement « doivent offrir des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par injonction s'il y a lieu, et doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif » et le cinquième paragraphe que « pour rendre les dispositions du présent article encore plus efficaces, chaque Partie veille à ce que le public soit informé de la possibilité qui lui est donnée d'engager des procédures de recours administratif ou judiciaire, et envisage la mise en place de mécanismes appropriés d'assistance visant à éliminer ou à réduire les obstacles financiers ou autres qui entravent l'accès à la justice ». L'exigence de coûts non prohibitifs portée par cette Convention fut, après son intégration dans l'ordre juridique de l'Union, aussi reprise en droit dérivé aux quatrième et cinquième paragraphes de l'article 11 de la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et de l'article 25 de la directive n° 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles et, par renvoi, au b) de l'article 23 de la directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, dite « *Seveso III* ».

682. L'utilité de ces différentes stipulations et dispositions visant à garantir l'accessibilité matérielle au juge n'est *a priori* pas évidente. En effet, cette exigence d'un coût non prohibitif des procédures en droit de l'environnement peut apparaître superfétatoire dans la mesure où elle n'est finalement qu'un avatar du droit d'accès au juge qui est déjà par ailleurs garanti par d'autres normes supra-législatives dont le champ d'application, matériel comme personnel, est plus large. La Cour de justice de l'Union européenne l'a d'ailleurs elle-même présentée dans son arrêt *Edwards et Pallikaropoulos* comme « particip[ant], dans le domaine de l'environnement, du respect du droit à un recours effectif, consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - ce qui n'est pas exactement la même chose que le droit

d'accès au juge - , ainsi que du principe d'effectivité »¹⁹²⁷ et, avant elle, la Cour européenne des droits de l'homme avait pu s'appuyer, dans son arrêt *Stop Melox c. France*, sur les stipulations du premier paragraphe de l'article 6 pour avertir la France d'un risque de condamnation dans l'hypothèse où une association de protection de l'environnement serait condamnée à payer des dépens trop élevés pour elle. D'ailleurs, sur certains points, les stipulations de la Convention d'Aarhus peuvent apparaître en retrait dans la lutte contre les obstacles non-juridiques à l'accès au juge par rapport aux normes le garantissant déjà. Les stipulations du cinquième paragraphe de l'article 9 n'imposent effectivement pas la mise en œuvre d'un système d'aide juridictionnelle et, de ce point de vue, offrent une protection moindre par rapport à celles du troisième paragraphe de l'article 47 de la Charte.

683. Comme l'expliquait alors l'avocate générale Julianne Kokott dans ses conclusions sur l'arrêt *Edwards et Pallikaropoulos*, en relayant d'ailleurs la position de la Commission, l'utilité de telles stipulations et de telles dispositions résiderait en réalité dans le fait que l'article 47 de la Charte n'envisage le droit au recours, et par là même l'exigence des coûts non prohibitifs qui lui est associée, que comme un moyen de protéger « ses propres droits ». Or, la convention d'Aarhus et les directives offrent pour leur part une protection qui, au moins sur ce point, est plus étendue en ce qu'elles visent aussi des actions qui tendent à défendre seulement l'environnement, c'est-à-dire un intérêt regardé comme général¹⁹²⁸. La même remarque pourrait être faite s'agissant du premier paragraphe de l'article 6 de la CESDHLF et il semble justement que dans l'affaire *Stop Melox*, si la Convention ne fut expressément évoquée que dans la décision d'admissibilité pour interpréter la notion de victime et admettre l'applicabilité de l'article 6§1, elle joua aussi un rôle d'adjuvant interprétatif lors du règlement au fond de la requête. En cela, cette exigence des coûts non prohibitifs en matière d'environnement ne serait donc pas seulement spéciale mais aussi en partie complémentaire. Le caractère complémentaire ne résiste toutefois pas à une lecture subjectiviste de l'action des groupements défendant des intérêts collectifs qui consiste à regarder leur action, quoique tournées vers la protection d'un intérêt supra-personnel, comme tendant finalement à défendre en priorité un intérêt qui leur est personnel¹⁹²⁹. L'utilité que présenterait alors cette protection spéciale serait, comme le montrent les conditions d'appréciation du caractère « prohibitif » d'un coût, d'attirer l'attention des juridictions sur l'importance des actions privées en cette matière et en particulier de celles des groupements privés comme les associations de protection de l'environnement. Elle réside aussi dans le fait que les normes supra-législatives qui la portent sont assorties de mécanismes de garantie, comme le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus et surtout la Cour de justice, qui permettent d'encadrer de façon hétéronome l'appréciation des autorités législatives et juridictionnelles nationales sur cette question des coûts prohibitifs.

¹⁹²⁷ CJUE, 4^e chambre, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos c. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-260/11, point 33.

¹⁹²⁸ Julianne KOKOTT, Conclusions présentées le 18 octobre 2012 dans l'affaire C-260/11 *David Edwards Lilian Pallikaropoulos Regina contre Environment Agency First Secretary of State Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, points 39-44.

¹⁹²⁹ Cf Chapitre 1 du Titre 1 de la première partie.

684. À cet égard, la Cour a souligné que cette exigence s'appliquait à tous les stades de la procédure, c'est-à-dire de la première instance au pourvoi en cassation¹⁹³⁰ et que les États ne pouvaient y déroger même « lorsqu'un recours est jugé téméraire ou vexatoire, ou en l'absence de lien entre la violation alléguée du droit national de l'environnement et un dommage pour ce dernier »¹⁹³¹. S'agissant des dépens au paiement desquels les juridictions peuvent être amenées à condamner la partie succombant, la Cour a néanmoins rappelé que, comme le stipule le huitième paragraphe de l'article 3 de la Convention¹⁹³², cette exigence n'empêche pas en elle-même une telle condamnation, mais que ses contours ne font que l'encadrer¹⁹³³. À ce titre, la Cour a estimé que le respect de cette exigence devait être apprécié globalement, c'est-à-dire au regard de l'ensemble des coûts financiers occasionnés par la participation à la procédure judiciaire¹⁹³⁴, et qu'il importait que le requérant n'ait pas été dissuadé en l'espèce de l'engager ou de la poursuivre¹⁹³⁵. Plus précisément, pour apprécier si le coût de la procédure, ou plus précisément le niveau des dépens auxquels le requérant est susceptible d'être condamné, est prohibitif, les juridictions nationales doivent tenir compte, et ce quel que soit le stade de la procédure concernée, tant de l'intérêt individuel du requérant que de « l'intérêt général lié à la protection de l'environnement ». À ce titre, il ne doit pas apprécier le caractère prohibitif seulement à l'aune de la situation économique du requérant, qui doit donner lieu à une appréciation contextualisée et située¹⁹³⁶, mais doit aussi procéder à ce que l'arrêt *Edwards et Pallikaropoulos* appelle une « analyse objective », c'est-à-dire vérifier si ce coût n'apparaît pas, en tout état de cause, comme étant « objectivement déraisonnable »¹⁹³⁷. En outre, le juge peut prendre en compte des éléments que la Commission qualifie de « subjectifs » dans sa communication sur l'accès à la justice en matière d'environnement¹⁹³⁸, en référence semble-t-il aux conclusions de l'avocate générale dans l'affaire *Edwards et Pallikaropoulos*, mais qui, n'ayant pas trait nécessairement à la situation du requérant, correspondent plus généralement à une appréciation contextualisée de « la situation des parties en cause, des chances raisonnables de succès du demandeur, de la gravité de l'enjeu pour celui-ci et pour la

¹⁹³⁰ CJUE, 4^e chambre, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos c. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-260/11, point 48.

¹⁹³¹ CJUE, 1^{ère} chambre, 15 mars 2018, *North East Pylon Pressure Campaign et Sheehy*, aff. C-470/16.

¹⁹³² Ce dernier stipule que : « Chaque Partie veille à ce que les personnes qui exercent leurs droits conformément aux dispositions de la présente Convention ne soient en aucune façon pénalisées, persécutées ou soumises à des mesures vexatoires en raison de leur action. La présente disposition ne porte nullement atteinte au pouvoir des tribunaux nationaux d'accorder des dépens d'un montant raisonnable à l'issue d'une procédure judiciaire ».

¹⁹³³ CJUE, 2^e chambre, 16 juillet 2009, *Commission c. Irlande*, aff. C-427/07, point 92.

¹⁹³⁴ CJUE, 2^e chambre, 16 juillet 2009, *Commission c. Irlande*, aff. C-427/07, point 92 ; CJUE, 4^e chambre, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos c. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-260/11, points 27 et 28.

¹⁹³⁵ CJUE, 4^e chambre, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos c. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-260/11, point 47.

¹⁹³⁶ Autrement dit, cette analyse ne saurait reposer « uniquement sur les capacités financières estimées d'un requérant « moyen » » (CJUE, 4^e chambre, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos c. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-260/11, point 41).

¹⁹³⁷ CJUE, 4^e chambre, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos c. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-260/11, point 40.

¹⁹³⁸ Communication de la Commission du 28 avril 2017 sur l'accès à la justice en matière d'environnement (C(2017) 2616 version finale), point 187.

protection de l'environnement, de la complexité du droit et de la procédure applicables, du caractère éventuellement téméraire du recours à ses différents stades ainsi que de l'existence d'un système national d'aide juridictionnelle ou d'un régime de protection en matière de dépens »¹⁹³⁹.

685. Sans doute, la Cour de justice a aussi dans le même temps réduit la portée de cette protection supra-législative puisqu'elle a dénié un effet direct tant aux stipulations de la Convention¹⁹⁴⁰ qu'aux dispositions de la directive 2011/92 UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à cette interdiction des coûts prohibitifs¹⁹⁴¹ et restreint le champ d'application de cette dernière en la limitant « aux seuls dépens afférents à la partie du recours s'appuyant sur la méconnaissance des règles de participation du public »¹⁹⁴². Ce faisant, elle a fait des moyens soulevés le seul critère d'applicabilité ce qui, force est par ailleurs de la constater, n'est ni aisé à mettre en œuvre en pratique ni, par là même, de nature à combattre cette imprévisibilité qui sert de terreau à cet effet dissuasif que l'interdiction des coûts prohibitifs vise justement à éliminer¹⁹⁴³. Dans le même arrêt, la Cour a toutefois compensé cette appréciation restrictive du champ d'application de l'exigence résultant du droit dérivé en faisant jouer un rôle complémentaire aux stipulations du quatrième paragraphe de l'article 9 de la convention d'Aarhus qui, matériellement identiques sur ce point, ont un champ d'application plus large que les dispositions de la directive 2011/92 UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, puisqu'elles n'ont pas vocation à s'appliquer seulement aux aspects des recours ayant trait à la méconnaissance des règles de participation de public telles que garanties par cette dernière¹⁹⁴⁴. Le champ d'application de cette stipulation est même, comme le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus l'avait souligné¹⁹⁴⁵, plus large que celui du deuxième paragraphe de l'article 9 puisqu'il n'est pas, pour sa part, corrélé au champ d'application des stipulations de l'article 6 de ladite Convention qui énumèrent les décisions soumises au principe de participation du public. En outre, la

¹⁹³⁹ Ces éléments ne peuvent ainsi être mis sur le même plan que la situation financière du requérant comme le fait la Commission dans sa communication dans la mesure où la juridiction n'a pas l'obligation mais seulement la possibilité de les prendre en compte. Au reste, même si elle est prudemment précédée d'un « notamment », la liste donnée par la Commission est incomplète puisqu'elle omet « l'existence d'un système national d'aide juridictionnelle ou d'un régime de protection en matière de dépens » en s'appuyant seulement sur le point 42 de l'arrêt et non sur le point 46 qui, quoiqu'ayant une vocation récapitulative, rajoutait cet élément.

¹⁹⁴⁰ CJUE, 4^e chambre, 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, aff. C-543/14.

¹⁹⁴¹ CJUE, 1^{ère} chambre, 17 octobre 2018, *Volkmar Klohn c. An Bord Pleanála*, aff. C-167/17.

¹⁹⁴² CJUE, 1^{ère} chambre, 15 mars 2018, *North East Pylon Pressure Campaign et Sheeb*, aff. C-470/16.

¹⁹⁴³ L'interprétation que la Cour a retenue, contre l'avis d'ailleurs de l'avocat général, de ces dispositions du § 4 de l'article 11 de la directive 2011/92 UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 pouvant être transposée à celles de l'article 25 de la directive n° 2010/75/UE du 24 novembre 2010 et de l'article 23 de la directive « *Seveso III* » compte tenu de leur gémellité rédactionnelle.

¹⁹⁴⁴ Pour rappel, l'article 9 § 4 de la convention stipule que : « en outre, et sans préjudice du paragraphe 1, les procédures visées aux paragraphes 1, 2 et 3 ci-dessus doivent offrir des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par injonction s'il y a lieu, et doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif. Les décisions prises au titre du présent article sont prononcées ou consignées par écrit. Les décisions des tribunaux et, autant que possible, celles d'autres organes doivent être accessibles au public ».

¹⁹⁴⁵ Décision du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus concernant le Royaume-Uni n° ACCC/C/2008/27 du 24 septembre 2010.

Cour a rappelé que ces stipulations et dispositions doivent tout de même, en dépit de leur absence d'effet direct, faire l'objet d'une interprétation conforme de la part des juridictions nationales.

- b- La protection éphémère de certains groupements face aux conclusions reconventionnelles en contentieux de l'urbanisme

686. Force est de constater que cette exigence relative à l'absence de coûts prohibitifs n'a pas bouleversé la physionomie du droit interne.

687. Par exemple, le législateur n'a pas estimé nécessaire de revoir les conditions d'allocation de l'aide juridictionnelle, en particulier en supprimant la référence à son caractère exceptionnel s'agissant des associations agissant en matière d'environnement, alors même qu'elles permettent d'apprécier ce caractère prohibitif. Du côté des juridictions judiciaires et administratives, il est difficile, si ce n'est impossible, de voir si elles prennent effectivement en compte cette exigence de coûts non prohibitifs lorsqu'elles font usage de la marge d'appréciation relativement importante dont elles disposent pour condamner la partie perdante au paiement des dépens et des frais irrépétibles compte tenu de leur attachement, particulièrement prononcé en cette matière, à une motivation brève et stéréotypée. L'opacité de cette jurisprudence ne constitue alors pas seulement un problème pour l'observateur, mais aussi, en ce qu'elle ne laisse finalement passer qu'un sentiment d'imprévisibilité, pour le respect de l'exigence de coûts non prohibitifs, même si le Conseil d'État n'y trouva rien à y redire lorsqu'il fut saisi d'une QPC portant sur l'article L. 761-1 du code de justice administrative¹⁹⁴⁶. En effet, elle ne permet pas, d'une part, de s'assurer si les directives posant cette exigence ont bien été transposées. À cet égard, si la Cour admet que la transposition en droit interne d'une directive puisse se satisfaire « d'un contexte juridique général », elle exige néanmoins que « celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise » et impose que « les dispositions d'une directive [soient] mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, avec la spécificité, la précision et la clarté requises, afin que soit satisfaite l'exigence de la sécurité juridique qui requiert que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits »¹⁹⁴⁷. En outre, cette opacité entretient l'aspect dissuasif que la prohibition des coûts prohibitifs

¹⁹⁴⁶ CE, 2^e et 7^e chambres réunies, 28 décembre 2018, n° 422695. Pour décider que la QPC, dans laquelle le requérant soutenait que « ces dispositions méconnaîtraient le principe constitutionnel de motivation des décisions juridictionnelles et le droit à un recours effectif, garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et seraient entachées d'incompétence négative en n'imposant pas aux juridictions administratives de prévoir une motivation suffisante lorsqu'elles statuent sur les conclusions présentées au titre de ces dispositions », n'était pas sérieuse, il mit alors en avant que « les jugements des juridictions administratives sont motivés, ainsi que l'énonce l'article L. 9 du code de justice administrative » et « qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose au juge administratif d'adopter, pour statuer sur des conclusions accessoires présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, des motifs plus détaillés que ceux qu'il retient habituellement ».

¹⁹⁴⁷ Ce sont là des jurisprudences constantes que la Cour de justice de l'Union européenne avait rappelées lorsqu'elle avait dû se prononcer sur le recours en manquement dirigé contre l'Irlande motivé par la non-transposition des directives 85/337/CEE

visé à faire disparaître, ainsi que l'ont relevé la Cour de justice¹⁹⁴⁸, y compris d'ailleurs en dehors du champ du droit de l'environnement¹⁹⁴⁹ et, plus récemment, la Commission¹⁹⁵⁰.

688. Ce n'est finalement que de façon partielle et éphémère - mais aussi imparfaite - que cette exigence spécifique de coûts non prohibitifs en matière d'environnement a été explicitement prise en considération en droit interne à travers l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme dans sa version initiale issue de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme. En effet, tout en offrant la possibilité au bénéficiaire de l'autorisation d'utilisation ou d'occupation des sols attaquée de déposer des conclusions reconventionnelles aux fins d'indemnisation devant le juge de l'excès de pouvoir¹⁹⁵¹, cette disposition réservait l'hypothèse dans laquelle « une association régulièrement déclarée et ayant pour objet principal la protection de l'environnement au sens de l'article L. 141-1 du code de l'environnement » était à l'origine du recours, en la présentant comme étant alors « présumée agir dans les limites de la défense de ses intérêts légitimes ». Même si la commission *Labetoulle* était aussi tout à fait consciente de ce problème du coût prohibitif et de l'importance que lui accordait la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'elle proposa de donner la possibilité au pétitionnaire de déposer des conclusions reconventionnelles, elle n'est pas à l'origine de cette présomption et ne réservait le cas des associations – par une rédaction d'ailleurs assez hasardeuse¹⁹⁵² - qu'au niveau des limitations matérielles apportées à l'intérêt pour agir. Introduisant une différence de traitement, qui n'existait pas dans la jurisprudence judiciaire sur l'abus d'ester en justice¹⁹⁵³, cette disposition fut en réalité envisagée pour la première fois par la ministre du logement au cours des débats ayant précédé l'adoption de la loi n° 2013-569 du 1^{er} juillet 2013 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction¹⁹⁵⁴. Si seules les associations agréées pour la protection de l'environnement furent évoquées au cours des débats parlementaires, c'est une autre option qui fut retenue. Ainsi, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet

et 2003/35/CE. À cette occasion, elle avait d'ailleurs considéré que « s'il est constant que les juridictions irlandaises ont la faculté de renoncer à condamner la partie qui succombe aux dépens et peuvent, au surplus, faire peser la charge des frais encourus par celle-ci sur l'autre partie, force est de constater qu'il ne s'agit là que d'une pratique juridictionnelle », « cette seule pratique, qui ne revêt pas, par nature, de caractère certain, ne saurait, au regard des exigences posées par la jurisprudence constante de la Cour rappelée aux points 54 et 55 du présent arrêt, être considérée comme constituant une exécution valable des obligations qui résultent de l'article 10 *bis* de la directive 85/337, inséré par l'article 3, point 7, de la directive 2003/35, et de l'article 15 *bis* de la directive 96/61, inséré par l'article 4, point 4, de la même directive » (CJUE, 2^e chambre, 16 juillet 2009, *Commission c. Irlande*, aff. C-427/07, points 93-94).

¹⁹⁴⁸ CJUE, 2^e chambre, 13 février 2014, *Commission c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-530/11, point 58.

¹⁹⁴⁹ CJCE, 5^e chambre, 11 décembre 2003, *AMOK Verlags GmbH c. A & R Gastronomie GmbH*, aff. C-289/02, point 30.

¹⁹⁵⁰ Communication de la Commission du 28 avril 2017 sur l'accès à la justice en matière d'environnement (C(2017) 2616 version finale), points 189, 190, 193

¹⁹⁵¹ Sur ce dispositif, V. Chapitre 2 du Titre 1^{er} de la première partie.

¹⁹⁵² Cf Chapitre 2 du Titre 1^{er} de la première partie.

¹⁹⁵³ En effet, comme cela fut dit précédemment, elle ne module pas sa jurisprudence sur l'abus de droit en fonction de l'identité de leur titulaire. En revanche, de manière générale, elle adopte une approche restrictive eu égard à la nature du droit en cause et, s'agissant du droit d'agir en justice, de celle des voies de droit utilisées.

¹⁹⁵⁴ Annick LEPETIT, *Rapport n° 1041 fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi, habilitant le Gouvernement à légiférer pour accélérer les projets de construction (n° 1017)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 mai 2013, p. 33 ; Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la 1^{ère} séance du 21 mai 2013, *JOAN*, p. 5397.

2013 relative au contentieux de l'urbanisme évoquait les « associations environnementales régulièrement déclarées » et ce sont les « association[s] régulièrement déclarée[s] et ayant pour objet principal la protection de l'environnement au sens de l'article L. 141-1 du code de l'environnement » qui ont été finalement retenues au second alinéa de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme.

689. Avec un tel champ d'application personnel, cette présomption de « défense dans la limite des intérêts légitimes », qui semblait en rappeler d'autres¹⁹⁵⁵, ne permettait alors ni de lutter efficacement contre les recours abusifs, ni même de respecter totalement les normes supra-législatives exigeant des coûts non prohibitifs.

690. En effet, si le code de l'urbanisme faisait alors référence, par renvoi au code de l'environnement, aux conditions relatives au champ des activités que les associations doivent réellement exercer pour prétendre obtenir l'agrément en matière de protection de l'environnement¹⁹⁵⁶, il imposait en réalité au juge de l'excès de pouvoir de ne s'intéresser qu'à leurs activités statutaires et ne lui permettait donc pas de s'assurer de la sincérité de l'engagement associatif¹⁹⁵⁷. En outre, le champ desdites activités statutaires étant alors extrêmement large, il ne garantissait même pas un minimum d'adéquation matérielle entre l'objet de l'association et la nature de l'incidence que l'autorisation d'urbanisme litigieuse pouvait avoir sur l'environnement¹⁹⁵⁸. Quant à la référence à la seule déclaration régulière de l'association, elle paraissait

¹⁹⁵⁵ Par exemple, celle dont bénéficient les associations agréées pour la protection de l'environnement, et les groupements qui leur sont assimilés, aux termes de l'article L. 142-1 du code de l'environnement, ou encore celle dont bénéficient les organisations non gouvernementales sur le fondement de l'article 9§2 de la convention d'Aarhus et reprise par la directive 85/337 CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et la directive 96/61 CE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution telles que modifiées l'une et l'autre par la directive 2003/35 CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice.

¹⁹⁵⁶ Pour rappel, le premier alinéa de l'article L. 141-1 du code de l'environnement dispose que « Lorsqu'elles exercent leurs activités depuis au moins trois ans, les associations régulièrement déclarées et exerçant leurs activités statutaires dans le domaine de la protection de la nature et de la gestion de la faune sauvage, de l'amélioration du cadre de vie, de la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, de l'urbanisme, ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances et, d'une manière générale, œuvrant principalement pour la protection de l'environnement, peuvent faire l'objet d'un agrément motivé de l'autorité administrative ».

¹⁹⁵⁷ Même s'il est vrai, comme le montre le contentieux relatif à l'octroi des agréments, que « la protection de l'environnement » au sens de l'article L. 141-1 du code de l'environnement doit être interprétée à l'aune des différents domaines mentionnés dans même article. Dès lors, en employant une formule voulue comme synthétique, l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme ne faisait que confirmer cette lecture de l'article L. 141-1 du code de l'environnement pour déterminer les activités susceptibles de rendre une association éligible à l'agrément.

¹⁹⁵⁸ Ainsi, « l'urbanisme » n'est que l'une des activités statutaires mentionnées dans cet article L. 141-1 du code de l'environnement. Dès lors, cela reviendrait à présumer que certains recours pour excès de pouvoir sont exercés dans le cadre de la défense des intérêts légitimes alors même qu'ils devraient être regardés comme irrecevables au regard de la jurisprudence relative à l'exigence d'adéquation matérielle entre les intérêts défendus par les associations et l'objet des décisions d'autorisation d'urbanisme. Toutefois, le Conseil d'État n'a pas exclu la possibilité pour des associations de défense de l'environnement d'ester en justice aux fins d'obtenir l'annulation d'autorisations d'urbanisme même si leur objet social n'est pas strictement consacré aux questions d'urbanisme. Dès lors, l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme s'inscrirait dans la jurisprudence, et dans l'esprit de la convention d'Aarhus, consistant à prendre en compte l'ensemble des incidences environnementales d'une décision d'urbanisme. Il faut toutefois rappeler que cette correspondance entre l'activité statutaire et l'activité réelle n'est pas automatique dans le contentieux de l'agrément puisque les modalités d'exécution d'un objet statutaire rentrant pourtant dans les domaines listés à l'article L.141-1 du code de l'environnement ont pu être regardées comme ne constituant pas à titre principal une activité en faveur de la protection de l'environnement. Ainsi, la présomption de l'article L. 600-7 était susceptible de s'appliquer à des associations qui ne seraient pas considérées comme exerçant à titre principal une activité de protection de l'environnement au sens et pour application de l'article L. 141-1 du code de l'environnement.

incohérente avec les autres dispositions du code de l'urbanisme puisqu'il n'était alors pas précisé, comme l'imposait alors l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme, qu'elle devait être antérieure à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire. En somme, une association *ad hoc* pouvait être « présumée agir dans les limites de la défense de ses intérêts légitimes » du point de vue de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme mais regardée comme une manifestation de l'abus d'ester en justice du point de vue de l'article L. 600-1-1 du même code.

691. En revanche, et cela peut sembler paradoxal, le champ d'application personnel de cette présomption apparaissait cette fois trop réduit du point de vue des normes supra-législatives ayant pour objet de lutter contre ces coûts prohibitifs. Dans le cadre de la convention d'Aarhus, la lutte contre les coûts prohibitifs mentionnée au quatrième paragraphe de l'article 9 est l'un des dénominateurs communs des procédures mentionnées au premier, deuxième et troisième paragraphe de ce même article, c'est-à-dire elle doit bénéficier à toute personne ayant formulé une demande d'information, à chaque membre du « public concerné » ou du « public », et non aux seules associations. De même, les directives visent le « public concerné » du §2 de l'article 9 de la convention d'Aarhus sans distinguer, au sein de ce « public concerné », les requérants devant bénéficier de cette exigence. Au sein des requérants spécialement protégés par ces normes supra-législatives, les dispositions de l'article L. 600-7 conduisaient donc à faire une différence de traitement que rien ne justifiait.

692. Au lieu de revoir le champ d'application de cette présomption, le législateur a choisi tout simplement de la faire disparaître lors du vote de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Alors que le projet de loi déposé par le Gouvernement, qui désirait alors assouplir les conditions d'application de l'article L. 600-7, ne prévoyait que la réduction du champ d'application de cette présomption au profit des associations agréées de protection de l'environnement, ce qui en soi n'était déjà pas satisfaisant, les sénateurs obtinrent plutôt sa suppression pure et simple lors de l'examen du texte en commission en prétendant seulement faire en quelque sorte œuvre de salubrité législative. En effet, estimant que la présomption qui avait été ainsi instituée n'était pas irréfragable, ce qui était un point que le juge administratif n'avait même pas eu le temps de trancher, les auteurs de l'amendement estimaient donc qu'elle était en réalité superfétatoire puisque l'auteur d'un recours est de toute façon présumé agir de façon non abusive jusqu'à preuve du contraire¹⁹⁵⁹. Les tentatives infructueuses de réintroduction de cette présomption lors du débat en séance publique, au cours desquels la convention d'Aarhus ne fut d'ailleurs même pas évoquée, montrent toutefois que c'est bien la lutte contre les recours abusifs qui était derrière la suppression de cette disposition¹⁹⁶⁰ qui avait pourtant été présentée comme inoffensive et qui, en tout état de cause, n'était pas

¹⁹⁵⁹ Dominique ESTROSI SASSONE, *Rapport n° 630, fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, enregistré à la Présidence du Sénat le 4 juillet 2018, p. 308.

¹⁹⁶⁰ Sénat, *Compte rendu intégral de la séance du 19 juillet 2018*, JORF, p. 11110-11112.

responsable de l'échec de l'article L. 600-7¹⁹⁶¹. En outre, le législateur a bien veillé à ce que les associations, qui sont, sans distinction aucune, censées poursuivre « des objectifs d'intérêt général »¹⁹⁶², ne puissent tirer aucun profit pécuniaire de leur activité contentieuse en leur interdisant de se désister ou de s'engager à se désister pour des contreparties financières de recours en annulation contre des permis de construire, de démolir ou d'aménager sauf lorsqu'elles agissent « pour la défense de leurs intérêts matériels propres »¹⁹⁶³.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

693. Après avoir ainsi tenté d'ordonner – autant que faire se peut - une matière aussi éparpillée que peut l'être le filtrage des actions collectives des groupements privés en droit public français, il est possible de retenir deux enseignements. En premier lieu, l'absence de réflexion d'ensemble du jurislatureur sur cette question qui ne rend pas seulement laborieux tout exercice de synthèse, mais aussi illisible certaines notions - comme celle de « représentativité » qui est employée à l'envi - et produit de nombreuses incohérences. En second lieu, si le jurislatureur est bien conscient du potentiel subversif de telles actions et de leurs inconvénients, il peine encore à trouver des critères adéquats pour empêcher leur dévoiement.

SECTION 2 : L'action collective à l'épreuve du redéploiement des fonctions contentieuses

694. Si l'action collective des groupements privés est pour partie justifiée par l'impéritie des autorités publiques habilitées à défendre en justice des intérêts collectifs supra-personnels, l'institution juridictionnelle est aussi un canal traditionnel de régulation dont l'efficacité fut - et est d'ailleurs toujours – parfois contestée. Par là même, ce n'est pas seulement l'utilité de l'action juridictionnelle, y compris lorsqu'elle est introduite par des groupements privés, qui semble être mise en cause (§1) mais aussi la possibilité pour ces groupements de l'exercer. A l'analyse, il apparaît toutefois que cette recherche d'une meilleure protection de certains intérêts collectifs par le développement de modes extra-juridictionnels d'exercice des fonctions contentieuses, qui par certains moments se veut d'ailleurs en réalité elle aussi équilibrée, conduit surtout à repenser les formes de l'action collective en droit public (§2).

¹⁹⁶¹ Cf. Chapitre 2 du titre 1^{er} de la première partie.

¹⁹⁶² C'est du moins ainsi que les présentait l'étude d'impact (Étude d'impact, *Projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, 3 avril 2018, p. 155).

¹⁹⁶³ Art. L. 600-8 du code de l'urbanisme tel que modifié par l'article 80 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Destiné à lutter contre la pratique des recours mafieux, cet article, dont la version initiale est issue de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme, impose seulement aux autres requérants, l'obligation de faire enregistrer ce type de transaction auprès de l'administration fiscale à peine de s'exposer à une action en répétition.

§1- L'action juridictionnelle des groupements privés, victime collatérale de la remise en cause de l'institution juridictionnelle

695. De prime abord, le développement d'une « justice hors du juge »¹⁹⁶⁴, même s'il n'est pas exclusif d'un phénomène de « juridictionnalisation rampante »¹⁹⁶⁵ (A), tend à remettre en cause l'utilité même que peut présenter l'action juridictionnelle, qu'elle soit d'ailleurs exercée ou non par des groupements privés, du point de vue de la défense des intérêts collectifs (B).

A- Le redéploiement des fonctions contentieuses

696. La fonction contentieuse, entendue comme la fonction « qui vise à surmonter toute difficulté dans l'exécution du droit par la production d'un acte juridique contraignant »¹⁹⁶⁶ n'est pas l'apanage du juge, c'est-à-dire que cette fonction, qu'elle soit ou non répressive, peut très bien emprunter des canaux de régulation sociale parallèles au canal juridictionnel.

697. La reconnaissance au profit des autorités administratives d'un pouvoir répressif, bien avant que le terme de sanction administrative acquière « droit de cité dans le vocabulaire juridique » au cours des années 1940¹⁹⁶⁷, tend même à montrer qu'elle ne le fut jamais. Apparue en France avant que le modèle répressif libéral ne s'impose, la répression administrative, qu'elle s'exerce ou non dans le cadre d'une relation particularisée avec l'administration, a toujours coexisté avec la « répression judiciaire »¹⁹⁶⁸ - ou plutôt juridictionnelle¹⁹⁶⁹ - et s'est développée au rythme des évolutions affectant le rôle de l'État¹⁹⁷⁰. Ainsi, bien que ce canal de régulation prenne sa source dans l'Ancien Régime, passant ainsi pour l'une des manifestations les plus éclatantes de la confusion des pouvoirs le caractérisant, et qu'au nombre de ses affluents se trouvent des législations étendant, notamment en matière économique, le champ des missions assumées par l'État ou qui furent des plus liberticides, comme le code de l'indigénat mis en place par l'administration coloniale et la législation dirigiste et corporatiste du régime de Vichy, il ne fut tari ni par la consécration de la séparation des pouvoirs lors de la Grande Révolution, ni pas le rétablissement de la

¹⁹⁶⁴ Pierre DELVOLVÉ, « la justice hors du juge », *cab. dr. entr.*, 1984, n° 27, p. 15.

¹⁹⁶⁵ Agnès ROBLOT-TROIZIER, Guillaume TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence », *RFDA*, 2013, p. 141.

¹⁹⁶⁶ Thomas PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 127, 2013, n° 49, p. 57.

¹⁹⁶⁷ Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, Thèse. dactyl., Université de Caen, 1973, p. 6 cité par Hélène PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », *JCPA* n° 11, 11 mars 2013, 2072, Étude.

¹⁹⁶⁸ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 75, 1967, p. 14, ndbp n° 7.

¹⁹⁶⁹ Sauf à omettre les pouvoirs répressifs dont disposent aussi les juridictions non judiciaires comme le juge administratif dans le contentieux des contraventions de grande voirie.

¹⁹⁷⁰ Mireille DELMAS-MARTY, Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger. De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 13-18.

légalité républicaine lors de la Libération, ni enfin par l'avènement d'un État se voulant plus « régulateur » que providence¹⁹⁷¹.

698. A la faveur de ce passage d'un État providence à un État régulateur, qui n'en demeure pas moins « socialement actif »¹⁹⁷², ce mode d'exercice de la fonction répressive s'est même redéployé au profit d'autorités qui sont présentées comme indépendantes et dont le champ de compétence matériel peut être aussi bien général que confiné à un secteur de l'économie ou de la vie sociale. Le pouvoir de sanction qui leur fut ainsi dévolu ne s'exerce alors pas nécessairement à l'égard de personnes qui sont liées à elles¹⁹⁷³ et, lorsqu'un tel lien existe, que ce soit sous la forme d'une autorisation ou d'une déclaration préalable, il ne prend pas nécessairement appui sur lui comme peut le faire, par exemple, une suspension ou un retrait d'autorisation. Il tend même à s'en détacher ainsi qu'en témoigne la place que les sanctions pécuniaires ont progressivement prise au sein de l'arsenal répressif des autorités de régulation sectorielles et qui, mis à part en matière contractuelle, n'étaient en principe pas au nombre de celles que pouvait prononcer l'administration dans sa forme traditionnelle. Cette dernière n'est toutefois pas en reste puisque ses propres pouvoirs répressifs furent accrus dans le sillon de ce redéploiement.

699. L'exemple venu d'en haut que pouvait représenter ce qui était alors le droit communautaire ainsi que la bénédiction accordée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il se prononça sur la constitutionnalité du pouvoir de sanction accordé à ces autorités de régulation sectorielles¹⁹⁷⁴ semble avoir désinhibé le législateur qui pût succomber aux charmes de ce qui est devenu le mantra de chaque nouvelle réforme des politiques publiques : l'efficacité. Il a alors poursuivi ce redéploiement de la fonction répressive au profit d'administrations traditionnelles dont l'arsenal répressif a été étoffé afin de leur permettre, avec les pouvoirs de police spéciale dont certaines disposent, de mener plus efficacement les missions qui leur sont dévolues. Au grand dam des auteurs qui persistent à voir en elle un « cancer rongant la répression pénale »¹⁹⁷⁵ et dont l'Histoire a démontré la nocivité pour l'exercice des droits et libertés, le champ de

¹⁹⁷¹ Jacques CHEVALLIER, « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, p. 473.

¹⁹⁷² *Ibid.*

¹⁹⁷³ C'est le cas pour des autorités à compétence générale ou « horizontales » (Achour TAIBI, *Pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique. Témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2018, p. 26) comme l'Autorité des marchés financiers ou l'Autorité de la concurrence.

¹⁹⁷⁴ Alors qu'il entretenait jusqu'alors le flou en se montrant tantôt réservé quant à l'attribution d'un tel pouvoir de sanction à des autorités administratives (CC, n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, cons. n° 33 ; CC, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. n° 81) ou en couvrant d'un silence qui pouvait sembler approbateur de tel dispositifs, c'est-à-dire en refusant de se prononcer d'office lorsqu'il en était saisi (V., par exemple, s'agissant des pouvoirs de sanction du Conseil de la concurrence : CC, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*), le Conseil constitutionnel a finalement clairement tranché en faveur de la constitutionnalité du pouvoir de sanction des autorités administratives dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 en déclarant qu'il est loisible au législateur « de charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle ; que la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission » (CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. n° 27) (Sur cette évolution, V. Catherine TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 153).

¹⁹⁷⁵ Jacques MOURGEON, *thèse.précit.*, p. 11, ndbp. n°4.

cette répression administrative n'a ainsi cessé de s'étendre, permettant de sanctionner le non-respect de réglementations édictées aussi bien en matière douanière, fiscale, économique, sociale, de santé ou encore environnementale.

700. Le volet non répressif de la fonction contentieuse n'est pas non plus épargné par ce phénomène de redéploiement comme en témoigne l'attribution aussi à des autorités administratives en charge de la régulation économique de certains secteurs d'une fonction de règlement des différends. Inauguré avec le médiateur du Cinéma¹⁹⁷⁶, l'exercice extra-juridictionnelle de cette fonction de règlement des différends essaima ensuite, en partie sous l'influence et la contrainte du droit international et de l'Union européenne, dans les domaines des télécommunications, de l'énergie, des transports et de la protection des droits d'auteurs.

701. Concernant tant le volet répressif que non répressif de la fonction contentieuse et bénéficiant tant à des formes institutionnelles novatrices que plus classiques, ce redéploiement est le signe d'une méfiance à l'égard de l'institution juridictionnelle dont l'action collective des groupements privés pourrait pâtir.

B- La mise en cause de l'utilité de l'action juridictionnelle des groupements privés

702. Au regard des motifs structurels qui ont pu présider à ce redéploiement des fonctions contentieuses au profit d'autorités administratives nouvelles ou même traditionnelles, ce dernier ne se contente pas de concurrencer l'action juridictionnelle des groupements défendant des intérêts collectifs (1). Il remet en cause son utilité même au travers de l'institution qui en est saisi (2).

1- Des motifs structurels en partie communs avec le développement de l'action collective des groupements privés

703. Les motifs structurels ayant présidé au développement de l'action collective des groupements privés semblent recouper, pour partie, ceux ayant conduit à ce redéploiement de la fonction contentieuse, en particulier au profit d'autorités indépendantes. En effet, l'une comme l'autre constitue une réaction aux carences d'institutions qui sont traditionnellement censées permettre la protection des desdits intérêts collectifs.

704. Ainsi, la prolifération de ces autorités administratives indépendantes à partir des années 1970 constituait notamment une réponse nouvelle pour les pouvoirs publics qui étaient confrontés, à la fois, « à la naissance de nouveaux pouvoirs (médiatique, bureaucratique, technique, scientifique...) ou au

¹⁹⁷⁶ « Médiateur » qui, eu égard à l'effet contraignant des décisions qu'il peut prendre en l'absence de conciliation dans les litiges relatifs à la seule « diffusion en salle des œuvres cinématographiques » et ayant « pour origine une situation de monopole de fait, une position dominante ou toute autre situation ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et révélant l'existence d'obstacles à la plus large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général », n'a de médiateur que le nom.

renforcement de pouvoirs plus traditionnels (pouvoir politique, forces économiques) »¹⁹⁷⁷ et à une exigence accrue de régulation sociale dans ces secteurs. Or, de la même manière que l'attribution de la qualité pour agir à des groupements et le renforcement des coopérations avec le parquet peut être justifiée par l'expertise dont celles-ci bénéficieraient dans un domaine considérée, la mise en place d'autorités au sein desquelles siègent des représentants des secteurs régulés ou, voire en sus, des personnalités « qualifiées » est, pour sa part, censée remédier à l'« asymétrie d'information » que la technicité d'un secteur était susceptible de provoquer entre l'autorité publique et, par exemple, les entreprises régulées ou supervisées¹⁹⁷⁸ ou encore doter les pouvoirs publics d'une « expertise crédible »¹⁹⁷⁹.

705. Dans le même ordre d'idées, la création d'autorités indépendantes dotées de fonctions contentieuses devrait permettre, comme la reconnaissance de la qualité pour agir des groupements privés, de faire disparaître les obstacles que la politisation des administrations traditionnelles, ou à tout le moins le rapport de subordination qu'elles entretiennent avec le pouvoir politique, est susceptible de constituer pour garantir l'effectivité de la protection d'intérêts collectifs.

706. Toutefois, si la main du pouvoir pouvait effectivement apparaître mal venue dès lors qu'il s'agissait de garantir le caractère concurrentiel d'un marché dans lequel l'État intervenait encore comme opérateur ou, plus largement, l'exercice de droits et de libertés qu'il était lui-même susceptible de menacer¹⁹⁸⁰, ce n'est pas toujours par défiance à son égard, ou plutôt pas seulement ou immédiatement pour cette raison, que le législateur a ainsi décidé de couper le cordon ombilical reliant une autorité de régulation au Gouvernement. En effet, la création d'autorités de régulation indépendantes passe parfois, pour partie, pour un signe de « la lâcheté du pouvoir »¹⁹⁸¹ qui met l'ingénierie institutionnelle au service d'une stratégie de défaussement, c'est-à-dire pour se camoufler derrière une autorité qui doit endosser la responsabilité de décisions susceptibles d'être trop impopulaires dans des domaines eux-mêmes jugés trop sensibles¹⁹⁸² et lorsque cette indépendance s'est imposée au législateur français, comme ce fut le cas dans le cadre de l'ouverture à la concurrence de certains services en réseau, ce n'est pas une défiance de principe à l'égard du pouvoir politique qui l'a motivée, du moins dans un premier temps. En effet, à l'origine, l'indépendance du régulateur à l'égard du pouvoir politique pouvait même passer pour une

¹⁹⁷⁷ Catherine TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution » in Claude-Albert COLLIARD, Gérard TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 28.

¹⁹⁷⁸ Patrice GELARD, *Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation*, déposé le 15 juin 2006, p. 26-27

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁹⁸⁰ Etant d'ailleurs entendu que ces deux motifs de défiance peuvent se succéder dans le temps et s'agglomérer l'un à l'autre. C'est effectivement ce qui ressort de l'étude des différentes strates de textes ayant réformé le secteur de l'audiovisuel et conduit à la mise en place du Conseil supérieur de l'audiovisuel (Sur ce point, V. Thomas PERROUD, *thèse.précit.*, n° 141-147, p. 124-128).

¹⁹⁸¹ Georges DUPUIS, « Introduction » in Claude-Albert COLLIARD, Gérard TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 16

¹⁹⁸² En ce sens, le rapport Mézard évoquait le cas de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), de l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA) ou encore du Comité d'indemnisation des victimes d'essais nucléaires (CIVEN) (Jacques MÉZARD, *Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, enregistré à la Présidence du Sénat le 28 octobre 2015, p. 24-25).

condition contingente de l'ouverture à la concurrence de ces secteurs. Elle ne s'est effectivement imposée que de manière indirecte par la confrontation entre, d'une part, les liens unissant les pouvoirs publics et l'opérateur historique dont le monopole se trouvait mis en cause et, d'autre part, le principe de non cumul des fonctions d'opérateur et de régulateur qui, dégagé par la Cour de justice des Communautés européennes¹⁹⁸³ puis repris ensuite par la Commission dans son *Livre Vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications*¹⁹⁸⁴ ainsi que les directives dans les secteurs des communications électroniques¹⁹⁸⁵, des services postaux¹⁹⁸⁶ et énergétiques¹⁹⁸⁷, est destinée à garantir l'impartialité du régulateur et, par là même, l'égalité des chances en les opérateurs intervenant sur ces marchés. Autrement dit, l'indépendance par rapport à l'opérateur public est devenue une indépendance par rapport à l'autorité politique contrôlant cet opérateur¹⁹⁸⁸ et ce n'est que dans un second temps que l'indépendance à l'égard du pouvoir politique est apparue par elle-même, c'est-à-dire indépendamment de toute considération pour un éventuel risque de cumul des fonctions et de la présence d'un opérateur public sur le marché régulé, comme une condition nécessaire à « l'efficacité de la régulation sectorielle »¹⁹⁸⁹. La régulation d'un marché ne serait fiable et crédible pour les opérateurs économiques que si elle est sanctuarisée, c'est-à-dire mise à l'abri des soubresauts que des changements de majorité risquent de provoquer ou même simplement de considérations d'opportunité politique qui viendraient interférer au quotidien dans les arbitrages qu'implique sa mise en œuvre, le cas échéant, lors de l'exercice de fonctions contentieuses¹⁹⁹⁰.

¹⁹⁸³ CJCE, 20 mars 1985, *République italienne c. Commission*, aff. C-41/83.

¹⁹⁸⁴ Livre vert sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications, COM (87) 290, juin 1987.

¹⁹⁸⁵ Art. 6 de la directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication

¹⁹⁸⁶ Art. 22 de la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté telle que modifiée par la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008.

¹⁹⁸⁷ Art. 23 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE ; art. 25 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

¹⁹⁸⁸ Gabriel ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 2012, p. 631.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ Ainsi que le note M. Gabriel Eckert, un tel glissement peut s'observer dans la rédaction même d'une partie de ces directives encadrant ces régulations sectorielles comme le treizième considérant de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, le trente-troisième et le trente-quatrième considérant de la directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE ou encore le trentième considérant de la directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE. Cette méfiance à l'égard du pouvoir politique et des pressions qu'il pourrait exercer se retrouve aussi, plus récemment, dans le cinquante-troisième considérant de la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché et le trente-septième considérant de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant

707. Quoique l'attribution de la qualité pour agir à des groupements privés défendant des intérêts collectifs et la création d'autorités indépendantes chargées d'une mission de régulation constituent l'une et l'autre les symptômes de ce « sentiment d'une défaillance des structures habituelles de l'État qui ne seraient plus capables d'assumer les missions qui étaient autrefois les leurs »¹⁹⁹¹, l'attribution de fonctions contentieuses à ces autorités ne présentent pas exactement la même utilité. En effet, le redéploiement des fonctions contentieuses au profit d'autorités administratives indépendantes procède d'une critique plus étendue de ces « structures habituelles de l'État » car il n'est pas simplement destiné à pallier les lacunes des personnes publiques ou de leurs organes habilités à saisir le juge mais aussi, bien que certaines d'entre elles puissent par ailleurs aussi la saisir, celles de l'institution juridictionnelle elle-même. Ce faisant, il conduit à relativiser l'utilité même que peuvent présenter, du point de vue de la défense d'intérêts collectifs, des actions empruntant la voie juridictionnelle.

2- Une remise en cause indirecte de l'utilité des actions collectives des groupements privés

708. Le redéploiement de la fonction contentieuse qui s'est opéré à la faveur et à la suite de la mise en place de mécanismes de régulation économique, sectorielle ou générale, apparaît avant tout comme un acte de défiance à l'égard de l'institution juridictionnelle qui ne semble pas à même de garantir une protection effective de certains intérêts collectifs ou parfois suffisamment conciliante à l'égard des intérêts des personnes susceptibles d'être mises en cause.

709. Ce sont bien les lacunes, réelles ou supposées, de cette dernière qui constituent les motifs juridiques « structurels »¹⁹⁹² ayant conduit le législateur français et européen à attribuer une fonction de règlement des différends et d'une fonction répressive à des autorités administratives de régulation. Pourtant, de prime abord, les organes juridictionnels présentent toutes les garanties d'« indépendance »

le code des communications électroniques européen, le quatre-vingtième considérant de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE.

¹⁹⁹¹ Jacques MÉZARD, *Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, enregistré à la Présidence du Sénat le 28 octobre 2015, p. 25.

¹⁹⁹² Comme l'explique M. Thomas Perroud, il y a aussi des raisons plus conjoncturelles qui ont pu justifier en France la mise en place d'autorités administratives dotées de telles prérogatives. Par exemple, au travers la création du Médiateur du cinéma, c'est-à-dire de la première autorité administrative habilitée à enjoindre à parties à un litige de contracter, le législateur réagissait à une longue bataille judiciaire qui avait vu s'opposer les distributeurs et les exploitants de salles et conduit une partie de ces derniers, en l'occurrence les indépendants qui s'estimaient victimes d'une entente et d'un abus de position dominante de la part des premiers, à saisir la Commission de la concurrence. Dans un premier temps, celle-ci se contenta de recommander la mise en place d'un code de bonne conduite mais, saisie du projet de loi, elle admit qu'il était souhaitable que les exploitants eussent à leur disposition un moyen simple et rapide pour obtenir la délivrance d'une copie de film en l'absence de conciliation grâce à, par exemple, à des recommandations rendues publiques. Le législateur décida toutefois d'aller plus loin en donnant la possibilité au Médiateur d'enjoindre un distributeur de films en cas de refus de fournir un film dont les motifs seraient abusifs. Il estimait que le Médiateur serait à même de saisir et de s'adapter à la particularité de chacune des situations litigieuses (V. Thomas PERROUD, *thèse, précit.*, n° 239-240, p. 179-181, V. aussi, du même auteur, plus spécialement sur l'origine de la fonction de règlement des différends : Thomas PERROUD, « Les raisons de l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation : une comparaison France-Royaume-Uni », *Droit et société*, vol. 93, n° 2, 2016, p. 317).

à l'égard du pouvoir politique, tant sur le plan organique que fonctionnelle, nécessaires pour exercer de telles mission de régulation.

710. Il était néanmoins difficile d'admettre, en premier lieu, qu'ils pussent se voir attribuer une mission de régulation économique dont la mise en œuvre, étant un « *continuum* » entre des pouvoirs s'exerçant aussi bien *ex post* que *ex ante*¹⁹⁹³, suppose d'exercer à la fois des fonctions répressives et préventives. Confier cette régulation *ex ante* au juge, en sus de son pouvoir répressif ou de règlement des différends, impliquait qu'il pût édicter des formes d'arrêts de règlement¹⁹⁹⁴ dont la prohibition séculaire passe même en France pour une garantie du respect de la séparation des pouvoirs¹⁹⁹⁵. Comme le montrent les débats ayant entouré l'idée défendue par Jean Foyer de création d'une Cour de justice économique, le « gouvernement des juges » demeure un spectre suffisamment effrayant pour le législateur français au point de lui faire préférer le développement, par exemple, d'un système répressif administratif qui, aux yeux de certains auteurs, n'apparaît pas non plus comme le meilleur hommage à l'œuvre du baron de la Brède¹⁹⁹⁶.

711. En tout état de cause, les modalités d'exercice de la fonction contentieuse par l'institution juridictionnelle, tant au regard des règles de droit substantiel que le juge doit appliquer que celles encadrant les conditions dans lesquelles il doit les appliquer, n'offrait pas un cadre satisfaisant au regard d'un impératif d'efficacité qui n'est d'ailleurs pas l'apanage de la régulation économique.

712. Dans le domaine de la régulation économique sectorielle, le droit applicable devant le juge civil ne lui permet pas de faire face aux litiges ayant trait à l'interconnexion et à l'accès à ces services en réseau. Plus précisément, de tels litiges naissent des refus de contracter de la part de l'opérateur historique qui par ailleurs a pu conserver la propriété de son réseau. Or, tandis que l'opérateur historique peut se placer sous les auspices de la conception exclusiviste du droit de propriété, le nouvel entrant éconduit ne peut que difficilement compter sur le droit des obligations dans son volet contractuel comme extracontractuel. En effet, le premier, demeurant attaché au dogme de l'autonomie de la volonté et à la fiction de l'égalité formelle, est encore globalement trop rétif à toute intervention du juge pour encadrer la décision de contracter ou même le contenu du contrat¹⁹⁹⁷ et la mise en œuvre du second est rendue excessivement difficile par le régime probatoire applicable devant le juge civil ainsi que le caractère principalement accusatoire de la procédure suivie devant lui¹⁹⁹⁸. C'est effectivement la procédure même qui est suivie devant le juge civil qui se trouve aussi stigmatisée aux fins de justifier la mise en place de

¹⁹⁹³ Marie-Anne FRISON ROCHE, « Ambition et efficacité de la régulation économique », *RDB*, 2010, étude 34.

¹⁹⁹⁴ Catherine TEITGEN-COLLY, *art.précit.*, p. 38-39.

¹⁹⁹⁵ Pour une discussion de sa valeur constitutionnelle, cf. *Supra*, Section 2 du Chapitre 2 du Titre 2 de la seconde partie.

¹⁹⁹⁶ D'ailleurs en considérant que l'attribution de telles prérogatives aux juges ou à des autorités administratives ne serait que l'illustration de ce que les différentes « *puissances* » sont bien « *forcées d'aller de concert* » et qu'il n'y aurait même pas, dans un cas comme dans l'autre, d'atteinte à la séparation des pouvoirs, entendue comme la répartition des compétences normatives telle qu'organisée par la Constitution du 4 octobre 1958, il ne s'agirait finalement, dans un cas comme dans l'autre, que de faire participer un organe à l'exercice d'une fonction qui est traditionnellement et essentiellement exercée par un autre et rien ne justifierait alors d'employer ainsi la théorie de la séparation comme un argument à géométrie variable pour évincer une solution au profit de l'autre.

¹⁹⁹⁷ Thomas PERROUD, *thèse.précit.*, n° 301-339, p. 222-249.

¹⁹⁹⁸ Thomas PERROUD, *thèse.précit.*, n° 344-350, p. 252-256.

tels modes de règlements des différends. Il fut ainsi avancé qu'elle serait par trop hermétique à la logique de conciliation, formaliste, lente et couteuse¹⁹⁹⁹. Pour le législateur européen, il était même à craindre que les opérateurs historiques, tirant parti des rigidités et des lenteurs de la procédure juridictionnelle, retardassent l'ouverture à la concurrence par des actions dilatoires²⁰⁰⁰.

713. La technicité des litiges, qui a déjà été évoquée parmi les justifications des actions collectives des groupements privés, fut aussi parfois invoquée pour justifier l'éviction de magistrats qui souffriraient d'un manque d'expertise dans ces domaines²⁰⁰¹. Certes, ce qui est présenté comme obstacle à un traitement efficace des litiges ne rend pas leur éviction nécessaire dans la mesure où, là encore, il pourrait être aisément surmonté par une spécialisation des magistrats et des juridictions. Au demeurant, cet obstacle ne semble pas arrêter le législateur lorsque, fixant la composition de ces instances de régulation²⁰⁰², il fait appel à des magistrats professionnels.

714. Ce sont peu ou prou les mêmes raisons qui ont été avancées pour justifier le recours à des modes extra-juridictionnels d'exercice de la fonction répressive en particulier dans les secteurs servant de cadre à l'exercice d'une mission de « régulation économique » même s'ils ne sont pas restés cantonnés aux « illégalismes de droit » et ont étendu leur emprise, au travers du redéploiement de la fonction contentieuse au profit d'administrations classiques, à de plus en plus d'« illégalismes de biens » pour reprendre cette distinction foucauldienne²⁰⁰³.

715. Le recours à des sanctions administratives permettait ainsi de pallier des lacunes ou des rigidités au niveau du droit que le juge pénal est tenu d'appliquer. En effet, les personnes morales se trouvaient hors du champ de la répression pénale jusqu'à l'adoption du nouveau code pénal en 1994 et surtout de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui supprime le principe de spécialité qui encadrait la liste des infractions susceptibles de leur être imputées. Même si cette justification est devenue en partie obsolète, il resterait encore des rigidités tenant à l'existence de l'élément moral de l'infraction, à la sévérité de la peine qui lui est associée, ou encore le principe d'interprétation stricte de cette loi pénale, et plus largement le principe de la légalité pénale, qui serait un cadre trop rigide pour saisir l'ensemble des comportements répréhensibles dans le domaine de la concurrence ou de ces différents secteurs régulés, qui sont toutefois relatives²⁰⁰⁴. Ces insuffisances

¹⁹⁹⁹ Thomas PERROUD, *thèse.précit.*, n° 376-382, p. 277-283.

²⁰⁰⁰ V. en ce sens le considérant n° 13 de la directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications.

²⁰⁰¹ Thomas PERROUD, *thèse.précit.*, n° 379, p. 279-280.

²⁰⁰² À ce titre, M. Frédéric Stasiak parle d'une « schizophrénie » du juge qui serait suffisamment compétent au sein de ces autorités mais incompétent en dehors (Frédéric STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse dactyl., Université de Nancy 2, 1995, p. 76).

²⁰⁰³ Catherine TEITGEN-COLLY, « Introduction », Maryse DEGUERGUE, Gérard MARCOU, Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, 2016, p. 12.

²⁰⁰⁴ Ainsi, évoquant ces différents éléments, M. Thomas Perroud reconnaissait toutefois que l'élément moral n'est pas consubstantiel à l'infraction pénale, comme en témoignent les infractions contraventionnelles, et que la sévérité de la peine, si elle pouvait nuire *in fine* à l'application de la loi pénale et par là même à son effet dissuasif, pouvait plaider parfois en faveur de la sanction pénale puisqu'il s'avère que les sanctions administratives pécuniaires ne sont d'aucune utilité en présence

tiendraient aussi aux lenteurs provoquées tant par les conditions dans lesquelles se déroule la procédure devant ces juridictions qui ne peuvent en principe s'autosaisir, ce qui constitue autant de garanties pour la personne mise en cause, que par leur engorgement²⁰⁰⁵ et, là aussi, à l'incompétence, réelle ou supposée, des juges pour traiter de litiges par trop techniques²⁰⁰⁶.

716. Le risque pour les opérateurs économiques de subir les lenteurs et les rigidités de la fonction juridictionnelle peut d'ailleurs sembler plus prégnant avec la juridiction pénale dans la mesure où, compte tenu de la facilité relative avec laquelle il est possible pour une victime, ou une personne se présentant comme telle, d'y accéder et de l'attrait qu'elle peut ainsi présenter, elle se trouve plus fréquemment sollicitée et se laisse plus facilement détournée. Il ressort, par exemple, de lecture du rapport qui avait été rendu en 2008 au garde des sceaux par le groupe de travail présidé par M. Jean-Marie Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires - dit rapport *Coulon* - que la réflexion sur la « dépenalisation » fut aussi amorcée en réaction au constat d'une « instrumentalisation » trop fréquente de la justice pénale en droit des affaires²⁰⁰⁷, notamment par des associations « para-lucratives » qui se révélaient n'être en réalité que les faux nez de concurrents. Cette fuite devant la juridiction pénale est aussi motivée par une raison qui est propre à cette dernière. En effet, il apparaît aussi en filigrane la volonté pour le législateur d'épargner à la personne visée de la portée infamante que revêt la sanction prononcée par les juridictions pénales ou même la simple mise en cause devant ses dernières. Le rapport mettait ainsi en avant que « derrière le dirigeant, c'est ainsi souvent la réputation de l'entreprise qui est visée » et allait jusqu'à présenter « l'exposition médiatique » comme une sanction en elle-même qui venait se cumuler à la sanction pénale éventuellement prononcée par le juge²⁰⁰⁸. Demeurant en principe confidentiel, le déroulement de la répression administrative fournit ainsi un cadre plus « aseptisé »²⁰⁰⁹ aux opérateurs économiques. En cela, il apparaît que ce développement des modes extra-juridictionnels d'exercice des fonctions contentieuses, qui vient questionner l'utilité de l'action collective des groupements privés, n'est pas toujours inspiré par la seule volonté d'améliorer la protection de certains intérêts collectifs, mais qu'il traduit parfois lui aussi la recherche d'une protection seulement équilibrée de ces intérêts.

d'infractions lucratives ou lorsque le contrevenant dispose d'un poids suffisant sur le marché pour transférer le coût de la sanction sur le consommateur (Thomas PERROUD, *thèse.précit.*, n° 358-359, p. 260-262). Quant à l'obligation d'interpréter strictement la loi pénale qui pèse sur le juge - et qui, sous la plume de l'auteur, semble renvoyer d'ailleurs surtout au volet substantiel du principe de légalité pénale (Thomas PERROUD, *thèse.précit.*, n° 361, p. 263-263), c'est-à-dire à une obligation pesant non pas sur le juge mais sur le législateur lui-même, elle s'applique aussi aux sanctions administratives non-disciplinaires (Par ex., CE, Sect., 4 mars 1960, *Sieur Levy*, Rec. Lebon, p. 176).

²⁰⁰⁵ Achour TAIBI, *Pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique. Témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2018, n° 90, p. 70-71.

²⁰⁰⁶ Emmanuel ROSENFELD, Jean VEIL, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, n° 128, 2009, p. 61. Plus mesuré, le rapport qui avait été rendu en 2008 au garde des sceaux par le groupe de travail présidé par M. Jean-Marie Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires plaidait, pour sa part, en faveur d'une « plus grande spécialisation des acteurs du monde judiciaire » dans le domaine économique (Jean-Marie COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, janvier 2008, p. 84-85).

²⁰⁰⁷ Jean-Marie COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, janvier 2008, p. 79-80.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁰⁹ Catherine TEITGEN-COLLY, *rapport.précit.*, p. 12.

717. Certes, la prolifération de ces modes extra-juridictionnels d'exercice des fonctions contentieuses s'est accompagnée d'un mouvement de « juridictionnalisation rampante »²⁰¹⁰, au point que certaines de ces autorités purent revendiquer cette qualité²⁰¹¹. Ce phénomène de juridictionnalisation, paradoxal au premier abord, ne signifie toutefois pas que l'institution juridictionnelle est finalement réhabilitée en tant qu'instrument de défense des intérêts collectifs. En effet, la dilatation du champ des garanties associées à la procédure juridictionnelle est tout autant une dilution de leur contenue.

718. Ainsi, au nom de l'efficacité, il peut être tentant de stigmatiser aussi les garanties que la procédure juridictionnelle offre aux justiciables comme des lourdeurs procédurales. Néanmoins, les juges européens ainsi que le Conseil constitutionnel ont veillé à ce que certaines des garanties associées à la répression pénale ou, plus largement, à la procédure juridictionnelle, qui sont destinées à encadrer tant la procédure au terme de laquelle la décision est prise, que sa forme ou son contenu, soient transposées aux modes extra-juridictionnels d'exercice de la fonction contentieuse. Alors qu'il cherchait à éviter les juridictions, le législateur, rattrapé par les garanties qui leurs sont attachées, en aurait ainsi créée de nouvelles. Ironie de l'histoire qui, confirmant le précédent que constitue la formation progressive de la juridiction administrative, laisserait penser que la fonction contentieuse ne saurait être longtemps dissociée de la fonction juridictionnelle dans un système juridique se voulant respectueux des droits et libertés. Le rôle de ces contraintes constitutionnelles et conventionnelles doit toutefois être ramené à sa juste mesure tant sur le plan historique que pratique. En effet, le législateur ainsi que les juges judiciaires et administratifs n'ont pas attendu que les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles s'abattent sur ces canaux de régulation pour encadrer les procédures administratives d'édiction des sanctions ou de règlement des différends et donner à leurs eaux, qu'une impression de confusion des pouvoirs²⁰¹² pouvait faire paraître fangeuses, une teinte juridictionnelle. Il est en outre des situations dans lesquelles la réticence des juridictions internes, cédant face à la crainte d'une hypothétique condamnation, a pu laisser place au zèle²⁰¹³ ou des normes d'origine interne, garantissant aux destinataires de décisions administratives des droits substantiellement identiques, trouvent à s'appliquer en dehors du champ civil ou pénal de l'article

²⁰¹⁰ Agnès ROBLOT-TROIZIER, Guillaume TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence », *RFDA*, 2013, p. 141.

²⁰¹¹ Aux fins de pouvoir transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel s'est ainsi reconnue la qualité de juridiction (décision n° 2010-06 bis du 13 mai 2011 de la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel), Toutefois, elle revint ensuite sur cette qualification (décision du 10 janvier 2013 n° 2012-04 de la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel) qui de toute façon ne convainquit pas le Conseil d'État (CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 30 janvier 2013, *Caisse de crédit municipal de Toulon*, n° 347357).

²⁰¹² Confusion que le Conseil constitutionnel, pour sa part, n'a toutefois pas reconnue (CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. n° 6).

²⁰¹³ Anticipant vraisemblablement ce que pourrait être le résultat d'un contrôle global et concret de la procédure de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions judiciaires et administratives poursuivent ce mouvement de « procéduralisation » (Camille BROUELLE, « Vers un droit commun de l'enquête administrative en matière répressive ? », *RJEP*, n° 714, décembre 2013, comm. 49). En tant que gardiennes du respect des droits de la défense au stade de la phase d'infliction d'une sanction administrative, elles se sont aussi intéressées à l'enquête administrative dont elles ont pris conscience qu'elle n'est finalement qu'un maillon de la même chaîne procédurale. Elles exigent ainsi qu'elle soit « loyale » (Com., 1^{er} mars 2011, n° 09-71.252) ou se déroule « dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense » (CE, 15 mai 2013, *Sté Alternative Leaders France*, n° 356054. V. aussi CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 12 juin 2013, *Société Natixis*, n°s 349185, 350064 ; CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, *Société Générale*, n°s 359245, n° 359477).

6 ou de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions ayant le « caractère d'une punition ». Cet enchevêtrement des sources et cette succession des mouvements d'audace et de retenue offrent ainsi la vision d'un tableau contrasté dans lequel domine ce souci d'efficacité « dans l'action » - voire « de l'action »²⁰¹⁴ - qui fait pâlir les couleurs si familières aux yeux des processualistes²⁰¹⁵. Il justifie en effet tant une application sélective qu'un aménagement des garanties traditionnellement associées aux procédures juridictionnelles qu'elles soient ou non répressives²⁰¹⁶. C'est en cela que ce phénomène de juridictionnalisation en demi-teinte corrobore, plus qu'il n'infirme, celui de développement d'une « justice hors le juge ».

§2- Une remise en cause limitée de l'existence de l'activité contentieuse des groupements

719. Le redéploiement des fonctions contentieuses n'empêche pas totalement les groupements privés d'intervenir dans les rapports de droit public au nom de la défense des intérêts collectifs, il a seulement en partie modifié la nature de leur action contentieuse. D'une part, le législateur a parfois concédé une place privilégiée à certains groupements lorsqu'il a organisé ces modes d'exercice de la fonction contentieuse, ou du moins à certains d'entre eux puisque le délestage des lourdeurs procédurales ne signifie pas pour autant qu'il ne faille pas prévenir les risques d'instrumentalisation (A). D'autre part, ils peuvent toujours s'appuyer en partie sur le juge pénal judiciaire mais aussi sur le juge administratif dont le rôle se trouve d'ailleurs valorisé en matière répressive (B).

A- Une place ménagée aux groupements dans le cadre des modes extra-juridictionnels d'exercice de la fonction contentieuse

720. Alors même qu'ils pourraient être entraînés par l'effet d'éviction qu'implique un tel aménagement de l'exercice des fonctions contentieuses, et en particulier de la fonction répressive, comme finalement toute personne prétendant avoir été personnellement lésée par le fait ou l'acte litigieux (1), les

²⁰¹⁴ Ludovic AYRAULT, « L'absence de modulation des sanctions fiscales par le juge et la Convention EDH : sens et conséquences de la décision *Segame* de la CEDH », *Dr.fisc.*, n° 29, 19 Juillet 2012, comm. 387.

²⁰¹⁵ Il n'est pas possible de faire ici, en quelques lignes, justice à la complexité de cette évolution qui, quoiqu'étant inévitable dans le cadre de la démonstration, n'entretient qu'un lien ténu avec le sujet. Pour une analyse plus complète et détaillée de cette évolution, qu'il soit ainsi permis de renvoyer, notamment, aux différentes études « *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation* » publiées dans l'*AJDA* et auxquelles participèrent Mmes Pascales Idoux, Martine Lombard, Sophie Nicinski et MM. Emmanuel Glaser, Pierre-Alain Jeanneney et Laurent Richer.

²⁰¹⁶ V. par exemple, s'agissant des garanties substantielles et procédurales associées à la matière pénale et à la procédure pénale juridictionnelle : Catherine TEITGEN-COLLY, « Chapitre IV Le cadre juridique de la répression administrative dans les secteurs techniques », in Maryse DEGUERGUE, Gérard MARCOU, Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, 2016, p. 83. V. aussi, s'agissant de l'« indépendance » des autorités de régulations qui, toute relative, s'éloigne des canons juridictionnels : Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles. Communications électroniques, Énergie et Postes*, Thèse.dactyl., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, p. 227 et s. ; V. aussi pour une analyse plus récente : Nuria RUIZ PALAZUELOS, *Regulación económica y Estado de Derecho, Valencia, Tirant lo Blanch.*, 2018, 258 p. et, de la même auteure, « La regulación de la regulación económica en Francia: planteamientos doctrinales y previsiones normativas », *Revista Vasca de Administración Pública*, 2019, p. 259).

groupements privés, ou du moins certains d'entre eux, sont parfois maintenus dans une position d'acteurs privilégiés par les conditions d'exercice de ces fonctions contentieuses (2).

1- L'effet d'éviction associé aux modes extra-juridictionnels d'exercice de la fonction répressive

721. En lui-même, le choix de la répression administrative constitue déjà un levier permettant de réduire, *ipso jure*, les possibilités d'instrumentalisation de la fonction contentieuse, et plus précisément de la fonction répressive, par les groupements privés. Les caractéristiques de la répression administrative, quelle que soit d'ailleurs la nature de l'autorité administrative qui l'exerce, conduisent effectivement à évincer les victimes d'infractions et notamment celles qui, comme les groupements privés, pourraient se prévaloir d'une atteinte à l'intérêt collectif qu'ils se sont donnés pour objet de défendre.

722. Cette éviction est provoquée, en premier lieu, par la confidentialité qui caractérise, en principe, ces procédures et ne permettent pas aux tiers intéressés de se manifester. D'ailleurs, l'exigence de publicité, quoiqu'étant une garantie procédurale associée par la Cour européenne des droits de l'homme au droit à un procès équitable, peine encore à s'imposer dans le cadre des procédures conduites sous l'égide des AAI disposant d'un pouvoir sanction. Ainsi, si toutes les décisions prononcées par ces autorités sont publiques, il n'en va pas toujours de même des séances qui les ont précédées. En second lieu, quand bien même ces tiers souhaiteraient se manifester, ils ne peuvent bénéficier d'un quelconque « statut de « partie civile » en droit administratif »²⁰¹⁷ qui leur permettrait de surmonter l'éventuelle carence de ces institutions dans l'exercice de leur fonction contentieuse ou de contester, par voie d'appel, la sévérité de la sanction prononcée.

2- L'association des groupements privés à l'exercice extra-juridictionnel des fonctions contentieuses

723. Même si ce redéploiement de la fonction contentieuse est parfois motivé par la crainte de voir des tiers, au nombre desquels peuvent évidemment se trouver des groupements privés, user et abuser des lourdeurs de l'action juridictionnelle, il n'est en rien hostile à ces derniers. Bien au contraire, ils apparaissent comme des auxiliaires indispensables aux succès de la régulation de secteur qu'ils sont censés connaître au mieux. Ce phénomène, en particulier dans sa branche répressive, a pu ainsi se traduire par une intégration de groupements privés au processus décisionnel, et ce, qu'il fut conduit sous l'égide d'un État dirigiste ou se voulant plus régulateur. Certes, cette intégration pouvait passer pour une simple édulcoration soit qu'elle apparut comme le miasme d'un projet corporatiste inachevé²⁰¹⁸ ou d'une forme

²⁰¹⁷ Thomas PERROUD, « Chapitre II. Les rapports entre l'administration et l'appareil judiciaire », in Maryse DEGUERGUE, Gérard MARCOU, Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *rapport. précit.*, p. 53.

²⁰¹⁸ Georges DUPUIS, *art. précit.*, in Claude-Albert COLLIARD, Gérard TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 17.

de « néocorporatisme » raisonné qui, mis en œuvre dans des domaines intéressant l'ensemble de la collectivité, ne pouvait justifier que les instruments de régulation se trouvassent confisqués par quelques-uns, fussent-ils présentés comme les voix de la « société civile ». L'étude des textes régissant l'organisation et le fonctionnement de ces autorités administratives ou publiques que la loi qualifie d'indépendantes montrent que cette consécration peut se manifester à plusieurs stades de la procédure administrative répressive ou même pré-répressive s'agissant de la mise en demeure du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

724. A l'instar des dispositions du code de procédure pénale, celles organisant les procédures répressives conduites sous l'égide d'AAI peuvent, d'une part, faire appel à la vigilance de ces groupements. Ces listes de personnes admises à emprunter ces voies d'accès privilégiées apparaissent alors, dans l'ensemble, comme étant moins sélectives puisque s'y côtoient aussi bien des critères censés attester de la représentativité de ces groupements ou de leur simple intérêt pour le respect des normes dont la violation peut être sanctionnée. L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) peut ainsi être conduite à prononcer une sanction à l'encontre du prestataire du service universel postal ou des prestataires autorisés à offrir des services postaux portant sur les envois de correspondance intérieure et transfrontière à la demande, notamment, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou même d'une personne morale simplement « concernée »²⁰¹⁹, ce qui est suffisamment largement pour accueillir l'hypothèse dans laquelle une lésion serait causée par une atteinte à l'intérêt collectif qu'elle défend. Le législateur a également ouvert la saisine du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) aux organisations professionnelles, aux associations agréées d'utilisateurs, et même à « toute autre personne concernée », pour obtenir la sanction d'une partie des manquements au code de l'énergie que peuvent commettre les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, les opérateurs des ouvrages de transport ou de distribution de gaz naturel, les exploitants des installations de stockage de gaz naturel ou des installations de gaz naturel liquéfié, de réseaux de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone ou encore les utilisateurs de ces réseaux, ouvrages et installations²⁰²⁰. Dans le même ordre d'idées, quoiqu'elle ne fasse pas référence à

²⁰¹⁹ Art. L. 5-3 du code des postes et des communications.

²⁰²⁰ Art. L. 134-25 du code de l'énergie. Il s'agit plus précisément des manquements à l'ensemble des principes régissant les secteurs de l'énergie, aux obligations de service public et à la protection des consommateurs, qui sont contenus dans le premier et le deuxième titre du premier livre de la partie législative du code de l'énergie, ainsi qu'aux dispositions relatives à l'électricité et au gaz qui sont contenus au troisième et au quatrième livre de la partie législative du code. En revanche, les « organisations professionnelles » sont les seuls groupements privés expressément mentionnés au dernier alinéa de cet article parmi les personnes admises à saisir le comité de manquements à certaines dispositions du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie, dit « REMIT » - en l'occurrence celles prohibant les opérations d'initiés, obligeant à publier les informations privilégiées, interdisant les manipulations de marché, imposant des obligations déclaratives et d'enregistrement aux acteurs du marché et celles imposant une obligation de signalement aux personnes organisant des transactions sur des produits énergétiques de gros à titre professionnel - ou, plus largement, de « tout autre manquement de nature à porter gravement atteinte au fonctionnement du marché de l'énergie ». Dans la mesure où les utilisateurs se trouvent *in fine* lésés par de telles pratiques, il eût été pourtant

cette notion de personne simplement « concernée » dans laquelle tout groupement privé se prévalant d'une atteinte à un intérêt collectif pourrait finalement se glisser, la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ouvre largement la saisine du CSA aux fins de mise en demeure. Outre un mécanisme de signalement facilement accessible à chacun, les groupements privés peuvent effectivement s'appuyer sur une liste relativement peu contraignante pour saisir cette autorité. La liste diffère alors selon que ce sont mis en cause des éditeurs, distributeurs de services de communication audiovisuelle et des opérateurs de réseaux satellitaires ou bien des sociétés du secteur public de la communication audiovisuelle qui sont soumises à des obligations supplémentaires. Dans la première hypothèse, la saisine est ouverte aux organisations professionnelles et syndicales représentatives du secteur de la communication audiovisuelle, aux organisations de défense de la liberté de l'information reconnues d'utilité publique en France, aux associations concourant à la promotion des langues et cultures régionales, aux associations familiales, aux associations de défense des droits des femmes ainsi que toutes celles ayant dans leur objet social la défense des intérêts des téléspectateurs²⁰²¹. En revanche, dans la seconde hypothèse, cette liste est un peu plus limitative puisqu'en sont exclues les « associations ayant dans leur objet social la défense des intérêts des téléspectateurs » et, parmi les « associations familiales », seules sont admises celles reconnues par l'Union nationale des associations familiales²⁰²². Parmi les textes réservant expressément à des groupements privés la possibilité de saisir une autorité administrative indépendante dans le cadre de ses fonctions répressives ou contentieuses, ce sont finalement les dispositions du code de commerce qui apparaissent comme étant les plus restrictives puisqu'elles ne mentionnent que les « organisations professionnelles et syndicales » et « les organisations de consommateurs agréées » comme groupements privés habilités à saisir l'Autorité de la concurrence aux fins d'obtenir la sanction d'une partie des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de léser les intérêts dont elles la charge²⁰²³ ou le prononcé de mesures conservatoires²⁰²⁴. Les autres groupements privés et même ceux qui, bien qu'appartenant à ce petit cercle de groupement privilégiés, désireraient aussi obtenir la sanction d'autres pratiques anticoncurrentielles que celles visées

opportun d'ouvrir aussi la saisine aux associations agréées d'utilisateurs. Elles devraient néanmoins profiter de cette catégorie balai qui, mentionnée aussi au dernier alinéa de l'article L. 134-25 du code l'énergie, vise « toute personne concernée ».

²⁰²¹ Art. 42 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

²⁰²² Art. 48-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

²⁰²³ II de l'article L. 462-5 du code de commerce. Seules sont effectivement évoquées les « pratiques mentionnées aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 [du code de commerce] et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 », ce qui correspond aux ententes anticoncurrentielles, aux abus de position dominante et de dépendance économique, aux prix abusivement bas, aux accords et pratiques qui, n'étant pas justifiés par l'intérêt des consommateurs, ont pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprises dans les territoires ultramarins ou pour objet ou pour effet d'interdire ou de limiter substantiellement la possibilité pour une entreprise qui exécute des prestations de transport public particulier de personnes ou des services occasionnels de transport collectif de personnes effectués au moyen de véhicules légers qui ne seraient pas justifiés par l'intérêt des consommateurs et, enfin, aux pratiques contraires aux mesures réglementaires que le gouvernement a éventuellement prises pour remédier aux dysfonctionnements chroniques affectant les marchés de gros en outre-mer et ainsi lutter contre la vie chère. En sus de ces pratiques, le ministre en charge de l'économie peut, quant à lui, saisir l'Autorité des manquements aux engagements conditionnant les autorisations de concentration.

²⁰²⁴ Art. L. 464-1 du code de commerce.

par les textes les habilitant peuvent néanmoins toujours attirer l'attention de l'autorité qui, au travers de son rapporteur général, peut s'en saisir d'office.

725. Les groupements privés sont aussi mis à contribution pour composer les organes exerçant le pouvoir de sanction, soit que leur avis soit requis pour procéder à des nominations, comme c'est le cas pour le comité de sanction de l'Autorité des marchés financiers (AMF)²⁰²⁵, soit, comme c'est le cas pour l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (ACNUSA), que les représentants de certains d'entre eux soient même admis à y siéger en tant que membres associés²⁰²⁶.

726. Bien évidemment, les procédures administratives conduites sous l'égide de ces autorités indépendantes ne font pas seulement appel aux groupements privés dans un cadre répressif. Les textes qui organisent l'exercice des pouvoirs non-répressifs de ces autorités leur donnent aussi droit de cité en leur aménageant, là encore, la possibilité de les saisir²⁰²⁷, en leur réservant une place en leur sein²⁰²⁸ - ou en imposant de recueillir leur avis sur la nomination des personnes admises à y siéger²⁰²⁹ - ou en permettant à ces autorités de solliciter leur expertise dans le cadre de l'exercice de leur mission²⁰³⁰, ce dont

²⁰²⁵ La désignation de huit des douze membres de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers par le ministre en charge de l'économie ne peut avoir lieu qu'après la consultation de groupements privés. L'avis des organisations représentatives des sociétés industrielles et commerciales dont les titres font l'objet d'offre au public ou d'admission aux négociations sur un marché réglementé, des sociétés de gestion de placements collectifs et des autres investisseurs, des prestataires de services d'investissement autres que des sociétés de gestion de portefeuille, des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison et des dépositaires centraux, est ainsi requis pour désigner les six personnalités qualifiées et celui des organisations syndicales représentatives avant de désigner les deux représentants des salariés des entreprises ou établissements prestataires de services d'investissement autres que des sociétés de gestion de portefeuille, des sociétés de gestion de placements collectifs, des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison et des dépositaires centraux (3° et 4° du IV de l'article L. 621-2 du code monétaire et financier).

²⁰²⁶ Parmi ces sept membres associés se trouvent notamment deux représentants des professions aéronautiques, deux représentants d'associations de riverains d'aérodromes et un représentant d'associations de protection de l'environnement agréées au niveau national (art. L. 6361-4 du code des transports).

²⁰²⁷ Aux termes de l'article L. 6361-5 du code des transports, l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires peut émettre des recommandations sur toute question relative aux nuisances environnementales générées par le transport aérien sur et autour des aéroports à la demande notamment d'une association concernée par l'environnement aéroportuaire ou d'une commission consultative de l'environnement dont un tiers des membres sont des « représentants des associations de riverains de l'aérodrome et des associations de protection de l'environnement et du cadre de vie concernées par l'environnement aéroportuaire » (art. L. 571-13 du code de l'environnement).

²⁰²⁸ Par exemple, la Commission nationale du débat public compte en son sein deux représentants d'associations de protection de l'environnement agréées au titre de l'article L. 141-1 du code de l'environnement exerçant leur activité sur l'ensemble du territoire national, nommés par arrêté du Premier ministre sur proposition du ministre chargé de l'environnement (7° de l'article L. 121-3 du code de l'environnement) ainsi que deux représentants des organisations syndicales représentatives de salariés et deux représentants des entreprises ou des chambres consulaires, dont un représentant des entreprises agricoles, nommés par arrêté du Premier ministre sur proposition des organisations professionnelles respectives les plus représentatives (10° de l'article L. 121-3 du code de l'environnement).

²⁰²⁹ Avant de désigner six personnalités qualifiées et un représentant des salariés actionnaires au sein du collège de l'Autorité des marchés financiers, le ministre en charge de l'économie est là aussi tenu de consulter, pour les personnalités qualifiées, les organisations représentatives des sociétés industrielles et commerciales dont les titres font l'objet d'offre au public ou d'admission aux négociations sur un marché réglementé, des sociétés de gestion de placements collectifs et des autres investisseurs, des prestataires de services d'investissement, autres que des sociétés de gestion de portefeuille, des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison et des dépositaires centraux (8° de l'article L. 621-2 du code monétaire et financier) et, pour le représentant des salariés, les organisations syndicales ainsi que les association « représentatives » (9° de l'article L. 621-2 du code monétaire et financier).

²⁰³⁰ Pour exercer ses propres missions consultatives, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) peut faire appel notamment à des « associations représentatives des utilisateurs des réseaux de communications électroniques » (art. L. 331-19 code de la propriété intellectuelle). Dans le même ordre d'idées, le règlement

certaines ne se privent d'ailleurs pas en dehors de toute disposition textuelle. Par exemple, alors que l'Autorité de sûreté nucléaire avait été chargée, dans le cadre du programme de recherche et d'étude mis en place par l'article 4 de loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs, de dresser à l'attention des ministres chargés de l'environnement et de la santé un bilan des solutions de gestion à court et à long terme des déchets dits « à radioactivité naturelle renforcée » que peuvent engendrer des processus industriels n'utilisant pas des matières premières pour leur propriété radioactive et de proposer des mesures réglementaires visant à les améliorer²⁰³¹, elle demanda à l'association Robin des bois, qui était alors agréée au niveau national, de réaliser une étude sur un échantillon de dépôts de déchets contenant de la radioactivité naturelle²⁰³². Pourtant, les textes ne prévoyaient que le concours éventuel de l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire pour évaluer les pratiques et leur incidence radioactive. L'association semble d'ailleurs être allée un peu au-delà de la mission qui lui avait été confiée puisqu'elle n'a pas simplement fait un bilan de la « pertinence » des dispositions auxquelles étaient soumises les dépôts qu'elle avait étudiés. Elle a fait aussi des recommandations sur la gestion des dépôts de cendres de charbon, de lignite et de phosphogypse qui ont été pour partie reprises ensuite par l'Autorité de sûreté nucléaire²⁰³³. Dans le même ordre d'idées, sans que le code des transports n'en fasse mention, l'article 49 du règlement intérieur de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires dispose que l'Autorité peut « conclure des conventions de partenariat dans tous les domaines où ceux-ci peuvent être utiles à la réalisation de ses missions » et qui visent notamment à « conforter les partenariats, notamment avec les fédérations nationales des associations agréées pour la surveillance de la qualité de l'air, les associations participant à l'observation des nuisances sonores et les agences d'urbanisme ».

727. Il ne faut toutefois pas surévaluer l'importance du rôle que ces textes reconnaissent aux groupements privés. Ainsi, avec leur statut de « membres associés » au sein de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, ils apparaissent en réalité plus comme des conseillers techniques, des

intérieur de services du contrôleur général des lieux de privation de liberté prévoit aussi que « les associations nationales dont l'objet social est pour tout ou partie d'intervenir dans les lieux de privation de liberté ou de défendre et promouvoir les droits des personnes privées de liberté » sont au nombre des personnes avec lesquelles cette autorité doit entretenir des « relations régulières » (art. 45 du règlement de service du contrôleur général des lieux de privation de liberté). Enfin, un groupement privé peut très bien être regardé comme l'une de ces « personne[s] intéressée[s] » qui étaient susceptibles d'assister l'ancienne Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) dans le cadre des actions qu'elle menait en direction des opérateurs agréés ou de leurs joueurs en vue de lutter contre la dépendance au jeu (ancien IV de l'article 34 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne). Cette possibilité n'est toutefois plus évoquée par les dispositions relatives à l'Autorité nationale des jeux (ANJ) qui l'a remplacée (ordonnance n° 2019-1015 du 2 octobre 2019 réformant la régulation des jeux d'argent et de hasard).

²⁰³¹ Art. 12 du décret n° 2008-357 du 16 avril 2008 pris pour l'application de l'article L. 542-1-2 du code de l'environnement et fixant les prescriptions relatives au Plan national de gestion des matières et des déchets radioactifs.

²⁰³² Robin des bois, *Radioactivité Naturelle Technologiquement Renforcée. Les cendres de charbon et les phosphogypses*, janvier 2009, p. 4 (consultable en ligne à l'adresse : <https://www.asn.fr/Informer/Actualites/Depots-de-cendres-de-charbon-et-les-phosphogypses>).

²⁰³³ V. Les recommandations n° 7 et 8 du bilan sur la gestion des déchets contenant de la radioactivité naturelle renforcée, Autorité de sûreté nucléaire, *Bilan sur la gestion des déchets contenant de la radioactivité naturelle renforcée*, 20 juillet 2009, p. 43-44.

amici curiae imposés à une cour qui n'en est pas véritablement une²⁰³⁴. Comme l'expliquait l'un des anciens présidents de cette autorité, ils se bornent à apporter un « éclairage »²⁰³⁵ qui, quoique « complémentaire et pertinent », n'en reste pas moins non contraignant. Quant à la possibilité qui leur est offerte de saisir les autorités dotées d'un pouvoir de sanction, si elle est effectivement présentée comme un complément utile à la faculté d'auto-saisine de certaines d'entre-elles, sa portée la rapproche toutefois plus d'un signalement au parquet que d'une citation directe ou une plainte avec constitution de partie civile. En effet, la décision de déclencher des poursuites revient en dernier lieu à l'autorité administrative saisie. Or, même si ces dernières sont en principe mises à l'abri de toute pression émanant du pouvoir politique, elles sont aussi aux prises avec des intérêts parfois contradictoires entre lesquels elles doivent arbitrer. Cela semble du reste inhérent à la mission de régulation qui leur est dévolue et qui peut justifier que les représentants, ou du moins ceux qui sont présentés comme tels, de ces intérêts trouvent à s'y exprimer. Ainsi, quoique parées des vertus de la neutralité, elles n'en sont pas moins susceptibles de laisser aussi fermenter des « tolérances administratives » à l'ombre de la marge d'appréciation dont elles bénéficient pour exercer leur pouvoir de sanction. C'est donc toujours en se tournant vers le juge, pénal ou administratif, que ces groupements peuvent espérer peser sur les orientations de la politique répressive, ce qui constitue une forme d'intervention dans les rapports de droit public.

B- La préservation de l'action juridictionnelle des groupements privés

728. Les canaux traditionnels de régulation n'ont pas été taris par ce redéploiement des fonctions contentieuses. D'une part, l'effet d'éviction des tiers lésés que ce redéploiement est susceptible d'entraîner ne peut, en réalité, que demeurer circonscrit car il n'évince pas la répression pénale (1). D'autre part, il s'accompagne aussi d'un effet de transfert du contentieux de la répression administrative vers les juridictions administratives devant lesquelles les groupements privés peuvent toujours essayer de peser sur les rapports de droit public (2).

1- Le maintien de la répression pénale à la disposition des groupements

729. L'effet d'éviction précédemment évoqué reste en réalité limité puisqu'il apparaît que la progression de la répression administrative ne met réellement en cause l'action contentieuse des groupements que dans la mesure où elle correspond effectivement à une dépenalisation par substitution. Or, il y a toujours une coexistence de la répression administrative et de la répression pénale.

²⁰³⁴ Aux termes du dernier alinéa de l'article L. 6361-14 du code des transports, ces membres associées ne peuvent effectivement ni participer aux délibérations, ni prendre part au vote. À ce titre, leur présence n'est même pas comptée pour apprécier le respect du *quorum* (art. L. 6361-2 du code des transports).

²⁰³⁵ Compte-rendu du jeudi 16 juillet 2015 de la commission d'enquête du Sénat sur les autorités administratives indépendantes, reproduit dans le second tome du rapport n° 126 (2015-2016) de M. Jacques Mézard, déposé le 28 octobre 2015.

730. La première figure de cette coexistence des modes de répression est la complémentarité, le champ des sanctions pénales et administratives pouvant alors se répartir selon la gravité du manquement en cause. Cette complémentarité s'impose compte tenu des obstacles que la dépenalisation par substitution est susceptible de rencontrer, obstacles qui sont tant juridiques que non-juridiques et ne s'attachent d'ailleurs pas nécessairement à la gravité du manquement.

731. En premier lieu, la protection constitutionnelle de certains droits et libertés impose de contenir le champ des sanctions administratives. Il en va ainsi de la liberté individuelle visée à l'article 66 de la Constitution, dont la privation devrait effectivement correspondre aux manquements les plus graves pour un législateur un tant soit peu soucieux de la proportionnalité des peines, mais aussi, comme cela ressort de la décision n° 2009-580 DC du Conseil constitutionnel, de la liberté d'expression et de communication. Des obstacles « non-juridiques » viennent aussi se rajouter. Comme le rappelait le rapport « *Coulon* », le législateur est aussi « encadré par des contraintes éthiques » et la dépenalisation - même par substitution - des incriminations les plus graves, ou faisant « consensus », peut apparaître difficilement admissible politiquement²⁰³⁶.

732. La seconde figure de cette coexistence des répressions administratives et pénales est le cumul, c'est-à-dire qu'il n'est pas exclu que le juge pénal puisse connaître de manquements qui peuvent faire l'objet ou ont été l'objet de sanctions administratives, ce cumul étant d'ailleurs parfois organisé dans le cadre d'une coopération des services administratifs et judiciaires²⁰³⁷. Cette forme de coexistence n'est, pour sa part, pas imposée mais est rendue possible, d'une part, par l'absence de politique ordonnée et coordonnée de dépenalisation par substitution accompagnant l'expansion des sanctions administratives, et, d'autre part, par la portée limitée que reçoit en droit français le principe *ne bis in idem*, ce dernier pouvant être entendu dans son sens « général » comme interdisant « qu'une personne soit jugée (au sens de poursuivie, condamnée ou punie, cela varie) « deux fois » pour la même « chose » (pour les mêmes faits ou les mêmes infractions, cela varie également) »²⁰³⁸.

733. Le second pilier de cette arche sous laquelle les groupements privés peuvent encore espérer faire passer leurs réclamations par la voie juridictionnelle serait toutefois menacé par la rencontre conflictuelle

²⁰³⁶ Jean-Marie COULON, *rapport.précit.*, p. 21.

²⁰³⁷ V. pour des exemples de coopération, mais aussi leurs limites, notamment en matière d'environnement, de consommation, sociale, de transport et de santé, V. les différentes études thématiques réalisées dans le cadre du rapport sur *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*: Coralie DESLANDE « Chapitre IX. Environnement », p. 166 ; Thomas PERROUD, « Chapitre X. Consommation », p. 220 ; Elise LANGELIER, « Chapitre XI. Social », p. 228 ; Dalila CHOUKI, Gérard MARCOU, « Chapitre XII. Transports », p. 252 ; Maryse DEGUERGUE « Chapitre XIII. Santé », p. 280.

²⁰³⁸ Diane BERNARD, « Article 50.- Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction » in Fabrice PICOD, Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles Bruylant, 2017, p. 1041. D'autres définitions sont parfois retenues. Ainsi, faisant sienne la définition de Roland Vandermeeren, M. Thomas Perroud estime que cette règle « interdit l'exercice de deux actions répressives à l'encontre d'une même personne et à raison des mêmes faits, et, plus particulièrement, de faits identiques dans leur matérialité et leur qualification » (Roland VANDERMEEREN, « La "double peine" : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs, *AJDA*, 2003 p. 1854, cité par Thomas PERROUD, *art.précit.*, in Maryse DEGUERGUE, Gérard MARCOU, Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *rapport.précit.*, p. 53). Toutefois cette définition paraît trop restrictive et, surtout, revient à préjuger de l'une des conditions d'application de cette règle en imposant que l'*idem* soit *légal* et non seulement *factum*.

des jurisprudences européennes et de la jurisprudence constitutionnelle qui, bien qu'elles partent de la même prémisse en acceptant que la répression administrative soit assimilée à la répression pénale, n'en tirent pas les mêmes conséquences. Le « contexte juridique mouvant »²⁰³⁹ rend toutefois le résultat de cette tectonique des plaques assez incertain et il n'est pas garanti que le « tremblement de terre » parfois annoncé se produise effectivement²⁰⁴⁰.

734. En effet, quoiqu'étant présent en droit français²⁰⁴¹, le principe *ne bis in idem* ne bénéficie pas d'une consécration textuelle dans le bloc de constitutionnalité²⁰⁴² qui aurait permis de l'étendre aux hypothèses de procédures répressives « mixtes » ou seulement administratives, c'est-à-dire celles où apparaissent des sanctions administratives ayant le caractère de punitions. Le Conseil constitutionnel ne l'a pas non plus consacré. En lieu et place, il s'est contenté, exclusivement dans un premier temps, d'encadrer ce cumul en se fondant sur un principe de proportionnalité puis, dans un second temps, de fixer les conditions dans lesquelles ce cumul était en lui-même admissible en s'appuyant sur le principe de nécessité des délits et des peines. Le cumul se trouve ainsi prohibé dans l'hypothèse où les sanctions répriment les mêmes faits en application d'un même corps de règles relevant du même ordre de juridiction et, dans la lignée du principe de proportionnalité précédemment évoqué, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne saurait dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues²⁰⁴³.

735. En revanche, ce principe est consacré dans des instruments internationaux, que ce soit par le PIDCP²⁰⁴⁴, le droit de l'Union européenne²⁰⁴⁵ et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰⁴⁶, et il fait alors l'objet d'interprétations extensives à côté desquelles la jurisprudence du Conseil constitutionnel, même amendée, passe pour la consécration d'un principe *ne bis in idem* « *au rabais* »²⁰⁴⁷ et

²⁰³⁹ Frédéric STASIAK, « Sacs de « nœuds » *bis in idem* : cumul de sanctions pénales et administratives en droit de l'Union européenne », *RSC*, 2018, p. 524.

²⁰⁴⁰ Cristina MAURO, « *Ne bis in idem* : un tremblement de terre ? », *AJ pénal*, 2015, p. 172.

²⁰⁴¹ Présent déjà dans le code napoléonien comme le rappelle M. Thomas Perroud (Thomas PERROUD, *art.précit.*, in Maryse DEGUEGUE, Gérard MARCOU, Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *rapport.précit.*, p. 53), le respect de ce principe est aujourd'hui garanti aux articles 6, 368 et 692 du code de procédure pénale.

²⁰⁴² Ce qui fut toutefois le cas dans les constitutions du 3 septembre 1791 (art. 9 du chapitre V du titre III) et du 5 fructidor an III (art. 253).

²⁰⁴³ CC, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et a.* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié], cons. n° 19.

²⁰⁴⁴ § 7 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays ».

²⁰⁴⁵ Sur le principe en droit de l'Union européenne, V. Diane BERNARD, « Article 50. - Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », Fabrice PICOD, Cécilia RIZCALLAH, Sébastien Van DROUGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2020, 2^e édition, p. 1197.

²⁰⁴⁶ Art. 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.

Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention ».

²⁰⁴⁷ Frédéric SUDRE, « Principe *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G*, 30 mars 2015, n° 13, 605-609. Là où la CEDH se contente de l'identité de fait, le Conseil ajoute effectivement des conditions supplémentaires à la prohibition du cumul.

le cumul éventuel des repressions pénales et administratives pour inconstitutionnel. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu, en premier lieu, une conception extensive de l'élément « bis » - c'est-à-dire la poursuite, la condamnation ou le jugement – à travers son appréciation autonome de la notion d'« accusation en matière pénale » et de « peines » au sens et pour application des articles 6 et 7 de la CESDHLF. Elle a aussi retenu une conception extensive de l'élément « *idem* » - c'est-à-dire la « chose » poursuivie, condamnée ou jugée – qui ne correspond pas à l'identité des qualifications juridiques mais à celle « des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles »²⁰⁴⁸, après avoir longtemps tergiversé sur ce point²⁰⁴⁹. Si cette interprétation extensive a tout au plus conduit le Conseil constitutionnel à infléchir sa jurisprudence, elle ne saurait être longtemps contenue par la réserve formulée par la France lors de la ratification du Protocole n° 7²⁰⁵⁰. D'une part, cette réserve pourrait s'avérer n'être en réalité qu'une barrière de papier tant elle est fragilisée par la généralité de sa formulation²⁰⁵¹, d'autre part, elle peut être contournée en

²⁰⁴⁸ CEDH, (G.C.), 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03; CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18698/10 ; CEDH, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Suède*, n° 7356/10 ; CEDH, 27 janvier 2015, *Rinas c. Finlande*, n° 17039/13.

²⁰⁴⁹ En effet, comme le rappelle Mme Léa Maullet, si elle a dans un premier temps, comme dans les arrêts *Zolotoukhine* et *Grande Stevens*, retenu le critère de *idem factum* (CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, n° 15963/90, § 55), elle s'est tournée ensuite vers *idem legal* avec l'arrêt *Oliveira c. Suisse* (CEDH, 30 juillet 1998, *Oliveira c. Suisse*, n° 25711/94, § 26) pour enfin choisir une « troisième voie » consistant à admettre qu'un même fait pouvait constituer plusieurs infractions mais exigeant qu'elles se distinguent alors dans leurs « éléments essentiels » ou « *essential elements* » selon la version anglaise (CEDH, 29 mai 2001, *Franz Fisher c. Autriche*, n° 37950/97, § 25) (Léa MAULLET, « Le principe *ne bis in idem*, objet d'un « dialogue » contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2017, p. 112).

²⁰⁵⁰ Consciente des risques d'incompatibilité dont était porteuse la conception autonome et extensive de la matière pénale au niveau européen, la France avait, à l'instar de l'Autriche, de l'Italie et du Portugal, accompagné sa ratification du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme d'une réserve qui imposait de ne regarder que les « seules infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale » comme des infractions au sens et pour application des articles 2 à 4 du Protocole n° 7 (réserves consultables en ligne à l'adresse suivante : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/117/declarations>).

²⁰⁵¹ C'est du moins ce que laissaient penser les arrêts *Gradinger c. Autriche* (CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, n° 15963/90) et *Grande Stevens c. Italie* (CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10) dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme a remis en cause les réserves autrichiennes et italiennes en estimant qu'elles étaient trop imprécises. En effet, celles-ci se contentant de préciser que « les articles 3 et 4 se réfèrent uniquement aux procédures pénales dans le sens du Code pénal autrichien » et que « que les articles 2 à 4 du Protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne. », il était alors à craindre que la réserve française connût le même sort. Néanmoins, dans son dernier état, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ménage la position française. Ainsi, à l'occasion d'une requête concernant la Norvège, elle prit soin de rappeler que « les réserves formulées par l'Autriche et l'Italie ont été jugées non valables parce qu'elles n'étaient pas accompagnées d'un bref exposé de la loi en cause comme le veut l'article 57 § 2 (...), contrairement à la réserve émise par la France » (CEDH, (G.C.), 15 novembre 2016, *A. et B. c. Norvège*, n°s 24130/11, 29758/11, § 117), renvoyant alors, dans ce qui n'est qu'un *obiter dictum*, à un arrêt dans lequel elle n'avait toutefois pas fait application de la réserve française (CEDH, 2^e section, 2 juillet 2002, *Göktaş c. France*, n° 33402/96). En tout état de cause, il ne se trouve pour l'instant aucun juge, du moins dans l'ordre interne, qui a accepté de remettre en cause cette réserve. En effet, tandis que la Cour de cassation a retenu l'interprétation la plus favorable de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Crim., 22 février 2017, n° 14-82.526), c'est-à-dire celle ressortant de l'*obiter dictum* contenu dans l'arrêt *A et B c. Norvège*, le Conseil d'État a tout simplement décliné sa compétence pour apprécier la validité de telles réserves (CE, Ass., 12 octobre 2018, *SARL Super coiffeur*, n° 408567).

empruntant les passerelles jetées par les stipulations de la Charte des droits fondamentaux²⁰⁵², du moins uniquement lorsque les États membres « mettent en œuvre le droit de l'Union »²⁰⁵³.

736. Néanmoins, ces jurisprudences européennes ne sont pas opposées à toute hypothèse de cumul entre des procédures et des sanctions pénales et administratives et, si elles ne sont pas si harmonieuses que les stipulations de la Charte ne pouvaient le faire espérer, ont lissé les possibles points de friction qui pouvaient exister entre elles quant aux conditions dans lesquelles ce cumul serait admissible.

737. Ainsi que cela ressort du dernier état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux sanctions en matière fiscale, le principe *ne bis in idem* n'échappe pas non plus à l'approche modulée qui frappe les garanties lorsqu'elles trouvent à s'appliquer en dehors du « noyau dur » de la matière pénale. Ce n'est toutefois pas ici la force de l'interdiction qui peut en pâtir mais son champ d'application puisque la Cour, alors qu'elle devait se prononcer sur l'existence d'un manquement aux stipulations de l'article 4 du Protocole n° 7 par l'existence d'une procédure répressive mixte et parallèle, a estimé qu'il n'y a pas de répétition de procès ou de peines dès lors que les procédures répressives sont unies par un « lien matériel et temporel suffisamment étroit », ce qui signifie « non seulement que les buts poursuivis et les moyens utilisés pour y parvenir doivent être en substance complémentaires et présenter un lien temporel, mais aussi que les éventuelles conséquences découlant d'une telle organisation du traitement juridique du comportement en question doivent être proportionnées et prévisibles pour le justiciable »²⁰⁵⁴. Or, comme le souligne elle-même la Cour, ce lien matériel pourra être plus facilement établi lorsque sera aussi en cause une sanction ne relevant pas du « noyau dur du droit pénal »²⁰⁵⁵.

738. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, même si elle est tenue d'interpréter l'article 50 de la Charte à l'aune de la jurisprudence strasbourgeoise, elle demeure attachée à son autonomie, que ce soit pour apprécier les conditions d'application du principe *ne bis in idem*, c'est-à-dire ce que recouvrent

²⁰⁵² Il s'agit tant du §3 de son article 52-2, qui stipule que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention et que « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue », que de son article 53 stipulant lui qu' « aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ».

²⁰⁵³ CJUE, (G.C), 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, pt. 17.

²⁰⁵⁴ CEDH, (G.C), 15 novembre 2016, *A. et B. c. Norvège*, n°s 24130/11, 29758/11, § 130.

²⁰⁵⁵ CEDH, (G.C), 15 novembre 2016, *A. et B. c. Norvège*, n°s 24130/11, 29758/11, § 133.

les éléments *bis*²⁰⁵⁶ et *idem*²⁰⁵⁷ de la règle d'interdiction, ou les limitations dont elle peut souffrir, laissant ainsi d'autres espaces au cumul dans les législations nationales.

739. Ainsi, dès l'arrêt *Akerberg Fransson*, la Cour de justice, soucieuse de la primauté, de l'unité et de l'effectivité du droit de l'Union - mais aussi de ses intérêts financiers²⁰⁵⁸ -, n'autorisa les juges nationaux à mettre fin à un cumul de sanctions, y compris s'il se révèle incompatible avec une interprétation de la règle *ne bis in idem* correspondant à un niveau de protection équivalent à celui de la jurisprudence strasbourgeoise, qu'à condition que « les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives »²⁰⁵⁹. Puis, elle admit la compatibilité de la condition d'application du principe « *ne bis in idem* » visée à l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen avec l'article 50 de la Charte, qui, à l'instar de l'article 4 du Protocole n° 7, ne l'évoque pourtant pas²⁰⁶⁰, estimant qu'elle n'excédait pas

²⁰⁵⁶ Il s'agit plus précisément de l'appréciation du caractère pénal des sanctions dont le cumul est contesté. Certes, l'arrêt *Akerberg Fransson* de la Cour a rappelé que, pour l'appréciation de la nature pénale de sanctions fiscales, il faut tenir compte de la qualification juridique de l'infraction en droit interne, de la nature même de l'infraction et de la nature ainsi que du degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé (CJUE, (G.C), 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, pt. 35), et repris ainsi les critères que la Cour européenne des droits de l'homme avait dégagés pour fixer le champ de la matière pénale au sens et pour l'application des articles 6 et 7 de la CESDHLF dans son arrêt *Engels* (CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 80 à 82). Néanmoins, au lieu de renvoyer directement à cette dernière décision, la Cour a préféré, comme le souligne M. Dominique RITLENG, se référer à sa propre jurisprudence, en l'occurrence à l'arrêt *Bonda* (CJUE, 5 juin 2012, *Bonda*, aff. C-489/10, pt. 37) qui renvoie lui à l'arrêt *Engels*, (Dominique RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD eur.*, 2013, p. 267). Même si elle cite tout de même l'article 4 du protocole n° 7 au titre du « cadre juridique », la Cour met en quelque sorte une distance entre sa propre jurisprudence sur la Charte des droits fondamentaux et celle de la Cour de Strasbourg sur la CESDHLF et ses Protocoles

²⁰⁵⁷ Elle a ainsi maintenu l'appréciation différenciée que reçoit cette interdiction dans l'ordre juridique de l'Union. Il est effectivement des domaines dans lesquels les conditions d'application de cette interdiction de cumul diffèrent au sein même du droit de l'Union européenne et, par là même, s'écarte de la jurisprudence de la CEDH. Ainsi, si c'est bien le critère de l'*idem factum* qui est repris, par exemple, dans l'arrêt *Akerberg Fransson* et qui s'impose dans la jurisprudence relative à l'application de l'article 54 de la Convention d'application des Accords de Schengen et de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, qui put d'ailleurs inspirer la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (V. Raphaële PARIZOT, *art.précit.*, p. 174), c'est toujours un *idem* légal qui prévaut en matière de concurrence. Nonobstant les exigences d'harmonisation rappelées alors par l'avocat générale, la Cour persiste à exiger une identité des faits, de contrevenants et de l'intérêt juridiquement protégé (CJUE, (G.C), 14 février 2012, *Toshiba*, aff. C-17/10, pt. 97), se satisfaisant simplement « qu'il soit tenu compte de toute décision antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction » en cas de cumul des procédures (CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm et a. c. Bundeskartellamt*, aff. C-14/68, pt. 11). Le caractère factuel de l'*idem* s'impose dans les deux premiers domaines, sauf à aller contre la lettre et l'effet utile de ces normes car, comme le rappelait M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, « si les éléments d'appréciation étaient les infractions ou les valeurs protégées par leur interdiction, en lieu et place des simples faits, le principe *ne bis in idem* ne trouverait jamais à s'appliquer dans l'ordre international » (Damaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE, 20 octobre 2005, *Léopold Henri Van Esbroeck c. Openbaar Ministerie*, aff. C-436/04, pt. 47). En revanche, le caractère juridique de l'*idem* en droit de la concurrence ne serait pas dépourvu de toute justification objective, comme le regrettait Mme Julianne Kokott dans ses conclusions sur l'affaire *Toshiba* (Julianne KOKOTT, Conclusions présentées le 8 septembre 2011 sur CJUE, *Toshiba corporation et a.*, aff. C-17/10, §pt. 118), et s'imposerait, pour sa part, compte tenu de « la différence de perspectives entre les droits national et européen de la concurrence : chacun poursuit ses propres objectifs ou, plutôt, protège des intérêts distincts, lesquels peuvent dès lors justifier des sanctions successives » (Diane BERNARD, *art.précit.*, p. 1051).

²⁰⁵⁸ En effet, ainsi que la Cour le rappelait elle-même, les sanctions fiscales litigieuses étaient liées notamment à des manquements aux obligations déclaratives en matière de taxe sur la valeur ajoutée dont une partie des recettes est versée par les États membres au budget de l'Union européenne (pt. 34).

²⁰⁵⁹ Premier paragraphe de l'article 52 qui stipule que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

²⁰⁶⁰ À la différence de ces deux dernières stipulations, l'article 54 de la CAAS stipule en effet qu'« une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation ».

« ce qui est nécessaire pour éviter, dans un contexte transfrontière, l'impunité des personnes condamnées dans un État membre de l'Union par un jugement pénal définitif »²⁰⁶¹. Enfin, en 2018, la Cour, portée mais non liée par la jurisprudence du CEDH qui se voulait plus conciliante depuis 2016, a énoncé les conditions auxquelles l'interdiction du cumul pouvait être limitée sur le fondement du premier paragraphe de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux. Il en ressort ainsi qu'une réglementation nationale instaurant un tel cumul est admissible dès lors qu'elle répond à un objectif d'intérêt général par des poursuites et des sanctions poursuivant des buts complémentaires, qu'elle établit des règles claires et précises permettant au justiciable de pouvoir anticiper quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un tel cumul de poursuites et de sanctions, qu'elle assure que les charges résultant d'un tel cumul de procédures sont bien limitées au strict nécessaire afin de réaliser l'objectif poursuivi grâce à une coordination de celles-ci et que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées est limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée, la Cour confiant ensuite aux juges nationaux le soin d'apprécier le respect de ces exigences et de vérifier que les charges résultant concrètement d'un tel cumul pour la personne concernée ne sont pas excessives par rapport à la gravité de l'infraction commise²⁰⁶². Finalement, ce sont l'agencement des poursuites et le contrôle de la proportionnalité des sanctions qui apparaissent comme les variables à partir desquelles ces jurisprudences européennes et nationales, *a priori* disharmonieuses, peuvent s'ajuster.

740. En outre, il reste toujours possible pour les groupements de se tourner vers le juge administratif dont le rôle s'est d'ailleurs trouvé singulièrement revalorisé à la faveur de ce redéploiement de la fonction répressive²⁰⁶³.

²⁰⁶¹ CJUE, (G.C), 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, C-129/14 PPU, pt. 72.

²⁰⁶² CJUE, (G.C), 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci, Magiste International SA c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, aff. C-537/16, pt. 42-63.

²⁰⁶³ En faisant passer du contentieux de l'excès de pouvoir au plein contentieux pour les sanctions administratives prononcées contre les administrés, l'arrêt *ATOM* du Conseil d'État (CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, n° 274000) n'a finalement fait que généraliser la solution retenue par les dispositions applicables aux recours contre les sanctions par certaines de ces autorités administratives comme le CSA (art. 42-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication), l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (art. L. 2274 du code de l'aviation civile), ou encore l'AMF (art. R.621-45 du code monétaire et financier).

2- Le report d'une partie du contentieux répressif vers la juridiction administrative

741. Si les groupements peuvent effectivement essayer d'orienter l'exercice de la répression administrative en exerçant des recours contre les décisions refusant de sanctionner (a) ou en responsabilité à raison de ces décisions (b), l'une comme l'autre de ces voies de droit s'avèrent toutefois plus incertaines encore que la constitution de partie civile ou la citation directe devant les juridictions judiciaires répressives.

a- Les recours en réformation ou en annulation à la disposition des groupements privés

742. Il s'agit ici de voir comment les groupements privés peuvent toujours intervenir dans les rapports de droit public et d'appréhender les moyens dont ils disposent pour mettre fin à l'éventuelle carence des autorités administratives - classiques comme traditionnelles - auxquelles un tel pouvoir de sanction a été attribué. Ce sont donc tant les voies de recours contre les sanctions administratives, dont ils pourraient estimer qu'elles sont trop indulgentes, que celles contre les décisions refusant de les prononcer qui importent ici.

743. La première voie évoquée apparaît fermée aux groupements. En effet, la sanction administrative, dont un groupement estimerait qu'elle est trop indulgente à l'endroit de la personne qui a lésé les intérêts qu'il s'est donné pour objet de défendre, doit être regardée comme une décision objectivement défavorable pour son destinataire - même si elle ne l'est alors pas suffisamment à leurs yeux- et devrait en conséquence bénéficier de la protection que la jurisprudence administrative sur l'intérêt pour agir des tiers accorde à ce type de décision dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Il reste alors la possibilité pour les groupements de contester les « refus de sanctionner »²⁰⁶⁴, qui résulteraient aussi bien d'un refus d'engager des poursuites²⁰⁶⁵ que, encore plus amont, de leur carence dans l'usage de leurs pouvoirs d'enquête²⁰⁶⁶, devant le juge de l'excès de pouvoir²⁰⁶⁷, comme lorsqu'ils font face au refus d'une autorité administrative d'exercer ses pouvoirs de police, de saisir une juridiction ou d'accomplir l'obligation

²⁰⁶⁴ Pour reprendre le titre de M. Hubert Delzangles consacrée à cette question : Hubert DELZANGLES, « Le refus de sanctionner », *JCP A*, n° 11, 11 mars 2013, 2078

²⁰⁶⁵ CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 9 juin 2006, *Association des usagers des médias d'Europe*, n° 267898 ; CE, Sect., 30 novembre 2007, *Tinez et a.*, n° 293952.

²⁰⁶⁶ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 5 décembre 2011, n°s 319545, 338379.

²⁰⁶⁷ Le Conseil d'État put toutefois admettre que la contestation d'une telle décision empruntât la voie du recours de plein contentieux. Il en fut ainsi lorsqu'il admit le recours du président de l'ancienne Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) contre une décision de la commission des sanctions refusant de sanctionner un opérateur en étendant les prévisions du II de l'article 44 II de la loi du 12 mai 2010 qui dispose que : « les décisions prononcées par la commission des sanctions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la juridiction administrative par les personnes sanctionnées et par le président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne, après accord du collège » (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 26 novembre 2012, *ARJEL*, n° 351163).

d'information de l'autorité judiciaire qui pèse sur elle sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale ou de dispositions équivalentes²⁰⁶⁸. Il faudrait néanmoins réserver les hypothèses dans lesquelles les sanctions édictées par l'autorité administrative sont contrôlées par juge judiciaire ainsi que, par extension, les refus de sanctionner²⁰⁶⁹.

744. Néanmoins, une fois que la compétence du juge administratif pour contrôler la légalité de ces décisions de refus et l'existence d'un grief suffisant ont été admises²⁰⁷⁰, d'autres obstacles peuvent se dresser sur la route des groupements ou, plus généralement, de tous les tiers qui souhaiteraient mettre ainsi fin à la carence de l'autorité administrative dans l'exercice de son pouvoir de sanction. En la matière, le régime contentieux des décisions de refus de sanction apparaît effectivement beaucoup moins favorable aux tiers que ne peut l'être celui, par exemple, des décisions refusant d'exercer des pouvoirs de police qu'il n'est au demeurant pas toujours facile de distinguer des sanctions administratives et qui précèdent parfois leur édicton.

745. Comme dans le cadre de tout recours pour excès de pouvoir, ils doivent aussi faire la preuve de leur intérêt pour agir, ce qui est loin d'être évident lorsqu'il s'agit de contester l'usage de prérogatives en matière de répression administrative. Sur ce point, la jurisprudence apparaît fragmentée et de vagues lignes de force peuvent être observées en lieu et place de frontières clairement établies.

746. Ainsi, sa jurisprudence sur l'intérêt pour agir des tiers contre un refus de sanctionner un agent²⁰⁷¹ ou un usager du service public²⁰⁷² apparaît dominée « par l'idée que la discipline est un rapport bilatéral entre l'institution et son membre déviant, et qu'un tiers, y compris la victime, n'a pas à s'immiscer dans ce « huis clos »²⁰⁷³. La répression administrative a alors « pour finalité de sanctionner une méconnaissance des règles auxquelles la personne poursuivie est soumise et non de réparer l'atteinte que le comportement fautif a pu porter aux droits des tiers »²⁰⁷⁴, ces dernier disposant, en tout état de cause, de voie de recours

²⁰⁶⁸ CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 28 mars 1997, *Solana*, n° 182912.

²⁰⁶⁹ C'est, ainsi que le note M. Hubert Delzangles, ce qui ressort de la combinaison des articles du code de commerce, en l'occurrence des articles L. 462-6 et L. 464-8, au sujet de l'Autorité de la concurrence (Hubert DELZANGLES, *art.précit.*, §9).

²⁰⁷⁰ Jusqu'à présent, le Conseil d'État a exclu du champ des décisions attaquables celles refusant d'engager une procédure qui n'est pas susceptible de conduire à l'édition d'une décision faisant grief ou, plus précisément, d'une décision qui n'est pas susceptible de faire grief en raison de son caractère décisoire. (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 28 juillet 2000, *Dakar*, n° 212941 ; CE, 5^e et 7^e sous-sections réunies, 18 décembre 2002, *Association Promouvoir*, n° 232273 ; CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 13 juillet 2007, *Mme Abric c. Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, n° 297742, Sur ce courant jurisprudent V. Benjamin LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Les thèses de l'IFR, LGDJ, 2013, ndbp n° 956). Néanmoins, l'élargissement du champ du recours pour excès de pouvoir à certains actes de droit souple émis par des « autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies » laisse augurer, à terme, un rétrécissement du champ de cette jurisprudence qui devrait être inversement proportionnel à l'élargissement du champ du recours pour excès de pouvoir. Autrement dit, le Conseil d'État devrait en tout logique admettre le recours contre les décisions refusant d'engager des procédures susceptibles d'aboutir à l'édition d'actes qui, bien que n'étant pas décisores, « sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ».

²⁰⁷¹ V. s'agissant d'un recours aux fins de contester une décision refusant d'aggraver une sanction : CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 17 mai 2006, *Bellanger*, n° 268938.

²⁰⁷² CE, Sect., 10 juillet 1995, *Laplace*, n° 141654.

²⁰⁷³ Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, « De l'opportunité et de la légalité en matière disciplinaire », *AJDA*, 2014, p. 1478.

²⁰⁷⁴ Jacques ARRIGHI de CASANOVA, Conclusions sur CE, Sect., 10 juillet 1995, *Laplace*, *AJDA*, 1995, p. 745. Cette idée se retrouve dans la motivation même des décisions du Conseil d'État. Ainsi, pour dénier l'intérêt pour agir de tiers à contester

alternatives²⁰⁷⁵. Le mur qui se dresse ainsi entre les groupements et l'exercice du pouvoir de sanction n'est toutefois pas complètement imperméable car il faut tenir compte des conditions d'organisation de la répression administrative, de la mission dans le cadre de laquelle elle s'inscrit et, enfin, du stade d'avancement de la procédure répressive avortée.

747. En effet, en premier lieu, les conditions dans lesquelles s'exerce la répression administrative peuvent ouvrir aux groupements, ou du moins à certains d'entre eux, des interstices dans lesquels ils peuvent espérer se glisser en tirant partie, d'une part, de la jurisprudence traditionnelle en matière d'intérêt pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir et, d'autre part, de récents infléchissements. Ainsi, lorsque la saisine de l'autorité habilitée à exercer le pouvoir de sanction est organisée par des textes et réservée à certains tiers, ces derniers, parmi lesquels peuvent aussi se trouver des groupements privés, se voient effectivement reconnaître un intérêt pour agir contre une décision de refus de sanctionner²⁰⁷⁶, pourvu toutefois qu'ils aient valablement introduit cette plainte²⁰⁷⁷.

748. Il pourrait toutefois être reproché à ces jurisprudences de n'offrir qu'une ouverture en trompe l'œil dans la mesure où elles ne font, finalement, que perpétuer une différence de traitement entre les tiers, et plus spécialement les groupements, selon que le législateur ou le pouvoir réglementaire, s'ils ont organisé un système de plainte ou une composition ouverte de l'organe décisionnel, ont pu les estimer dignes ou non de participer à un dispositif répressif. Le juge administratif ne semble en outre pas enclin à desserrer ce filtre dans la mesure où il interprète comme limitative la liste établie par les textes pouvant organiser un système de plainte²⁰⁷⁸. Certes, le Conseil d'État a ménagé une soupape de sécurité lorsqu'il se prononça sur la recevabilité et sur le contrôle au fond à l'occasion d'un recours contre un refus de

une décision refusant d'aggraver une sanction disciplinaire contre un agent, ce qui vaudrait *a fortiori* en cas de recours contre une décision refusant d'en édicter une, il rappelait dans son arrêt *Bellanger* que « la décision par laquelle une autorité administrative inflige, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, une sanction à un agent placé sous ses ordres a pour seul objet de tirer, en vue du bon fonctionnement du service, les conséquences que le comportement de cet agent emporte sur sa situation vis-à-vis de l'administration », ce qui - alors même qu'il emploie si le terme « objet » plutôt que celui de finalité - revient substantiellement au même.

²⁰⁷⁵ Le Conseil d'État a, dans son arrêt *Bellanger* du 2 juillet 2010, fermé l'action en responsabilité du fait de la carence dans l'usage des pouvoirs de sanction en reprenant les mêmes motifs que dans le contentieux de l'excès de pouvoir, c'est-à-dire en rappelant que « la sanction disciplinaire n'a pas pour finalité de réparer le préjudice de la victime de la faute commise par l'agent public sanctionné » et « qu'il en résulte que la victime, si elle a droit à la réparation intégrale du préjudice résultant de cette faute, n'est pas titulaire d'un droit à indemnité résultant soit de l'absence de sanction disciplinaire de l'agent qui a commis la faute, soit du choix de la sanction disciplinaire qui a été infligée » (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 2 juillet 2010, *Bellanger*, n° 322521). Néanmoins, comme il l'avait souligné lorsqu'il rejeta le recours pour excès de pouvoir qui avait été introduit dans cette affaire, les victimes d'un dommage causé par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ont alors à leur disposition d'autres voies de droit alternatives puisqu'elles peuvent « engager une action en réparation en recherchant soit la responsabilité de l'administration pour faute de service devant le juge administratif, soit, en cas de faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions, la responsabilité de l'agent concerné devant le juge judiciaire ; que, dans le cas où une action pénale est intentée à l'encontre de ce dernier, elle peut, en outre, (...) se constituer partie civile » (CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 17 mai 2006, n° 268938).

²⁰⁷⁶ CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 28 mars 1997, *Solana*, n° 182912 ; CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques et a.*, n° 131688. Finalement, ce ne serait là que le pendant de la jurisprudence selon laquelle la qualité de destinataire d'une décision rejetant l'une de ses demandes à l'administration n'est pas suffisante pour avoir un intérêt pour agir contre elle dès lorsqu'il n'a pas intérêt à former cette demande (CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 23 décembre 1987, *Association « Les amis du socialisme »*, n° 66624).

²⁰⁷⁷ CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 11 juillet 2018, n° 413782.

²⁰⁷⁸ CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 11 mai 2007, *Société Media Ratings*, n° 286508.

sanctionner émanant d'une autorité administrative dans son arrêt *Tinez* en date du 30 novembre 2007 puisqu'il admit que, même l'absence de texte organisant la saisine de l'autorité exerçant le pouvoir de sanction, le refus de cette dernière de donner suite à une plainte pouvait être contesté par des tiers intéressés, en l'occurrence les personnes intervenant sur le marché dont le contrôle administratif est susceptible de donner lieu à l'édition d'une sanction²⁰⁷⁹. Toutefois, les conditions d'application de cette jurisprudence, inaugurée par un arrêt rendu aux conclusions contraires du commissaire du gouvernement, sont assez floues et l'état du droit demeure assez « mystérieux »²⁰⁸⁰.

749. D'une part, il n'est pas évident de savoir à quelle forme de lacune législative cette jurisprudence est censée remédier, c'est-à-dire si elle n'a vocation à s'appliquer qu'en l'absence de tout texte organisant un système de plaintes²⁰⁸¹ ou seulement lorsqu'il existe un tel texte dont sont exclus certains tiers intéressés, en l'occurrence les acteurs du marché contrôlé en matière de régulation économique, ou encore dans un cas comme dans l'autre. Autrement dit, il s'agit de savoir si elle ne permet de pallier que certaines lacunes et, le cas échéant, s'il s'agit alors de lacunes totales et partielles ou seulement l'une des deux. La seule lecture des décisions ayant fait application du volet substantiel de la jurisprudence *Tinez*, c'est-à-dire pour l'appréciation de la légalité interne de la décision de refus, n'est pas probante car elle ne permet pas de savoir si, dans les différentes espèces, « les acteurs du marché ont intérêt à agir en cette qualité ou si la raison tient au fait qu'ils peuvent saisir les autorités de régulation d'une plainte (donc contester le rejet de celle-ci et le refus de sanctionner) »²⁰⁸². Quant aux conclusions des rapporteurs publics, elles sont à peine plus éclairantes et peuvent même semer le doute sur ce point. Ainsi, les conclusions de M. Damien Botteghi sur l'arrêt *AFORST*²⁰⁸³ pourraient laisser entendre que la jurisprudence *Tinez* ne trouve pas à s'appliquer en l'absence totale de texte organisant les plaintes des tiers²⁰⁸⁴. Néanmoins, un peu plus d'un

²⁰⁷⁹ CE, Sect., 30 novembre 2007, *Tinez et a.*, n° 293952.

²⁰⁸⁰ Hubert DELZANGLES, « Le Conseil d'État se prononce pour la première fois sur les pouvoirs de la commission des sanctions de l'ARJEL et confirme un refus de sanctionner », *RJEP*, n° 709, Juin 2013, comm. 28, § 18.

²⁰⁸¹ Ce qui semble être l'opinion de Mme Marie Crespy-De Coninck (Marie CRESPIY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèse, vol. 164, 2015, n° 387-388, p. 270-271). Néanmoins, l'auteur appuie son propos sur les conclusions que M. Laurent Olléon avait prononcées à l'occasion de l'affaire *Tinez* devant le Conseil d'État et qui n'avaient pas été suivies par ce dernier (Marie CRESPIY-DE CONINCK, *thèse.précit.*, n° 388, p. 271, ndbp n° 1743). En outre, après avoir ainsi affirmé que « dans l'hypothèse où un texte organise l'accès des tiers à la procédure de régulation, les qualités invocables seront limitées à celles mentionnées par le législateur », puis évoqué les conclusions de M. Damien Botteghi sur l'arrêt *CFE-CGC* du Conseil d'État, qui questionnaient les contours de la notion de « personne physique ou morale concernée » au sens et pour application de l'article L 36-11 du code des postes et des communications électroniques, l'auteure conclut que « si l'existence d'un texte habilitant certaines personnes à saisir l'autorité de régulation conditionne la recevabilité des requêtes à l'encontre des refus de l'autorité d'engager une procédure, le cercle des qualités pouvant donner un intérêt à agir sera limité dans son diamètre le plus large aux seuls acteurs présents sur le marché en cause, notamment s'ils y exercent une activité » (Marie CRESPIY-DE CONINCK, *thèse.précit.*, n° 388, p. 272). Autrement dit, après avoir affirmé que la jurisprudence *Tinez* n'est applicable qu'en présence d'une lacune totale, elle considère qu'elle pourrait tout de même jouer un rôle, au moins comme directive d'interprétation, en présence d'une lacune partielle.

²⁰⁸² Hubert DELZANGLES, *art.précit.*, § 18.

²⁰⁸³ CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, n°s 334062, 347163.

²⁰⁸⁴ « Si vous avez refusé, en matière audiovisuelle, qu'une radio puisse contester le refus du CSA de donner suite à une procédure de sanction engagée contre une radio concurrente (CE, 11 mars 1998, Sté NRJ : Rec. CE 1998, tables p. 1153), c'est parce que dans ce cas les textes n'organisent pas l'accès des tiers à l'autorité disciplinaire. En revanche, si tel est le cas, vous acceptez l'intérêt à agir des tiers intéressés. La règle vaut au moins depuis la décision de section M. Tinez et autres ([CE, sect.](#)

an après dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat CFE-CGC France Télécom*, le même rapporteur public présentait cette jurisprudence comme s'appliquant « même en l'absence de texte ». Tout en faisant montre de déférence à l'égard du législateur en procédant à une interprétation génétique du champ d'application des textes organisant les plaintes devant l'ARCEP, du moins en apparence²⁰⁸⁵, et prenant soin de souligner que les tiers intéressés s'y trouvaient en tout état de cause inclus, le même rapporteur public affirmait que le Conseil d'État avait entendu rappeler, par l'arrêt *Tinez*, que « la mission régulatrice d'une autorité indépendante ne peut en effet être effective que si les autres acteurs du marché sont en mesure d'activer la régulation ». Il laissait ainsi entendre que la juridiction pourrait s'autoriser une interprétation plus constructive des textes existants dès lors qu'ils lui apparaîtraient lacunaires. Cela ne contredirait pas l'idée, qui apparaît dans le fichage de l'arrêt *Tinez* et qui est rappelée dans ces conclusions, selon laquelle cette jurisprudence n'a pas entendu revenir sur une partie de l'état du droit antérieur qui s'attachait à la qualité d'auteur de la plainte pour apprécier l'intérêt pour agir et qu'un arrêt *Société NRJ* en date de 1998 était censé représenter²⁰⁸⁶. En effet, les deux jurisprudences peuvent très bien coexister en admettant que la

[30 nov. 2007, n° 293952 : JurisData n° 2007-072738](#) ; *RJEP* 2011, comm. 11, note M. Collet), qui est même plus volontaire puisqu'elle reconnaît un intérêt à agir aux « personnes qui interviennent sur le marché soumis au contrôle de l'autorité » (Damien BOTTEGHI, « Intérêt à agir dans une procédure répressive », *RJEP*, n° 712, octobre 2013, comm. 42).

²⁰⁸⁵ Il s'agissait en l'occurrence de savoir ce que recouvrait la notion d'« organisation professionnelle » au sens et pour application de l'article L. 36-11 du code des postes et communications électroniques et, plus précisément, s'il convenait d'y inclure les syndicats défendant les intérêts des personnes travaillant au sein des sociétés opérant sur le marché régulé par l'Autorité de régulation des communications électronique et des postes. Le rapporteur public, suivi par le Conseil d'État, retint une interprétation plus restrictive que l'ARCEP qui incluait les syndicats. Le rapporteur public exigeait néanmoins, en s'appuyant sur les dispositions de l'article L. 36-11 du code des postes et communications électroniques mentionnant également « une personne physique ou morale concernée », que lesdites organisations professionnelles fussent aussi « concernées ». En évoquant les travaux préparatoires, il fit alors valoir, d'une part, que l'adjectif « concernée » n'était pas commun à toutes les entités énumérées et qu'il n'y avait pas lieu d'imposer une exigence supplémentaire. Son interprétation était en revanche plus discutable lorsqu'il fit valoir que le dispositif mis en place par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, dont était issu cet article L. 36-11, était « très inspiré de celui mis en œuvre par la loi de 1986 » organisant la saisine auprès du CSA, et qu'il convenait alors de faire, à l'instar de cette dernière, le départ entre les « organisations professionnelles » et les « organisations syndicales » et, par là même, d'exclure les syndicats du champ de l'article L. 36-11. Pourtant rien n'imposait, et surtout pas une interprétation qui n'était aucunement étayée par les travaux préparatoires, de respecter scrupuleusement une unité de vocabulaire entre ces deux textes de lois (Damien BOTTEGHI, « Intérêt à agir dans une procédure répressive », *RJEP*, n° 712, octobre 2013, comm. 42).

²⁰⁸⁶ CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 8 avril 1998, *Société NRJ*, n° 172334. Il est aussi possible de renvoyer à l'arrêt des 5^e et 3^e sous-sections réunies du 8 avril 1998 qui constitue aussi un témoignage de la guérilla contentieuse que la Société NRJ mena cette année et auquel renvoie le fichage de l'arrêt *Tinez* sur Légifrance en se trompant sur le numéro de requête et en renvoyant à un arrêt du 11 mars de la même année (CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 8 avril 1998, *Société NRJ*, n° 172333). Comme l'arrêt du 11 mars 1998, il avait trait à un recours pour excès de pouvoir introduit par la société NRJ contre une décision du CSA ayant pour objet de clôturer des procédures de sanction qui avaient été engagées et avait abouti au même résultat, à savoir le rejet de la requête. Certes, sa motivation diffère quelque peu. En effet, tandis que dans son arrêt du 11 mars 1998, le Conseil d'État retint l'absence de décision faisant grief à la société et, par suite, l'absence d'intérêt lui donnant qualité pour agir, il s'est contenté, dans son arrêt du 8 avril 1998, de relever que la société « ne justifiait d'aucun intérêt lui donnant qualité pour contester cette (...) décision ». En réalité, il est plus probable que le Conseil d'État ait tout simplement raccourci son raisonnement sur la recevabilité dans son arrêt du 8 avril 1998 et non pas estimé que ce type de décision était finalement susceptible de faire grief à la société. C'est bien ce que laisse penser la lecture des conclusions de Mme Hubac sur l'arrêt du 8 avril 1998 puisque c'est l'absence de décision faisant grief qui fut mise en avant et l'arrêt du 11 mars qui fut notamment pris comme référence. En revanche, la note de M. Martin Collet sous l'arrêt *Tinez* renvoie quant à elle à un autre arrêt « *Société NRJ* » qui fut aussi rendu le 8 avril 1998 par les 5^e et 3^e sous sections réunies du Conseil d'État (CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 8 avril 1998, n° 169183). Toutefois, dans ce dernier, la société NRJ avait attaqué une décision du CSA autorisant une société concurrente à augmenter son capital et le Conseil d'État lui avait alors reconnu un intérêt pour agir. Les propos de l'auteur et le numéro de la page du recueil vers laquelle le lecteur est renvoyé montrent toutefois qu'il s'agit d'une erreur imputable au lien hypertexte mis en place par le site LexisNexis.

qualité d'auteur de la plainte n'ait pas été éclipsée mais qu'elle puisse simplement être complétée, au besoin, par celle de « tiers intéressé » dans l'appréciation de l'intérêt pour agir lorsque les textes existants sont lacunaires ou même s'il n'y en a aucun. En s'attachant à la *ratio legis* de cette jurisprudence, il serait effectivement absurde de la limiter à une seule forme de lacune.

750. D'autre part, il n'est pas non plus évident de savoir à quel type de sanction administrative cette jurisprudence, dégagée à l'occasion d'un recours contre une décision de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, s'applique. Le Conseil d'État a quelque peu précisé sa motivation et le champ d'application de la jurisprudence *Tinez* lorsqu'il eut à connaître d'un recours contre un refus émanant de l'Autorité de contrôle prudentiel qui a succédé notamment à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles. En effet, depuis 2013, il exige que la décision de refus émane d'une « autorité administrative indépendante investie d'une mission de régulation, qui dispose en vertu de la loi de pouvoirs de contrôle et de police, qu'elle exerce de sa propre initiative et dont l'objet consiste à assurer la sécurité d'un marché »²⁰⁸⁷. Pour autant, compte tenu des notions employées pour fixer ces critères organique et fonctionnelle, mais aussi de la liberté que le Conseil d'État se ménage en les utilisant, il ne l'a en réalité pas vraiment clarifiée. En premier lieu, le Conseil d'État exige que ce pouvoir de sanction, qui se trouve d'ailleurs amalgamé au sein des pouvoirs de « contrôle et de police », ait été utilisé au service d'une mission de « régulation », c'est-à-dire une notion dont les contours exacts, mais aussi l'originalité même comme catégorie de droit positif, demeurent discutés et discutables²⁰⁸⁸. Il ajoute, plus précisément, que ce pouvoir doit avoir pour « objet » d'assurer la sécurité d'un « marché ». Ce faisant, le Conseil semble avaliser cette distinction doctrinale entre les autorités de régulation dites « économiques » et celles censées garantir le respect de liberté dont la pertinence est discutée²⁰⁸⁹ et bien discutable. En effet, d'une part, le caractère concurrentiel d'un marché permet de garantir aussi certains droits et libertés des opérateurs économiques et, d'autre part, toutes les décisions de toutes ces autorités administratives, y compris celles dont la mission semble *a priori* circonscrite à la seule protection des libertés, sont susceptibles d'avoir un effet économique. Néanmoins, si à la lecture de la motivation des décisions censées s'inscrire dans sa filiation, des conclusions des rapporteurs publics et des premiers commentaires, il était à craindre qu'elle participât en réalité moins à une réelle ouverture du prétoire en matière de sanctions administratives qu'à une singularisation du droit de la régulation économique²⁰⁹⁰, il apparaît le Conseil accepte de neutraliser cette

²⁰⁸⁷ CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 9 octobre 2013, *MJA (SELAF)*, n° 359161. Pour mémoire et à titre de comparaison, dans son arrêt *Tinez*, il évoquait « une autorité administrative indépendante qui dispose en vertu de la loi d'un pouvoir de sanction qu'elle exerce de sa propre initiative et dont l'objet ne se borne pas à punir certains comportements mais consiste, eu égard notamment à la nature des mesures susceptibles d'être prononcées, à assurer la sécurité d'un marché ».

²⁰⁸⁸ Sur ce - vaste - débat, il peut être renvoyé aux contributions de MM. Arnaud Sée et Romain Rambaud lors du colloque de l'Association française de droit administratif consacré aux controverses en droit administratif, ainsi qu'aux auteurs auxquels ils renvoient dans celles-ci, V. Arnaud SEE, Romain RAMBAUD, « Peut-on se passer de la notion de régulation ? », in AFDA, *Les controverses en droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017, p. 130 et s.

²⁰⁸⁹ V. Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Autorités administratives incomprises (AAI) », *JCP G*, 2010, act. 1166, Libres propos.

²⁰⁹⁰ Marie CRESPIY-DE CONINCK, *thèse.précit.*, n° 385-388, p. 269-273 (V. aussi, Romain RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012,

partie du critère fonctionnelle. En effet, il admet de reprendre, au travers d'une motivation sur mesure, la jurisprudence *Tinez*, au moins dans son volet substantiel, dans le contentieux des refus de sanctionner émanant de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après CNIL)²⁰⁹¹ dont les décisions, bien qu'ayant une incidence économique, n'ont pas pour « objet » de garantir le caractère concurrentiel du marché des données. Le seul critère fonctionnel, ainsi dépouillé, offre un champ d'application potentiellement très étendu à cette jurisprudence. Au moins autant que peut l'être la définition de la « régulation ».

751. En tout état de cause, dès l'arrêt *Tinez*, c'est-à-dire avant même que le Conseil d'État ne fasse référence expressément à une quelconque mission de régulation, les éléments censés singulariser la fonction poursuivie par les décisions attaquées, et par là même justifier que leur soit appliqué un régime contentieux différent, n'étaient pas des plus convaincants. Dans sa note sous l'arrêt *Tinez*, M. Martin Collet mettait en avant que « d'après le Conseil d'État, l'ACAM et ses homologues ont pour point commun d'être dotées par la loi d'un pouvoir de sanction, non pas seulement dans le but de punir les comportements déviants, mais plus généralement pour « assurer la sécurité d'un marché ». Et, poursuit le Conseil d'État, l'exercice de cette fonction - qui fleure bon la mission de police spéciale - est indissociable d'un objectif moins banal qu'il en a d'abord l'air : sa mise en œuvre est subordonnée à la prise en compte de diverses considérations factuelles, mais aussi « plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux » dont l'autorité concernée a la charge »²⁰⁹². Le raisonnement insistant sur la finalité de la décision, et à travers elle la fonction de l'autorité administrative compétente, pour déterminer l'intérêt pour agir, aussi « paradoxal » puisse-t-il sembler à M. Hubert Delzangles²⁰⁹³, est somme toute classique dans sa jurisprudence relative aux refus de sanctionner des agents ou des usagers puisque ce sont bien des considérations de cette nature qui ont pu justifier une appréciation plus stricte de l'intérêt pour agir. À ce titre, il faudrait aller au bout du raisonnement et l'étendre à toutes les hypothèses dans lesquelles la finalité punitive n'est pas exclusive. Il faut toutefois avouer que la situation ne s'en trouverait pas pour autant clarifiée tant il est vrai qu'un critère fonctionnel est d'un maniement délicat. Du reste, en considérant qu'il est possible d'appréhender cette finalité à travers les conditions encadrant l'usage du pouvoir de sanction, c'est-à-dire en considérant que l'obligation de prendre en compte des intérêts potentiellement divergents

n° 1695, p. 733-734) Il faut toutefois nuancer car cette singularité ne se manifeste effectivement pas à tous les niveaux du régime contentieux des décisions de refus. En effet, comme le relève l'auteur, au terme d'un raisonnement toutefois quelque peu différent de celui de M. Benjamin Lavergne au sujet des arrêts *Association Promouvoir* et *Dakar*, la jurisprudence fait finalement preuve de classicisme pour déterminer la justiciabilité des décisions (Marie CRESPIY-DE CONINCK, *thèse.précit.*, n° 222, p. 157).

²⁰⁹¹ Il va ainsi tant pour le refus d'user de ces pouvoirs d'enquête (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 5 décembre 2011, n°s 319545, 338379) que celui d'instruire une plainte (CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 19 juin 2017, n° 398442)

²⁰⁹² Il ne s'agit toutefois pas là d'un « objectif » de la décision de sanction ou du refus de sanctionner comme le présente M. Martin Collet (Martin COLLET, « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », *RJEP*, mars 2008, p. 13). Ce serait confondre l'intérêt que le titulaire d'une prérogative est tenu de poursuivre et les autres intérêts, éventuellement publics, dont il doit tenir compte lorsqu'il poursuit cette finalité, ce qui correspond d'ailleurs à deux conditions de légalité bien distinctes.

²⁰⁹³ Hubert DELZANGLES, *art.précit.*, § 18.

pour exercer un pouvoir de sanction signifie que celui-ci est mis au service d'une mission plus vaste que sa seule fonction punitive, il serait même tentant de vouloir étendre cette jurisprudence à l'ensemble des domaines dans lesquelles s'exerce la répression administrative puisque l'administration est finalement toujours réduite à opérer ce type d'arbitrage lorsqu'elle exerce les prérogatives qui lui ont été attribuées, y compris lorsqu'il s'agit de prendre des sanctions à l'égard d'administrés en dehors du cadre économique et même lorsqu'elles sont « internes et disciplinaires »²⁰⁹⁴.

752. Néanmoins, le critère organique exclut en principe une telle extension de la jurisprudence puisque le Conseil d'État précise que ce pouvoir de sanction doit avoir été attribué à une « autorité administrative indépendante », ce qui, là encore, n'a que l'apparence de la clarté. En effet, il est difficile de savoir si, ainsi formulé, le champ d'application de cette jurisprudence de 2007, toilettée en 2013, doit désormais être apprécié à l'aune de la liste annexée à la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 et ainsi ne s'appliquer qu'aux AAI qui ont été labellisées par le législateur, ce qui devrait alors conduire à exclure les « autorités publiques indépendantes ».

753. Au demeurant, cette qualité d'auteur de la plainte, et par analogie celle de tiers intéressé, ne présente qu'une utilité limitée pour les groupements puisqu'elle ne permet en réalité de contester que l'inertie totale dont ces autorités feraient preuve dans l'exercice de leur pouvoir de sanction et non l'indulgence dont ces autorités feraient, à leurs yeux, preuve en édictant une sanction, ni même la décision de clôturer la procédure de sanction dès lors qu'elle a au moins accepté d'instruire la plainte ainsi que cela ressort des termes de l'arrêt rendu le 19 juin 2017 par le Conseil d'État au sujet du pouvoir de sanction de la CNIL²⁰⁹⁵. Le recours demeure toutefois recevable s'il émane de membres des organes collégiaux compétents pour prendre ces décisions qui, en raison de cette seule qualité, se voient reconnaître une présomption irréfragable d'intérêt pour agir contre elles et sans limitation des moyens invocables, en

²⁰⁹⁴ Ainsi, s'agissant du décret n° 2011-728 du 24 juin 2011 relatif à la discipline dans les établissements d'enseignement du second degré dont la légalité était contestée dans son arrêt *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques (FCPE) et Union nationale lycéenne (UNL)*, notamment en ce qu'il imposait aux chefs d'établissements d'engager des poursuites disciplinaires dans certaines hypothèses, le Conseil d'État rappelle tout de même que « l'obligation ainsi faite aux chefs d'établissement trouve sa limite dans les autres intérêts généraux dont ils ont la charge, notamment dans les nécessités de l'ordre public ».

²⁰⁹⁵ CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 19 juin 2017, n° 398442 : « l'auteur d'une plainte peut déférer au juge de l'excès de pouvoir le refus de la CNIL d'y donner suite. Il appartient au juge de censurer celui-ci en cas d'erreur de fait ou de droit, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir. En revanche, lorsque la CNIL a décidé d'instruire une plainte, l'auteur de celle-ci n'a intérêt à contester ni la décision prise à l'issue de cette instruction, quel qu'en soit le dispositif, ni la clôture de sa plainte prononcée subséquentement ». Pourtant, le Conseil d'État venait encore récemment de reconnaître l'intérêt pour agir de l'auteur d'une plainte contre une décision de la CNIL l'informant de la clôture de celle-ci (CE, 8^e chambre jugeant seule, 30 novembre 2016, n° 393208) et cette jurisprudence aboutit finalement, au terme d'un raisonnement différent, au même résultat au niveau de l'intérêt pour agir des tiers que les arrêts « NRJ » du 11 mars et du 8 avril 1998 dans lesquels étaient contestées des décisions par lesquelles le CSA décidait d'abandonner des poursuites. Pour M. Romain Perray et Mme Julie Uzan-Naulin, ce sont les circonstances de l'espèce qui expliquent cette solution sur la recevabilité. En l'occurrence, la CNIL avait diligenté un contrôle puis prononcé une sanction. En outre, le requérant contestait en réalité l'indulgence dont la CNIL aurait fait preuve en prononçant ladite sanction (Romain PERRAY, Julie UZAN-NAULIN, « Du droit de se plaindre à la CNIL mais sauf de ses sanctions », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 63). Enfin, il est vrai que le fichage sur le site *Légifrance* n'indique pas qu'il s'agit d'un revirement. Toutefois, force est de constater que la motivation de l'arrêt ne s'embarrasse pas de ce genre de distinction. Elle précise même que le sens de la décision prise à l'issue de l'instruction est indifférent et elle sert aujourd'hui de considérant de principe au Conseil d'État lorsqu'il se prononce sur des recours contre les refus de sanctionner de la CNIL (CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 11 juillet 2018, n° 413782).

application de la jurisprudence *Paris et Roignot*²⁰⁹⁶. À cet égard, bien que ne participant ni aux délibérés ni aux votes lors des séances relative à l'exercice du pouvoir de sanction, les « *membres associés* » au sein de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires devraient tout de même bénéficier de cette jurisprudence au moins pour assurer le respect des règles imposant leur convocation en bonne et due forme. En revanche, eu égard aux règles statutaires applicables aux membres de ces autorités, les quelques groupements éventuellement admis à participer à leur désignation ne sauraient, au moins directement, bénéficier de cette jurisprudence et de ses extensions. Rien ne garantit que le Conseil d'État accepterait que ces groupements puissent, lorsqu'ils sont impliqués dans la procédure de désignation, contester directement ces décisions en transposant sa jurisprudence *Syndicat CFDT du Ministère des Relations Extérieures* qui, s'agissant des décisions soumises à l'avis obligatoire des anciens comités techniques paritaires, avait étendu la présomption d'intérêt pour agir aux syndicats dont les représentants siègent au sein de ces comités²⁰⁹⁷ dans la mesure où la *ratio legis* de cette jurisprudence s'acclimate effectivement mal au cas des AAI et API. En effet, comme cela fut dit précédemment, pour justifier une telle solution dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat CFDT du Ministère des Relations Extérieures*, M. Daniel Labetoulle mettait en avant la relation de dépendance existant entre les représentants du personnel et les organisations syndicales qui les nommaient et pouvaient les révoquer *ad nutum*²⁰⁹⁸. Dans la mesure où ils sont formellement nommés par arrêté du ministre chargé de l'aviation civile, il ne semble alors pas non plus possible de réserver le cas des « membres associés » au sein de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires alors même qu'ils sont censés représenter certains groupements, et pas simplement les groupes qu'ils ont pour objet de défendre, et que ces derniers peuvent, au moins indirectement, obtenir leur révocation *ad nutum* ou du moins quasiment²⁰⁹⁹.

754. Enfin, quand bien même la barrière de la recevabilité serait franchie, rien ne garantit aux groupements qu'ils pourront obtenir le résultat escompté. Ils ne trouvent alors qu'un contrôle de la légalité interne de faible intensité la part du juge administratif qui veille à garantir la marge d'appréciation dont ces autorités disposent pour déclencher et conduire ces procédures disciplinaires²¹⁰⁰ ou, en amont, d'enquête²¹⁰¹. Bien qu'il ait refusé de l'élever à la dignité de principe général du droit²¹⁰², le Conseil d'État

²⁰⁹⁶ Cf. *Supra*, n° 351.

²⁰⁹⁷ CE, Sect., 4 mai 1984, *Syndicat CFDT du ministère des relations extérieures*, n° 45980, Rec. Lebon, p. 164.

²⁰⁹⁸ Daniel LABETOULLE, « Conclusions sur CE, 20 avril 1984, *Syndicat CFDT du Ministère des Relations Extérieures*, n°45980 », *LPA*, 26 novembre 1984, p. 9.

²⁰⁹⁹ En effet, si les membres associés, titulaires et suppléants, sont, en principe, nommés pour une durée de trois ans renouvelables, le dernier alinéa de l'article L. 6361-4 du code des transports précise néanmoins qu'ils perdent leur qualité de membre « s'ils perdent la qualité en fonction de laquelle ils ont été désignés ». Dès lors, l'exclusion, par exemple, de l'association qu'ils sont censés représenter devrait suffire à entraîner la perte de la qualité si elle n'est pas illicite. En revanche, s'agissant du maintien de cette jurisprudence dans le contentieux de la fonction publique pour les membres des comités techniques et des futurs comités sociaux, cf. *Supra*, n° 614.

²¹⁰⁰ C'est ce que rappelle aussi le Conseil d'État dans l'arrêt *Tinez* en limitant le contrôle de la légalité interne de la décision de refus à l'erreur de fait ou de droit, à l'erreur manifeste d'appréciation et au détournement de pouvoir (CE, Sect., 30 novembre 2007, *Tinez*, n° 293952).

²¹⁰¹ CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 5 décembre 2011, n°s 319545, 338379.

²¹⁰² CE, Ass., 6 juin 2014, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques (FCPE) et Union nationale lycéenne (UNL)*, n° 351582.

préserve ainsi une forme d'opportunité des poursuites en matière administrative similaire à celle dont bénéficie - en théorie du moins²¹⁰³ - le ministère public en matière pénale, en s'alignant lors de son contrôle de la légalité interne sur le degré de discrétionnarité qu'il reconnaît aux administrations pour saisir le juge ou, en dépit de ce que peut laisser croire la formulation impérative des dispositions qui l'organisent, accomplir leur obligation d'information auprès de l'autorité judiciaire²¹⁰⁴. À ce titre, le volet substantiel de la jurisprudence *Tinez*, qui est d'ailleurs une reprise de la solution que le Conseil d'État avait dégagée au sujet de la faculté d'auto-saisine d'une juridiction administrative répressive spéciale²¹⁰⁵, apparaît plus comme une explicitation de la grille de contrôle juridictionnel que comme une « intensification insidieuse »²¹⁰⁶ de ce dernier tant les notions qu'il évoque, et qui sont censées encadrer la marge d'appréciation de l'autorité administrative, sont souples. Enfin, viennent s'ajouter à cela les impondérables inhérents à l'injonction susceptible d'être prononcée au soutien d'une décision d'annulation - que la jurisprudence *Société Eden* permet toutefois de réduire désormais - qui rendent le résultat d'une telle démarche encore plus hasardeux²¹⁰⁷.

755. Ces groupements peuvent aussi essayer de se tourner vers l'action en responsabilité extra contractuelle dont le juge administratif est compétent pour connaître, quand bien même d'ailleurs ces sanctions, dont l'édition ou la non-édition serait selon eux à l'origine d'un dommage, ressortiraient de la compétence de la juridiction judiciaire²¹⁰⁸.

b- Le recours en responsabilité extracontractuelle à la disposition des groupements privés

756. Le caractère collectif des intérêts atteints apparaît alors comme le reflet du caractère structurel des défaillances qui en sont à l'origine et le contentieux indemnitaire comme un moyen pour les groupements d'appréhender globalement et d'orienter des politiques publiques. La réparation que certaines associations de protection de l'environnement ont obtenue devant la cour administrative d'appel de Nantes dans le contentieux des algues vertes en Bretagne est particulièrement illustrative de ce point de vue²¹⁰⁹. En effet, face à cette pollution, ces associations ont pu mettre en cause par la voie du contentieux indemnitaire les conditions dans lesquelles l'État a exercé son pouvoir de contrôle et de

²¹⁰³ Cf. *Supra*, n° 370.

²¹⁰⁴ Par souci de réalisme, le Conseil d'État a ainsi estimé qu'il appartient à une autorité administrative « d'aviser le procureur de la République des faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ces attributions, si ces faits lui paraissent suffisamment établis et si elle estime qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application ».

²¹⁰⁵ En l'occurrence l'ancien Commission bancaire (CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 30 décembre 2002, *Rimonteil de Lombares*, n° 240635)

²¹⁰⁶ Hubert DELZANGLES, *art.précit.*, §20-23

²¹⁰⁷ Par exemple, l'annulation de la décision de refus d'engager des poursuites disciplinaires prise par le chef du service « Informations et réclamations » de la direction du contrôle des pratiques commerciales de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, motif pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte, n'a ainsi conduit qu'à une injonction de réexaminer (CE, 9^e et 10^e chambres réunies, 7 décembre 2016, n° 390062).

²¹⁰⁸ TC, 2 mai 2011, *Société Europe Finance et Industrie c. Autorité des marchés financiers*, n° 3766.

²¹⁰⁹ CAA de Nantes, 5^e chambre, 23 décembre 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, n° 13NT01737.

sanction en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement durant plusieurs années, ce qui mobilisa tant les juridictions civiles, européennes qu'administratives - et continue d'ailleurs mobiliser ces dernières. Le caractère plus ou moins diffus des intérêts lésés permet aux associations d'appréhender des préjudices résultant de dommages qui le sont tout autant - en l'occurrence ici une pollution diffuse - et révélant l'existence d'une défaillance structurelle, ce que ne pourrait faire un particulier dont l'intérêt ne serait pas considéré comme suffisamment personnel.

757. Néanmoins, même en matière extracontractuelle, il faut tenir compte des finalités que le juge administratif attache aux sanctions administratives. En effet, afin d'éviter que les barrières qu'elle a posées dans le cadre du recours pour excès de pouvoir puissent être ainsi contournées, la jurisprudence administrative s'oppose à ce que le recours en responsabilité extracontractuelle puisse être utilisé à de telles fins lorsqu'est en cause, par exemple, l'exercice du pouvoir de sanction de l'administration à l'égard de ses agents²¹¹⁰, sans évoquer une quelconque exception, du moins expressément²¹¹¹. C'est aussi, comme dans le contentieux de l'excès de pouvoir, au niveau de l'examen au fond du recours que cette stratégie peut être compromise.

758. D'une part, lorsque la fonction répressive s'inscrit dans le cadre d'une mission de contrôle, les requérants ont dû pénétrer l'un des derniers bastions de la faute lourde pour mettre en cause la carence de l'autorité administrative²¹¹². En outre, même si l'arrêt *Keffer*, rendu à propos du comité d'établissements de crédit dont la fusion avec d'autres organismes donna naissance à l'autorité de contrôle prudentiel²¹¹³, paraît abandonner cette exigence, ce n'est pas seulement l'établissement du caractère fautif du fait générateur qui peut se trouver ainsi compromis, mais aussi celui du lien de causalité dans la mesure où la carence fautive n'a fait en réalité que favoriser les faits qui ont pu directement léser l'intérêt collectif

²¹¹⁰ En effet, comme cela fut dit précédemment, il a dénié le caractère réparable du préjudice subi par la victime en reprenant les motifs de ses arrêts en matière d'excès de pouvoir (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 2 juillet 2010, *Bellanger*, n° 322521). *A pari*, la même solution devrait être retenue s'agissant du pouvoir disciplinaire que l'administration exerce à l'endroit des usagers.

²¹¹¹ En effet, ainsi qu'en témoignent les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt d'Assemblée *Sastre* (Michel GENTOT, Conclusions sur CE, Ass., 7 mai 1971, *Sastre*, Rec. Lebon, 1971, p. 335) ou même la rédaction de l'arrêt *Société Coudert* (CE, 2^e et 6^e sous-sections réunies, 6 novembre 1985, *Société Coudert*, n° 48630), le Conseil d'État n'avait pas totalement fermé la porte à de telles actions en responsabilité en cas de refus de l'administration d'engager des poursuites disciplinaires contre ses agents. Il était toutefois alors question d'une « carence systématique constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État », hypothèse que le Conseil d'État ne réserve pas expressément, mais n'exclut pas non plus, en 2010.

²¹¹² Malgré quelques incursions ponctuelles et éphémères de la faute simple (V. s'agissant de l'inscription d'office au budget communal (CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 10 novembre 1999, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro*, n° 181538 (V. Pierre BON, Denys de BECHILLON, « La responsabilité du fait de l'exercice par l'Etat du contrôle administratif sur les collectivités locales : vers l'application d'un régime de faute simple ? », *D.*, 2000, p. 249) sur lequel l'arrêt de la Section du contentieux du 18 mars 2005, *Société fermière de Campoloro et a.* est ensuite revenu (CE, Sect., 18 mars 2005, *Société fermière de Campoloro et a.*, n° 271898)), c'est ce régime qui prévaut en matière de responsabilité de la puissance publique du fait des activités de contrôle, que ces dernières soient exercées par le biais d'autorités administratives classiques (CE, Ass., 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle*, sur le régime de responsabilité dans ce domaine du contrôle, V. Yves GAUDEMET, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 561) ou d'autorités sectorielles de régulation (CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Kechichian et a.*, n° 219562 ; sur la transposition de la jurisprudence traditionnelle dans le cadre des régulations économiques sectorielles, V. Martin COLLET, *art.précit.*, ; Romain RAMBAUD, *thèse.précit.*, n° 1701, p. 736-737).

²¹¹³ CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 30 juillet 2003, *Keffer*, n° 210344.

défendu par le groupement. Comme le montre là encore le contentieux des algues vertes, le juge administratif sait toutefois se montrer conciliant sur ce dernier point et la théorie de la causalité adéquate suffisamment souple. En effet, la motivation de l'arrêt de la cour administrative d'appel condamnant l'État est assise, en partie, sur une dissociation entre la causalité juridique et la causalité scientifique, avérée en l'occurrence, entre l'activité des exploitants qui aurait dû être mieux contrôlée et la prolifération des algues vertes²¹¹⁴. En décidant de retenir la responsabilité exclusive de l'État, le juge administratif occulte dans le même temps celle des exploitants privés, ce qui semble alors peu compatible avec le principe pollueur-payeur.

759. Ce contentieux des algues vertes donne alors à voir l'un des possibles effets pervers d'une telle utilisation de la fonction punitive de la responsabilité administrative pour garantir, finalement, le respect horizontal d'intérêts collectifs. En effet, elle conduit à une forme de socialisation de la réparation de dommages causés directement par des personnes que l'administration a pour mission de contrôler, à une forme de confiscation de « la responsabilité du contrôlé par celle du contrôleur »²¹¹⁵ que l'exigence d'une faute lourde permettrait toutefois de prévenir²¹¹⁶. Inique, un tel résultat peut aussi sembler paradoxal dans la mesure où l'émergence de cette responsabilité-sanction des personnes publiques peut être regardée comme un prolongement du phénomène de « criminalisation du droit administratif »²¹¹⁷ et qui était lui-même censé être une réaction au dévoiement de la logique assurantielle dans le contentieux de la responsabilité administrative extracontractuelle.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

760. Ainsi, loin d'avoir totalement remis en cause la possibilité pour les groupements privés de défendre les intérêts collectifs visés par leurs statuts, le redéploiement des fonctions contentieuses en dehors de l'institution juridictionnelle les invitent plutôt à repenser leurs stratégies contentieuses en s'investissant dans les modes de régulation extra-juridictionnelles et en reportant une partie de leur actions juridictionnelles vers les juridictions administratives pour intervenir dans les rapports de droit public même s'il s'agit d'une voie qui n'est pas encore très bien balisée.

²¹¹⁴ Agathe VAN LANG, « Le juge administratif, l'État et les algues vertes », *AJDA*, 2010, p. 900.

²¹¹⁵ Yves GAUDEMET, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 566.

²¹¹⁶ V. en ce sens, Alain SEBAN, « La responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du contrôle bancaire Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Kechichian et autres* », *RFDA*, 2002, p. 742. C'est là un argument auquel M. Achour Taïbi omet de répondre dans son plaidoyer en faveur de la reconnaissance de la faute simple (Achour TAÏBI, *thèse.précit.*, n° 981-985, p. 535-538).

²¹¹⁷ Jean-Charles FROMENT, « Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif. Du développement de la responsabilité pénale en matière administrative à la naissance d'un "contentieux pénal de l'excès de pouvoir" », *RDP*, 2001, p. 555.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

761. La recherche – parfois contrariée – d’une protection équilibrée des intérêts collectifs peut ainsi prendre plusieurs formes et affecter de différentes manières l’activité juridictionnelle des groupements privés. Elle peut avoir un effet couperet, c’est-à-dire qu’elle est à l’origine de véritables limitations pour les actions collectives lorsqu’elle conduit à les filtrer, que ce soit directement ou indirectement. Si les exigences imposées pour filtrer l’accès aux différentes voies de droit qui permettraient aux groupements privés d’intervenir dans les rapports de droit public avant 2014 et 2016 sont assez variées, et pas toujours cohérentes ni même pertinentes, il est au moins possible de relever, au travers des exigences communes, une logique d’endiguement des actions collectives exercées par des requérants en principe soumis à un principe de spécialité ainsi que d’aseptisation du cadre dans lesquels peuvent s’exprimer ces formes de revendication de représentativité. Ce filtrage semble aussi parfois s’inscrire, en raison de la force centripète que peuvent exercer certaines exigences spéciales comme l’exigence l’obtention d’une reconnaissance administrative, dans une stratégie plus large de structuration du paysage associatif et syndical. La volonté du jurislatureur d’aboutir à une protection équilibrée de certains intérêts collectifs peut aussi, à la marge, conduire à une dérivation des actions collectives lorsqu’elle se traduit par un redéploiement des fonctions contentieuses hors de l’institution juridictionnelle, c’est-à-dire inciter les groupements privés à envisager d’autres formes d’action contentieuse ou même simplement juridictionnelle en matière répressive, encore qu’il n’est pas certain qu’ils gagnent ainsi au change en passant du juge pénal judiciaire au juge administratif.

CHAPITRE 2 : Une protection des intérêts collectifs marquée par l'individualisme juridique

762. Avant même de démontrer en quoi l'individualisme juridique est susceptible de limiter l'action collective des groupements, encore faut-il le définir. La tâche peut sembler ardue tant cette expression polysémique a pu être utilisée, et parfois galvaudée, dans différentes disciplines. Toutefois, sur ce point, il est possible de s'aider des travaux de Marcel Waline qui avait tenté d'isoler les sens que l'individualisme était susceptible de recevoir en droit. Il concluait que « l'individualisme juridique » pouvait être employé pour désigner aussi bien la finalité que les sources des règles de droit ou encore les influence politiques qu'elles subissent dans un système juridique²¹¹⁸. C'est ce dernier sens qui sera étudié ici, c'est-à-dire l'influence sur les règles de droit de « l'individualisme politique » que ce même auteur définit - de façon assez large - comme « la tendance à mettre les institutions politiques, juridiques et sociales d'un pays au service des intérêts particuliers des individus qui composent la population, de préférence aux intérêts collectifs, notamment nationaux et familiaux »²¹¹⁹. Autrement dit, il s'agit de la tendance du législateur à garantir le primat des intérêts individuels, et plus généralement personnels, sur les intérêts collectifs, grâce auquel l'individu peut aujourd'hui affirmer sa singularité²¹²⁰.

763. Les juridictions eurent souvent à se prononcer sur l'équilibre délicat à trouver entre le respect de l'autonomie individuelle et celui des conditions nécessaires à l'efficacité de l'action collective, sur lesquelles viennent désormais se greffer des préoccupations d'ordre managériale relatives au fonctionnement du service public de la justice. La décision n° 89-257 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 serait l'une des manifestations les plus éclatantes de cette recherche d'équilibre. Saisi d'une disposition permettant à certains syndicats de promouvoir, grâce à une action de substitution, « une action collective » « à travers un cas individuel »²¹²¹, le Conseil a fait de l'accord préalable et éclairé du salarié une garantie légale de sa liberté personnelle qui ne constituerait finalement que l'un des avatars de cet

²¹¹⁸ Marcel WALINE, *L'individualisme et le Droit*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2007, p. 27 : « Ce terme d'individualisme juridique peut désigner d'abord un système où l'on admet que l'individu est la seule fin de toutes les règles de droit, la cause finale de toute activité juridique des institutions, notamment de l'État. En second lieu, on pourrait qualifier ainsi un système d'après lequel l'individu serait la source des règles de droit ou des situations juridiques, ou d'une partie d'entre elles. Enfin, on pourrait concevoir que l'individualisme juridique désignât un système où la législation subit l'influence de l'individualisme politique et consacre des institutions directement et exclusivement profitables à l'individu, et c'est peut-être en ce sens qu'on le prend le plus souvent dans le langage courant ».

²¹¹⁹ Marcel WALINE, *op.cit.*, p. 18.

²¹²⁰ Cette présentation de certaines restrictions du droit au recours des groupements comme des manifestations de l'individualisme politique dont est imprégné le législateur n'est pas incompatible avec la prise en compte de la singularité précédemment évoquée. En effet, pas plus qu'assurer la protection des individus contre les empiètements du collectif ne suppose nécessairement la promotion d'un repli égoïste jadis dénoncé par les contempteurs de l'individualisme, la prise en compte de la dimension sociale de l'individu n'implique pas que ce dernier soit écrasé par la collectivité. Parler ici d'individualisme ne reviendra donc pas à nier que l'individu puisse entretenir des liens avec le collectif, mais désignera seulement le primat de l'individuel sur le collectif dans le cadre de cette relation.

²¹²¹ CC, n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, cons. n° 24.

individualisme juridique²¹²². L'action des groupements en défense d'un intérêt collectif n'est d'ailleurs pas simplement susceptible de porter atteinte à la liberté d'agir en justice des membres du groupe qu'ils prétendent représenter mais aussi aux droits qu'ils tiennent, en tant que tiers à l'action, du principe de la contradiction. Ce faisant, dans certaines circonstances, c'est la possibilité pour les groupements de défendre un intérêt collectif en prétextant l'atteinte à un intérêt individuel qui semble condamnée ou, à tout le moins, rigoureusement encadrée²¹²³. Il n'est toutefois pas aisé de déterminer les situations dans lesquelles l'action en justice d'un groupement - ou d'ailleurs de tout autre requérant - est susceptible de constituer une menace pour la liberté personnelle selon le Conseil constitutionnel. Reprenant apparemment les termes employés par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Montalev*²¹²⁴, M. Louis Boré estime qu'il ne faut pas exagérer la portée de cette décision²¹²⁵. Cette assertion ne convainc toutefois pas.

764. D'un côté, il ne faut effectivement pas surestimer la portée de cette décision en partant d'une vision absolutiste de l'autonomie garantie par la liberté personnelle ou du principe de la contradiction²¹²⁶. Il serait absurde de croire que le Conseil constitutionnel a ainsi condamné toutes les hypothèses dans lesquelles l'introduction de la demande et la décision juridictionnelle obtenue sont susceptibles d'affecter la situation juridique d'individus indépendamment de leur volonté, mais il convient de faire le tri au sein des effets pertinents et des personnes susceptibles d'être concernées. Ainsi, l'édition de ces actes juridiques que sont la demande et le jugement impose au moins à toute personne, qu'elle soit ou non partie au lien d'instance ou au lien substantiel, une obligation de ne pas les ignorer comme éléments de l'ordre juridique. Néanmoins, les droits que les tiers tiennent du principe de la contradiction n'imposent que la relativité des effets directs, comme les nomment Mme Marie-Anne Frison-Roche, et de l'autorité de chose jugée du jugement, mais non celle de l'opposabilité²¹²⁷. En se limitant à l'efficacité substantielle et processuelle de la demande et du jugement, voire à certains attributs de ce dernier - comme l'autorité

²¹²² Avant cela, le Conseil constitutionnel avait aussi rappelé la valeur constitutionnelle du volet négatif de la liberté syndicale (CC, n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, cons. n° 85).

²¹²³ Cela suppose de préciser le lien entre ces deux notions qui ont pu être, l'une au moins autant que l'autre, objet de controverses. Si elles sont parfois tenues pour synonymes, leurs rapports sont en réalité plus complexes que cela comme en témoigne la méfiance à l'égard de l'individualisme, entendu du moins comme la poursuite égoïste des intérêts individuels, qui se retrouve aussi bien chez les penseurs du « libéralisme élitaire » que ceux du « libéralisme du sujet », pour reprendre les catégories de M. Lucien Jaume (Lucien JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, spéc. p. 25-169, p. 591 ; plus généralement, sur le paradigme individualiste chez les penseurs libéraux, V. Alain LAURENT, « Individualisme libéral » in Alain LAURENT, Vincent VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles Lettres, coll. Bibliothèque classique de la Liberté, 2012, p. 854-855 ; Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société*, Paris, Gallimard, coll. Folio essais, 2009, p. 29-98, Alain LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993, p. 32-38). Ici, il apparaît que le respect de la liberté, entendue comme une sphère d'autonomie décisionnelle, constitue un moyen pour garantir que l'individu puisse affirmer ses choix, y compris contre le collectif.

²¹²⁴ Patrick HUBERT, « L'intérêt à agir contre les autorisations de licenciement de salariés protégés : Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 10 avril 1992. *Société Montalev c. M. Hudon* », *RFDA*, 1993, p. 265.

²¹²⁵ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 229, p. 223.

²¹²⁶ V. Jean-Marie AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Montpellier, Imprimerie de la Charité, 1952, n° 4, p. 19 : « un principe très général veut que, lorsqu'un acte juridique a été passé, il n'ait aucune répercussion sur ceux qu'y ont pas participé, sur les tiers, car la sphère juridique d'autrui doit être respectée ».

²¹²⁷ Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 60, p. 64.

de chose jugée -, il faut ensuite faire le départ au sein des personnes dont la liberté personnelle devrait être protégée. Sauf à imposer la contractualisation du lien d'instance, le défendeur est exclu alors qu'il subit, par exemple, les effets processuels et substantiels de la demande introductive d'instance. Il en va de même pour le juge qui se voit ainsi imposer, par le truchement de cet acte, l'obligation de statuer.

765. Mais, d'un autre côté, il ne faut pas non plus verser dans l'excès inverse et minimiser la portée de cette décision en la cantonnant, nécessairement, à l'action de substitution. Au moins, cela mérite d'être démontré et discuté. Cela est d'autant moins évident que, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le moyen tiré de la violation de la liberté personnelle est opérant en présence de dispositifs dont les effets pour les destinataires ne correspondent pas nécessairement, comme dans l'action de substitution, aux effets substantiels d'une décision de justice qui aurait été rendue contre leur gré. De plus, il ne suffit pas d'identifier ce que recouvre l'« action collective » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Outre la Constitution, d'autres normes supra-législatives - dont le champ d'application n'est pas nécessairement identique - sont aussi susceptibles d'encadrer la défense des intérêts collectifs en imposant aux groupements d'obtenir l'accord préalable de la personne qui serait intéressée au premier chef par cette action.

766. L'étude de l'encadrement des actions collectives que les groupements privés pouvaient exercer avant 2014 montre qu'elles étaient ainsi susceptibles de se heurter à un individualisme juridique qui se manifeste aussi bien devant le juge administratif que devant le juge judiciaire, dans le cadre de voies de droit individualistes et holistes, et s'agissant de demandes dont le but prioritaire est la défense de l'intérêt individuel d'un tiers ou simplement motivées par l'atteinte à un tel intérêt. Le primat des intérêts personnels trouve alors un fondement dans certaines normes supra-législatives qui imposent au requérant, désirant agir en défense d'un intérêt collectif au prétexte de l'atteinte à un intérêt personnel, d'informer voire d'obtenir l'accord préalable de la personne dont les intérêts ont été directement lésés (Section 1). Toutefois, le champ d'application de cette obligation d'accord préalable, qui semblait constituer l'obstacle le plus important pour l'action des groupements défendant des intérêts collectifs et interrogeait sur la possibilité même de mettre en place une action collective semblable à la *class action* nord-américaine, s'est avéré en réalité relativement restreint. Ainsi, parmi les actions collective qui étaient à la disposition des groupements privés avant 2014, seules les actions de substitution semblaient concernées par cette interprétation du cadre supra-législatif (Section 2).

SECTION 1 : Les manifestations procédurales de l'individualisme juridique

767. La méfiance individualiste à l'égard de l'action des groupements et, plus largement, des actions qui seraient exercées au nom de groupes, n'est pas récente. Elle s'est exprimée à l'égard de toute forme d'actions collectives *latissimo sensu*. Il en va ainsi, par exemple, lorsque l'exercice collectif de droits individuels suppose une unité d'action et une communauté de vues comme c'est le cas avec le droit de pétition²¹²⁸ ou la coalition²¹²⁹. Les risques que l'action des groupements fait peser sur les intérêts individuels ne réside toutefois pas seulement dans la négation éventuelle de la singularité de leurs titulaires. Dès lors qu'une personne prétend « représenter », définir et défendre les intérêts d'une autre, rien ne garantit que cette défense soit la meilleure pour le représenté²¹³⁰. Sans imposer nécessairement l'obtention de l'accord préalable du principal intéressé, le jurislatureur protège les individus contre d'éventuels empiètements de la part de groupements défendant des intérêts collectifs tant devant les juridictions judiciaires (§1) que devant les juridictions administratives (§2) et il est parfois contraint en ce sens par des normes supra-législatives qui sanctuarisent cet héritage individualiste (§3).

§1-Les manifestations de l'individualisme juridique devant les juridictions judiciaires

768. Dans l'ordre judiciaire, et en particulier devant les juridictions pénales, la volonté du jurislatureur de protéger l'individu contre les éventuels empiètements du groupement, lorsque le second exerce une action en s'appuyant sur l'atteinte à un intérêt du premier, se manifeste par une appréciation relativement rigoureuse du caractère direct de l'intérêt pour agir²¹³¹. Toutefois, à l'instar de l'appréciation du caractère

²¹²⁸ Lors des débats sur loi des 10-18 et 22 mai 1791, c'est l'idée qui était défendue par une partie des opposants aux pétitions « *en nom collectif* », c'est-à-dire des pétitions au nom d'une collectivité. (V. Isaac-René-Guy LE CHAPELIER, « Rapport sur le droit de pétition et d'affiche, 9 mai 1791 », *Archives parlementaires*, t. 25, p. 352, cité in Yann-Arzel DURELLE-MARC, *Pétitionnement et droit de pétition durant l'Assemblée nationale constituante (1789-1791)*, Thèse. dactyl. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004, p. 418). Ces dernières doivent être distinguées des pétitions « *collectives* » au bas desquelles chacun des individus pétitionnaires appose sa signature

²¹²⁹ Ce souci de protection de l'individu face au groupe demeura même après l'abrogation, par l'article 1^{er} de la loi du 21 mars 1884, de l'article 416 du code pénal qui avait pour objet de punir les « ouvriers, patrons et entrepreneurs d'ouvrages qui à l'aide d'amendes, défenses, proscription interdiction prononcées par suite d'un plan concerté, auront porté atteinte au libre exercice de l'industrie et du travail ». Tout en ménageant la poursuite de l'intérêt de la profession par le syndicat, la Cour de cassation admit ainsi que la mise à l'index pouvait engager la responsabilité civile de son auteur (V. Civ., 23 juin 1892, *Affaire Joost, S.*, 1892, 1., p. 41 ; sur cette question v. not., Charles CESAR-BRU, *De la portée de l'abrogation de l'article 416 du code pénal par la loi du 21 mars 1884*, Paris, Thorin et Fils, 1893, 16 p.)

²¹³⁰ Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 206-207, p. 154-157. Pour montrer les risques de la représentation - au sens où il l'entend (cf. *Supra*, n° 204) - l'auteur s'appuie sur la théorie de l'agence et le modèle « agent -principal » : « Ce qui permet de reconnaître la situation d'agence est la délégation de pouvoirs qui s'opère entre principal et agent. Par cette délégation, le principal renonce à assurer lui-même la gestion en direct de ses affaires. Ce faisant il s'instaure nécessairement une asymétrie d'information entre le principal et l'agent. (...) Dans la perspective utilitariste qui caractérise la pensée économique américaine, chacun poursuit, d'abord et avant tout la défense de ses propres intérêts. La situation d'agence se révèle alors comme dangereuse car, inéluctablement, les intérêts du principal et de l'agent entreront en conflit, et il est à craindre que l'agent profite de sa position de supériorité pour imposer une conduite de l'affaire conforme à ses intérêts, mais contraire à ceux du principal, et sans que celui-ci puisse le mesurer » (Philippe DIDIER, *thèse.précit.*, n° 206, p. 156).

²¹³¹ Crim., 16 décembre 1954, *D.*, 1955, p. 287 ; Crim., 23 juin 1986, n° 85-91.469.

personnel de l'intérêt, l'appréciation du caractère direct de l'intérêt constitue l'un des leviers du refoulement de l'action civile permettant d'éviter son dévoiement devant les juridictions pénales²¹³². Ce n'est donc pas tant l'individu, ou du moins exclusivement, qu'il s'agit de protéger. En revanche, la position du juge civil sur la coexistence de l'action individuelle et de l'action de la « ligue de défense » (A) et l'obligation ponctuelle d'accord préalable de la victime pour exercer l'action civile semblent être des manifestations plus significatives de cet individualisme (B).

A- La coexistence de l'action individuelle et de l'action des ligues de défense

769. Tout en admettant qu'une association régulièrement déclarée puisse réclamer la réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif de ses membres correspondant à la somme de leurs intérêts individuels, la Chambre civile de la Cour de cassation a pris soin de préciser que « l'adhésion à la ligue n'implique aucune abdication de leur droit, chacun d'eux conservant le libre exercice de son action individuelle »²¹³³. Elle ne faisait d'ailleurs que reprendre la position qui fut la sienne lorsqu'elle fut saisie à l'occasion d'une action en nullité exercée par le ministère public contre une association de pères de famille qui s'était donné pour objet d'assurer dans les écoles primaires publiques le respect de la foi catholique et de la morale chrétienne²¹³⁴.

²¹³² Cf. *Supra* chapitre 1 du Titre 1 de la première partie.

²¹³³ Civ., 25 novembre 1929, *DH*, 1930, 1, p. 28. C'est cet arrêt qu'il faut regarder comme l'acte de naissance de la jurisprudence sur les ligues de défense en lieu et place de l'arrêt du 23 juillet 1918 de la Chambre civile de la Cour de cassation (Corinne MAUGER-ROUGEAU, *L'action en justice, un droit processuel pour la garantie des droits substantiels*, Thèse. dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2008, p. 391, n° 503, ndbp n° 1037). Sans doute, la Chambre civile de la Cour de cassation a affirmé en 1918 que dans le cadre de l'association « les pères de famille peuvent (...) faire collectivement ce que chacun d'eux pouvait faire antérieurement à titre individuel ». Toutefois, comme le note l'auteur, il n'était alors pas question d'une action introduite par une association mais d'une action en dissolution introduite par le ministère public. À cela, il est possible d'ajouter que rien ne permettait d'affirmer que l'association litigieuse constituât une ligue ayant pour objet défendre la somme des intérêts individuels de ses membres, bien au contraire. D'une part, cette association avait pour objet « d'assurer dans les écoles primaires publiques le respect de la foi catholique et de la morale chrétienne », ce qui s'apparente plus à une « grande cause », à un intérêt collectif supra-personnel qu'à une somme d'intérêts personnels homogènes. D'autre part, rien ne garantissait que l'association litigieuse fût exclusivement constituée de pères de famille. Il s'agissait d'ailleurs de l'un des moyens soulevés par le ministère public. Aux fins de défendre un tel intérêt, l'association pouvait ainsi utiliser le recours administratif mis à la disposition des pères de famille par l'article 4 de la loi du 27 février 1880, le recours pour excès de pouvoir mais aussi, comme le rappelle l'arrêt, saisir les juridictions judiciaires d'une action en responsabilité contre l'instituteur à raison d'une faute personnelle. Dix ans auparavant, le Tribunal des conflits avait d'ailleurs admis que les propos « grossiers, obscènes et contraires au principe de la neutralité scolaire en matière religieuse » d'un instituteur puissent être constitutifs d'une faute personnelle (TC, 2 juin 1908, *Girodet c. Morizot*, Rec. Lebon, p. 597). Eu égard à l'objet et la composition d'une telle association, il semble donc que la Cour de cassation ouvrait plutôt la voie à l'action associative de défense d'un intérêt collectif supra personnel, révélant peut-être les hésitations que pouvaient avoir les juridictions judiciaires avant l'arrêt des Chambres réunies du 15 juin 1923. Dans sa note datée de 1921, Ernest Chavegrin rapprochait d'ailleurs cette décision de la jurisprudence relative à l'action des syndicats en défense de l'intérêt d'une profession, qui venait d'être admise par les juridictions judiciaires et confirmée par le législateur, et prédisait les mêmes difficultés d'appréciation s'agissant des associations de pères de famille (Ernest CHAVEGRIN, Note sous Civ., 23 juillet 1918, *S.*, 1921, 1, p. 289).

²¹³⁴ Civ., 23 juillet 1918, *DP*, 1918, I, p. 52. En l'occurrence, c'était aussi le libre exercice de l'action individuelle qui était préservé. Toutefois, il n'apparaissait alors que comme étant le corolaire d'une autre prérogative, à savoir « le droit de diriger et de surveiller l'éducation de enfants », « attribut essentiel de la puissance paternelle, exclusivement attaché à la personne et, à ce titre, inaliénable ». C'est le risque abdication - ou de « délégation » - de cette prérogative qui avait été mis en avant par le ministère public dans son action de dissolution. Or, la terminologie retenue par la Cour de cassation pour qualifier cette prérogative peut surprendre, pourvu que ce soit une conception restrictive du « droit » qui soit retenue. En effet, avec Paul

770. Pour éviter que l'individu ne soit absorbé, aliéné par le groupe, les juridictions civiles admettent ainsi que l'action de l'association puisse coexister avec l'action individuelle de ses membres et même de chacun de ses sociétaires²¹³⁵.

B- L'accord préalable de la victime comme condition de recevabilité d'actions collectives

771. Erigée au rang de garantie légale de la liberté personnelle, l'obtention de l'accord préalable de la victime par le groupement défendant des intérêts collectifs constitue le dénominateur commun de toutes les actions de substitution qui ont été mises en place par le législateur²¹³⁶ c'est-à-dire des formes de « substitution de personne processuelle » dans lesquelles « un tiers-substituant possède une action qui lui permet d'exercer l'action du substitué à l'égard d'une troisième personne (...) l'institué »²¹³⁷.

772. Il ne s'agit toutefois pas d'une condition de recevabilité réservée à ces seules actions. Ainsi, après la décision n° 89-257 DC du Conseil constitutionnel, le législateur a aussi étendu cette exigence « d'assentiment » aux hypothèses - ou du moins certaines²¹³⁸ - dans lesquelles un groupement exerce les droits reconnus à la partie civile.

773. À ces hypothèses dans lesquelles un accord de la victime est requis, il est tentant d'ajouter celles dans lesquelles l'action du groupement n'est recevable qu'à la condition que l'action publique ait été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée. En effet, la mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée peut signifier qu'elle accepte que sa cause soit exposée et défendue en justice. Néanmoins, cet accord de la victime n'est pas une condition nécessaire puisqu'il suffit que le ministère public ait mis en mouvement l'action publique. En outre, si l'action publique a été mise en mouvement, la victime ne peut s'opposer ni à ce qu'un groupement donné exerce les droits de la partie civile, ni mettre fin à l'instance engagée par ce dernier. Au reste, le législateur semble bien assigner un objet différent à

Roubier, il serait plus tentant d'y voir un pouvoir. En chaussant ses lunettes, il apparaît ainsi que plus que le libre exercice d'un droit par un individu, la Cour de cassation aurait cherché à préserver l'indisponibilité d'un pouvoir.

²¹³⁵ Civ. 1, 14 mai 1992, n° 90-14.047, Bull. Civ., I, n° 138 ; Civ. 2, 5 octobre 2006, n° 05-17.602, Bull. Civ. II, n° 255.

²¹³⁶V. Art. L. 1134-2, L. 1134-3, L. 1154-2, L. 1235-8, L. 1251-59, L. 1253-16, L. 2262-9, L. 7423-2, L. 8255-1, L. 8233-1 du code du travail, l'article 1263-1 du code de procédure civile et l'article R. 779-9 du code de justice administrative

²¹³⁷ Emmanuel JEULAND, « Note sous Cass. soc., 1^{er} février 2000, *Société Servair c. Lasne et a.* ; Cass. soc., 1^{er} février 2000, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy c. Société Servair* », JCP G., 2001, II, 10451. C'est cette définition de l'action de substitution qui sera retenue. Toutefois, pour présenter le même mécanisme l'auteur a pu utiliser une autre terminologie dans de précédentes publications dont sa thèse de doctorat. En effet, il employait alors le terme « substitue » pour désigner le substituant (Emmanuel JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 318, 1999, n° 6, p.6) - et parfois le termes « substitué » (V. Emmanuel JEULAND, *thèse.précit.*, n° 66, p. 59 et annexe III « Schéma récapitulatif des relations entre les parties » in Emmanuel JEULAND, *thèse.précit.*, p. 315) et le terme « substituant » pour désigner le substitué (Emmanuel JEULAND, *thèse.précit.*, p. 6). La formulation sera donc rectifiée lorsqu'il sera fait par la suite référence à la thèse de l'auteur.

²¹³⁸ Art. 2-1 du code de procédure pénale tel que modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 ; art. 2-2 du code de procédure pénale ; art. 2-6 du code de procédure pénale tel que modifié par la loi n°92-1179 du 2 novembre 1992 ; art. 2-8 du code de procédure pénale tel que modifié par la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 ; art. 2-10 du code de procédure pénale ; art. 2-12 du code de procédure pénale ; art. 2-18 du code de procédure pénale ; art. 2-19 du code de procédure pénale ; art. 2-20 du code de procédure pénale ; art. 2-22 du code de procédure pénale ; art. 2-24 du code de procédure pénale ; art. L. 1114-2 du code de la santé publique ; art. 48, 48-1, 48-1-1, 48-3, 48-4, 48-5, 48-6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

ces deux conditions de recevabilité lorsqu'il conditionne l'action des groupements à l'accord de la victime - ou de son représentant - ainsi qu'à la mise en mouvement préalable de l'action publique²¹³⁹.

774. Néanmoins, il s'agit d'hypothèses minoritaires au regard de l'ensemble des textes habilitant des groupements à exercer les droits reconnus à la partie civile. Le législateur n'exige pas toujours l'accord préalable de la victime alors même qu'elle serait identifiable et en mesure d'exprimer son consentement. Certes, en pratique, cette lacune est palliée puisque les groupements sollicitent « le plus souvent »²¹⁴⁰ l'accord de la victime lorsqu'il n'est pas requis. Toutefois, au lieu de s'en remettre ainsi à leur bonne volonté, il serait préférable que le législateur exige expressément cet accord préalable, lorsque cela est pertinent, ne serait-ce que pour harmoniser les conditions d'exercice de l'action civile par les groupements défendant des intérêts collectifs²¹⁴¹.

775. À la lecture des débats parlementaires sur des dispositions conditionnant l'exercice des droits de la partie civile par des associations à l'accord de la victime, il appert que le respect de la jurisprudence constitutionnelle ne fut pas un argument déterminant, le législateur préférant simplement assurer la cohérence avec les dispositifs existants²¹⁴². En remontant le fil, il semble que ce soit l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse inséré par loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à lutte contre le racisme²¹⁴³ qui doit être regardé comme le modèle original. Il ne s'agissait pourtant pas du premier texte habilitant des groupements à exercer les droits de la partie civile en présence d'une infraction affectant une personne en particulier.

776. En réalité, il semble que cette obligation d'accord préalable de la victime tienne elle-même aux conditions spécifiques de l'exercice de l'action publique en matière d'infraction de presse telle qu'elle est

²¹³⁹ V. Art. 2-8, 2-12, 2-19, 2-20, 2-22 du code de procédure pénale ; art. L. 1114-2 du code de la santé publique.

²¹⁴⁰ V. en ce sens l'audition de M. Marc Moinard par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation (Pierre ALBERTINI, *Rapport n° 343 (1998-1999) fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation sur l'exercice de l'action civile par les associations*, déposé le 11 mai 1999, p. 53).

²¹⁴¹ V. en ce sens la proposition faite par M. Pierre Albertini en 1999 (« Propositions relatives aux modalités de l'action civile » in Pierre ALBERTINI, *rapport.précit.*, p. 127).

²¹⁴² Bien que la décision du Conseil constitutionnel ne soit pas mentionnée dans les débats relatifs à la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, qui insère notamment l'article 2-9 dans le code de procédure pénale, il semble que ce soit la même idée qui ait conduit l'Assemblée nationale à amender en première lecture le projet de loi et à imposer l'accord de la victime. En effet, l'exigence de cet accord était présentée comme une disposition « protectrice des droits d'une population bien souvent incapable de les exercer elle-même ». (V. en ce sens, Jacques SOURDILLE, *Rapport n° 415 au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur projet de loi, adopté avec modification par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap*, déposé le 22 juin 1990, p. 11). En revanche, il ressort des débats relatifs à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, qui modifie notamment l'article 2-1 du code de procédure pénale, que c'est simplement par souci de cohérence avec des dispositions ayant un objet similaire, et adoptées avant la décision du Conseil constitutionnel, que le législateur fut amené à exiger des associations qu'elles obtiennent l'accord de la victime pour exercer les droits de la partie civile lorsque l'infraction a été commise envers une personne considérée individuellement (Jean-Luc WARSMANN, *Rapport n° 856 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 784), portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, t. II, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, p. 79).

²¹⁴³ III de l'article 5 de la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à lutte contre le racisme.

organisée par la loi du 29 juillet 1881²¹⁴⁴. En effet, en présence de certaines infractions²¹⁴⁵, l'action publique peut toujours être mise en mouvement par le ministère public, mais elle est alors subordonnée à une plainte préalable de la victime. Comme l'a rappelé la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le législateur a voulu que dans certains cas « la partie plaignante (...) demeure (...) juge de l'opportunité du débat »²¹⁴⁶. L'octroi à certains groupements de la possibilité d'exercer l'action civile, et par là même de mettre en mouvement l'action publique, ne devait pas avoir pour effet de contourner cette condition lorsque les propos diffamatoire ou injurieux avec un mobile ségrégationniste visent des individus en particulier. Le consentement de la victime est donc toujours nécessaire mais il se formalise alors par un accord²¹⁴⁷ et non par une plainte préalable.

777. Devant le juge judiciaire, pénal comme civil, le primat de l'individu est donc garanti au travers soit de la préservation du droit d'agir des membres du groupement, soit par une obligation d'accord préalable de la victime. Cette dernière ne s'applique toutefois pas à l'ensemble des actions civiles et sa mise en place semble parfois plutôt dénoter un souci de cohérence avec des textes qui avaient eux-mêmes pour finalité d'éviter que les capacités d'action des groupements privés fussent supérieures à celles de l'État. C'est cette dernière technique, formalisée par le mandat, dont use le juge administratif pour éviter que le groupement ne l'emporte sur l'individu lorsqu'il agit en défense d'un intérêt collectif.

§2- Les manifestations de l'individualisme juridique devant les juridictions administratives

778. Bien que la terminologie employée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-257 DC fut alors relativement récente²¹⁴⁸ et vectrice d'une conception renouvelée de l'individu dans les rapports de droit, cette idée semblait déjà présente dans la jurisprudence administrative qui serait elle aussi imprégnée, selon M. Jean de Soto, d'individualisme²¹⁴⁹. L'auteur ne précise toutefois pas ce qu'il entend par « individualisme ». Néanmoins, il ressort de ses développements que lorsqu'il évoque « l'aspect

²¹⁴⁴ Le terme « compétence liée », employé par l'auteur du chapitre (Nicolas TAVIEAUX-MORO, « Chapitre I : L'engagement des poursuites » in Bernard BEIGNIER, Bertrand de LAMY, Emmanuel DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, 2009, p. 584, § 983), n'est toutefois pas le plus adéquat. Il pourrait induire en erreur dans la mesure où, à la suite de la plainte de la victime, le ministère public conserve tout de même la possibilité d'apprécier l'opportunité des poursuites. Il s'agirait donc plutôt d'une condition préalable.

²¹⁴⁵ 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° de l'article 48 de la loi sur la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²¹⁴⁶ Crim., 11 mai 1984, Bull. crim., n° 170 cité par Nicolas TAVIEAUX-MORO, *op.cit.*, p. 584, § 983.

²¹⁴⁷ Art. 48-1 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²¹⁴⁸ Au moins dans la jurisprudence car la « liberté personnelle » se retrouve, par exemple, sous la plume d'Adhémar Esmein qui y voyait « le droit que chacun a sur sa personne » (Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparée*, Paris, rééd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2001, p. 1109).

²¹⁴⁹ Jean de SOTO, « L'Individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, t. 2, 1974, p.771-775 ; Florence BENOIT-ROHMER, « Note sous la décision n° 89-257 DC », *AJDA*, 1989, p. 801. En revanche, contrairement à ce qu'avance Mme Florence Benoit-Rohmer, la décision n° 89-257 DC du Conseil constitutionnel n'est pas non plus « inspirée de l'adage « Nul ne plaide par procureur » », du moins tel qu'il est interprété dans le cadre de cette thèse (cf. *Supra* Chapitre 1 du Titre 1 de la première partie). En réalité, cette décision du Conseil constitutionnel ne serait qu'indirectement inspirée de l'interprétation, erronée, que Jean Romieu fit de cet adage dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*.

individualiste du libéralisme français »²¹⁵⁰, il s'intéresse en réalité au troisième sens que Marcel Waline - le dédicataire des mélanges dans lesquels il écrit - attribuait à l'individualisme juridique, c'est-à-dire à l'influence de l'individualisme politique sur les règles de droit²¹⁵¹. Devant le juge administratif, cette influence s'est manifestée de longue date aussi bien dans le cadre de voies de droit individualistes (A) que dans le cadre de voies de droit qui, comme le recours pour excès de pouvoir, semblent pourtant, au moins en partie, holistes (B).

A- La garantie du primat des intérêts personnels dans le cadre de voies de droit usuellement présentées comme individualistes

779. Il semble que ce ne soit pas à la fin du XIX^e siècle, comme l'affirme M. Louis Boré²¹⁵², mais plutôt au début de celui-ci que le Conseil d'État a commencé à tracer les limites de l'action en défense d'un intérêt collectif par des groupements. À l'occasion de pourvois en matière de contributions directes, le Conseil d'État refusait déjà qu'ils permissent de se substituer à une ou plusieurs actions en défense d'intérêts individuels. Ainsi, il a estimé qu'un maire ne pouvait se voir devant le roi, en Conseil d'État, aux fins d'obtenir un dégrèvement au profit de chacun des habitants de sa commune pris individuellement en dépit de sa qualité de représentant légal de la collectivité²¹⁵³.

780. Le Conseil d'État avait fixé cette même limite en interprétant les dispositions de la loi du 16 septembre 1807 relative au dessèchement des marais. Cette loi avait permis la création de « syndics », après autorisation préfectorale, pour faciliter la représentation des propriétaires intéressés aux opérations de dessèchement auprès de l'administration. Néanmoins, le Conseil d'État a limité cette possibilité de représentation en estimant que ces syndics ne pouvaient saisir les commissions spéciales, instituées pour régler en premier ressort les litiges relatifs aux opérations de dessèchement, que lorsqu'était en cause l'intérêt de la totalité des propriétaires. Ils ne pouvaient donc porter les réclamations individuelles des propriétaires sauf à justifier d'un pouvoir spécial de la part de ces derniers²¹⁵⁴.

781. C'est la même position qu'il adopta ensuite dans l'arrêt *Mattera* du 10 mars 1893 en matière de responsabilité extracontractuelle. Le Conseil d'État avait alors refusé, à l'instar du juge judiciaire, qu'une association syndicale créée sur le fondement de la loi du 21 juin 1865 pût exercer un recours indemnitaire en lieu et place de l'un de ses membres²¹⁵⁵. Le juge administratif rejoint donc le juge judiciaire sur ce point

²¹⁵⁰ Jean de SOTO, *art.précit.*, p. 763.

²¹⁵¹ Marcel WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, réimp. 2007, p. 27.

²¹⁵² Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 101, p. 84.

²¹⁵³ CE, 11 octobre 1832, *Commune de Guérande*, Rec. Lebon, p. 539.

²¹⁵⁴ CE, 6 août 1823, *De l'Aubepin c. les sieurs DeFrance, Rouageat et consorts*, Rec. Lebon, p. 578.

²¹⁵⁵ CE, 10 mars 1893, *Mattera, Guyard et a.*, Rec. Lebon, p. 230. Le Conseil d'État avait rejeté le recours indemnitaire formé par un syndicat en estimant qu'il n'était recevable à exercer que des « actions syndicales » et qu'il ne pouvait à ce titre ester en justice afin de défendre l'intérêt individuel de ses membres V. aussi CE, 27 novembre 1896, *Ville de Limoges*, Rec. Lebon, p. 778.

et ne semble pas s'être départi de cette ligne jurisprudentielle²¹⁵⁶. Toutefois, à la différence de la Cour de cassation, le Conseil d'État ne semble pas avoir atténué la rigueur de cette position en admettant, au moins, les recours des « ligues de défense » en matière extra contractuelle²¹⁵⁷.

B- La garantie du primat des intérêts personnels dans le cadre de voies de droit usuellement présentées comme holistes

782. Cet individualisme méfiant à l'endroit des groupements se manifeste aussi dans le contentieux de l'excès de pouvoir lorsqu'il s'agit d'apprécier leur intérêt pour agir contre certaines décisions individuelles dont ils ne sont pas destinataires. Ce serait la raison d'être de l'irrecevabilité opposée par le Conseil d'État aux groupements désirant exercer un recours pour excès de pouvoir contre certaines décisions individuelles - parfois présentées comme « négatives » ou « défavorables » - en lieu et place de leur destinataire. Ce n'est qu'après que le destinataire en a exprimé le souhait par un mandat exprès que le groupement peut éventuellement obtenir l'annulation de cette décision. De la sorte, le juge administratif veille bien à ce que soit respectée la liberté personnelle du principal intéressé, c'est-à-dire le destinataire de la décision, afin qu'il ne se retrouve pas engagé dans un litige contre son gré²¹⁵⁸. Il faut toutefois préciser que les groupements défendant des intérêts collectifs ne sont pas les seuls à pâtir du respect de cette sphère personnelle de décision. De manière plus générale, le Conseil d'État a une appréciation stricte de l'intérêt des « tiers » contre de telles décisions afin d'éviter toute ingérence intempestive²¹⁵⁹.

783. Ainsi, en présence de ces décisions, l'intérêt pour agir du groupement se trouverait éclipsé par celui du destinataire de la décision, dont l'intérêt personnel a été directement lésé par elle, quitte à laisser subsister les illégalités les plus flagrantes et les plus graves puisque le juge administratif ne semble prendre en compte que le contenu de la décision²¹⁶⁰. Cela peut sembler d'autant plus surprenant que, dans le cadre de cette voie de droit, la situation des requérants a pu être rapprochée de celle « d'un ministère public poursuivant la répression d'une infraction »²¹⁶¹ et, à titre de comparaison, le ministère public dispose d'un

²¹⁵⁶ V. Louis BORÉ, « La réparation des atteintes aux intérêts personnels des membres des groupements à but altruiste », *RFDA*, 1996, p. 544.

²¹⁵⁷ V. pour ce qui pouvait s'apparenter à une tentative de transposition et qui se solda par une irrecevabilité : CE, Sect., 30 mai 1973, *Syndicat intercommunal des eaux de Casserousse*, n° 84794.

²¹⁵⁸ V. Jean de SOTO, *op.cit.*, p.273 ; Henri TOUTEE, « Conclusions sur CE, 13 décembre 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes et Syndicat des cadres communaux CGT de la mairie de Nîmes et Syndicat interco-CFDT de la Vendée* », *RFDA*, 1993, p. 250.

²¹⁵⁹ V. Élise UNTERMAIER-KERLEO, « Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang », *RFDA*, 2013, p. 285.

²¹⁶⁰ Il n'est pas même possible pour le groupement de contourner cet obstacle en choisissant d'exercer plutôt un recours en déclaration d'inexistence car, s'agissant de l'intérêt pour agir, les conditions de recevabilité de ce recours ne diffèrent pas de celles du recours pour excès de pouvoir (Par ex., CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 3 février 2003, *Wirbel*, n° 240630, Rec. Lebon, p. 619).

²¹⁶¹ Maurice HAURIOU, Note sous CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S., 1900, 3, p. 73.

pouvoir d'action - désormais explicitement reconnu²¹⁶² - pour obtenir la résolution d'un contrat entaché d'une nullité absolue.

784. En réalité, cela corroborerait l'idée soutenue par M. Fabrice Melleray dans sa thèse à savoir que le recours pour excès de pouvoir n'est pas exclusivement une voie de droit holiste mais qu'il conviendrait de distinguer selon la nature de la norme créée par la décision litigieuse. L'auteur plaidait d'ailleurs pour un « dédoublement » de cette voie de droit et une affirmation de la finalité individualiste lorsque le recours pour excès de pouvoir est dirigé contre des décisions édictant des normes « personnelles »²¹⁶³. Le cas des recours pour excès de pouvoir exercés par des groupements défendant des intérêts collectifs contre des décisions individuelles dites « négatives » tendrait à montrer que sa proposition s'inscrit tout de même dans une certaine continuité. Néanmoins, il semble qu'elle infirme aussi le caractère opératoire du critère que l'auteur propose à savoir la nature de la norme créée par la décision litigieuse. En effet, le recours pour excès demeurerait une voie de droit holiste, ou plus généralement « non-individualiste »²¹⁶⁴, lorsque le juge reconnaît que ces mêmes groupements - ou d'ailleurs tout tiers se prévalant d'une atteinte à un intérêt collectif - ont intérêt pour agir contre des décisions individuelles « positives ».

785. D'aucuns rapprochent alors cette jurisprudence du Conseil d'État et la décision du Conseil constitutionnel de 1989, estimant que la seconde révèle l'assise constitutionnelle de la première²¹⁶⁵ ou qu'elles ont la même filiation « philosophique ». C'est le cas de M. Patrick Hubert, dans ses conclusions sur l'arrêt *Montalev*, qui estimait que c'est la liberté personnelle, constitutionnellement garantie, du destinataire de la décision individuelle qui était en cause lorsqu'un groupement voulait exercer le recours pour excès de pouvoir à sa place²¹⁶⁶. Pour autant, s'appuyant sur la doctrine, il estimait que la décision du Conseil constitutionnel, et par là même la réserve d'interprétation qu'il avait émise, ne concernait que les actions de substitution et non le contentieux de l'excès de pouvoir²¹⁶⁷. Toutefois, contrairement à ce qu'affirmait le commissaire du gouvernement au soutien de sa propre interprétation, il n'y avait pas, parmi les différents commentateurs de la décision n° 89-257 DC, cet unanimité doctrinale qu'il brandissait comme un argument d'autorité²¹⁶⁸. En outre, le contentieux de l'excès de pouvoir rentre bien dans le

²¹⁶² Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le premier alinéa de l'article 1180 du code civil dispose que « la nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public ».

²¹⁶³ Fabrice MELLERAY, *thèse.précit.*, p. 365-415. L'auteur se plaçait alors, selon ses propres mots, plus dans une posture de « politique juridique » que dans une démarche descriptive (Fabrice MELLERAY, *thèse.précit.*, p. 365).

²¹⁶⁴ Cf Introduction.

²¹⁶⁵ Florence BENOÎT-ROHMER, *op.cit.*, p. 801 ; Anne COURREGES, Serge DAËL, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 4^e édition, 2013, p. 170. Ces auteurs estiment néanmoins que le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu la valeur constitutionnelle de la maxime « Nul ne plaide par procureur ».

²¹⁶⁶ Patrick HUBERT, *conclusions.précit.*, p. 265.

²¹⁶⁷ *Ibid.*

²¹⁶⁸ Ainsi, M. François Gaudu évoquait le domaine limité de la disposition législative et non de la réserve d'interprétation. Par ailleurs, il se contentait de relativiser la nouveauté et l'intérêt de cette disposition (François GAUDU, « Commentaire de la loi n° 89-549 du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *D.*, 1990, p.1). De même, si M. Maurice Cohen soulignait le caractère « très particulier » de cette procédure dans son commentaire (Maurice COHEN, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.*, 1990, p. 790), c'est n'est qu'en forçant le trait

champ de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel en ce qu'il est susceptible de mettre en cause la liberté personnelle. C'est ce qui apparaît en étudiant, plus largement, les normes susceptibles d'imposer aux groupements une obligation d'accord préalable et leur champ d'application respectif.

786. Pas plus que le juge judiciaire, le juge administratif n'est resté hermétique à l'individualisme politique en organisant le régime des voies de droit permettant de le saisir, et ce, qu'elles soient individualistes ou holistes. Dans un cas comme dans l'autre, s'il s'avère que l'action vise en priorité à satisfaire les intérêts individuels d'un tiers, le groupement doit justifier d'un mandat exprès de sa part pour être recevable pour agir.

§3- Les garanties supra-législatives du primat des intérêts personnels

787. Le primat des intérêts individuels sur les intérêts collectifs, qui serait garanti notamment par l'accord préalable de la victime dont l'intérêt personnel a été directement atteint, bénéficie d'une assise constitutionnelle (A) et conventionnelle (B) dont l'étude permet d'appréhender une partie du cadre supra-législatif de l'action collective en droit public français.

A- La garantie constitutionnelle

788. Lorsqu'elle implique d'agir en lieu et place d'un tiers qui a été personnellement atteint, l'action collective peut heurter la liberté personnelle garantie par la Constitution. Le Conseil constitutionnel s'est ainsi expressément fondé sur elle pour imposer « l'assentiment » éclairé du salarié victime dans sa décision n° 89-257 DC (1) et il semble l'avoir utilisé comme principe matriciel pour imposer l'information préalable de la partie lésée dans la décision n° 2011-126 QPC (2). Il aurait pu aussi apprécier la constitutionnalité de ces dispositifs au regard des droits que les personnes défendues tiennent du principe de la contradiction (3).

1- La décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989

789. La délibération de la décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 montre que la question des garanties devant être apportées au respect de la liberté personnelle face aux actions - potentiellement intempestives - des groupements était loin d'appeler une réponse évidente. En effet, le rapporteur, M.

qu'il est possible d'en inférer une quelconque prise de position sur le champ d'application de cette condition d'accord préalable. Quant à M. Jean-Maurice Verdier, il ne se prononçait pas non plus sur la portée de la décision (Jean-Maurice VERDIER, « Licenciement économique : droit des syndicats d'ester en justice au lieu et place du salarié », *Rev. jur. soc.* 1990, p. 3). M. Patrick Hubert se gardait d'ailleurs de mentionner, à ce titre du moins, la note de Mme Florence Benoît-Rohmer qui opérait un rapprochement avec les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme et, surtout, la jurisprudence du Conseil d'État sur l'intérêt pour agir des groupements (Florence BENOÎT-ROHMER, *op.cit.*, p. 801).

Francis Mollet-Vieville, concluait à la censure de l'article 29 de la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion qui introduisait une nouvelle action de substitution au profit des syndicats dans l'hypothèse de licenciements économiques.

790. En l'espèce, cette disposition législative disposait alors que « les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles régissant le licenciement pour motif économique et la rupture du contrat de travail visée au troisième alinéa de l'article L. 321-6 du présent code en faveur d'un salarié, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Celui-ci doit avoir été averti par lettre recommandée avec accusé de réception et ne s'y être pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. À l'issue de ce délai, l'organisation syndicale avertit l'employeur par lettre recommandée avec accusé de réception de son intention d'ester en justice. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat ». Pour les sénateurs, auteurs de la saisine, cette disposition constituait une atteinte à la « liberté individuelle » des salariés en ce qu'elle permettait au syndicat d'intervenir en lieu et place du salarié, le plaçant au-dessus des individus. C'était, selon eux, un « dangereux précédent » de renonciation de sa liberté de la part d'un individu au profit d'un organisme pouvant même lui être totalement inconnu puisque le syndicat pouvait se substituer à tout salarié même s'il n'est pas syndiqué. Estimant que les garanties entourant l'information du salarié et le respect de son consentement étaient effectivement trop vagues, le rapporteur de la décision donnait raison aux auteurs de la saisine.

791. Ce type d'action n'était alors pourtant pas inédit²¹⁶⁹ et le législateur n'avait d'ailleurs cessé de les ouvrir et d'en assouplir les conditions au profit des syndicats. Toutefois, le Conseil constitutionnel n'en avait pas encore été saisi et n'avait donc jamais eu l'occasion de s'interroger sur leur nature et leur régime juridique. Se posait ainsi, en premier lieu, un problème pour le Conseil constitutionnel de qualification de cette action dès lors qu'un mandat du salarié n'était pas requis. Le rapporteur ne savait pas s'il fallait y voir une action du syndicat dans l'intérêt d'un travailleur qui serait fondée sur un mandat tacite - l'absence de mandat étant simplement entendue comme l'absence de mandat écrit - ou une action *sui generis* au profit du syndicat. Finalement, M. Francis Mollet-Vieville opta pour le mandat tacite, alors même qu'il s'appuyait sur un article de M. Alain Supiot distinguant explicitement cette substitution syndicale de la représentation conventionnelle²¹⁷⁰ et que la Chambre sociale semblait s'être aussi prononcée en faveur de cette distinction²¹⁷¹.

792. Au cours du débat, il se servit de cette qualification de « mandat tacite » comme d'un épouvantail, emportant ainsi la conviction d'une partie des autres membres du Conseil, comme M. Jacques Robert ou

²¹⁶⁹ Le code du travail prévoyait alors de telles actions de substitution aux articles L. 123-6, L. 124-20, L. 127-6, L. 135-4, L. 341-6-2 et L. 721-19.

²¹⁷⁰ Alain SUPIOT, « La protection du droit d'agir en justice », *Dr. soc.*, 1985, p. 774.

²¹⁷¹ Soc., 18 janvier 1978, Bull. civ. V., n° 49 ; Soc., 23 février 1970, Bull. civ. V., n° 148.

Robert Fabre. Néanmoins, M. Robert Badinter, qui voyait aussi dans cette action une forme de mandat tacite, s'opposa fermement à la proposition du rapporteur. Plusieurs raisons, politiques comme juridiques, expliquent la position du Président du Conseil constitutionnel et mettent bien en lumière les enjeux entourant ce type d'action permettant une défense des intérêts collectifs. Il expliquait que la censure d'une telle disposition serait préjudiciable à l'image du Conseil constitutionnel qui serait ainsi comparé à la Cour suprême américaine dans les années 1930. Au soutien du président, M. Daniel Mayer affirmait même que la censure ferait du Conseil constitutionnel l'allié objectif du patronat contre les travailleurs présentés comme des individus se trouvant dans une situation par définition précaire car engagés dans un rapport asymétrique.

793. En cas de censure, c'est aussi la constitutionnalité de l'ensemble des textes précédemment adoptés, protecteurs des travailleurs, qui pouvait être mise en doute. À ce propos, M. Jacques Latscha évoquait même une possible « exception d'inconstitutionnalité » au cours de la délibération²¹⁷². De prime abord, une telle crainte pouvait sembler totalement infondée en 1989, c'est-à-dire avant même la présentation des projets de révision constitutionnelle de 1990 et de 1993. En réalité, M. Jacques Latscha faisait peut-être référence à la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*²¹⁷³ qui aurait trouvé à s'appliquer en cas de modification des précédentes lois ayant institué des actions en substitution au profit des syndicats.

794. Tout en concédant au rapporteur que les garanties offertes par la loi examinée étaient assez lacunaires, M. Robert Badinter rappelait que le mandat tacite est, en tout état de cause, révoquant *ad nutum* par le mandataire. Cela revenait, en réalité, à déduire des garanties d'une qualification juridique qui était, au surplus, assez douteuse. Le choix d'une telle qualification expliquerait aussi que la tierce opposition n'ait pas été évoquée au cours des débats au titre des garanties pour la liberté personnelle du salarié. En tant que mandant, et par là même partie au lien d'instance, ce dernier n'est effectivement pas en mesure d'exercer cette voie de recours.

795. Outre l'arrêt de la Cour de cassation précédemment mentionné, d'autres éléments plaident en défaveur de cette qualification de mandat implicite comme la possibilité pour le salarié d'intervenir à l'instance engagée par le syndicat. D'ailleurs, la Cour de cassation a bien confirmé par la suite qu'il convient de distinguer cette action en substitution, qui est une action propre au syndicat, de l'action en représentation fondée sur un mandat exprès ou tacite²¹⁷⁴, mais aussi de l'action pouvant être exercée sur le fondement de l'article L. 2132-3 du code du travail²¹⁷⁵. En réalité, il serait seulement possible de parler de « représentation » dans le sens - relativement large - que M. Philippe Didier retient dans sa thèse, c'est-à-dire comme un mécanisme juridique impliquant l'imputation d'un effet juridique à un tiers.

²¹⁷² Conseil constitutionnel, Compte-rendu de la séance du 25 juillet 1989, p. 40.

²¹⁷³ CC, n° 85-187 DC du 25 juillet 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendance*, cons. 10

²¹⁷⁴ Soc., 1^{er} février 2000, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy c. Société Servair*, n° 98-46.201.

²¹⁷⁵ Soc., 18 novembre 2009, *Syndicat général des transports du Rhône CFDT c. Sté DSV*, n° 08-44.175.

796. Finalement, en lieu et place de la censure, M. Robert Badinter proposa - ce qui constituait alors une véritable innovation - une réserve d'interprétation « constructive » qui fut adoptée à l'unanimité et devint le 24^{ème} considérant de cette décision n° 89-257 DC. Pour permettre à un groupement de « promouvoir à travers un cas individuel, une action collective », le législateur était désormais tenu de subordonner l'exercice de cette action à l'information et à « l'assentiment » de l'individu, qui pourrait y mettre un terme à tout moment. Dans le cas contraire, cela constituerait une atteinte à cette forme d'autonomie qui est protégée par la liberté personnelle, constitutionnellement garantie. Autrement dit, la défense des droits d'une personne contre son gré constituerait une atteinte à son autonomie. Le Conseil constitutionnel condamnait donc une certaine forme de paternalisme²¹⁷⁶, et plus précisément une forme de paternalisme « impur »²¹⁷⁷, de la part de groupements privés pour ménager la liberté du salarié victime.

797. De prime abord, il peut sembler paradoxal de limiter l'action des groupements pour un tel motif dans la mesure où elle est parfois présentée comme un moyen de garantir l'autonomie des individus en position de faiblesse. De ce point de vue, l'exigence d'un accord préalable des individus protégés constituerait bien un frein à l'efficacité de l'action des groupements et, *in fine*, à la garantie de leur propre autonomie²¹⁷⁸.

798. Pour dépasser ce paradoxe, il serait tentant de le réduire à une question de définition et de considérer que tout dépend en réalité de la définition de l'autonomie, de la liberté qui est privilégiée. Cela reviendrait finalement à opposer une conception formelle de la « liberté », dont la liberté personnelle serait l'expression, à une liberté « réelle » qui serait moins hermétique à cette forme de paternalisme. Le respect de l'autonomie individuelle serait alors un alibi commode pour restreindre les possibilités d'action des groupements et maintenir les membres du groupe protégé dans une situation d'infériorité²¹⁷⁹. Plus

²¹⁷⁶ En tentant de s'abstraire de la connotation péjorative qui lui est parfois attachée, le paternalisme sera entendu, avec M. Gérard Dworkin, comme « l'ingérence d'un État ou d'un individu dans les choix d'une autre personne, contre sa volonté, et motivée par la prétention que la personne subissant l'ingérence verra ainsi sa condition améliorée ou sera protégée d'une nuisance » (« Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm ») (Gerald DWORKIN, « Paternalism », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/paternalism/>>).

²¹⁷⁷ Pour fonder sa distinction entre le paternalisme « pur » et « impur », M. Gérard Dworkin prend comme critère l'identité ou la distinction entre les personnes protégées et celles dont la liberté est restreinte. Par opposition au paternalisme « pur », le paternalisme « impur » ne viserait pas à défendre exclusivement les personnes qui subissent une restriction de leur liberté. Dit autrement, l'ingérence n'a pas pour but exclusif la défense de leurs intérêts personnels.

²¹⁷⁸ M. Patrice Adam voit ainsi dans cette décision du Conseil constitutionnelle l'une des illustrations des « paradoxes du phénomène d'individualisation » en droit du travail qu'il étudie (Patrice ADAM, *L'individualisation du droit du travail Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit social, t. 39, 2005, p. 444).

²¹⁷⁹ C'est l'opinion que semblait avoir M. Daniel Mayer lors de la séance du 25 juillet 1989 et, avant lui, Eugène Fournière : « Le syndicat, en stipulant en leur nom, les avait haussés du droit individuel, qui les laissait à leur arbitraire, pour les admettre au droit collectif, grâce auquel chacun d'eux reçut des avantages et des garanties que son état d'isolement ne lui eût pas permis d'espérer. Nous surprenons ici sur le fait un cas de tyrannie syndicale, cette tyrannie si véhémentement dénoncée par ceux qui veulent laisser l'ouvrier sous l'empire du droit individuel dans un milieu économique où seules les forces collectives comptent pour quelque chose, et où les isolés sont impitoyablement écrasés » (Eugène FOURNIÈRE, *La législation du travail, conférences faites à l'École Polytechnique*, Paris, Henri Charles-Lavauzelle, 1904 cité par Michel HENRY, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », *Droit ouvrier*, p. 118, ndbp n° 9). Plus exactement, Eugène Fournière estimait qu'il n'y avait même pas lieu de parler de suppression de la liberté pour l'individu isolé dans la mesure où sa condition ne lui permettait pas d'atteindre la liberté réelle (Eugène FOURNIÈRE, *Essai sur l'individualisme*, Paris, Félix Alcan, 1901, p. 186). Par ailleurs, il

encore, comme la prohibition de l'*actio popularis*, elle ne viserait, en réalité, qu'à préserver un monopole de l'État dans la défense d'intérêts collectifs face aux prétentions des groupements. La mise en avant de la liberté personnelle ne dénoterait ainsi pas tant le refus de voir l'individu assujéti « à un esprit de corps qui le discipline »²¹⁸⁰ que la volonté de ne laisser qu'à l'État, qui est le seul corps finalement digne d'exister, le soin de le faire. Elle ne serait finalement pas un bouclier permettant à l'individu de se protéger contre les prétentions englobantes de n'importe quelle forme de totalité sociale, mais une arme qu'utilise une totalité oppressante pour en écarter d'autres.

799. Il faut toutefois relever qu'ici la liberté personnelle laisse l'individu prêter la main à une illégalité pour paraphraser Jhering²¹⁸¹, là où l'action de substitution conduit justement à faire appliquer la loi. En outre, condamner ainsi cette forme de paternalisme n'implique pas nécessairement de se contenter d'une liberté formelle, qui ne serait en réalité que « l'histoire du renard libre dans le poulailler » pour reprendre l'expression de M. Daniel Mayer lors de la séance du 25 juillet 1989²¹⁸². S'il n'est pas douteux que cette crainte ait pu servir de paravent au maintien de l'ordre et du *statu quo*, elle n'a pas été formulée que par des promoteurs d'une vision atomiste de la société²¹⁸³ ou des adversaires de la liberté syndicale et de la liberté d'association²¹⁸⁴.

800. Cette opposition se retrouve, peu ou prou, sous la plume de certains auteurs²¹⁸⁵ qui estiment que l'attention croissante portée à l'effectivité du droit au recours devrait mener le Conseil constitutionnel à résipiscence, à une évolution de sa jurisprudence dans un sens plus favorable à l'action des groupements. Il est toutefois aussi surprenant d'opposer ainsi le libre exercice d'une prérogative et son effectivité que le mouvement et la force physique chez l'être humain. La seconde est nécessaire au premier mais, sans lui, elle est inutile.

soulignait la contradiction de ceux qui, tout en dénonçant la « tyrannie syndicale » à l'égard des ouvriers isolés, admettaient que la « tyrannie capitaliste » pût s'exercer sur les entreprises isolées (Eugène FOURNIERE, *op.cit.*, p. 185-186).

²¹⁸⁰ Lucien JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 11

²¹⁸¹ Rudolf von JHERING, *Lutte pour le droit*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque, réimp. 2006, p. 25.

²¹⁸² Compte-rendu de la séance du 25 juillet 1989, p. 40.

²¹⁸³ Cette crainte est énoncée, par exemple, en 1864 par Emile Ollivier dans son rapport fait au nom de la commission du corps législatif sur le projet de loi visant à abolir le délit de coalition. Après avoir rappelé « l'erreur fondamentale de la Révolution française » (p. 62) consistant à croire qu'il n'existait que l'État en dehors de l'individu, il concédait, à la suite de Antoine Lefebvre de Vatimesnil et du député Daniel O'Connell dans son enquête de 1838, que « le danger le plus réel des coalitions » pût résider dans « cette pression exercée par les ouvriers les uns sur les autres » (p. 63). Toutefois, Emile Ollivier voyait là un « accident » de la coalition et non une règle générale. En effet, pour lui, l'atteinte à la liberté résultait de la violence et de la fraude, c'est-à-dire d'éléments contingents de la coalition que son projet de loi permettait aussi de réprimer. En revanche, il a pu se montrer ensuite assez critique à l'endroit de la liberté syndicale telle qu'elle fut organisée par la loi du 21 mars 1884, accusant le législateur d'avoir armé les syndicats « du droit de tyrannie sur ceux même qui ne leur appartiennent pas ». Plus précisément, il regrettait l'abrogation, par l'article 1^{er} de cette loi, de l'article 416 du code pénal qui punissait la mise en interdit (V. aussi Emile OLLIVIER, *L'empire libéral : études, récits, souvenirs*, Paris, Garnier, t. 6, 1902, p. 567-566).

²¹⁸⁴ V. par exemple Joseph Paul-Boncour qui, tout en soulignant que les « dangers » lui semblaient « singulièrement exagérés », tenait à ce que la liberté syndicale ne cédât pas la place à une licence tyrannique à l'égard des ouvriers (Joseph PAUL-BONCOUR, *Le Fédéralisme économique, étude sur les rapports de l'individu et des groupements professionnels*, Paris, Félix Alcan, 2^e édition, 1900, p. 323-324).

²¹⁸⁵ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », in « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar », *LPA*, numéro spécial, 10 juin 2005, n° 28-30 ; Maria-José AZAR-BAUD, *thèse.précit.*, n° 465, p. 579.

801. Ainsi, au lieu de procéder à une telle opposition, voire de considérer que la décision n° 89-257 DC est une décision « scélérate », il semble préférable d'y voir une tentative de conciliation entre le collectif et de l'individuel dans le cadre d'instruments dont le but est de garantir une liberté réelle.

2- La décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011

802. Après cette décision n° 89-257 DC, il n'était pas aisé d'identifier les actions qui seraient, pour le Conseil constitutionnel, susceptibles de mettre en cause la liberté personnelle constitutionnellement garantie et il était plus difficile encore de savoir dans quelle mesure la nature de l'attributaire de la qualité pour agir - en l'occurrence une personne morale de droit privé - et de l'intérêt collectif dont la défense était poursuivie - l'intérêt collectif d'une profession - pouvait être un paramètre déterminant dans l'appréciation de l'atteinte à la liberté personnelle. Sur ce point, la décision n° 2011-126 QPC a apporté quelques éléments de réponse.

803. À cette occasion, le Conseil constitutionnel dut se prononcer sur la constitutionnalité d'un dispositif analogue à celui contrôlé dans la décision n° 89-259 DC, en l'occurrence l'action que peut exercer, notamment, le ministre en charge de l'économie sur le fondement du deuxième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, le ministre en charge de l'économie ou le ministère public peuvent, sur le fondement de cette disposition, demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation de certaines pratiques restrictives de la concurrence ou le prononcé d'une amende civile, mais aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu ou encore la réparation des préjudices subis. Autrement dit, cette disposition permet aux autorités publiques d'agir en lieu et place des victimes de pratiques anticoncurrentielles afin de défendre, notamment, leurs intérêts individuels, et ce sans que leur accord ne soit nécessaire.

804. Ce ne fut néanmoins pas à l'aune de la liberté personnelle que le Conseil constitutionnel apprécia alors l'atteinte au droit constitutionnellement garanti de la victime, mais au regard du droit au recours effectif, du « principe du contradictoire » pour reprendre ses termes, et de la liberté contractuelle.

805. Sans doute, le Conseil constitutionnel ne faisait alors que répondre aux moyens soulevés par les auteurs de la QPC et les intervenants, mais, comme dans le cadre du contrôle *a priori*, il pouvait aussi soulever des moyens d'office et il le fit d'ailleurs comme le montrent les visas de la décision. Toutefois, il n'a pas choisi d'apprécier la constitutionnalité de ce dispositif à l'égard de la liberté personnelle mais, comme le révèle le commentaire de la décision²¹⁸⁶, de la liberté contractuelle, motif pris que c'est une

²¹⁸⁶ Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, p. 4. Ce grief d'inconstitutionnalité n'était effectivement pas mentionné dans la décision de renvoi de la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., QPC, 8 mars 2011, n°10-40.700).

action en nullité contractuelle qui était en cause. La disparition - au moins apparente - de la liberté personnelle au profit de la liberté contractuelle peut avoir de quoi surprendre et inquiéter.

806. En effet, ce sont deux libertés dont les bases constitutionnelles ne se recoupent pas totalement²¹⁸⁷ et que le Conseil constitutionnel a bien pris soin de distinguer²¹⁸⁸. Il se peut que le Conseil ait estimé qu'il n'y avait pas lieu de soulever aussi d'office le moyen tiré de l'atteinte à la liberté personnelle car il n'était pas opérant dans la mesure où il ne s'agissait pas, selon lui, d'une action de substitution. Toutefois, eu égard au critère qu'il a retenu pour qualifier cette action²¹⁸⁹, cela reviendrait, en réalité, à apprécier l'opérance d'un moyen au regard de la finalité secondaire du dispositif et non de son champ d'application ou de ses effets²¹⁹⁰, qui étaient d'ailleurs similaires à ceux des dispositions qu'il avait contrôlées en 1989. Or, si la finalité du dispositif doit être prise en compte, c'est aux fins d'apprécier la constitutionnalité de l'atteinte, c'est-à-dire si le moyen est fondé, ce qui suppose d'admettre, au préalable, son opérance. Surtout, la liberté contractuelle ne semble pas bénéficier de la même protection juridictionnelle que la liberté personnelle puisqu'un simple intérêt général suffit pour justifier qu'il y soit porté atteinte²¹⁹¹.

807. Pour autant, la protection juridictionnelle des victimes substituées ne s'en trouverait pas diminuée dès lors que le Conseil constitutionnel, comme dans cette décision, apprécie aussi la constitutionnalité du dispositif au regard du droit au recours juridictionnel effectif et aux droits que les défendeurs tiennent du principe de la contradiction dont le respect fait l'objet d'un contrôle plus approfondi. Ce type de dispositif de substitution processuelle est effectivement susceptible de mettre en cause ces deux droits constitutionnellement garantis. Le principe de la contradiction impose notamment que les personnes qui sont intéressées au premier chef par le jugement soient mises à même de présenter leurs observations, c'est-à-dire que le défendeur ait connaissance de l'identité du substitué et qu'il puisse le mettre en cause²¹⁹².

²¹⁸⁷ Après avoir, dans un premier temps, nié la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle (CC, n° 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, cons. n° 9 ; CC, n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, cons. n° 48), le Conseil constitutionnel l'a rattachée à l'article 4 de la Déclaration de 1789 (CC, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. n° 39). La liberté personnelle, quant à elle, trouve ses bases textuelles dans les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789.

²¹⁸⁸ CC, n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, cons. n° 28.

²¹⁸⁹ Cf. *Infra.*, n° 854 et s.

²¹⁹⁰ Ce que le Conseil constitutionnel fait pourtant pour apprécier l'atteinte au droit de propriété dans le douzième considérant de cette même décision.

²¹⁹¹ À l'instar de la liberté d'entreprendre, qui découle aussi de l'article 4 de la Déclaration de 1789, il peut y être apporté des « limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi » (CC, n° 2016-742 DC du 22 décembre 2016, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017*, cons. n° 28). Tout au plus, il est exigé que cet intérêt général soit « suffisant » (*Ibid.*) lorsqu'il est porté atteinte « aux contrats légalement conclus ». En présence de ce qui constitue une atteinte concomitante à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel utilise donc la même formule que celle qu'il employait pour apprécier la constitutionnalité des lois de validation avant de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014 (CC, n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Masflow France* [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »]).

²¹⁹² Mais aussi que le substitué ait été informé au préalable de l'introduction de l'action et qu'il puisse aussi faire valoir ses observations.

Quant au droit au recours effectif du substitué, c'est son volet négatif qui serait en cause, c'est-à-dire la liberté, pour le titulaire de ce droit, de ne pas l'exercer.

808. Ce dernier point tend d'ailleurs à montrer que la liberté personnelle ne serait pas totalement absente de cette décision. En réalité, elle révélerait son caractère matriciel²¹⁹³ et, par là même, sa fonction supplétive et interprétative, en l'occurrence du droit au recours effectif. En 1989, le droit à un recours effectif, qui aurait été alors un moyen opérant, n'avait pas encore été expressément consacré dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²¹⁹⁴ et dans le dossier documentaire de la décision n° 2011-126 QPC, c'est au titre de la « Jurisprudence constitutionnelle relative au droit de recours » que la décision n° 89-257 DC est mentionnée²¹⁹⁵.

809. Certes, lorsque le Conseil constitutionnel a dû apprécier la constitutionnalité de l'action de groupe en matière de consommation en 2014, la liberté personnelle est réapparue explicitement au côté du droit au recours juridictionnel effectif. Toutefois, le Conseil ne faisait alors que répondre aux moyens soulevés par les requérants et ne les a pas reformulés²¹⁹⁶. Tandis que les sénateurs s'étaient contentés d'une référence à la liberté personnelle des consommateurs, les députés, s'inspirant de la décision n° 2011-126 QPC, avaient soulevé le moyen tiré de la violation du droit à un recours juridictionnel effectif des consommateurs et ne mentionnaient la décision n° 89-2567 DC dans leur saisine qu'au soutien de ce moyen.

810. En revanche, en 1989, le Conseil constitutionnel n'avait pas apprécié la constitutionnalité de l'action de substitution au regard du principe de la contradiction, alors qu'il l'employait déjà implicitement²¹⁹⁷ ou expressément²¹⁹⁸ dans ses décisions. Toutefois, dans la mesure où, à la différence des dispositions du second alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, celles de l'article 29 de loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion mentionnaient explicitement la possibilité pour le salarié d'intervenir à l'instance, les parlementaires saisissants étaient sûrement conscients qu'un tel moyen serait rejeté comme manquant en fait et il n'y avait pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de le soulever d'office.

²¹⁹³ Xavier BIOY, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel. Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, p. 144-147.

²¹⁹⁴ En revanche, il était plus douteux que la liberté contractuelle, dont la valeur constitutionnelle n'était alors pas non plus reconnue, fût opérante dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une action en nullité contractuelle. Toutefois, en raison de son exercice, une telle action pouvait impliquer une reprise des relations contractuelles et, par sa seule existence et son effet dissuasif, une crainte de les rompre.

²¹⁹⁵ Conseil constitutionnel, *Dossier documentaire de la décision n° 2011-126 QPC*, p. 17-18.

²¹⁹⁶ CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. n° 12.

²¹⁹⁷ Comme le Conseil constitutionnel l'a affirmé dans sa décision n° 89-268 DC, le principe de la contradiction, qu'il nomme « principe du contradictoire », n'est qu'un corollaire des droits de la défense (CC, n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. n° 58) qu'il avait consacré comme principe fondamental reconnu par les lois de la République dès 1976 (CC, n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, cons. n° 2).

²¹⁹⁸ Dans la décision n° 89-257 DC, il a d'ailleurs examiné un moyen tiré de la violation des droits de la défense et du « principe du contradictoire » (CC, n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, cons. n° 28 et 29). Apparu sous la plume du Conseil constitutionnel en 1984 (CC, n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, cons. n° 35), le « principe du contradictoire » n'a toutefois été explicitement rattaché à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'en 2006 (CC, n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. n° 24).

811. Finalement, alors qu'il était saisi d'un dispositif qui, à l'instar d'une action de substitution, permettait au ministre chargé de l'économie d'introduire une action pour défendre les intérêts individuels de victimes de pratiques restrictives de la concurrence même contre leur gré, il n'a pas formulé la même réserve d'interprétation qu'en 1989 en imposant que l'autorité publique recueille l'accord préalable et éclairée de la victime pour introduire son action. Après avoir souligné qu'il s'agissait d'un dispositif poursuivant des « objectifs de préservation de l'ordre public économique » et de défense de l'intérêt général²¹⁹⁹, il s'est contenté d'imposer que la partie lésée soit informée de l'introduction d'une telle action afin de pouvoir, si elle le souhaite, intervenir et formuler ses propres observations²²⁰⁰.

812. Deux éléments peuvent être retenus de cette décision n° 2011-126 QPC. En premier lieu, le respect de ce principe matriciel que constitue liberté personnelle n'impose pas nécessairement l'obtention de l'accord préalable de la victime par l'attributaire de la qualité pour agir. En outre, une action introduite par une autorité publique, aux fins de défendre un intérêt présenté comme général, est aussi susceptible - certes dans une moindre mesure - de porter atteinte à la liberté personnelle.

813. Bien que cela n'ait pas été évoqué dans ces décisions - ou du moins cela ne l'a pas été sous cet angle - il est possible de se demander si une telle action pour le compte d'autrui ne risque pas de porter atteinte aux droits que la personne dont les intérêts sont protégés tient du principe de la contradiction tel qu'il a été reconnu par le Conseil constitutionnel.

3- Les droits tirés du principe de la contradiction

814. Après tout, la personne dont les intérêts sont ainsi défendus peut avoir son mot à dire à l'égard d'une décision qui risque de l'affecter. Ce principe de la contradiction n'a pas seulement vocation à protéger le défendeur, qui doit connaître l'identité de la personne substituée ou représentée s'il désire faire valoir des exceptions personnelles, ni même les personnes qui sont formellement parties à l'instance. Il a aussi vocation à protéger les tiers comme le substitué. À ce titre, la relativité de l'autorité de la chose jugée, ou encore la tierce opposition, ont pu être présentées comme des garanties des droits afférant au principe de la contradiction. Pour autant ce principe de la contradiction est-il constitutionnellement protégé dans l'ensemble des procédures juridictionnelles susceptibles de donner lieu à une action pour le compte d'autrui ?

815. Lorsqu'il s'interrogeait sur le point de savoir si le respect du principe de la contradiction - du point de vue du défendeur - était susceptible de constituer un obstacle juridique à l'introduction d'une procédure d'action de groupe en France, M. Louis Boré estimait que le « principe du contradictoire (...),

²¹⁹⁹ CC, n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre* [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence], cons. n° 5 et 9.

²²⁰⁰ Cela a tout de même conduit le tribunal, qui avait été saisi au fond dans le litige ayant donné lieu à la QPC, à déclarer l'action irrecevable, faute pour le ministre de pouvoir justifier d'avoir préalablement informé les cinquante-six fournisseurs concernés (Trib. com. de Créteil, 13 décembre 2011, n° 2009F01017).

qui est un élément du respect des droits de la défense, n'a valeur constitutionnelle qu'en matière répressive et uniquement à l'égard de la personne poursuivie »²²⁰¹. Il s'agit toutefois d'une vision beaucoup trop étroite du champ d'application du principe de la contradiction - ou du contradictoire pour l'auteur - qui ne fut jamais celle adoptée par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence. L'auteur s'appuyait alors sur la décision du 2 décembre 1976 dont le deuxième considérant pouvait, il est vrai, peut-être prêter à confusion puisque le Conseil constitutionnel validait, sous réserve, les dispositions dont il était saisi en précisant qu'elles ne portaient « atteinte, sous réserve du respect des droits de la défense, tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, à aucune disposition de la Constitution ni à aucun autre principe de valeur constitutionnelle applicable en matière pénale »²²⁰².

816. Néanmoins, rien ne permettait alors de déduire d'une telle affirmation sur l'applicabilité des droits de la défense « en matière pénale » qu'il s'agissait, pour le Conseil constitutionnel, d'une applicabilité exclusive. En outre, les formulations retenues que le Conseil constitutionnel a pu retenir ensuite dans d'autres décisions ne laissent place à aucun doute quant au fait que le respect des droits de la défense, et des droits qui en sont le corollaire, n'était pas circonscrit à la « matière pénale » puisqu'il énonçait que « le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »²²⁰³.

817. Pour autant, le champ d'application de cette protection constitutionnelle ne serait pas illimité. En effet, peu de temps après avoir décidé de fonder les droits de la défense sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui protège la « garantie des droits »²²⁰⁴, le Conseil constitutionnel a opté pour une nouvelle formulation de son considérant de principe et expressément précisé que le respect des droits de la défense ne s'impose que « lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition »²²⁰⁵. Le champ de la protection constitutionnelle des droits de la défense reste toutefois plus large que celui de la « matière pénale », au sens strict où le Conseil constitutionnel semble l'entendre dans certaines de ses décisions, puisqu'il permet d'embrasser aussi bien des procédures juridictionnelles que non-juridictionnelles dès lors qu'elles sont susceptibles d'aboutir à l'édition d'une sanction punitive²²⁰⁶. Néanmoins, si le respect des

²²⁰¹ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 419, p. 415.

²²⁰² CC, n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, cons. n° 2. Bien qu'il ne les mentionne pas, l'auteur était aussi peut-être influencé par la rédaction des stipulations du § 3 de l'article 6 de la CESDHLF qui garantissent les droits de la défense en matière pénale et en limite le bénéfice au défendeur.

²²⁰³ Par ex., CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. n° 44.

²²⁰⁴ CC, n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. n° 24.

²²⁰⁵ CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. n° 11. V. aussi CC, n° 2014-416 QPC du 26 septembre 2014, *Association France Nature Environnement* [Transaction pénale sur l'action publique en matière environnementale], cons. n° 6 ; CC, n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G.* [Amende forfaitaire et droit au recours], cons. n° 3 ; CC, n° 2015-467 QPC du 7 mai 2015, *M. Mohamed D.* [Réclamation contre l'amende forfaitaire majorée], cons. n° 4.

²²⁰⁶ En revanche, le champ d'application se rapproche de « la matière pénale » au sens et pour application de l'article 6 § 1 de la CESDHLF.

droits de la défense, et par là même du principe de la contradiction, est effectivement limité à cette hypothèse²²⁰⁷, il ne bénéficierait qu'au destinataire potentiel de ladite sanction qui n'est pas, dans la plupart des procédures juridictionnelles, la personne qui a engagée l'action ou celle pour le compte de laquelle elle a été engagée. Ce faisant, l'action engagée pour le compte d'autrui serait bien hors du champ de la protection constitutionnelle du principe de la contradiction.

818. Tout en précisant ainsi - au moins expressément²²⁰⁸ - le champ d'application des droits de la défense, le Conseil constitutionnel semble avoir toutefois reconsidéré dans cette même décision les rapports qu'ils entretiennent avec les autres droits processuels et, notamment, le droit à une procédure juste et équitable, rebaptisé définitivement pour l'occasion « droit à un procès équitable »²²⁰⁹. Dans ses précédentes décisions, il semblait englober le respect du droit à un procès équitable avec le respect du principe de la contradiction dans les droits de la défense puisqu'il énonçait que leur respect impliquait « l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »²²¹⁰. En réalité, en partant du principe qu'il convient de distinguer « l'équilibre des droits des parties » et l'existence de la « procédure justice et équitable », il ne semble pas qu'avec une telle formulation, le Conseil constitutionnel ait estimé qu'il existait une relation d'appartenance entre les droits de la défense et le droit à un procès équitable, mais plutôt entre les droits de la défense et « l'équilibre des droits des parties » qui est lui-même garanti par le caractère équitable du procès. Sans aller donc jusqu'à une telle relation d'appartenance, force est de constater que le Conseil constitutionnel peinait à dissocier le droit au procès équitable et les droits de la défense, le premier n'étant d'ailleurs mentionné que lorsqu'il s'agissait d'apprécier une atteinte concomitante au second.

²²⁰⁷ Avant de limiter ainsi expressément le champ d'application des droits de la défense, le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs estimé, s'agissant des procédures non juridictionnelles, que « sauf pour les décisions prononçant une sanction ayant le caractère d'une punition, les règles et principes de valeur constitutionnelle n'imposent pas par eux-mêmes aux décisions exécutoires émanant d'une autorité administrative ou d'un organisme de sécurité sociale d'être motivées, ni de faire l'objet d'une procédure contradictoire préalable » (CC, n° 2001-457 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. n° 40).

²²⁰⁸ Une telle restriction d'application serait déjà en germe dans la décision n° 2006-535 DC puisque le Conseil constitutionnel y précisait alors que son applicabilité est limitée au cas de licenciement prononcé pour motif disciplinaire.

²²⁰⁹ Avant cela, l'expression « droit à un procès équitable » n'était que sporadiquement utilisée par le Conseil constitutionnel (CC, n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. n° 49 ; CC, décision 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. n° 108). Il était surtout évoqué dans les moyens des parlementaires requérants mais requalifié par le Conseil constitutionnel de « procès juste et équitable » (CC, n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. n° 83). M. Damien FALLON estime toutefois que ces deux expressions ne peuvent être tenues pour équivalentes, le « *procès juste et équitable* » trouvant d'ailleurs un fondement dans l'article 16 de la Déclaration de 1789 mais aussi dans son article 6 garantissant l'égalité devant la loi (Damien FALLON, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable À propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et a. », *RFDC*, 2011, p. 269). Indépendamment de l'exemple de requalification précédemment mentionné, cette position ne convainc pas. Elle semble confondre l'existence d'un « procès juste et équitable » et ce qu'elle permet de garantir, à savoir « l'équilibre des droits des parties » qui constitue le pendant de l'égalité des armes et peut effectivement trouver un fondement dans cette disposition de la Déclaration. Toutefois, il est vrai que dans la décision que l'auteur cite à l'appui de sa présentation, le Conseil constitutionnel avait raccourci le considérant alors habituel et ne faisait que référence à l'existence d'un procès juste et équitable (CC, n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. n° 10).

²²¹⁰ Damien FALLON, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable À propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et a. », *RFDC*, 2011, p. 269.

819. Dans sa décision n° 2006-540 DC, il a énoncé que l'article 16 de la Déclaration de 1789 garantit « le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition »²²¹¹. Les droits de la défense semblent ainsi perdre leur caractère matriciel par rapport à l'ensemble des droits processuels et le droit à un procès équitable, avec lequel il partage certains éléments constitutifs, s'autonomiser dans son champ d'application. En supposant que le Conseil constitutionnel ait voulu ainsi trouver une formulation qui soit équivalente à celle de l'article 6 de la CESDHLF et qui fasse de l'article 16 de la Déclaration de 1789 le pendant de cette stipulation, il faut considérer que le principe de la contradiction n'est pas qu'une composante des droits de la défense, mais aussi du droit à un procès équitable dont le champ est plus large. Tout en demeurant aussi un élément constitutif des droits de la défense, le principe de la contradiction s'autonomiserait dans son champ d'application.

820. C'est dans ce sens que le Conseil constitutionnel a fait évoluer son considérant de principe par la suite. Ce fut le cas à partir de la décision 2011-126 QPC précédemment évoquée dans laquelle l'article 16 de la Déclaration de 1789 fut présenté comme garantissant « le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que le principe du contradictoire ». Sans affirmer la relation d'appartenance précédemment évoquée entre le droit à un procès équitable et le « principe du contradictoire », il semble reconnaître à ce dernier un champ d'application plus large qu'aux droits de la défense dans la mesure où il ne les limite pas aux hypothèses dans lesquelles sont édictées des sanctions ayant le caractère de punition²²¹². Il trouverait donc à s'appliquer dès lors que des intérêts individuels sont susceptibles d'être affectés par une décision, quand bien même celle-ci ne constituerait pas une sanction ayant le caractère d'une punition. Finalement, avec le droit à un procès équitable et les droits de la défense, le Conseil constitutionnel semble s'inspirer de la distinction entre « matière civile » et « matière pénale » de l'article 6 §1 de la CESDHLF, distinction que le principe de la contradiction transcende.

821. En la matière, sa jurisprudence reste toutefois assez erratique. Le problème ne vient pas tant de la succession de ces considérants de principe, mais de leur coexistence et de quelques contradictions. Sans d'ailleurs sembler se soucier de la lisibilité de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel continue, en effet, à employer ses précédentes formulations qui font de « l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » une implication des droits de la défense²²¹³ et, surtout, il

²²¹¹ CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. n° 11 (V. aussi les décisions citées en note n° 2204).

²²¹² CC, n° 2012-247 QPC, 16 mai 2012, *Consorts L.* [Ordonnance d'expropriation pour cause d'utilité publique], cons. n° 3 ; CC, n° 2013-316 QPC du 24 mai 2013, *SCI Pascal et autre* [Limite du domaine public maritime naturel], cons. n° 4 ; CC, n° 2013-342 QPC du 20 septembre 2013, *SCI de la Perrière Neuve et autre* [Effets de l'ordonnance d'expropriation sur les droits réels ou personnels existant sur les immeubles expropriés], cons. n° 3 ; CC, n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. n° 5.

²²¹³ CC, décision 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et a.* [Article 575 du code de procédure pénale], cons. n° 4 ; CC, n° 2010-612 DC du 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*,

admet l'opérance du moyen tiré de leur atteinte à l'égard de procédures dont il estime pourtant qu'elles ne conduisent pas à édicter des sanctions²²¹⁴.

822. Le moyen tiré de l'atteinte au droit que les personnes défendues tiennent du principe de la contradiction aurait donc bien été opérant lors du contrôle de la constitutionnalité des dispositifs mettant en place des actions pour le compte d'autrui. Il faut toutefois admettre que cela n'aurait apporté rien de plus au contrôle. En effet, les atteintes au principe de la contradiction pour les personnes dont les intérêts sont défendus, qu'elles résultent de l'extension *extra partes* de l'autorité de la chose jugée ou simplement du mécanisme même de la substitution processuelle, sont concomitantes à celles au droit au recours effectif et la liberté d'agir en justice. Néanmoins lorsqu'il fut saisi de la loi relative à la consommation mettant en place le premier dispositif d'action de groupe, il semble que le Conseil constitutionnel ait tout de même pris la peine de s'interroger sur le respect, non pas du principe de la contradiction, mais, plus largement, des droits de la défense des consommateurs défendus²²¹⁵.

B- Les garanties européennes

823. Le jurislature peut aussi être contraint par des normes supra-législatives d'origine externe de conditionner l'action de groupements en défense d'un intérêt collectif à l'obtention d'un accord préalable. Cette liberté de l'individu qui a été directement lésé de ne pas être engagé dans un litige contre son gré peut trouver une assise aussi bien dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1) que dans le droit primaire et le droit dérivé de l'Union européenne (2).

1- La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

824. L'action collective d'un groupement - ou de tout autre requérant d'ailleurs - peut aussi se révéler incompatible avec l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, si elle le conduit à exercer, en réalité, l'action en justice d'un tiers à sa place puisqu'il garantit tant le principe de la contradiction que le droit à un tribunal dans son « volet négatif ». En

cons. n° 13 ; CC, n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M.* [Détenue provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention], cons. n° 3 ; CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. n° 14 ; CC, n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. n° 76. D'ailleurs, alors que le Conseil constitutionnel employait l'« ancienne » formulation pour contrôler certaines dispositions de la loi de modernisation de notre système de santé, le dossier documentaire de la décision 2015-727 DC renvoyait notamment à la décision n° 2006-540 DC (Dossier documentaire de la décision n° 2015-727 DC, *Loi de modernisation de notre système de santé*, p. 47).

²²¹⁴ Cf. *Infra.*, n° 1566-1570.

²²¹⁵ Cela n'apparaît pas dans la décision n° 2014-690 DC puisque les requérants ne soulevaient ce moyen tiré de la violation du principe de la contradiction et des droits de la défense qu'en considération des professionnels mis en cause, mais dans le commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2014-690 DC, *Loi relative à la consommation*, p. 11). Procédant à une interprétation quelque peu extensive des arguments des parlementaires, le commentaire prend ce prétexte pour exposer les raisons justifiant que le moyen tiré de l'atteinte aux droits de la défense des consommateurs défendus a été écarté comme manquant en fait.

effet, le droit pour les parties à un procès de « prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter » est un élément de la notion de procès équitable évoquée à l'article 6 §1²²¹⁶.

825. Quant au volet « négatif » du droit au recours, il aurait été consacré par la Cour lorsqu'elle a admis la possibilité pour chaque personne de renoncer à demander une réparation. C'est du moins la conclusion que MM. Denys de Béchillon et Christophe Jamin²²¹⁷ tirent d'une interprétation *a contrario* de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'applicabilité partielle des stipulations de l'article 6 § 1 de la CESDHLF à l'action civile²²¹⁸. Dit autrement, ces auteurs inscrivent la liberté de ne pas agir en justice dans la continuité du droit de renoncer à agir en justice.

826. C'est cette interprétation que la Chambre commerciale de la Cour de cassation semble avoir retenue lorsqu'elle fut amenée à apprécier, au visa de l'article 6 § 1 de la CESDHLF, la conventionnalité des dispositions du III de l'article L. 442-6 du code de commerce. Néanmoins, à la différence de certaines juridictions du fond²²¹⁹, elle a refusé d'écarter l'application de ces dispositions et de déclarer l'action du ministre irrecevable²²²⁰.

827. Le droit au recours effectif et les principes de la contradiction semblent donc moins protégés par les stipulations de l'article 6 § 1 de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, que par les dispositions de l'article 16 de la Déclaration de 1789 telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel. Certes, la Cour de cassation n'a pas expressément exclu que le respect des droits que les personnes défendues tiennent des stipulations de l'article 6§1 puisse imposer une obligation d'accord préalable, mais, à la différence du Conseil constitutionnel, elle n'a pas imposé - même *a minima* - l'information préalable de la partie lésée.

828. Lorsqu'elle eut à connaître de cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé la solution de la Cour de cassation²²²¹. Néanmoins, pour apprécier le respect des stipulations de l'article 6§1 par le gouvernement français, elle ne s'est pas placée exactement sous le même angle que les juridictions internes, c'est-à-dire aussi du point de vue de la victime substituée. Dans la mesure où elle n'a apprécié qu'*in concreto* la violation des droits que la requérante, à savoir une société qui avait été visée

²²¹⁶ CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael c. Royaume Uni*, n°16424/90, § 80-83 ; CEDH, (G.C.), 20 février 1996, *Lobo machado c. Portugal*, n° 15764/89, §31 CEDH, (G.C.), 20 février 1996, *Vermeulen c. Belgique*, n° 19075/91, § 33 ; CEDH 18 février 1997, *Nideröst-Hubert c. Suisse*, n° 18990/91, §24.

²²¹⁷ Denys de BECHILLON, Christophe JAMIN, « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.*, 2007, p. 2316.

²²¹⁸ CEDH, (G.C.), 12 février 2004, *Perez c. France*, n° 47287/99, § 70 (Pour une appréciation critique de cette décision, V. Jean-Pierre MARGUENAUD, Damien ROETS, « L'encadrement par la norme internationale » in Cour de cassation, *Cycle de conférence : La procédure pénale en quête de cohérence*, 6 avril 2006, p. 21-23).

²²¹⁹ Outre la cour d'appel de Versailles, dont l'arrêt était l'objet du pourvoi, la cour d'appel d'Angers avait aussi estimé que cette disposition était in conventionnelle (CA de Versailles, 29 mai 2007, n° 06/00563). Avant l'intervention de la Cour de cassation, cette position n'était tout même pas partagée par toutes les juridictions du fond (V. CA de Paris, 20 décembre 2006 cité par Mme Monique BANDRAC, « L'action donnée au ministre de l'Economie et des Finances (art. L. 442-6-III c. com.) face à l'article 6 de la Convention EDH », *D.*, 2007, p. 2434).

²²²⁰ Com., 8 juillet 2008, *Le Galec*, n° 07-16.761.

²²²¹ CEDH, 17 janvier 2012, *GALEC c. France*, n° 51255/08.

par une action en restitution, tient de l'article 6 § 1, elle ne s'est pas fondée sur ce « volet négatif » du droit au recours de la victime de la pratique anticoncurrentielle, mais ne l'a pas non plus exclu. Elle a plutôt estimé qu'en « rattachant le grief titré de l'iniquité du procès à l'« usurpation » du droit d'accès à un tribunal des fournisseurs par le ministre », la requérante se plaignait « pour l'essentiel du rôle dans le procès accordé au ministre par les dispositions de l'article L. 442-6-III du code de commerce ». Soulignant que la partie lésée pouvait toujours engager une action de son propre chef et être mise en cause par le défendeur, que ce dernier n'apportait d'ailleurs pas la preuve du caractère inéquitable de la procédure, la Cour a estimé que le grief invoqué par le requérant était manifestement mal fondé et que sa requête était, par voie de conséquence, irrecevable.

829. La Cour européenne ne s'est donc pas prononcée sur le point de savoir si le volet négatif du droit d'agir en justice que la partie lésée tiendrait de l'article 6 §1 impose qu'elle soit informée, voire qu'elle donne son accord, avant l'introduction de l'action par les autorités publiques. *A priori*, elle n'a donc ni infirmé, ni confirmé cette analyse. Toutefois, mentionnant la décision n° 2011-126 QPC du Conseil constitutionnel au détour d'un motif qui peut sembler surabondant, la Cour a tout de même souligné qu'une telle obligation d'information préalable imposée dans la réserve d'interprétation est justifiée « par un impératif de protection des fournisseurs ». Dès lors, il semble qu'elle approuve l'interprétation que le Conseil constitutionnel a faite du droit au recours effectif et qu'elle puisse aussi, à l'avenir, exiger une telle garantie légale.

2- Le droit primaire et le droit dérivé de l'Union européenne

830. L'obligation pour le groupement d'obtenir l'accord préalable du principal intéressé peut aussi être fondée sur le droit primaire (a) et le droit dérivé de l'Union européenne (b).

a- Le droit primaire de l'Union européenne

831. Cette obligation d'accord préalable peut découler du droit primaire de l'Union qui garantit aussi le droit à un recours effectif et le principe de la contradiction.

832. Identifié au départ comme un « principe général du droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres »²²²², le « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial » est aujourd'hui mentionné par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or, comme les autres articles de la Charte, cette stipulation ne doit pas être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus,

²²²² CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. C-222/84, § 18.

notamment, par la CESDHLF telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme²²²³. Dès lors, la Cour de justice devrait s'aligner sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour reconnaître aussi le volet « négatif » de ce droit et, par là même, condamner dans le champ du droit de l'Union européenne l'ingérence éventuelle de groupements désirant exercer un recours en lieu et place du principal intéressé. Ce qu'elle ne semble pas avoir encore fait.

833. Quant au principe de la contradiction, dont pourrait se prévaloir la victime dont les intérêts sont ainsi impliqués dans le litige, il a été reconnu comme « un principe fondamental du droit communautaire »²²²⁴ et peut aussi être rattaché désormais aux articles 41, 47 et 48 de la Charte des fondamentaux qui garantissent, respectivement, « le droit à une bonne administration », le droit à toute personne « à ce que sa cause soit entendue équitablement » et « le respect des droits de la défense à tout accusé »²²²⁵.

b- Le droit dérivé de l'Union européenne

834. Dans l'ordre juridique de l'Union, l'obligation d'accord préalable découle aussi, explicitement cette fois-ci, du droit dérivé. En effet, chacune des directives, adoptées entre 2000 et 2006, ayant pour objet de lutter contre les discriminations prévoyait que « Les États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations » qui en découlent²²²⁶.

835. Cette action semble donc organisée de telle manière que la liberté personnelle de la victime de discrimination soit respectée. Les textes d'origine européenne ne sont pas toujours aussi respectueux de la liberté personnelle de la victime. Par exemple, le second paragraphe de l'article 80 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes

²²²³ Art. 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ».

²²²⁴ V. CJCE, 24 octobre 1996, *Commission c. Lisrestal*, aff. C-32/95 P, § 21. Certes, la Cour n'a alors mentionné que « le respect des droits de la défense ». Toutefois, ainsi que cela a été vu, il existe des recoupements avec le principe de la contradiction. Au reste, la Cour a souligné que « ce principe exige que toute personne à l'encontre de laquelle une décision faisant grief peut être prise soit mise en mesure de faire connaître utilement son point de vue au sujet des éléments retenus à sa charge par la Commission pour fonder la décision litigieuse ».

²²²⁵ CJUE, 22 novembre 2012, *M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-277/11, § 3-4.

²²²⁶ Art. 7 § 2 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; art. 9 § 2 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; art. 8 § 3 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; art. 17 § 2 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données donne la possibilité aux États membres de prévoir qu'une réclamation puisse être introduite par un groupement, en dehors de tout mandat, au nom et pour le compte d'une personne dont les droits auraient été violés.

836. Néanmoins, à la différence de la décision du Conseil constitutionnel, ces directives ne disent rien sur l'information du plaignant, qui peut pourtant apparaître comme une condition nécessaire de l'approbation, et elles ne précisent pas non plus que l'intéressé peut revenir sur cette « approbation » en cours d'instance.

837. Cette omission n'a toutefois pas empêché la Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen et la Commission sur les droits des femmes et l'égalité des chances d'y voir un frein à la lutte contre les discriminations lorsqu'elles furent consultées sur la directive qui avait été proposée au Conseil par la Commission²²²⁷. Néanmoins, ces deux commissions n'employaient pas les mêmes arguments. Alors que la Commission de l'emploi et des affaires sociales considérait que cette condition constituait un obstacle pratique lorsqu'un groupe de personnes était victime d'une discrimination, la Commission sur le droit des femmes et l'égalité des chances mettait en avant la « situation spécifique » des femmes qui « souvent n'auraient ni la possibilité ni le courage d'user de leurs droits »²²²⁸. Pour motiver son amendement - qui n'a pas prospéré - tendant à la suppression de cette condition, le Parlement a finalement retenu cet argument pratique et la peur que pourrait ressentir la victime²²²⁹.

838. La limitation de l'action collective des groupements ne procède donc pas seulement du bon vouloir du jurisléateur. Ce dernier est aussi contraint par des normes constitutionnelles et conventionnelles, elles-mêmes d'inspiration individualiste, qui garantissent la liberté d'agir en justice et les droits découlant du principe de la contradiction aux personnes dont les groupements prétendraient défendre les intérêts.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

839. L'étude des limitations applicables aux anciennes actions collectives devant les juridictions administratives ou judiciaires, montre que plusieurs obstacles procéduraux, d'inspiration individualiste, se dressaient, et se dressent d'ailleurs toujours, face aux groupements qui désireraient intervenir dans les rapports de droit public par une action en justice, et ce, que leur action se traduise par l'introduction d'une demande visant à satisfaire en priorité l'intérêt personnel d'un tiers ou d'une demande simplement motivée par l'atteinte à un tel intérêt. En outre, il ne fallait pas s'attendre à ce qu'un tel obstacle cède

²²²⁷ European Parliament, *Report on the proposal for a Council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin* (COM(1999) 566 - C5-0067/2000 - 1999/0253(CNS)), 16 mai 2000, p-59-60 ; p. 88).

²²²⁸ European Parliament, *rapport.précit*, p. 88.

²²²⁹ European Parliament, *rapport.précit*, p. 22.

facilement sous le poids des nécessités ou de la volonté d'un jurislature pragmatique qui reconnaîtrait l'utilité de l'action des groupements exercée en défense d'un intérêt collectif supra-personnel ou pluri-personnel. En effet, cette limitation a des assises constitutionnelles et conventionnelles qui s'imposent aussi à lui lorsqu'il aménage les voies de droit et le législateur a justement dû en tenir compte lorsqu'il a voulu diversifier les formes de l'action collective à partir de 2014. Rien n'indique toutefois que ces normes couvrent l'ensemble des formes qu'est susceptible de revêtir l'action collective ou que la seule présence de l'intérêt personnel d'un tiers, au niveau du but ou des motifs de la demande, suffise à justifier une limitation de l'action collective des groupements. Pour apprécier la réalité de cet obstacle sur lequel peut butter la dynamique de l'action collective des groupements, il faut s'intéresser aux hypothèses dans lesquelles il trouve effectivement un fondement supra-législatif. Autrement dit, il faut identifier ce noyau dur de l'individualisme processuel que constitue la condition d'accord préalable imposée par les normes constitutionnelles et conventionnelles et les juridictions qui les interprètent. A cet égard, l'interprétation que les juridictions ont pu retenir de ce cadre supra-législatif lorsqu'elles se sont prononcées sur d'anciennes formes de l'action collective peut laisser perplexe.

SECTION 2 : Le champ d'application de l'obligation supra-législative d'accord préalable

840. Le champ d'application de la condition d'accord²²³⁰ n'a rien d'évident à la lecture des textes qui le fondent ou des décisions qui le dégagent. Ainsi, si le Conseil constitutionnel s'est prononcé en 1989 alors qu'il était saisi d'une disposition mettant en œuvre une action en substitution, rien ne permettait de déduire de cette seule décision qu'il s'agisse de la seule forme possible « d'action collective » imposant un accord préalable de la victime. Par la suite, ce champ d'application n'a été ni totalement ni même clairement précisé par les juridictions. D'une part, ces dernières n'ont eu l'occasion de se prononcer que sur le champ de la condition qu'imposent la Constitution et les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'autre part, le champ d'application ne sort pas vraiment clarifié de ces quelques décisions. En effet, si les juges de la constitutionnalité de la loi et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales y limitent alors le champ d'application de cette condition d'accord préalable à « l'action de substitution », ils ne s'accordent pas tout à fait sur le type de demande qui est alors concerné (§1). En outre, parmi les demandes qui n'ont pas pour but prioritaire la défense des intérêts personnels d'un tiers identifié, le sort de celles dont le but prioritaire est la satisfaction d'un intérêt supra-personnel et de certaines qui sont simplement motivées par une atteinte à un intérêt personnel mérite d'être discuté (§2).

²²³⁰ C'est le terme générique d'« accord », qui sera désormais employé, pour englober l'« assentiment » mentionnée dans la décision du Conseil constitutionnel et l'« approbation » imposée dans les directives ayant pour objet de lutter contre les discriminations.

§1- La limitation à certaines demandes introduites pour défendre en priorité un intérêt personnel identifié

841. Sans que la Cour de justice ait eu à se prononcer sur le type de demandes rentrant dans le champ des directives anti-discrimination, le législateur et le pouvoir réglementaire français semblent être partis du principe que l'obligation d'accord préalable ne pouvait être l'apanage que d'actions de substitution (A). C'est la même idée qui ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des juges de la Convention européenne puisqu'ils ont finalement circonscrit l'obligation d'accord préalable à ce type d'action (B). Toutefois, pour opérer une telle délimitation, ces juridictions ont retenu une définition de l'action de substitution qui n'est ni harmonisée ni même cohérente au regard de leur jurisprudence respective (C).

A- La transposition des directives anti-discrimination : simple prétexte au développement de l'action de substitution

842. Alors même que les directives anti-discrimination pouvaient autoriser une interprétation plus large, elles n'ont servi qu'à développer les actions de substitution devant les juridictions judiciaires et administratives.

843. L'objectif consistant dans l'amélioration des moyens de défense des droits des victimes de discriminations, énoncé dès les premières directives anti-discrimination²²³¹, n'avait été que partiellement transposé dans le code du travail avec la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations et la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées²²³². Pour la première fois, la qualité pour agir avait été attribuée à d'autres groupements que des syndicats puisque la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 a donné la possibilité à certaines associations d'intervenir dans le domaine des discriminations au travail. Dans la version initiale de la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations, les associations n'étaient pas toutefois mentionnées parmi les attributaires de la qualité pour agir. Leur place

²²³¹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

²²³² L'article 24 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées insérait dans le code du travail un article L. 122-45-5 disposant que : « Les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins, œuvrant dans le domaine du handicap, peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent des articles L. 122-45 et L. 122-45-4, dans les conditions prévues par l'articles L. 122-45, en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou d'un salarié de l'entreprise, sous réserve qu'elles justifient d'un accord écrit de l'intéressé. Celui-ci peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment ».

dans le dispositif s'est cependant accrue au cours des débats. Ainsi, dans la version adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, « les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins » pouvaient simplement « saisir les organisations syndicales » pour leur demander d'exercer cette action en substitution. Les députés ne leur avaient concédé qu'un « droit d'alerte » en s'inspirant des dispositions de l'article L. 341-6-3 du code du travail²²³³.

844. Pour une partie des députés, les « faits d'arme » contentieux des syndicats plaidaient alors en faveur de la reconnaissance de leur qualité pour agir. Étaient alors évoquées la condamnation de Michelin le 18 mai 2000 par le conseil des Prud'hommes à verser 100 000 francs à l'un de ses ex-salariés ; la transaction acceptée par Peugeot Sochaux avec la CGT en avril 2000 et la condamnation de l'un de ses sous-traitants, le 11 septembre 2000 et la condamnation de Renault Véhicules Industriels par la Cour d'appel de Lyon à 3 500 000 francs de dommages en faveur de dix militants de la CGT²²³⁴. Au regard des exemples choisis, il n'était toutefois pas surprenant que les syndicats apparussent comme étant mieux armés que des individus ou même d'autres groupements. En effet, dans toutes ces affaires étaient en cause des discriminations à raison de l'appartenance à un syndicat. Or, la proposition de loi en discussion avait pour objet de lutter contre d'autres motifs de discrimination.

845. En revanche, ils estimaient que les recours d'associations étaient inutiles, contre productifs, voire dangereux eu égard aux risques de recours abusifs de leur part. Après que le Sénat eut supprimé ce droit d'alerte des associations, estimant qu'il s'agissait d'une mesure d'affichage ne faisant que conforter le pouvoir de substitution des syndicats, l'Assemblée nationale leur a concédé la possibilité d'exercer elles-mêmes l'action en justice. Cette extension de la qualité pour agir ne fut ensuite plus remise en cause au cours des débats. Plutôt que s'appuyer directement sur la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, les promoteurs de cette extension de la qualité pour agir préférèrent évoquer les dispositifs qui existaient alors dans d'autres pays de l'Union européenne comme la Belgique²²³⁵. En 2005, lorsqu'il s'est agi d'étendre le dispositif pour lutter contre certaines formes de discrimination dont pouvaient être victimes les travailleurs handicapés²²³⁶, le législateur n'a attribué la qualité pour agir qu'aux associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins, œuvrant dans le domaine du handicap. Pourtant,

²²³³ Art. L. 341-6-3 du code du travail : « Les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations peuvent saisir les organisations syndicales représentatives pour leur demander d'exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile pour toutes les infractions relatives à l'emploi de la main-d'œuvre étrangère ».

²²³⁴ Philippe VUILQUE, *Rapport n° 2609 fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi (n° 2566) de M. Jean LE GARREC relative à la lutte contre les discriminations*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 2000, p. 11.

²²³⁵ Ce ne fut toutefois qu'en 2003 que la Belgique transposa cette directive (loi du 20 janvier 2003 relative au renforcement de la législation contre le racisme, *Moniteur belge* du 12 février 2003, p. 7023). En revanche, il est vrai que certaines associations se proposant par leurs statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination pouvaient déjà, dans le cadre de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, exercer une action en justice dans tous les litiges dans lesquels les intérêts qu'elles se proposent de défendre étaient atteints, sous réserve, dans certaines hypothèses, d'avoir obtenu l'accord de la victime.

²²³⁶ En l'occurrence, le refus de l'employeur de prendre les mesures d'aménagement appropriées lorsque celles-ci n'entraînent pas pour lui une charge disproportionnée qui était qualifié de discrimination par l'ancien article L. 323-9-1 du code du travail.

lors de la deuxième lecture de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 par l'Assemblée nationale, le rapporteur de la commission des affaires culturelles, à l'origine de l'amendement étendant le dispositif, semblait plus enclin à attribuer la qualité pour agir aux organisations syndicales. Il s'était interrogé sur « l'opportunité d'une ouverture de l'action en justice aux organisations syndicales sur le fondement de l'article L. 122-45-1, voire aux associations œuvrant dans le domaine du handicap »²²³⁷. Finalement, sans plus d'explication, seules les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins, œuvrant dans le domaine du handicap furent retenues.

846. Les syndicats se trouvaient ainsi privés de la possibilité de défendre, par cette voie, les salariés victimes de cette forme de discrimination en raison de leur handicap. Quant aux associations qui avaient seulement pour objet de lutter contre les discriminations, elles ne disposaient pas des mêmes moyens pour lutter efficacement contre toutes les formes que pouvait prendre la discrimination fondée sur le handicap ou l'état de santé. Ce n'est qu'à la faveur de la recodification de la partie législative du code du travail que ces groupements ont obtenu la possibilité d'exercer une action en substitution pour lutter contre cette forme de discrimination que peuvent subir les travailleurs handicapés²²³⁸.

847. Cet objectif d'amélioration des voies de droit à la disposition des victimes de discriminations, réitéré par les différentes directives anti-discrimination adoptées entre 2000 et 2006²²³⁹, n'avait été toutefois que partiellement transposé en droit français puisque les dispositions précédemment évoquées - aujourd'hui codifiées aux articles L. 1134-2 et L. 1134-3 du code du travail - ne donnaient la possibilité d'exercer une action en substitution qu'au profit de certaines catégories de victimes d'une discrimination, à savoir les candidats à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise et les salariés. Afin de parachever leur transposition - dont la Commission européenne avait souligné le caractère lacunaire -, le Gouvernement a donc adopté le décret n° 2008-799 du 20 août 2008 relatif à l'exercice par des associations d'actions en justice nées de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations²²⁴⁰. C'est pour étendre le dispositif de l'action en substitution en matière de discrimination que les articles 1263-1 du code de procédure civile et R. 779-9 du code de justice administrative furent créés. Désormais, l'action en substitution peut être exercée devant les juridictions judiciaires et

²²³⁷ Jean-François CHOSSY, *Rapport n° 1991 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 décembre 2004, p. 89.

²²³⁸ En effet, les articles L. 1134-2 et L. 1134-3 du code du travail se contentent de renvoyer aux « dispositions du chapitre II » du titre III du livre 1^{er} de la première partie de la partie législative du code du travail, intitulé « Principe de non-discrimination ». Quant à l'article L. 5213-6 du code du travail, qui reprend les dispositions de l'article L. 323-9-1, il dispose que le refus de prendre de telles mesures « peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-2 » qui est contenu dans ce chapitre II relatif au principe de non-discrimination.

²²³⁹ V. aussi, Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

²²⁴⁰ Pour ce qui est du contentieux des discriminations, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations s'était contentée d'instituer un régime probatoire favorable aux victimes et avait omis cet autre objectif des directives.

administratives « en faveur de la victime d'une discrimination »²²⁴¹ par une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans et se proposant, par ses statuts, de lutter contre les discriminations.

848. Ainsi, le législateur et le pouvoir réglementaire semblent ne s'être focalisés que sur les actions de substitution en estimant qu'elles seules étaient susceptibles d'être concernées par une telle obligation d'accord préalable, mais ont négligé, par exemple, les actions civiles. Il est vrai qu'au moment de l'adoption de la première directive anti-discrimination, il existait déjà des textes habilitant des groupements à exercer les droits de la partie civile en présence de comportements discriminatoires²²⁴². Toutefois, tous n'imposaient alors pas que le groupement obtînt l'accord de la victime pour agir par voie d'action ou d'intervention²²⁴³.

849. Dans le même ordre d'idées, les décisions des juges de la constitutionnalité de la loi et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales semblaient faire de l'obligation d'accord préalable l'apanage des mécanismes de substitution processuelle, ou du moins de certains d'entre eux.

B- La limitation de l'obligation d'accord préalable à l'action de substitution

850. A la lecture de la décision de 1989, il était au moins certain que, pour le Conseil constitutionnel, l'« action collective » soumise à l'obligation d'accord préalable pouvait prendre la forme d'une action de substitution, c'est-à-dire d'une action se traduisant par une demande motivée par l'atteinte à l'intérêt personnel d'un tiers identifié et dont le but prioritaire est la défense de cet intérêt. Une telle action semble aussi susceptible de mettre en cause le volet négatif du droit d'accès à un tribunal tel que garanti par l'article 6 § 1 de la CESDHLF. Eu égard au champ d'application de ces stipulations, des actions permettant à un groupement de discuter ainsi les droits et obligations à caractère civil d'une personne à sa place seraient effectivement concernées. Toutefois, rien ne permettait de préjuger du sort d'autres actions qui sont aussi susceptibles d'affecter la situation des personnes protégées, comme celles dont le but est d'obtenir un jugement au profit d'un groupe indéterminé, ou d'actions, comme certaines actions civiles, qui sont simplement motivées par l'atteinte à l'intérêt personnel d'un tiers identifié. C'est le débat sur la conventionnalité (1) et la constitutionnalité (2) de l'action en justice que le ministre de l'économie peut exercer contre les pratiques restrictives de concurrence qui a permis aux juridictions de circonscrire le champ de cette obligation.

²²⁴¹ Cette expression se trouve aussi aux articles L. 1134-2 et L. 1134-3 du code du travail.

²²⁴² Art. 2-1, 2-6, 2-8 et 2-10 du code de procédure pénale.

²²⁴³ C'était le cas de l'article 2-1 du code de procédure pénale qui a été modifié en ce sens en 2004 sans que la question de la compatibilité d'une telle action avec le droit de l'Union européenne n'ait été alors évoquée.

1- L'appréciation de la Chambre commerciale

851. Procédant par analogie avec les dispositions dont le Conseil constitutionnel avait eu à connaître en 1989, une partie des juges judiciaires du fond avait estimé que les dispositions du code de commerce organisant l'action du ministre étaient incompatibles avec les stipulations de l'article 6 § 1 de la CESDHLF. Toutefois, la Cour de cassation a infirmé leur interprétation en soulignant qu'il s'agissait d'une « action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence ». Elle insistait donc sur les particularités de cette action et, par là même, sur ce qui la distinguait, selon elle, d'une action de substitution²²⁴⁴. Implicitement, mais nécessairement, le choix d'une telle motivation supposait de partir du principe que si les stipulations de l'article 6 § 1 peuvent imposer une obligation d'obtenir l'accord préalable de la victime, seules les actions de substitution sont concernées.

852. Cette position de la Chambre commerciale a déjà de quoi surprendre puisqu'il ressortait jusqu'alors de la jurisprudence de la Cour de cassation que « les notions d'action de substitution et d'action autonome ne s'oppos[ai]ent pas mais s'impliqu[ai]ent mutuellement »²²⁴⁵. À ce titre, la Chambre sociale avait d'ailleurs refusé de voir dans l'action de substitution une action en représentation *stricto sensu*²²⁴⁶. D'ailleurs, la Cour de cassation, par la voix de la première Chambre civile, a continué ensuite d'insister sur l'« autonomie » de l'action du ministre chargée de l'économie pour marquer son originalité²²⁴⁷.

²²⁴⁴ Com., 8 juillet 2008, *Le Galec*, n° 07-16.761 ; Com., 8 juillet 2008, *ITM*, n° 07-13.350, Com., 5 mai 2009, n° 08-15.264. Par la suite, certaines juridictions du fond ont pu être plus explicites sur le fait que l'action de substitution constituait le point de comparaison en soulignant que cette action du ministre en charge de l'économie est « distincte par son objet de défense de l'intérêt général de celle que la victime peut elle-même engager pour la sauvegarde de ses droits propres et la réparation de son préjudice personnel » (CA de Paris, pôle 1, 1^{ère} chambre, 15 septembre 2014, *Booking.com NV et Booking.com France*, n° 15/07435).

²²⁴⁵ Emmanuel JEULAND, « Quelques questions sur l'action « à la française » », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2010, p. 752. Définissant, à la suite de M. Strock, la représentation comme le procédé « grâce auquel une personne agit pour le compte et au nom d'une autre, de telle sorte que les effets de l'acte passé par le représentant se produisent directement sur la tête du représenté », l'auteur la distingue de la substitution de personne car il semble qu'en la matière « le substitué [i.e le substituant] n'agisse pas au nom du substituant [i.e le substitué] et agisse pour son propre compte » (Emmanuel JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 318, 1999, p. 59, n° 66).

²²⁴⁶ Soc., 1^{er} février 2000, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy c. Société Servair*, n° 98-46.201. Cet arrêt est d'ailleurs cité dans le dossier documentaire de la décision n° 2011-126 QPC (Dossier documentaire de la décision n° 2011-126 QPC, p. 15), alors même qu'il met en lumière le manque de cohérence de la jurisprudence judiciaire que le Conseil constitutionnel a décidé de reprendre. Toutefois, le dossier documentaire ne propose qu'une citation tronquée de l'arrêt. Il ne retient que les considérants relatifs à la possibilité de régulariser l'irrecevabilité que constitue l'introduction de l'action avant épuisement du délai de quinze jours alors imposé par l'article L. 122-316 du code du travail.

²²⁴⁷ Elle l'a rappelée, par exemple, pour réserver aux juridictions étatiques la connaissance exclusive de l'action du ministre chargée de l'économie et écarter ainsi l'applicabilité des clauses compromissoires (Civ. 1., 6 juillet 2016, n° 15-21.811).

853. Cette idée d'autonomie fut aussi reprise par d'autres juridictions²²⁴⁸ dont le Conseil constitutionnel qui, sans parvenir tout à fait au même résultat que la Chambre commerciale²²⁴⁹, a suivi le même raisonnement lorsqu'il fut saisi de la question prioritaire de constitutionnalité portant sur le deuxième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce²²⁵⁰.

2- L'appréciation du Conseil constitutionnel

854. Dans sa décision n° 2011-126 QPC, le Conseil constitutionnel a refusé de reprendre la réserve d'interprétation qu'il avait émise en 1989. Pour motiver une telle différence de traitement avec l'action de substitution contrôlée en 1989, il a aussi mis en avant qu'il s'agissait d'une action en justice introduite par une autorité publique pour la défense d'un intérêt général, visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public.

855. La lecture de la « motivation externalisée »²²⁵¹ fournie par le commentaire aux *Cahiers*, confirme que ce fut bien la qualification d'« action de substitution » - entendue comme « une action en justice exercée par une autorité habilitée dans l'intérêt individuel d'autrui »²²⁵² - qui a été déterminante lors de l'examen de la constitutionnalité de cette procédure, comme ce fut le cas lors de l'examen de sa conventionnalité. A la suite du juge judiciaire et à rebours de la doctrine - et surtout de l'intention du législateur²²⁵³ - le Conseil constitutionnel a donc refusé d'y voir une forme d'action de substitution à laquelle il semblait ainsi réserver l'obligation d'accord préalable de la victime.

²²⁴⁸ Dans sa décision d'irrecevabilité *GALEC c. France* du 17 janvier 2012, la Cour européenne des droits de l'homme oppose aussi action autonome et action de substitution : « Il y a donc lieu de rejeter l'argument de la requérante selon lequel le ministre aurait agi en substitution des fournisseurs, ceux-ci disposant d'un droit de recours autonome à celui du ministre et vice versa ». En revanche, le Conseil constitutionnel n'y fait pas référence, du moins explicitement, dans sa décision.

²²⁴⁹ En effet, la disposition législative litigieuse n'est pas totalement sortie indemne de ce contrôle puisque le Conseil constitutionnel a tout de même procédé à une réserve d'interprétation pour imposer l'information préalable de la partie lésée du contrat par le ministre en charge de l'économie (CC, n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]*, cons. n° 9) (cf. *Supra*, n° 802-813).

²²⁵⁰ L'arrêt *Le Galec* du 8 juillet 2008 est mentionnée à la fois dans le commentaire aux cahiers (Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2011-126 QPC, p. 9) et dans le dossier documentaire de la décision (Conseil constitutionnel, Dossier documentaire de la décision n° 2011-126 QPC, p. 10). Toutefois, à la différence de la Chambre commerciale, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la qualification de l'action en prenant aussi en compte la possibilité pour le ministre de demander la réparation du préjudice (CC, n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]*, cons. n° 5).

²²⁵¹ Pour reprendre la formule employée par Mme Camille Broyelle dans sa note sous l'arrêt du Conseil d'Etat *Société d'éditions et de protection route* du 23 juillet 2014 (Camille BROUELLE, « La responsabilité de l'État du fait de l'imprévisibilité d'une interprétation jurisprudentielle de la loi », *AJDA*, 2014, p. 2542).

²²⁵² Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, p. 8.

²²⁵³ L'article 56 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques permettait effectivement de surmonter l'opposition de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui avait estimé que « le pouvoir d'agir du ministre dans l'exercice de sa mission de gardien de l'ordre public économique ne peut tendre qu'au rétablissement dudit ordre public économique par la seule cessation des pratiques illicites et ne lui donne pas la faculté de se substituer aux victimes des pratiques discriminatoires pour évaluer, à leur place, le préjudice causé par les agissements restrictifs de concurrence et en solliciter la réparation » (nous soulignons) (Com., 5 décembre 2000, n° 98-17.705). Cette décision apparaît en filigrane dans l'exposé des motifs du projet de loi et lors des débats parlementaires (V. Éric BESSON, *Rapport n° 2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*), Tome 1, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 avril 2000, p. 120).

856. Il apparaît donc que pour apprécier si une action rentre dans le champ de l'obligation d'accord préalable, les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la loi n'ont considéré que le but prioritaire de la demande, si elle vise ou non modifier la situation juridique personnelle d'un tiers qui est identifié. Toutefois, la définition de l'action de substitution qui se dessine alors en creux de ces décisions est discutable.

C- Une définition évolutive de l'action de substitution par les juridictions

857. Par opposition avec la définition que ces juridictions ont donnée de l'action du ministre, l'action de substitution serait donc, pour elles, une action non-autonome car elle n'est pas exercée dans l'intérêt général voire, pour le Conseil constitutionnel, une action qui est exercée exclusivement dans l'intérêt individuel d'autrui²²⁵⁴. En effet, c'est un pas que franchit le commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel en qualifiant l'action de substitution d'« action en justice exercée par une autorité habilitée dans l'intérêt individuel d'autrui ». Certes, de prime abord, le Conseil constitutionnel ne se prononçait alors pas sur le point de savoir si l'action de substitution est exercée exclusivement ou seulement en partie dans cet intérêt. Toutefois, il ne pouvait en être autrement pour que le critère de l'intérêt défendu permît de sortir l'action du ministre de la catégorie des actions de substitution. En effet, comme l'action des syndicats, elle est exercée pour le compte de la victime puisqu'elle bénéficie des sommes indûment perçues et les indemnités lui sont versées ou tenues à sa disposition. Le fait que les sommes obtenues puissent transiter par le Trésor public, c'est-à-dire par un service qui n'est pas un tiers par rapport au ministre qui exerce l'action, n'a alors pas empêché le Conseil constitutionnel de considérer que le partenaire lésé est le bénéficiaire de l'action. Au reste, c'est ce point qui fut mis en avant pour écarter le grief tiré de l'atteinte au droit de propriété de la victime. Sur ces deux points, à savoir la réduction de la finalité de l'action à la seule défense de l'intérêt personnel d'autrui (1) ou simplement l'absence de défense concomitante de l'intérêt général (2), il s'agit d'une définition qui n'est guère cohérente au regard de celle qui avait pu être retenue dans la jurisprudence judiciaire et constitutionnelle. À tel point que ces juridictions semblent, dans ces décisions, avoir en réalité sacrifié la cohérence de leur jurisprudence au nom d'autres considérations occultes, rendant ainsi plus difficile l'identification du champ de cette obligation d'accord préalable (3).

²²⁵⁴ Ce qui n'est déjà pas tout à fait la même chose. Dans le premier cas de figure, c'est-à-dire pour la Cour de cassation, il n'est pas exclu que l'action de substitution permette de défendre, de manière accessoire, un autre intérêt individuel ou un intérêt collectif qui ne s'identifie pas à l'intérêt général.

1- Une action exercée exclusivement dans l'intérêt personnel d'autrui

858. La distinction qui fut ainsi opérée à partir du critère de l'intérêt défendu est assez précieuse. En effet, il était douteux de réduire, comme le fait le commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel, l'action de substitution à la défense de l'intérêt individuel d'autrui. Il semblait ainsi se rapprocher, au moins sur ce point, de la définition de l'action de substitution que Mme Corine Mauger-Rougeau retient dans sa thèse. En effet, elle refuse de voir dans l'action de substitution, de quelque sorte que ce soit, une « action personnelle » - c'est-à-dire un droit subjectif processuel en raison de sa finalité « au moins en partie égoïste »²²⁵⁵ - mais une action exercée « pour le compte d'autrui »²²⁵⁶ et qui ne se distingue de la représentation qu'en ce qu'elle n'est pas exercée « au nom » de ce dernier²²⁵⁷. Néanmoins, tout litige, et par là même toute action, présente une dimension collective et celle-ci est tout simplement sous-jacente dans le cadre des actions de substitution. Au reste, en 1989, le Conseil constitutionnel avait lui-même reconnu que cette action n'était pas simplement exercée dans l'intérêt individuel d'autrui mais qu'elle permettait aussi « de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective »²²⁵⁸. Ainsi, plutôt que Mme Corine Mauger-Rougeau²²⁵⁹, il faut rejoindre, au moins en partie, M. Emmanuel Jeuland lorsqu'il affirme que « toute action de substitution se fait dans l'intérêt d'un groupe plus large que celui des substitués proprement dit »²²⁶⁰.

859. Que ce soit dans le cadre de l'action de substitution en matière de licenciement économique, pour ne prendre que cet exemple, ou dans le cadre de l'action du III de l'article L. 446-2 du code de commerce, le titulaire de l'action n'agit donc pas seulement dans l'intérêt prioritaire de la victime. Pourtant, au regard de la définition retenue en 2011, il ne reste plus grand-chose du caractère « collectif » de l'action de substitution évoquée en 1989. Le Conseil constitutionnel semblait être atteint d'une forme de myopie -

²²⁵⁵ Corinne MAUGER-ROUGEAU, *thèse.précit.*, n° 15, p. 25.

²²⁵⁶ L'auteure considère que le résultat réclamé par les groupements, lorsqu'ils exercent l'action de substitution, ne leur procure « aucun un profit », que ce soit de manière prioritaire ou même secondaire (Corine MAUGER-ROUGEAU, *thèse.précit.*, p. 381, n° 489). Il en irait de même dans le cadre de la seconde catégorie d'action de substitution dans la mesure où l'avantage pour le demandeur serait trop incertain et ne constituerait pas une condition de son action (Corine MAUGER-ROUGEAU, *thèse.précit.*, p. 382, n° 489).

²²⁵⁷ Corine MAUGER-ROUGEAU, *thèse.précit.*, n° 542, p. 428-429.

²²⁵⁸ CC, n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, cons. n° 24.

²²⁵⁹ En réalité, Mme Corine Mauger-Rougeau semble estimer que l'avantage procuré, prioritairement ou non, par le jugement obtenu ne puisse être que d'ordre pécuniaire et non, exclusivement ou concomitamment, moral. Or, s'il est bien un avantage que le groupement peut certainement retirer du succès d'une action de substitution, c'est celui de défendre accessoirement l'intérêt collectif qu'il a pour mission statutaire de protéger. *In fine*, il ne s'agit d'ailleurs que de la réalisation de son propre objet social.

²²⁶⁰ Emmanuel JEULAND, *op.cit.*, 2018, p. n° 324, p. 445. Néanmoins, dans d'autres publications, l'auteur rattache aussi à cette catégorie des actions qui ne sont pas exercées indirectement dans l'intérêt d'un groupe mais dans l'intérêt individuel du titulaire de l'action (Emmanuel JEULAND, *thèse.précit.*, § 71, p. 64). En effet, pour M. Emmanuel Jeuland, la substitution se démarque de la représentation, notamment, en ce qu'elle n'est pas exercée « pour le compte » d'autrui, c'est-à-dire, pour l'auteur, dans son intérêt exclusif. C'est notamment à ce titre qu'il qualifie d'action de substitution l'action oblique, qui est exercée *in fine* dans l'intérêt individuel du créancier (Emmanuel JEULAND, *thèse op.cit.*, § 72 et 123 [la numérotation n'est pas continue à cause d'une faute de frappe], p. 64-65). En tout état de cause, la définition retenue par le Conseil constitutionnel occulte toute possibilité, pour l'attributaire de la qualité pour agir dans l'action de substitution, de défendre indirectement, ou même de manière accessoire, un autre intérêt, collectif ou individuel, que celui d'autrui.

ou de presbytie, selon le point de vue adopté – sélective en 2011. Il occultait, d'un côté, le but prioritaire de l'action en répétition de l'indu exercée par le ministre et, de l'autre côté, le but accessoire de l'action de substitution des groupements privés. Cela donne bien une impression d'arbitraire dans le maniement de ce critère de l'intérêt défendu.

2- Une action exercée dans un intérêt exclusif de l'intérêt général

860. Il est tout aussi discutabile de considérer, comme l'a fait la Cour de cassation, que seule l'action du ministre est exercée dans l'intérêt général. D'autant plus qu'il ressort de la motivation de la décision de la Chambre commerciale²²⁶¹ et de celle du Conseil constitutionnel²²⁶² que cet intérêt général poursuivi par le législateur et défendu par le ministre se confond avec le respect de la légalité, de « l'ordre public économique »²²⁶³. Ainsi, en admettant que l'action de substitution soit aussi exercée, au moins à titre accessoire, dans un intérêt collectif, il pourrait être objecté que les syndicats, par exemple, défendent le même intérêt général que le ministre. Après tout, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré que l'action des syndicats en défense de l'intérêt collectif des travailleurs, qui serait indirectement défendu dans le cadre de l'action de substitution, est recevable du seul fait que ladite action repose sur la violation d'une « règle d'ordre public social »²²⁶⁴. Dans cette perspective, ce ne sont d'ailleurs pas seulement les actions de substitution des groupements qui peuvent être regardées comme étant exercées accessoirement dans l'intérêt général, mais toutes les actions en justice dans la mesure où elles conduisent le juge à faire respecter la légalité *lato sensu*. Preuve, s'il en fallait encore une, que la justification des juridictions, à partir du critère de l'intérêt défendu, n'était guère satisfaisante.

861. En plus d'être incohérente avec les jurisprudences judiciaires et constitutionnelles précédentes, la définition qui se dégage de ces décisions ne permet finalement plus de distinguer l'action de substitution - dont elle nie les traits saillants qu'une partie de la doctrine s'était efforcée de dégager à partir de l'étude de la jurisprudence - des actions qui seraient exercées par un mandataire au nom et pour le compte d'autrui. Pis, la description que cette définition donne de l'action exercée par les groupements privés semble reposer sur l'idée qu'il ne peut exister d'autres intérêts entre l'intérêt individuel de la victime et l'intérêt général ou que ces groupements privés ne peuvent, à l'instar du ministre, défendre l'intérêt général.

²²⁶¹ Com., 8 juillet 2008, *Le Galec*, n° 07-16.761.

²²⁶² « L'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales » apparaît comme l'une des facettes de ces « objectifs de préservation de l'ordre public économique » que le législateur s'est assigné (CC, n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre* [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence], cons. n° 5).

²²⁶³ C'est d'ailleurs dans cette décision 2011-126 QPC que cette notion apparaît pour la première fois, du moins ainsi formulée, sous la plume du Conseil constitutionnel. Avant cela, le Conseil constitutionnel évoquait un « ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux » (CC, n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils* [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales], cons. n° 3).

²²⁶⁴ Soc., 22 janvier 2014, n° 12-27.478.

3- Une motivation circonstanciée

862. Pour justifier une telle mansuétude à l'endroit de l'action du ministre, une autre explication a été avancée par Mme Monique Bandrac. Selon elle, il ne s'agissait pas de compenser la supposée faiblesse structurelle d'une victime grâce à l'action des autorités publiques, comme dans le cadre des actions de substitution, mais d'éviter que son abstention, qui est alors présumée complice, permît de couvrir une entente²²⁶⁵, et plus précisément une entente verticale, c'est-à-dire une action concertée ou un accord entre un fournisseur et un distributeur qui a pour objet ou est susceptible d'avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de produits ou de services déterminé²²⁶⁶. Il y aurait donc eu une motivation non-avouée que les juridictions auraient prise en compte. Ce « détournement de procédure », selon les termes de l'auteur²²⁶⁷, se serait ainsi fait au prix d'une distorsion des catégories juridiques et, par là même, du champ d'application de cette obligation d'accord préalable de la personne dont les droits substantiels sont défendus.

863. Toutefois, cela revient alors à rechercher plus l'inconscient du législateur que son intention puisqu'une telle volonté de lutter contre les ententes n'apparaît à aucun moment dans les débats parlementaires, tandis que celle de protéger la partie réputée faible du contrat, qui est le lot de toutes les actions de substitution, était bien mise en avant²²⁶⁸.

864. Le champ d'application de la condition d'accord préalable ne ressort donc pas clarifié de ces deux décisions, bien au contraire. La définition de l'action de substitution, qui apparaît en creux dans ces décisions, est particulièrement large et contredit celle que ces juridictions avaient pu esquisser précédemment dans leur jurisprudence respective. La seule certitude qu'il semble donc possible d'en inférer est que le respect de l'article 6 § 1 de la Convention et de la liberté personnelle constitutionnellement garantie n'impose pas une obligation d'accord préalable aux demandes dont le but prioritaire n'est pas la défense de l'intérêt personnel d'un individu identifié, c'est-à-dire que, dès lors que le groupement poursuit une autre finalité, il pourrait être exempté de cette condition quand bien même des tiers seraient susceptibles d'être affectés par les effets ou les attributs du jugement escompté.

²²⁶⁵ Monique BANDRAC, « A propos de l'action exercée par le ministre de l'économie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tétatologie juridique », *D.*, 2008, p. 3049 : « Si le ministre agit malgré la « victime », c'est qu'il considère que son abstention, en présence d'une pratique restrictive, s'explique par un accord tacite avec l'auteur de la pratique, autrement dit c'est parce que, sous la pratique restrictive, on soupçonne une entente entre le fournisseur et le distributeur pour faire monter les prix et tirer ainsi un profit commun de la restriction perpétrée de concert ».

²²⁶⁶ V. art. L. 420-1 du code de commerce.

²²⁶⁷ *Ibid.*

²²⁶⁸ V. Éric BESSON, *Rapport n° 2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, Tome 1, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 avril 2000, p. 120.

§2- L'exclusion discutable d'autres actions collectives des groupements privés

865. Une telle limitation du champ de l'obligation d'accord préalable aux actions de substitution conduit à en exclure les demandes dont le but prioritaire est l'obtention d'un jugement au profit d'un groupe indéterminé (A) ainsi que celles qui sont simplement motivées par l'atteinte à l'intérêt personnel d'un tiers identifié (B). Elle peut alors être critiquée en ce qu'elle semble ainsi ne retenir que l'imputation dérogatoire de l'effet substantiel du jugement escompté par l'action et négliger d'autres incidences qui sont pourtant aussi susceptibles de mettre en cause des droits conventionnellement et constitutionnellement garantis (C).

A- L'exclusion des demandes ayant pour but prioritaire la satisfaction d'un intérêt supra-personnel

866. Au regard des décisions précédemment étudiées, les actions qui se traduisent par une demande dont le but prioritaire est l'obtention d'un jugement au profit d'un groupe indéterminé se trouvent donc exclues du champ d'application de l'obligation d'accord préalable, quoiqu'elles puissent aussi entraîner une modification de la situation juridique des personnes dont les intérêts sont défendus. Devant les juridictions administratives, ce type de demande correspond, par exemple, au recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes impersonnels et, devant les juridictions judiciaires, aux actions en nullité des conventions et accords collectifs. Dans cette catégorie, il est aussi possible de ranger les demandes dont le but prioritaire est d'enjoindre à une personne de prendre une décision générale et impersonnelle ou, à tout le moins, dont les effets sont susceptibles de modifier la situation juridique d'un groupe de personnes comme, par exemple, dans les actions aux fins d'exécution de la partie normative des conventions et accord collectifs²²⁶⁹. La modification de la situation juridique des membres du groupe ne résulte alors pas tant du contenu de la décision rendue par le juge mais de celle qu'il enjoint de prendre.

867. Eu égard à l'imbrication des intérêts collectifs et des intérêts personnels, force est de constater que la frontière reste ténue avec les demandes introduites pour défendre en priorité les intérêts personnels d'autrui.

868. Le cas du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes réglementaires est, à cet égard, illustratif. Si la demande n'a effectivement pas pour but prioritaire la défense de l'intérêt, voire du droit, d'une personne identifiée, le Conseil d'État admet, depuis l'arrêt *Boussuge*²²⁷⁰, la possibilité de contester

²²⁶⁹ Initialement réservée aux syndicats signataires, l'action aux fins d'exécution des conventions et accords collectifs fut étendue par la Cour de cassation à l'ensemble des organisations syndicales, et ce, que la convention en question ait été étendue (Soc., 12 juin 2001, *Eurodisney*, n° 00-14.435) ou non (Soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340). Pour motiver cette extension de l'action aux syndicats non-signataires, la Cour de cassation s'est alors fondée sur l'article L. 2132-3 du code du travail.

²²⁷⁰ CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, Rec. Lebon, p. 1128.

par la voie de la tierce opposition une décision ayant annulé un tel acte. Certes, guidé par des considérations d'ordre pratique, le Conseil d'État a autonomisé la notion de « droit »²²⁷¹ dans le cadre de la tierce opposition. Toutefois, il semble ainsi reconnaître qu'un acte réglementaire impersonnel et son annulation sont susceptibles d'affecter les intérêts propres d'individus identifiés. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un recours dirigé contre un acte nominatif, il n'est pas exclu que le recours pour excès de pouvoir exercé par un groupement contre un acte réglementaire puisse être regardé comme une contestation déterminante pour les droits et obligations à caractère civil, au sens et pour application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits l'homme et des libertés fondamentales, des personnes que ces groupements ont pour objet de protéger.

869. L'action aux fins d'exécution des conventions et accords collectifs, et plus précisément de leur partie normative, soulevait le même type d'interrogation devant les juridictions judiciaires. Dans la mesure où les jugements accueillant le bien-fondé de telles actions sont, à l'instar de ceux accueillant les actions de substitution, susceptibles d'affecter la situation juridique des personnes appartenant au groupement protégé, il était possible de craindre que cette action en exécution des conventions collectives ne concurrençât l'action de substitution en matière de convention collective et permît obtenir un résultat équivalent en contournant l'exigence d'accord préalable des salariés concernés. Cela expliquerait que le juge judiciaire ait, dans un premier temps, tenté de circonscrire cette action à la partie contractuelle de la convention²²⁷², c'est-à-dire à celle qui ne régit que les rapports entre les parties contractantes.

870. Seul le juge du filtre de la QPC, en l'occurrence la Chambre sociale de la Cour de cassation, avait eu l'occasion de se prononcer expressément sur l'applicabilité de la condition d'accord à ce type de demande. En l'occurrence, il avait été saisi, dans le cadre du contentieux sur l'ouverture dominicale de certaines enseignes de bricolage, d'une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article L. 2132-3 du code du travail habilitant les syndicats à agir en justice en défense de l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. La portée de cette décision du 5 juin 2013²²⁷³ n'est toutefois pas évidente à cerner dans la mesure où le spectre des actions pouvant se fonder sur la disposition litigieuse est relativement large et hétéroclite. En effet, il va de l'action civile devant les juridictions judiciaires à l'action aux fins d'exécution des conventions et accords collectifs en passant notamment par la constitution de partie civile à finalité exclusivement répressive. Toutefois, au regard des arguments de la société requérante, il semble que la Chambre sociale avait bien été invitée à se prononcer sur le caractère sérieux de la QPC en tenant

²²⁷¹ Cf. *Supra*, n° 301. Ainsi, le juge administratif a pu reconnaître que l'atteinte au « droit de réorganisation des services d'assistance » d'une commune par une décision annulant l'une de ses délibérations ouvrait la voie de la tierce opposition à la commune (CE, Sect., 8 juillet 1955, *Ville de Vichy*, Rec. Lebon, p. 396) mais non l'atteinte au droit des propriétaires de parcelles à la suite de l'annulation d'un règlement d'urbanisme (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 16 novembre 2009, *Société les Résidences de Cavalière*, n° 308624).

²²⁷² Soc., 20 juin 1990, *Société d'Encouragement pour l'Amélioration des Races de Chevaux et a. c. Syndicat CGT PMU*, Bull. Civ. V n° 308 ; Soc., 12 janvier 1994, *SA Socratrem c. Syndicat Filpac CGT et a.*, n° 91-20.443 ; Soc., 10 mai 1994, *Syndicat CGT Sollac Dunkerque c. SA Sollac*, Bull. Civ. V n° 173 ; Soc. 3 mars 1998, *Syndicat du Livre Moselle c. Sollac*, n° 96-11.115, Bull. Civ. V n° 115.

²²⁷³ Soc., QPC, 5 juin 2013, n° 12-27.478.

compte de la modification de la situation juridique des personnes qui peut résulter de l'action introduite par un syndicat prétendant défendre leurs intérêts collectifs supra-personnels contre leur gré.

871. En l'espèce, la disposition législative litigieuse n'avait pas servi de fondement à une action aux fins d'exécution de la partie normative des conventions et accords collectifs²²⁷⁴, mais il s'agissait aussi d'une demande dont le but prioritaire était l'injonction de prendre une décision dont l'effet profiterait à un groupe. Certaines organisations syndicales avaient ainsi saisi le juge des référés du tribunal de grande instance afin qu'il enjoigne, sous astreinte, à une société de respecter l'interdiction d'employer des salariés le dimanche sans l'obtention préalable de l'autorisation administrative requise. L'injonction fut prononcée par le juge des référés, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 31 octobre 2012 et c'est à l'appui du pourvoi en cassation que la société Bricorama a mis en cause la constitutionnalité de l'article L. 2132-3 du code du travail.

872. A l'issue d'une motivation assez elliptique, la Chambre sociale refusa de renvoyer cette question en soulignant que cette action en défense de l'intérêt collectif découle de « la liberté syndicale consacrée par l'article 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 11 de la Déclaration européenne des droits de l'homme et du citoyen (*sic*) et l'article 2 de la Convention internationale du travail n° 87 »²²⁷⁵ et qu'elle « ne constitue pas une atteinte à la liberté personnelle des salariés ni à leur droit d'agir en justice ». Cette décision n'éclaire donc pas sur les raisons qui pourraient justifier l'exclusion des demandes dont le but prioritaire est l'obtention d'une décision juridictionnelle ayant un effet substantiel au profit d'un groupe indéterminé ou l'injonction faite au défendeur de prendre une décision ayant un tel effet.

873. En réalité, pour trouver une motivation plus fournie sur la différence entre une demande ayant pour but prioritaire de modifier la situation juridique d'un groupe et une demande dont le but justifierait qu'elle soit soumise à une obligation d'accord préalable des personnes concernées, il faut se tourner vers la jurisprudence sur l'action en exécution des conventions et accords collectifs. En effet, lorsqu'elle a admis que cette action puisse concerner la partie normative de la convention²²⁷⁶, la Cour de cassation a pris soin de limiter le risque de contournement précédemment évoqué en précisant qu'une telle action ne

²²⁷⁴ Certes, dans la mesure où la reconnaissance au profit des tous les syndicats de la possibilité d'exercer une action aux fins d'exécution des accords et conventions collectifs est le produit d'une interprétation juridictionnelle de l'article L. 2132-3 du code du travail, il aurait été possible de mettre en cause sa constitutionnalité à l'occasion d'une QPC (Sur la doctrine du « droit vivant » en QPC, V. notamment Mathieu DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Paris, Lamy, coll. Axe droit, 2011, p. 48-56 ; Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat droit public, 11^e édition, 2016, p. 189-192). Néanmoins, dans la mesure où, en l'espèce, ce n'était pas l'article L. 2132-3 du code du travail ainsi interprété qui avait servi de fondement à l'action du syndicat, la condition d'applicabilité au litige eût fait défaut.

²²⁷⁵ Outre la coquille, c'est le surcroît de motivation qui est surprenant. Alors que la référence au sixième alinéa du Préambule de 1946 était suffisante, la chambre sociale de la Cour de cassation a pris la peine de chercher les fondements conventionnels de l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession. La Chambre sociale a donc réussi à rendre une décision dont la motivation est à la fois elliptique et surabondante.

²²⁷⁶ Soc., 22 février 2006, *Sigma Kalon et a. c. FNIC-CGT*, n° 04-14.771 ; Soc., 20 septembre 2006, *Syndicat CFDT c. AJD*, n° 04-10.765.

peut tendre au paiement de « sommes déterminées à des personnes déterminées »²²⁷⁷. Elle a d'ailleurs réaffirmé une telle limite s'agissant de l'action en exécution pouvant être exercée par tout syndicat sur le fondement de l'article L. 2132-3 du code du travail²²⁷⁸. Ce faisant, la Cour de cassation a considéré que l'exigence d'un accord préalable des personnes dont la situation juridique est susceptible d'être affectée n'était pas nécessaire dès lors que la demande n'a pour but prioritaire de défendre des intérêts, ou des droits, qui leurs sont propres.

874. Dans le même ordre d'idées, le juge judiciaire a écarté l'obligation d'une simple information préalable en présence d'actions ayant pour but l'obtention, en priorité, d'un jugement au profit d'un groupe indéterminé. Après la décision n° 2011-126 QPC, la Cour de cassation a effectivement restreint la portée de la réserve d'interprétation en imposant l'obligation d'information préalable seulement dans les hypothèses où les conclusions du ministre en charge de l'économie visent à obtenir l'annulation des conventions illicites, la restitution des sommes indument perçues et la réparation des préjudices²²⁷⁹. Elle a donc estimé, implicitement mais nécessairement, qu'il n'y avait en revanche pas lieu d'imposer une telle obligation lorsque les conclusions visent seulement à obtenir le prononcé d'une amende civile ou la cessation pour l'avenir des pratiques litigieuses.

B- L'exclusion d'une partie des demandes motivées par l'atteinte à l'intérêt personnel d'un tiers

875. Il semble que ni le juge de la constitutionnalité de la loi, ni le juge de sa conventionnalité ait encore eu l'occasion de se prononcer expressément sur l'applicabilité de la condition d'accord préalable aux actions civiles que les groupements peuvent exercer devant les juridictions judiciaires²²⁸⁰. Elles peuvent pourtant apparaître, à l'instar des actions de substitution, comme un moyen de promouvoir, au travers d'un cas individuel, une « action collective ». Néanmoins, en ce qu'elles n'ont pas pour but prioritaire la défense de l'intérêt individuel d'autrui, elles feraient parties des actions exclues du champ de l'obligation d'accord préalable, quand bien même une victime serait identifiée ou simplement identifiable.

²²⁷⁷ Soc., 22 février 2006, *Sigma Kalon et a. c. FNIC-CGT*, n° 04-14.771.

²²⁷⁸ Soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340 : « Attendu ensuite que la cour d'appel qui a relevé que l'action du syndicat de la métallurgie de la Loire CFDT tendait à la condamnation de l'employeur à constituer une réserve spéciale de participation d'un certain montant pour chacun des exercices litigieux ainsi qu'à sa répartition entre les salariés de l'entreprise et non à la constitution de droits déterminés au profit de salariés nommément désignés, en a exactement déduit que le syndicat ne défendait pas en son nom propre les intérêts individuels des salariés » (nous soulignons).

²²⁷⁹ Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; Com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 ; Com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 ; Com., 29 septembre 2015, n° 13-25.043.

²²⁸⁰ Certes, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de la loi reconnaissant aux associations agréées de lutte contre la corruption la possibilité d'exercer les droits de la partie civile (CC, n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*). Néanmoins, l'ensemble des griefs qu'il a alors examinés concernaient les droits des personnes susceptibles d'être mises en cause. De même, il fut saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'application combinée de l'article 48-2 et du cinquième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (CC, n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France* [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité]). Toutefois, il s'agissait alors d'une disposition habilitant certains groupements à exercer les droits de la partie civile en présence d'une infraction dont les victimes ne sont pas individualisables ni, *a fortiori*, identifiables. Il n'y avait donc pas lieu pour le Conseil constitutionnel de s'interroger sur le respect de la liberté personnelle de ces dernières.

876. En effet, au regard des stipulations de l'article 6§1 de la CESDHLF et de la liberté personnelle constitutionnellement garantie, il ne pas suffit pas que la demande soit motivée par l'atteinte à un intérêt individuel. Si seul le but prioritaire de la demande est bien le critère pertinent de délimitation de l'obligation d'accord préalable, la différence de traitement entre l'action civile et l'action en substitution serait justifiée au regard des effets différents qu'elles peuvent avoir sur la situation juridique personnelle de la victime. Sans doute, lorsque le groupement exerce une action civile, la victime peut voir son affaire exposée contre sa volonté, elle peut aussi trouver un simple intérêt moral à la condamnation civile ou pénale de l'auteur de l'infraction. Toutefois, à la différence d'une action en substitution, l'action du groupement ne conduit pas à discuter ses droits substantiels et modifier sa situation juridique. Le groupement exerce les droits de la partie civile, mais non ceux de l'individu qui a été personnellement lésé. C'est le groupement qui sera éventuellement bénéficiaire des dommages et intérêts accordés par le juge, mais non la victime dont le patrimoine et le droit d'agir en justice ne seront pas affectés à la suite de cette action. Ainsi, bien que dans cette hypothèse la demande initiale soit motivée par une atteinte à un intérêt individuel identifié, l'action civile des groupements défendant un intérêt collectif, que d'aucuns ont pu qualifier « d'action collective »²²⁸¹ ou d'« action civile collective »²²⁸², ne constituerait pas une « action collective » au sens et pour l'application de la réserve émise dans la décision n° 89-257 DC.

877. Toutefois, en ne considérant ainsi que les incidences juridiques de l'action, c'est-à-dire l'effet substantiel - et peut être tout au plus l'attribut²²⁸³ - des décisions juridictionnelles escomptées par la demande, pour justifier cette exclusion, le Conseil constitutionnel et le Cour de cassation semblent n'avoir eu qu'une vision limitée de l'atteinte à la liberté personnelle constitutionnellement garantie. Si cette dernière a bien vocation à protéger l'individu contre « toute contrainte excessive »²²⁸⁴, qu'elle soit privée ou publique²²⁸⁵, sa protection ne devrait pas se cantonner aux hypothèses dans lesquelles cette contrainte se traduit par une modification de son patrimoine ou une limitation formelle de son droit d'agir en justice. D'ailleurs, si le Conseil constitutionnel n'est effectivement pas allé jusqu'à consacrer « la liberté de ne pas voir les faits constitutifs de son affaire portée en justice contre son gré »²²⁸⁶ dans sa décision n°89-257 DC, il a pu retenir une acception plus large de l'atteinte à liberté personnelle à d'autres occasions comme dans la décision n° 88-244 DC. M. Xavier Bioy voit même dans cette décision du Conseil constitutionnel

²²⁸¹ Henri DUPEYRON, « L'action collective », *D.*, 1952, p. 153.

²²⁸² Philippe BONFILS, *thèse.précit.*, p. 69.

²²⁸³ Cf. *Infra.*, n° 881-889.

²²⁸⁴ Patrick WASCHMANN, « Note sous décision n° 88-244 DC », *AJDA*, 1988, p. 757.

²²⁸⁵ En effet, contrairement à ce qu'avait pu penser une partie de la doctrine (Par ex., Florence BENOIT-ROHMER, « Note sous la décision n° 89-257 DC », *AJDA*, 1989, p. 799), le Conseil constitutionnel n'a pas cantonné le champ d'application de la liberté personnelle aux relations entre des personnes privées. La liberté personnelle a aussi remplacé la liberté individuelle dans les rapports entre les personnes privées et les pouvoirs publics (Par ex., CC, n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, cons. n° 7 à 10). Le Conseil d'État a lui aussi retenu une telle interprétation du champ d'application de cette liberté en estimant qu'elle pouvait être invoquée dans le cadre de la procédure de référé-liberté de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (Par ex., CE, ord., 2 avril 2001, n° 231965).

²²⁸⁶ Corine ROUGEAU-MAUGER, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratique restrictive de la concurrence », *RTD Com*, 2010, p. 653.

un rapprochement entre la liberté personnelle et la « *privacy* » américaine²²⁸⁷ avec laquelle elle n'entreprendrait toutefois qu'un lointain cousinage²²⁸⁸. Il reste que dans cette décision, le Conseil constitutionnel a pu considérer qu'imposer, par la réintégration de salariés protégés ayant commis une faute lourde, à l'employeur ou à des salariés, la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes, suffisait pour risquer d'affecter leur liberté personnelle²²⁸⁹. Comme l'action civile des groupements, cette réintégration ne constitue pourtant pas, pour les autres salariés, une contrainte qui se manifeste par la modification de la consistance de leur situation juridique personnelle, c'est-à-dire l'imposition d'une obligation juridique²²⁹⁰. Tout au plus, par la suite, le Conseil constitutionnel fut conduit dans sa décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 à se prononcer sur le risque que l'action civile des associations agréées de lutte contre la corruption était susceptible de faire peser sur le respect de la « vie privée », mais des seules personnes mises en cause²²⁹¹ et il avait alors écarté le grief comme inopérant - en même temps d'ailleurs que celui relatif à l'atteinte à la présomption d'innocence - de façon assez succincte²²⁹². Toutefois, à la lecture du commentaire officiel, il apparaît qu'il a pris en considération la

²²⁸⁷ Xavier BIOY, « Propos introductif », *op.cit.*, p. 28 : « les contentieux se nouent autour du critère objectif de l'existence d'un minimum de vie privée, de vie personnelle, d'intimité constitutive de la personnalité. La liberté personnelle, dépassant la seule intimité, rejoignant ainsi la *privacy* américaine, tendrait à rendre publique la vie privée dans les limites fixées par l'individu ».

²²⁸⁸ Précisément, pour Mme Stéphanie Hennette-Vauchez, si la notion de liberté personnelle a émergé, en lieu et place par exemple de celle de « droit au respect de la vie privée », c'est qu'elle permettait de dépasser la seule « sûreté juridique », garantie par la liberté individuelle, sans pour autant aller jusqu'à admettre les prétentions absolutistes que pouvaient craindre l'importation de la notion de *privacy* américaine (Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Les aspects de droit administratif », *op.cit.*, p. 64-65). Toutefois, il n'est pas certain que le « *right of privacy* » puisse être traduit en français par « droit au respect de la vie privée ». Sur ce point, la terminologie employée par les différents instruments internationaux assurant la protection de la vie privée est, dans leur version anglaise, fluctuante. Si l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques emploient le terme « *privacy* », l'article 8 de la CESDHLF, sur le fondement duquel la Cour est passée de la protection de l'intimité à celle de la « vie sociale » selon les mots de M. Jean-Pierre Marguénaud, parle de « *right to respect for his or her private and family life* ». En revanche, le terme « *privacy* » peut se retrouver sous la plume de la Cour lorsqu'elle est conduite à apprécier des violations de l'article 8 de la Convention (V. par exemple la version anglaise de la décision CEDH., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 102). M. François Rigaux estime qu'il serait ainsi préférable, afin de bien rendre compte de ce concept, de parler d'une « maîtrise, [d'] une appropriation » qui est protégée contre toute agression extérieure. Cette appropriation s'exerce dans des zones dont le contenu est religieux, affectif ou intellectuel, et que le sujet doit pouvoir maîtriser s'il veut demeurer libre (François RIGAUX, « L'élaboration d'un « *Right of Privacy* » par la jurisprudence américaine », *RIDC*, 1980, p. 728-730). Une telle présentation aurait d'ailleurs le mérite de mettre en avant la filiation de cette notion avec l'individualisme possessif lockéen (Michel ROSENFELD, « Les aspects de droit privé de la liberté personnelle », *op.cit.*, p. 94). Toutefois, il faut se garder de raccourcis simplificateurs en la matière et de faire de Locke le promoteur d'une liberté qui serait rétive à toute forme de paternalisme et exclurait toute hétéronomie insidieuse. Certes, Locke retient une acception large de ce droit fondamental qu'est le droit de propriété. Néanmoins, il l'envisage dans un univers qui est théologiquement déterminé. Il en fait le corollaire d'un droit ou plutôt d'un devoir que les hommes ont envers Dieu, à savoir celui de se préserver eux-mêmes (John LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, Paris, PUF, 1994, § 25). Dans cette perspective, le suicide, par exemple, est prohibé (John LOCKE, *op.cit.*, § 6). Ainsi, ce droit de propriété suppose une indisponibilité d'un élément qui est somme toute essentiel : la vie.

²²⁸⁹ CC, n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. n° 22.

Contrairement à la présentation qu'en fait Bruno Genevois (Bruno GENEVOIS, « Préface » in Henry ROUSSILLON, Xavier BIOY (dir.), *La liberté personnelle : une autre conception de la liberté*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, coll. IFR mutation des normes juridiques, 2006, p. 10), la décision n° 88-244 DC n'a pas simplement consacré la liberté personnelle de l'employeur. Elle aussi consacré celle des salariés qui ont pu être victimes des actes.

²²⁹⁰ C'est le cas en revanche pour l'employeur. Toutefois, dans son considérant, le Conseil constitutionnel apprécie la constitutionnalité de cette contrainte, dans son versant juridique, au regard de la liberté d'entreprendre qu'il prend soin de distinguer de la liberté personnelle.

²²⁹¹ C'est ce qui ressortait de la saisine sénatoriale.

²²⁹² CC, n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. n° 4.

nature des infractions concernées - qui en l'occurrence portaient sur des faits de corruption ou de manquements à la probité – et le commentaire ajoute même qu'« il n'est pas impossible que, pour des infractions mettant en cause la vie privée, la possibilité donnée à une association, c'est-à-dire une personne morale de droit privé, de mettre en œuvre l'action publique et, partant, d'imposer une procédure judiciaire sur ces faits, mérite un examen au regard du droit au respect de la vie privée »²²⁹³. Il reste toutefois à savoir quelles infractions mettraient pour lui en cause la vie privée et s'il entend par là protéger celle de la personne mise en cause ou celle de la personne dont le cas individuel pourrait motiver l'action civile d'un groupement.

878. Ce serait donc par excès de zèle que le législateur a soumis, dans certaines hypothèses, la recevabilité de l'action civile des groupements à l'accord préalable de la victime. Cela est d'autant plus surprenant puisque la Cour de cassation, dans son rapport annuel de 2008²²⁹⁴, avait elle-même invité le législateur à revenir sur la jurisprudence de la Chambre criminelle qui estimait que le droit de consentir à la constitution de partie civile était propre à la victime et disparaissait à son décès²²⁹⁵, ce qu'il fit ensuite en imposant, dans certaines hypothèses seulement, de recueillir l'accord des ayant-droits en cas de décès de la victime²²⁹⁶.

879. En revanche, il est possible de se demander si cette action est susceptible de rentrer dans le champ des directives ayant pour objet de lutter contre les discriminations. En effet, les procédures imposées par ces directives ne semblent pas se limiter aux actions en substitution puisqu'elles se contentent d'évoquer « toute procédure judiciaire et/ou administrative pour faire respecter les obligations découlant de la directive » engagée « pour le compte où à l'appui du plaignant ». Dès lors, l'exercice, par voie d'action ou d'intervention, de l'action civile par le groupement concurremment à la victime pourrait rentrer dans ce champ. Elle constituerait alors une action « à l'appui du plaignant ». Il suffirait que la faute, ayant provoqué le préjudice que l'action civile a pour objet de réparer, constitue un manquement aux obligations découlant de la directive. Le législateur serait alors bien contraint d'imposer cette condition d'accord à l'action civile des groupements privés.

C- Une délimitation discutable au regard des autres incidences de l'action et du jugement

880. En limitant ainsi le champ de l'obligation d'accord préalable aux actions de substitution, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ont semblé se focaliser sur le but prioritaire de la demande du groupement, c'est-à-dire *in fine* sur l'effet substantiel du jugement qu'elle permet d'obtenir (1). Pourtant,

²²⁹³ Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, p. 2.

²²⁹⁴ Cour de cassation, *Rapport annuel 2008 de la Cour de cassation*, 2008, p. 21.

²²⁹⁵ Crim., 25 septembre 2007, n° 05-88.324.

²²⁹⁶ Art. 2-1, 2-2 et 2-6 du code de procédure pénale tels que modifiés par l'article 206 de n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

d'autres incidences de l'action et du jugement sont aussi, à elles seules, susceptibles de mettre en cause le droit au recours effectif et le principe de la contradiction comme du reste le juge judiciaire l'avait reconnu lorsqu'il s'était prononcé, notamment, sur des hypothèses de « représentation mutuelle »²²⁹⁷(2). Ce faisant, l'action de substitution n'est sans doute pas la seule forme d'action collective qui mériterait d'être encadrée par une telle obligation d'accord préalable. L'exclusion de l'action civile des groupements, lorsqu'elle est exercée devant le juge pénal, mériterait d'être reconsidérée compte tenu de « l'autorité absolue de la chose jugée » dont est revêtue la décision qu'elle vise à obtenir (3).

1- Les hésitations sur la place des autres incidences du jugement

881. Il ressort de l'ensemble des décisions précédemment étudiées, que seules les demandes introduites en priorité dans l'intérêt d'une personne identifiée rentrent bien dans le champ de la condition d'accord préalable. Néanmoins, une telle analyse semble lacunaire en ce qu'elle ne se cantonne finalement qu'aux effets substantiels directs des jugements escomptés par le groupement exerçant l'action et semble omettre d'autres incidences - comme l'autorité de la chose jugée - qui sont pourtant susceptibles d'affecter le droit d'agir en justice des individus appartenant au groupe dont les intérêts sont défendus. Le principe de la contradiction s'oppose aussi bien à une extension *extra partes* de l'effet substantiel direct du jugement que de son autorité de la chose jugée.

882. Or, la relativité de l'effet substantiel direct et l'autorité de la chose jugée ne vont pas nécessairement de pair. C'est précisément le cas avec les mécanismes de substitution processuelle qui conduisent à dissocier le lien substantiel et le lien d'instance. En effet, en raisonnant par analogie avec d'autres formes de substitution processuelle comme l'action oblique et l'action *ut singuli*, les attributs du jugement escompté importeraient peu puisque le jugement obtenu par le syndicat substituant n'a pas autorité de chose jugée à l'égard du substitué s'il n'a pas été mis en cause²²⁹⁸. La focale que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation ont alors mise sur l'effet substantiel dans leurs décisions serait peut-être trompeuse et il est possible de se demander si d'autres incidences du jugement escompté pourraient justifier qu'une action rentre dans le champ de l'obligation d'accord préalable, quand bien même celle-ci ne viserait pas à défendre en priorité l'intérêt personnel d'un tiers.

883. Certes, les hésitations sur la qualification de l'action de substitution de la part du Conseil constitutionnel - mais aussi, finalement, de la Cour de cassation - rejaillissent sur la portée de cette jurisprudence. Il est dès lors aussi possible de considérer que le Conseil constitutionnel était parti du principe en 1989 que cette action était en réalité une action en représentation fondée sur un mandat

²²⁹⁷ Au reste, le Conseil constitutionnel semble l'avoir finalement lui-même reconnu en 2014 lorsqu'il a contrôlé la constitutionnalité de la loi qui mit en place la première action de groupe en matière de consommation et de concurrence (CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*), ce qui toutefois pose alors la question de la cohérence de sa jurisprudence sur l'appréciation de l'atteinte à la liberté personnelle (Cf. *Infra*, n° 1530-1535).

²²⁹⁸ Emmanuel JEULAND, *thèse.précit.*, n° 373-375, p. 299-303.

tacite²²⁹⁹ et qu'il se serait donc en réalité opposé non seulement à ce que, sans un accord donné en pleine connaissance de cause, une personne puisse être affectée par l'effet substantiel d'un jugement, mais aussi à ce qu'elle soit liée par l'autorité de chose jugée. En somme, il n'aurait pas seulement entendu viser les actions pour le compte d'autrui, que sont les actions de substitution, mais aussi les actions exercées au nom et pour le compte d'autrui que sont celles fondées sur un mandat. Il reste qu'une telle interprétation de la jurisprudence conduit tout de même à limiter le champ de l'obligation d'accord préalable aux actions se matérialisant par des demandes dont le but prioritaire est la défense de l'intérêt personnel de tiers identifiés. Il se pose alors la question de savoir ce qui peut justifier d'exclure du champ de l'obligation d'accord préalable d'autres actions collectives, comme les actions civiles des groupements devant les juridictions pénales, qui, bien que n'étant pas exercées aux fins de défendre en priorité l'intérêt personnel de tiers, sont aussi susceptibles de mettre en cause le droit au recours effectif compte tenu des incidences du jugement qu'elles permettent d'obtenir. Plus largement, il est même possible de douter de la constitutionnalité de dispositifs qui permettent d'introduire une demande susceptible d'aboutir à un jugement revêtu d'un effet *erga omnes* ou dont le juge a pu décider que l'autorité de chose de jugée s'étendait à des personnes qui ne sont les mandataires d'aucune des parties à l'instance, mais simplement liées à elles par une communauté d'intérêts.

2- Le cas de la représentation mutuelle

884. Bien que cela puisse sembler périphérique par rapport à l'action collective des groupements privés, l'étude du traitement par la Cour de cassation des situations dites de « représentation mutuelle » offre quelques éléments de réponse. Ainsi, elle montre bien qu'il faut tenir compte d'autres incidences de l'action et jugement et que la délimitation du champ de l'obligation d'accord préalable, à laquelle elle a contribué en 2008 en tant que juge de la conventionalité de la loi, n'était d'ailleurs pas forcément cohérente au regard de sa propre jurisprudence sur le droit à un recours effectif.

885. Cette notion de « représentation mutuelle » n'est alors qu'un principe explicatif en ce qu'elle a permis à la doctrine d'expliquer des conséquences procédurales d'origine légale de la solidarité passive²³⁰⁰,

²²⁹⁹ Ce qui fut la position des membres du Conseil constitutionnel comme le révèle désormais le compte-rendu la délibération du 25 juillet 1989 (Cf. *Supra*, n° 789-796).

²³⁰⁰ Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le paragraphe du code civil consacré à « l'obligation solidaire » ne mentionne plus que l'un des effets secondaires de la solidarité passive à l'article 1314, à savoir que « la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous ». L'ancien article 1206 du code civil, qui disposait que « les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous », n'a donc pas été repris par l'ordonnance. Toutefois, l'article 2245, qui faisait en quelque sorte doublon avec cette précédente disposition, demeure dans le code civil. De manière générale, les quelques oublis de l'ordonnance ne préjugent ni de la pérennité des effets précédemment mentionnés dans le code, ni même de ceux qui avait été dégagés par la jurisprudence

voire à la jurisprudence d'en fonder certaines²³⁰¹. Il en va ainsi, par exemple, de l'extension de l'autorité de chose jugée d'un jugement rendu à l'égard de l'un des codébiteurs solidaires aux autres coobligés qui n'ont pas été formellement parties à l'instance²³⁰², ainsi que la fermeture consécutive de la voie de la tierce opposition à ces derniers. Sans doute, l'appel et la cassation sont alors ouverts aux « représentés »²³⁰³. Néanmoins, en ce qu'elle se traduit notamment par une extension *extra partes* de l'autorité de la chose jugée, la « représentation mutuelle » - qui n'est d'ailleurs pas propre aux seuls coobligés solidaires à proprement parler²³⁰⁴ - semble bien mettre en cause le principe de la contradiction. En cela, elle a d'ailleurs bien fait l'objet d'un encadrement assez strict de la part du juge judiciaire, au point même de sembler la dénaturer.

886. Ainsi, il existe déjà des tempéraments aux effets secondaires de la solidarité passive qui permettaient déjà de douter de la pertinence de la représentation mutuelle comme principe explicatif. En effet, cette représentation objective est en réalité assez limitée puisqu'elle ne vaut que pour la conservation et la perpétuation, non pour l'augmentation²³⁰⁵. Elle ne peut donc, en principe, nuire au « représenté »²³⁰⁶. En outre, le représenté retrouve tout de même le droit d'exercer la tierce opposition en cas de collusion frauduleuse entre le créancier demandeur et le coobligé poursuivi²³⁰⁷ ou pour faire valoir une exception personnelle²³⁰⁸. Enfin, le code de procédure civile impose que le jugement, condamnant solidairement ou indivisiblement des parties, soit notifié à chacune d'elles pour faire courir le délai de recours à leur égard²³⁰⁹.

887. En outre, après avoir été critiquée par une partie de la doctrine²³¹⁰, la notion de représentation mutuelle semble aujourd'hui définitivement battue en brèche par la jurisprudence de la Cour de cassation

²³⁰¹ L'idée de représentation mutuelle, avancée par une partie de la doctrine au XIX^e siècle qui ne s'arrêtait pas à l'idée d'unicité de la dette (Sur l'origine de cette idée de représentation entre les codébiteurs solidaires, V. Philippe DIDIER, *thèse. précit.*, p. 282-285), fut effectivement reprise par le juge judiciaire qui présentait le coobligé solidaire comme un « contradicteur légitime et représentant nécessaire de ses coobligés » (V. Civ., 15 janvier 1873, *D.*, 1873, 1, p. 249).

²³⁰² Civ., 1^{er} décembre 1885, *DP*, 1886, 1, p. 251.

²³⁰³ Le régime de l'appel n'est d'ailleurs pas nécessairement favorable aux « représentés » en matière de solidarité. Certes, comme le dispose l'article 552 du code de procédure civile « l'appel formé par l'une [des parties] conserve le droit d'appel des autres, sauf à ces dernières à se joindre à l'instance ». L'appel de l'un des codébiteurs solidaires peut ainsi être une sorte de « relevé de forclusion » en faveur des autres (Cédric BOUTY, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. Droit privé, 2008, n° 522, p. 369). Encore faut-il toutefois que cet appel principal de l'un des codébiteurs soit lui-même recevable (Civ. 2, 15 avril 1981, n° 80-10.228). En outre, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que « si un codébiteur solidaire néglige de relever appel du jugement l'ayant condamné en première instance ou de se joindre au recours recevable formé par son consort, ce jugement a force de chose jugée contre lui, même s'il est réformé sur l'appel du codébiteur » (Com., 9 avril 2002, n° 99-19.600).

²³⁰⁴ Par exemple, la Chambre commerciale a pu considérer que la caution solidaire était aussi représentée par le débiteur principal (Com., 18 octobre 1982, *Bull. civ. IV*, n° 316).

²³⁰⁵ François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^e édition, 2013, n° 1256, p. 1299. V. Civ., 16 décembre 1891, *DP*, 1892, 1, p. 177.

²³⁰⁶ Toutefois, comme le montre M. Philippe Didier en s'appuyant sur le régime de l'appel des codébiteurs solidaires, du moins tel que fixé par la jurisprudence de la Cour de cassation au début du XX^e siècle, (Philippe DIDIER, *thèse. précit.*, n° 397, p. 286-287), cette idée d'une représentation *in utilibus* est largement erronée ou, à tout le moins, doit être relativisée.

²³⁰⁷ Civ. 1, 14 février 1990, n° 88-17.815, *Bull.* 1990, I, n° 42.

²³⁰⁸ Com., 4 octobre 1983, n° 82-12.415, *Bull.* 1983, IV, n° 245.

²³⁰⁹ Art. 529 du code de procédure civile. En revanche, lorsque le jugement leur profite, ces parties peuvent se prévaloir de la notification qui n'aurait été faite qu'à l'une d'elles.

²³¹⁰ V. par ex. Daniel VEAUX, Paulette VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Mélanges Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547.

au nom, précisément, du droit d'accès juge et du principe de la contradiction. Par exemple, la seconde chambre de la Cour de cassation est revenue en 1997 sur sa jurisprudence qui transposait les solutions retenues en matière de délai de prescription à l'égard des codébiteurs solidaires au délai au terme duquel un jugement, rendu par défaut ou réputé contradictoire, qui n'a pas été notifié, doit être regardé comme non avenu. La notification dans les délais légaux à l'un des codébiteurs n'est donc plus suffisante pour rendre un jugement réputé contradictoire opposable aux autres codébiteurs solidaires non comparants²³¹¹.

888. Surtout, dans plusieurs décisions rendues au visa de l'article 6§1 de la CESDHLF, la Cour de cassation a fait « désenfler »²³¹² l'article 583 du code de procédure civile encadrant l'exercice de la tierce opposition, c'est-à-dire retenu une acception plus stricte de la notion de représentation évoquée dans cet article. Elle ainsi ouvert en 2006 la voie de la tierce opposition à l'associé indéfiniment tenu des dettes d'une société civile immobilière contre la décision ayant condamné cette dernière²³¹³ puis, en 2015, à la caution solidaire contre une sentence arbitrale ayant condamné le débiteur principal²³¹⁴.

889. Ainsi, comme le montre le déclin de la représentation mutuelle comme principe explicatif²³¹⁵ ou, à tout le moins, l'encadrement des incidences qui lui sont attachées, l'effet substantiel n'était pas pour la Cour de cassation, au moment où elle s'est prononcée sur le champ de l'obligation préalable, la seule incidence pertinente pour apprécier l'existence d'une atteinte au droit au recours ou au principe de la contradiction²³¹⁶. Il eût donc été possible d'envisager un élargissement du champ des actions collectives soumises à l'obligation supra-législative d'accord préalable.

²³¹¹ Civ. 2, 29 janvier 1997, n° 95-10.046 : « le jugement rendu par défaut ou réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel, portant condamnation solidaire, notifié à l'un des coobligés est non avenu à l'égard de ceux, non comparants, auxquels il n'a pas été notifié dans les délais prévus » à l'article 478 du code de procédure civile.

²³¹² Hugo BARBIER, « La théorie de la représentation mutuelle des coobligés évincée par le droit d'accès au juge », *RTD Civ.*, 2015, p. 882.

²³¹³ Com., 19 décembre 2006, n° 05-14.816, Bull. Civ. IV, n° 254.

²³¹⁴ Com., 5 mai 2015, n° 14-16.644.

²³¹⁵ Néanmoins, tout en approuvant ce déclin de la représentation mutuelle, une partie de la doctrine reconnaît que « les analyses positives nouvelles des solutions font défaut » (François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^e édition, 2013, n° 1257, p. 1302). Quant aux auteurs qui se risquent à proposer un nouveau principe explicatif comme l'existence « d'une certaine communauté d'intérêt entre les codébiteurs solidaires » (Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Droit civil, 2016, n° 1366, p. 759), ils en admettent dans le même temps la limite.

²³¹⁶ D'ailleurs, ainsi que cela sera montré plus avant, le Conseil constitutionnel s'est ensuite focalisé sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée pour apprécier la constitutionnalité du dispositif d'action de groupe mis en place par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Il est toutefois tombé dans l'excès inverse en négligeant alors les autres incidences du jugement et de l'action.

3- Le cas de l'autorité absolue de la chose jugée

890. Sans être pour autant exercée en priorité dans leur intérêt personnel, l'action des groupements peut avoir d'autres incidences sur les membres du groupe. D'une part, ils peuvent être affectés par l'effet non pas substantiel mais « jurisprudentiel » des décisions juridictionnelles. D'autre part, ils peuvent aussi pâtir de « l'autorité absolue de chose jugée » qui est parfois attachée à la décision que le groupement cherche à obtenir. Il s'agit, notamment, des hypothèses dans lesquelles le groupement exerce une action permettant d'obtenir l'annulation d'un acte juridique ou encore une action civile devant le juge pénal, par exemple à l'appui d'une plainte avec constitution de partie civile ou d'une citation directe²³¹⁷. Même réduite à un phénomène d'opposabilité (a), l'autorité absolue de chose jugée dont est revêtue la décision du juge pénal conduit les groupements à faire peser un risque sur les membres des groupes qu'ils prétendent défendre lorsqu'ils exercent une action civile (b), risque que la Cour de cassation ne semble toutefois pas disposée à conjurer (c).

a- Une opposabilité étendue

891. En elle-même, cette notion d'« autorité absolue de chose jugée », qui est parfois mentionnée expressément par les juridictions²³¹⁸, semble incompatible avec le respect du principe de la contradiction. La formule « autorité absolue de chose jugée » serait toutefois erronée. Elle ne serait en réalité que l'une

²³¹⁷ Dégagée de manière prétorienne (Civ., 7 mars 1855, *Quartier, D.*, 1855, 1, p. 8), ce principe de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal implique que lorsque le juge civil connaît de faits qui ont donné lieu à des poursuites pénales, il ne peut méconnaître les énonciations constituant le soutien nécessaire de la décision du juge pénal (Jean PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, Editions Cujas, 17^e édition, 2013, n° 1038, p. 922, n° 1037, p. 921). Le Conseil d'État a aussi précisé que le juge administratif est tenu par l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache aux constatations de fait du juge pénal qui sont le support nécessaire du dispositif de son jugement (CE, 12 juillet 1929, *Vesin*, Rec. Lebon p. 719 ; CE, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 29 novembre 1999, *Mme Wach*, n°s 179624, 188976). Permettant d'éviter les contrariétés de jugements, cette manifestation de la suprématie du pénal a reçu des justifications successives de la part de la doctrine. Au XIX^e siècle, pétris de légicentrisme, les auteurs cherchaient des arguments de textes, se fondant sur les articles 198 et 231 du code civil, faisant de la condamnation par le juge pénal une preuve de la célébration d'un mariage et une cause péremptoire de divorce, ou encore sur l'article 3 du code d'instruction criminelle qui constitue une autre manifestation de la suprématie du criminel en imposant au juge civil de sursoir à statuer jusqu'à ce que le juge pénal ait rendu sa décision lorsque l'action publique a été déclenchée à raison des mêmes faits avant le procès civil ou au cours de celui-ci. Ce n'est que dans un second temps que les auteurs seraient passés d'un argument de texte à un argument d'opportunité (Jean PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, Editions Cujas, 17^e édition, 2013, n°1038, p. 922), mettant en avant soit l'importance de la décision du juge pénal sur la plan social, soit la supériorité des moyens procéduraux, ou encore les deux (V. Jean-Claude SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 21^e édition, 2012, n° 993, p. 442).

²³¹⁸ Que ce soit au sujet des décisions du juge pénal (Par ex., Com., 20 avril 2017, n° 15-21.859 ; CE, 4^e et 5^e chambres réunies, 18 janvier 2017, n° 386144) ou du Conseil constitutionnel (CE, 10^e chambre, 20 mars 2017, n° 400867)

des expressions de la fonction positive de la chose jugée²³¹⁹ qui est elle-même si décriée par une partie de la doctrine²³²⁰ et condamnée, en partie, par la jurisprudence²³²¹.

892. Tandis que l'autorité de chose jugée n'aurait qu'une fonction négative qui est d'éviter que la contestation ne se renouvelle, de garantir l'immutabilité du jugement, l'opposabilité, et elle seule pour Mme Marie-Anne Frison Roche, imposerait « comme vrai l'état de droit dégagé par le jugement »²³²². Dès lors, l'autorité absolue de chose jugée qui est prêtée à certains jugements ne seraient, en réalité, qu'une reconnaissance de leur opposabilité. Il peut sembler effectivement assez contradictoire d'admettre la tierce opposition à l'égard de jugements, comme l'annulation d'un acte administratif en excès de pouvoir²³²³ ou en matière de nationalité²³²⁴, qui sont présentés comme ayant une l'autorité absolue de chose jugée, c'est-à-dire dont l'immutabilité s'imposerait à tous²³²⁵ ou qu'un jugement puisse avoir à la fois une autorité de chose jugée relative et une autorité de chose jugée absolue. La reconnaissance d'une « fonction positive » de l'autorité de chose jugée, et par là même d'une autorité absolue de chose jugée, procéderait donc d'une confusion entre l'opposabilité du jugement et l'autorité de chose jugée²³²⁶.

893. Cette requalification en opposabilité ne fait toutefois pas l'unanimité, même parmi les auteurs qui isolent pourtant bien l'opposabilité et la distinguent de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, tout en distinguant l'opposabilité et l'autorité de la chose jugée, ils évoquent l'autorité absolue de la chose jugée-

²³¹⁹ Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 371, p. 307. Au sein de la doctrine, il existe toutefois des nuances sur ce que recouvre cette dimension positive de l'autorité de la chose jugée. Selon une position médiane, adoptée par la majorité de la doctrine, la dimension positive permettrait à une partie de se prévaloir des constatations d'un précédent jugement alors même qu'il n'y a pas d'identité de matière litigieuse (V. Cédric BOUTY, *thèse.précit.*, n° 20, p. 23). Elle se différencierait donc de la dimension négative de l'autorité de la chose jugée, plus connue et expressément prévue par les textes, qui assure l'immutabilité du jugement en rendant irrecevable toute action en cas d'identité d'objet, de cause ou de parties.

²³²⁰ Pour un panorama récent des différentes positions doctrinales sur la question V. Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 371, p. 307, ndbp n° 166.

²³²¹ V. Civ. 1, 11 juin 1991, Bull. civ. I, n° 199 ; Civ. 2, 5 avril 1991, Bull. civ. II, n° 109 ; Civ. 3, 4 janvier 1991, Bull. civ. I, n° 1 ; Com., 14 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 160 ; Soc., 3 février 1993, Bull. civ. V, n° 42. Comme l'a montré Jacques Héron, la portée de ces décisions ne doit toutefois pas être surestimée. Ainsi, ce rejet de la dimension positive de l'autorité de la chose jugée ne doit pas être compris comme une disparition des motifs décisifs (Jacques HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 131).

²³²² Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 54, p. 61

²³²³ CE, 29 novembre 1912, *Bossuge*, Rec. Lebon, p. 1128.

²³²⁴ Art. 29-5 du code civil.

²³²⁵ Du reste, le même étonnement se retrouvait chez une partie des commentateurs de l'arrêt *Bossuge*. Gaston Jèze, par exemple, voyait dans l'admission de la tierce opposition une atteinte au caractère *erga omnes* des décisions d'annulation (Gaston JÈZE, « La tierce opposition et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1913, p. 338). Ce n'est toutefois pas la relativité de la chose jugée qui constitue la source de la tierce opposition, mais l'opposabilité. En revanche, elle en est une condition nécessaire. Pour les tenants de l'autorité absolue de la chose jugée, en tant que « véritable » autorité de la chose jugée, la solution est de parler d'une autorité de la chose jugée « provisoire » qui serait neutralisée par la tierce opposition (Jean-Marie AUSSEL, *thèse.précit.*, n° 241, p. 253) ou de présenter l'ouverture de la tierce opposition comme une simple exception (Loïc CADIET, Emmanuel JEULAND, *op.cit.*, n° 738, p. 691-692).

²³²⁶ V. aussi Nathalie FRICERO, Pierre JULIEN, *Procédure civile*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Manuel, 5^e édition, 2014, n° 762, p. 328 ; Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 1213, p. 873.

ce qui, force est de constater, ne facilite pas l'appréhension du phénomène²³²⁷ - ou mentionnent simplement la dimension positive de l'autorité de la chose jugée²³²⁸.

894. En réalité, dans ce dernier cas de figure, certains de ces auteurs retiennent une conception plus stricte de l'opposabilité, la réservant aux tiers²³²⁹, et ils font de l'identité des parties une condition nécessaire de la manifestation de la fonction positive de l'autorité de la chose jugée²³³⁰. Il peut toutefois sembler surprenant qu'ils ne se réfèrent pas plutôt à la notion de « force obligatoire » qui constitue l'équivalent de l'opposabilité pour les destinataires de l'acte juridictionnel. Par exemple, Mme Corinne Bléry, suivant sur cette question M. Daniel Tomasin²³³¹, plutôt que Jean Foyer²³³², refuse d'y voir une expression de la force obligatoire du jugement en mettant l'accent sur la communauté d'objet de cette incidence avec la dimension négative de l'autorité de la chose jugée. Pour elle, il serait incorrect d'y voir cet élément constitutif de l'efficacité substantielle dès lors qu'il s'agit, comme avec la dimension négative de l'autorité de la chose jugée, d'assurer l'immutabilité de la vérification juridictionnelle d'un premier jugement²³³³. En revanche, avec M. Daniel Tomasin, l'auteure concède que si un tiers entre en jeu, il s'agit bien d'un phénomène d'opposabilité²³³⁴. Ce faisant, ces auteurs admettraient une extension de l'objet de l'opposabilité à la vérification juridictionnelle, alors qu'ils la cantonnent aussi au rang d'élément constitutif de l'effet substantiel²³³⁵. C'est notamment cette extension de l'objet de l'opposabilité qui conduit M. Antoine Botton à dire qu'il ne s'agit que d'une manifestation de la dimension positive de l'autorité de la

²³²⁷ Les auteurs de la *Théorie générale du procès* reconnaissent eux-mêmes qu'il n'est « pas simple » « de distinguer opposabilité du jugement et ce qu'il est convenu de dénommer autorité absolue de chose jugée » (Loïc CADIET, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 3^e édition, n° 468, p. 863). Par exemple, René Chapus décrit l'autorité absolue de chose jugée comme la situation dans laquelle « la chose jugée (...) est opposable à toute personne » (René CHAPUS, *op.cit.*, n° 1208, p. 1093). Est-ce alors à dire que les jugements dont l'autorité de chose jugée n'est que relative ne sont pas opposables aux tiers ?

²³²⁸ Par exemple, bien qu'ils prennent soin de distinguer l'autorité de chose jugée et l'opposabilité et dénoncent les confusions entretenues par les juridictions et réfutent l'idée même d'« autorité absolue de la chose jugée » (Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 365, p. 303), MM. Jacques Héron, Thierry Le Bars et Karim Salhi évoquent une « autorité positive de chose jugée » qui apparaîtrait lorsque « l'identité de matière litigieuse n'est que partielle » mais que l'une des parties peut opposer à l'autre « ce qui a déjà été décidé dans la première instance » (Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 370, p. 306-307). Enfin, si les auteurs ne sont pas favorables à une consécration générale de cette autorité positive de chose jugée, c'est plutôt pour des raisons pratiques (Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 372, p. 309-310; V. aussi Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 1225, p. 883-884).

²³²⁹ Ce que ne semble pas faire, par exemple, Mme Marie-Anne Frison-Roche qui, tout en se référant aux travaux de M. José Duclos, ne présente pas l'opposabilité comme un effet exclusivement *extra partes*. Il est vrai toutefois que pour illustrer son propos, l'auteure évoque un tiers, en l'occurrence le juge, dont la liberté d'appréciation est restreinte.

²³³⁰ Corinne BLÉRY, *op.cit.*, n° 194, p. 132. V. aussi *in fine* Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 370, p. 306-307.

²³³¹ Daniel TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 143, 1975, p. 173-233.

²³³² Jean FOYER, *op.cit.*, p. 590.

²³³³ Corinne BLÉRY, *op.cit.*, p. 128-133.

²³³⁴ Daniel TOMASIN, *op.cit.*, n° 274 p. 203 cité par Corinne BLÉRY, *op.cit.*, p. 132, ndbp n° 606.

²³³⁵ Il est alors surprenant qu'ils n'admettent pas, symétriquement, une telle extension s'agissant de la force obligatoire qui s'impose aux parties et qu'ils persistent à rattacher ce phénomène à une vision extensive de l'autorité de la chose jugée.

chose jugée, même étendue *extra partes*²³³⁶, tout en récusant l'expression d'« autorité absolue » qu'il juge inadaptée²³³⁷.

895. Ramenée ainsi à sa juste place, comme un phénomène d'opposabilité ou d'autorité positive de la chose jugée, « l'autorité absolue de chose jugée » du jugement pénal serait donc parfaitement admissible puisque le principe de la contradiction n'impose pas la relativité de l'opposabilité mais seulement celle de l'effet substantiel et de l'autorité de la chose jugée dans sa dimension négative. Toutes ces variations terminologiques ne suffisent toutefois pas à masquer le fait que le résultat reste finalement le même pour les tiers et que cette opposabilité ou cette autorité positive de la chose jugée peut leur préjudicier²³³⁸, *a fortiori* lorsqu'elle n'est pas compensée, comme devant le juge pénal, par l'ouverture de la tierce opposition.

b- Le problème de l'opposabilité étendue devant le juge pénal

896. Eu égard à cette seule autorité, l'issue d'une action civile engagée par le groupement devant le juge pénal serait déterminante aussi bien pour les droits et obligations à caractère civil du requérant que ceux des victimes directes de l'infraction. Au reste, pour justifier l'applicabilité de l'article 6 § 1 à la constitution de partie civile dans son arrêt *Perez*, la Cour européenne des droits de l'homme a tenu compte, notamment, de « l'autorité de la chose définitivement jugée au pénal sur le civil » existant dans la législation interne²³³⁹. Le risque de cette action, pour les membres du groupe défendu pris individuellement, ne proviendrait donc pas tant des effets du jugement escompté mais plutôt de cette autorité absolue de la chose jugée.

897. C'est cette dernière hypothèse qui retiendra l'attention ici tant la question du respect du droit d'agir en justice et du droit à réparation de la victime à l'occasion d'une action en défense d'un intérêt

²³³⁶ L'auteur met aussi en avant la fonction que remplit l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil qui n'est pas d'éviter que la modification de l'ordonnancement juridique résultant de la décision du juge ne demeure étrangère au tiers, mais que le juge civil ne contredise ultérieurement la vérification juridictionnelle du juge pénal (Antoine BOTTON, *thèse.précit.*, p. 74-76).

²³³⁷ Partant d'une définition lexicale de l'adjectif « absolu », l'auteur estime que l'autorité du pénal sur le civil ne peut être qualifiée comme telle. D'une part, elle ne peut être regardée comme une autorité ne connaissant « aucune restriction ni réserve » au regard des décisions de la Cour de cassation qui l'ont circonscrite. D'autre part, elle ne peut être regardée comme une autorité « considérée en elle-même et non par rapport à autre chose ». Certes, elle n'est pas soumise aux conditions de l'article 1351 - désormais 1355 - du code civil. Toutefois, comme l'autorité de la chose jugée au civil, l'autorité de la chose jugée au pénal s'apprécie par rapport à la question litigieuse dont le juge à connaître. Sans cela, elle ne pourrait remplir sa fonction qui est d'éviter la contradiction entre deux décisions. En ce qu'elle s'apprécie bien par rapport à quelque chose, l'autorité de la chose jugée au pénal est donc aussi relative (Antoine BOTTON, *thèse.précit.*, p. 37-40).

²³³⁸ V. dans ce sens Jean PRADEL, *op.cit.*, n° 1038, p. 922 : « si lors du procès pénal, la victime ne s'est pas constituée, on va lui opposer ensuite un jugement fondé sur des preuves qu'elle n'aura pas pu discuter, ce qui est une méconnaissance du contradictoire, et des droits de la défense ». Dans le même ordre d'idées, Mme Marie-Anne Frison Roche, qui par ailleurs réfutait cette notion d'autorité absolue de chose jugée, estimait qu'elle était « catastrophique » (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 64, p. 67) dès lors qu'elle permettait de « légitimer des effets directs sur les tiers » (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 65, p. 67). L'auteur se plaçait toutefois d'un point de vue différent de celui de M. Jean Pradel puisqu'elle donnait l'exemple de la condamnation au civil de l'assureur du prévenu condamné par le juge pénal (Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 94, p. 102). Bien que faisant intervenir formellement un autre juge, Mme Marie-Anne Frison-Roche estimait que ce système rendait « la condamnation civile automatique » alors que le principe du contradictoire imposerait que « la personne atraite puisse devant le juge civil » puisse « discuter des éléments déjà soumis au juge pénal, dans leurs conséquences à leur égard, car, ce qui est indiscutable, opposable à tous, c'est la seule condamnation ou relaxe du prévenu ».

²³³⁹ CEDH, (G.C.), 12 février 2004, *Perez c. France*, n° 47287/99, § 66.

collectif semble s'y poser avec le plus acuité, même si elle a été circonscrite par la jurisprudence²³⁴⁰ et atténuée par le législateur²³⁴¹.

898. En premier lieu, une telle autorité est reconnue à la décision du juge pénal quel que soit son sens, ce qui n'est pas le cas, par exemple, pour celle du juge de l'excès de pouvoir. En effet, tandis que la décision de rejet du juge de l'excès de pouvoir n'a qu'une autorité relative de la chose jugée, la partie répressive de la décision de relaxe ou d'acquiescement, motivée par la non-existence des faits délictueux, se voit bien reconnaître une « autorité absolue de chose jugée ». Autrement dit, l'action civile du groupement n'est pas seulement susceptible de contrarier les membres du groupe qu'elle prétend représenter et qui se satisfont en réalité d'une violation de la règle droit²³⁴². Au reste, il serait absurde qu'un individu blâmât un groupement d'avoir entravé l'exercice d'un droit qu'il ne désirait pas exercer.

899. Ici, les membres du groupe qui ont été personnellement lésés par l'infraction peuvent pâtir des erreurs commises par le groupement lors de l'exercice de cette action civile s'ils désirent être eux-mêmes indemnisés. L'échec éventuel du groupement devant le juge pénal, qui rendrait une décision de relaxe ou d'acquiescement motivée par la non-existence matérielle des faits délictueux par exemple²³⁴³, obère bien les chances d'indemnisation de la victime qui désirerait engager une action devant le juge civil. Elle conduit à dresser un obstacle dirimant à l'action des victimes dont l'affaire a servi de prétexte à la défense d'un intérêt collectif. Absentes lors de l'action introduite par le groupement devant le juge pénal, les victimes seront ensuite « bâillonnées devant le juge civil »²³⁴⁴. En outre, à la différence de la décision d'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir, celle du juge pénal ne peut pas faire l'objet d'une tierce opposition de la part de la victime dont elle lèserait les intérêts²³⁴⁵.

²³⁴⁰ La Cour de cassation a ainsi précisé qu'une telle autorité ne s'attache qu'aux constatations certaines qui constituent le soutien nécessaire de décisions irrévocables rendues par des juridictions répressives françaises de jugement et qui sont relatives « à l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé » (Par ex., Civ. 2, 3 mai 2006, Bull. Civ. II, n° 112).

²³⁴¹ En revenant sur l'unité de la faute civile et de la faute pénale, l'article 4-1 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 relative à la définition des délits non intentionnels, n'exclut pas que la première puisse exister indépendamment de la seconde, l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne faisant alors pas obstacle, précise-t-il, à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1241 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie. Dans le même ordre d'idées, l'article 4 du code de procédure pénale, tel que modifié par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, permet au juge civil de ne pas surseoir à statuer lorsque la demande dont il est saisi ne tend pas à la réparation du dommage causé par l'infraction, quitte à ce que sa décision contredise celle du juge pénal.

²³⁴² Ce qui était le cas, du moins selon la société Bricorama, dans l'affaire qui avaient donné lieu à l'arrêt de la Chambre sociale du 5 juin 2013.

²³⁴³ Cette inexistence matérielle constitue effectivement un élément nécessaire de la décision de relaxe du juge pénal qui est revêtue à ce titre de l'autorité absolue de la chose jugée (Par ex., Soc., 20 mars 1997, Bull. civ. V, n° 120, Soc., 2 mai 2001, n° 98-45.894 ; Soc., 23 janvier 2002, n° 99-44.356).

²³⁴⁴ V. aussi Antoine BOTTON, *thèse précit.*, n° 484, p. 269.

²³⁴⁵ Il n'existe effectivement pas dans le code de procédure pénale de dispositions équivalentes à celles se trouvant aux 582 à 592 du code de procédure civile et la Cour de cassation a constamment réaffirmé l'impossibilité d'exercer une telle voie de recours contre une décision du juge pénal. Cette absence de la tierce opposition en matière pénale ne serait d'ailleurs que « la traduction naturelle et logique de « l'autorité absolue » de la chose jugée » (Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 921, p. 768). C'est peu ou prou cette idée que défendait M. Albert Tissier lorsqu'il s'interrogeait sur les motifs pertinents de cette absence de tierce opposition contre les décisions du juge pénal. Alors que d'aucuns, s'appuyant sur l'arrêt de la Chambre

c- L'indifférence de la Cour de cassation à un risque finalement exceptionnel

900. La Chambre criminelle n'est pas allée jusqu'à permettre l'exercice de cette voie de recours comme le réclamait une partie de la doctrine²³⁴⁶. Tout au plus, elle a admis comme palliatif l'ouverture de l'appel à un tiers qui n'avait ni demandé à intervenir, ni n'avait été appelé en cause en première instance²³⁴⁷. Toutefois, il s'agissait alors de l'assureur du prévenu qui avait été condamné, *in solidum* avec ce dernier, à payer des dommages et intérêts à la partie civile. C'est donc l'effet substantiel du jugement qui a motivé l'extension de cette voie de recours et il est douteux que la Chambre criminelle procède de même au profit de la victime dans l'hypothèse évoquée précédemment.

901. Néanmoins, comme le montre M. Antoine Botton, l'ouverture de la voie de la tierce opposition serait inutile au regard de sa fonction²³⁴⁸ et constituerait même un dévoilement de ses conditions d'exercice car elle serait exercée par des tiers contre une décision rendue à la suite d'une action attitrée²³⁴⁹. L'action publique peut effectivement être regardée comme une action qui n'est « attitrée » en principe qu'au ministère public car les parties civiles, comme les groupements défendant des intérêts collectifs qui ont pu être spécialement habilités à agir par le législateur, ne peuvent que la mettre en mouvement et non l'exercer.

902. À défaut de revenir totalement sur cette primauté du pénal, il peut donc sembler préférable, pour garantir le respect de la liberté personnelle, de généraliser la condition d'accord préalable aux hypothèses dans lesquelles un groupement est admis à exercer les droits de la partie civile dès lors qu'une victime de l'infraction est identifiable et de ne pas la réserver aux actions dites de substitution. Toutefois, en pratique, l'efficacité du système de preuve en procédure pénale, qui d'ailleurs constitue l'une des maigres justifications de cette primauté du jugement pénal, devrait éviter que la victime pâtisse ainsi de l'éventuelle incurie du groupement qui déciderait d'exercer les droits de la partie civile. En outre, la condition de « nécessité », qui permet de déterminer les éléments décisionnels qui s'imposeront éventuellement aux

criminelle du 3 juin 1808, mettaient en avant le caractère personnel de la condamnation, l'auteur estimait qu'une telle justification n'était pas suffisante car elle omet l'autorité de la chose jugée du criminel sur le civil. Toutefois, c'était précisément ce principe qui justifiait l'absence de tierce opposition car c'était risquer de remettre en cause « l'ordre public » et « l'intérêt social » qui sous-tendaient cette autorité attachée aux décisions du juge pénal (Albert TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Paris, Arthur Rousseau, 1890, p. 110-116).

²³⁴⁶ Par ex., Marie-Anne FRISON-ROCHE, *thèse.précit.*, n° 78, p. 78 ; Georges WIEDEHKER, « Chose jugée », *Répertoire Dalloz procédure civile*, § 380.

²³⁴⁷ Crim., 7 octobre 2003, n° 02-88.383.

²³⁴⁸ Cette voie de recours utilisée ici plus pour contester la vérification juridictionnelle que pour éviter que les incidences de la décision du juge ne nuisent aux tiers (Antoine BOTTON, *thèse.précit.*, n° 491, p. 272-273). Autrement dit, il s'agit de s'intéresser plus aux motifs qu'au dispositif de la décision alors que la Cour de cassation a bien précisé que la tierce opposition n'est ouverte que contre ce dernier (Civ. 2, 3 juin 1970, Bull. civ. II, n° 196).

²³⁴⁹ Antoine BOTTON, *thèse.précit.*, n° 492, p. 273-274. La Cour de cassation a précisé que cette voie de recours « n'est pas ouverte lorsque la décision qu'elle prétend critiquer a été rendue à la suite d'une action dont la loi réserve l'exercice à certaines personnes qu'elle désigne » (Civ. 1, 7 juin 1995, n° 93-16.089, Bull. civ. I, n° 237). En effet, dans le cas contraire, l'exercice de cette voie de recours pourrait constituer un moyen de contourner les limites tenant au caractère attitré de l'action.

juges civils, est appréciée plus strictement s'agissant des décisions de relaxe que celle de condamnation²³⁵⁰. Il faut donc admettre qu'il ne s'agirait donc en pratique que d'une hypothèse limitée et rarissime.

903. Le champ de l'obligation d'accord préalable, tel qu'il fut tracé par les juridictions à partir des normes constitutionnelles et conventionnelles destinées à assurer le primat des intérêts individuels peut donc sembler lacunaire. En effet, à partir de ces mêmes normes, telles qu'interprétées d'ailleurs par ces mêmes juridictions, il pourrait tout à fait être élargi à certaines demandes des groupements qui ne sont que directement motivées par l'atteinte à l'intérêt individuel d'un tiers, comme les actions civiles pouvant être exercées devant le juge pénal.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

904. Avant la mise en place des nouvelles actions collectives, seule l'action de substitution représentait donc une menace pour les assises constitutionnelles et conventionnelles de l'individualisme au point d'imposer au jurislatureur de contraindre les groupements à obtenir l'accord préalable des personnes dont ils prétendent défendre les intérêts. Toutefois, ce noyau dur de l'individualisme processuel reste enveloppé d'un halo brumeux tant sa définition - positive comme négative - par les juridictions se révèle incohérente.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

905. S'il innerve l'ensemble des voies de recours dont les groupements peuvent user pour défendre des intérêts collectifs, le primat des intérêts individuels sur les intérêts collectifs ne s'impose au jurislatureur que lorsque l'action des groupements les conduit à opérer une substitution processuelle, à introduire une demande dont le but prioritaire est la défense de l'intérêt personnel d'un tiers. C'est du moins l'avis des juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois. Cette frontière, qu'il n'est déjà pas facile de tracer, tant les intérêts collectifs et individuels sont imbriqués, est brouillée par les errements des juridictions quant à la définition à retenir de l'action de substitution. Cette délimitation n'a été opérée par ces juridictions que, d'une part, pour l'obligation d'accord préalable impliquée par la liberté personnelle constitutionnellement protégée et les stipulations de l'article 6§1 de la CESDHLF et il n'est pas exclu que les directives anti-discrimination concernent certaines demandes dont le but principal n'est pas la satisfaction de l'intérêt propre d'autrui mais qui sont motivées par l'atteinte à un tel intérêt. D'autre part,

²³⁵⁰ En principe, la Cour de la cassation estime que seule la *causa proxima*, c'est-à-dire la cause directe, de la relaxe bénéficie de « l'autorité absolue de la chose jugée », semblant ainsi négliger ses causes réelles. Autrement dit, elle privilégie le constat de l'absence de faute par le juge pénal aux énonciations relatives à d'éventuelles causes d'exonération de la responsabilité pénale. Toutefois, cette position doit être nuancée car la Cour de cassation n'exclut pas d'étendre, ponctuellement, cette autorité aux énonciations relatives à des causes secondaires de la relaxe comme la légitime défense du prévenu (Antoine BOTTON, *thèse. précit.*, p. 199-202).

pour limiter ainsi le champ de l'obligation d'accord préalable, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation semblent ne considérer que l'effet substantiel du jugement escompté par la demande du groupement et n'avoir cure de cette forme de pouvoir symbolique inhérent à toute revendication de représentativité²³⁵¹ et, surtout, de l'atteinte éventuelle à la vie privée de la personne dont le litige sert de prétexte à l'action en défense d'un intérêt collectif. Il reste qu'apparaissait un « angle mort » dans la protection des intérêts collectifs. Latente dans tout litige, celle-ci pouvait pâtir de l'abstention d'individus qui, par peur, par manque de moyen ou simplement par calcul rationnel, répugneraient à engager eux-mêmes une action en justice. Si l'action de tiers, comme les groupements privés, semble représenter un palliatif, elle présente alors la forme d'une action pour autrui que le jurislatureur est contraint d'encadrer strictement. Ainsi, même réduit ainsi à la portion congrue, le noyau dur de l'individualisme procédural restait un caillou dans la chaussure des groupements que le législateur ne pouvait ôter que d'une main tremblante lors de la mise en place, par exemple, d'une « véritable » action de groupe.

CONCLUSION DU TITRE 2

906. Les vertus correctrices prêtées à aux actions collectives privées ne permettent donc pas à tous les groupements privés d'éviter les contraintes liées au modèle individualiste de l'action en justice et de prétendre à ce qui pourrait ainsi apparaître comme un statut de « requérants privilégiés ». Avant de pouvoir accéder au juge et d'y faire entendre leurs propres revendications de représentativité, ils doivent effectivement passer sous les fourches caudines et se plier aux exigences imposées par un jurislatureur qui, dans sa quête de préservation des équilibres que de telles actions pourraient venir troubler, semble encore, après plus d'un siècle, avancer à tâtons. Si les limites auxquelles les différentes formes d'action collective de groupements privés existant avant 2014 et 2016 étaient susceptibles de se heurter sont au moins, si ce n'est plus disparates que leurs fondements juridiques, leur analyse a au moins permis de relever les différents intérêts que de telles actions peuvent heurter et dont les juges et le législateur peuvent ou même parfois doivent tenir compte pour organiser leur exercice. Parmi ces intérêts peuvent alors se trouver ceux des personnes appartenant au groupe que ces groupements prétendent défendre mais aussi ceux des autorités publiques en charge d'intérêts collectifs que leurs actions collectives peuvent pourtant aussi appuyer et dont les prérogatives peuvent être, selon la nature des intérêts en cause, plus ou moins ménagées. Finalement, les limites opposées aux actions collectives des groupements privés ressemblent parfois pour elles à une ligne de crête, le jurislatureur veillant à ce que ce supplétif ne se transforme pas en substitut.

²³⁵¹ Cf. Chapitre 1 du Titre I de la première partie.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

907. L'étude des fondements et des limites des différentes formes d'actions collectives que les groupements privés pouvaient déjà exercer avant les lois de 2014 et de 2016, en somme les contours du cadre qui leur était dévolu par le jurislatureur pour défendre les intérêts collectifs visés par leurs statuts, a permis de cerner, en premier lieu, ce qui fait la spécificité de telles actions, c'est-à-dire ce qu'elles ont de si hétérodoxe au regard du modèle individualiste de l'action en justice et de potentiellement si subversif pour les autorités publiques. Ainsi, quand bien même il serait possible de considérer que tous les groupements privés ont un intérêt propre à défendre en justice l'intérêt visé par leur objet social, les actions collectives, quelle que soit la forme qu'elles prennent, imposent aux juges qui en sont saisis de se détacher de la situation personnelle du groupement requérant et, par là même, de considérer une situation collective qui donne une autre dimension au litige qu'il doit trancher. Ces actions juridictionnelles sont aussi pour les groupements privés l'un des moyens qui leur permet de porter une revendication de représentativité et, ce faisant, de contester le monopole dont peuvent disposer des autorités publiques en la matière. Elles présentent toutefois une vertu correctrice que le jurislatureur, confronté notamment aux limites des actions publiques et des autres actions privées, ne peut ignorer. C'est donc avec une certaine méfiance, qui est plus ou moins prononcée selon la nature des intérêts qu'elles permettent de protéger ou auxquels elles seraient susceptibles de porter atteinte, que le jurislatureur a permis le développement de ces actions collectives. Il a alors veillé - parfois maladroitement - à ce que ces actions ne soient pas détournées ainsi qu'au respect de la liberté personnelle des membres des groupes défendu. Les hypothèses dans lesquelles les intérêts individuels doivent primer sur les intérêts collectifs ayant été ainsi identifiées, il convient désormais de voir si la mise en œuvre de cette limitation restreint effectivement les possibilités pour les groupements d'intervenir dans les rapports de droit public par l'action en justice et comment les nouvelles actions collectives mises en place à partir de 2014 ont permis de la surmonter en perturbant éventuellement les équilibres ayant façonné ce cadre.

SECONDE PARTIE : L'accélération de la dynamique : l'essor de nouvelles formes d'actions collectives

908. Compte tenu des obstacles que rencontraient les groupements pour défendre les intérêts individuels de tiers, et par là même des intérêts collectifs pluri-personnels, la mise en place de nouvelles actions collectives apparaissait effectivement comme une nécessité, ne serait-ce que pour assurer un traitement plus efficace des litiges sériels (Titre 1). C'est en essayant de respecter le cadre supra-législatif dans lequel s'insèrent les actions collectives, et dont la mise en œuvre crée des angles morts dans la défense des intérêts collectifs, que le législateur parvint à innover avec les différentes actions de groupe et l'action en reconnaissance de droits individuels. Néanmoins, s'appuyant sur des fondements similaires à ceux des précédentes actions collectives et étant soumises aux mêmes limites, ces nouvelles procédures, dans lesquelles le législateur semble avoir surtout trouvé un nouveau moyen de réguler le flux contentieux, présentent de trop nombreuses apories pour répondre parfaitement à cette aspiration (Titre 2).

TITRE 1 : La mise en place des nouvelles actions collectives

909. Les limites posées à l'exercice des actions collectives pour autrui a créé un angle mort dans la défense des intérêts collectifs que les différentes procédures destinées à rationaliser le traitement des litiges sériels ne sont pas parvenus à combler (Chapitre 1). C'est donc tant pour accroître le niveau de protection des intérêts personnels ainsi que des intérêts collectifs qui leur sont liés que pour satisfaire à l'objectif de bonne administration de la justice que la mise en place de nouvelles actions collectives s'est imposée comme une évidence à un législateur qui demeure néanmoins encore pusillanime (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : La nécessité de nouvelles actions collectives

910. Pour apprécier la réalité de l'obstacle que constitue l'individualisme procédural, il ne faut pas se contenter des proclamations qui essaient dans quelques décisions. Tout au plus, informent-elles sur les contraintes qui pèsent sur le jurislatureur lorsqu'il encadre l'action des groupements, mais non sur celles qu'il fera effectivement peser sur eux. Il faut donc aller au-delà et s'intéresser à la mise en œuvre de cette limitation dans les différentes voies de droit ou les différents dispositifs grâce auxquels des groupements sont susceptibles d'intervenir dans les rapports de droit public en agissant en défense des intérêts personnels d'autrui.

911. Pour ce faire, il ne faut pas se contenter des chemins que le jurislatureur a tracés, avec plus ou moins de soin, pour permettre aux groupements d'agir ainsi au profit de tiers, c'est-à-dire à l'action de substitution, qui a été introduite devant le juge administratif, à l'action en représentation conjointe ou encore au recours pour excès de pouvoir que les groupements peuvent exercer contre des décisions personnelles en tant que tiers. Il faut aussi s'intéresser aux voies qui permettraient aux groupements d'atteindre le même but sans emprunter des chemins qui, quoique rectilignes, s'avèreraient impraticables. À cet égard, ils peuvent s'engouffrer sur les nouvelles routes dégagées au nom de l'exigence de bonne administration de la justice, alors même que l'activisme contentieux qui leur est parfois prêté devrait les y rendre suspects²³⁵². Les différentes techniques de gestion des contentieux dits sériels ont ceci d'attrayant qu'elles s'appuient, d'une façon ou d'une autre, sur la dimension collective inhérente à tout litige et relèguent ainsi la singularité des parties au second plan. Au reste, seule une telle étude permet de faire apparaître, par contraste en quelque sorte, la nécessité de nouvelles actions collectives en droit public. Celle-ci s'apprécie en effet tant au regard des possibilités dont disposent les groupements - ou tout autre requérant d'ailleurs - pour agir en défense des intérêts d'autrui que des exigences de bonne administration de la justice. Il apparaît que le jurislatureur a effectivement encadré de manière assez stricte - mais tout aussi erratique - les conditions dans lesquelles les groupements peuvent agir en justice au moyen d'une demande dont le but prioritaire est la défense de l'intérêt personnel d'un tiers (Section 1). Alors qu'elles auraient pu offrir un palliatif à cet encadrement relativement strict de l'action pour autrui, les différentes dispositions permettant de rationaliser le traitement des litiges sériels ne s'avèrent pas être d'un grand secours pour les groupements tant leur champ d'application, leurs effets et les possibilités d'instrumentalisation qu'elles offrent sont limités (Section 2).

²³⁵² Le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif voyait ainsi leur ombre tutélaire planant sur les « requêtes-pétitions » engageant les juridictions (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.prévit.*, p.10).

SECTION 1 : La mise en œuvre de la limitation d'inspiration individualiste devant les juridictions internes

912. En dépit de quelques incohérences et d'écarts ponctuels, le primat de l'intérêt individuel - et plus largement personnel - sur l'intérêt collectif est globalement garanti tant dans la jurisprudence du Conseil d'État sur les recours des groupements contre les décisions individuelles (§ 1) que dans le régime des différentes actions de substitution (§ 2). Si elle ne semble pas connaître d'infléchissement, cette volonté constante du juriste d'éviter que l'intérêt personnel ne soit sacrifié sur l'autel de la défense de l'intérêt collectif peut toutefois être contournée par les groupements qui désireraient intervenir dans des rapports de droit public sans l'accord des principaux intéressés (§ 3).

§1- L'encadrement de l'action collective des groupements privés dans le contentieux de l'excès de pouvoir

913. Le contentieux de l'excès de pouvoir semble constituer le meilleur point de départ pour apprécier la réalité, la solidité de l'obstacle posé à l'action des groupements. En effet, portés par la finalité holiste que cette voie de droit semble poursuivre lorsqu'elle est exercée contre des décisions individuelles par des tiers, les groupements semblent en mesure, au gré des circonstances de l'espèce et de l'importance que le juge accorde aux intérêts en présence, de submerger les intérêts et les convenances personnels des destinataires des décisions attaquées. Le Conseil d'État a néanmoins érigé une digue protectrice en rendant, en principe, inaccessible certaines décisions individuelles à l'action contentieuse des groupements. Comme à son habitude, il n'est toutefois guère disert dans ses décisions sur la doctrine qu'il adopte pour apprécier la recevabilité du recours excès de pouvoir des groupements contre les décisions individuelles²³⁵³. Il faut donc se tourner vers les conclusions des commissaires de gouvernement et la doctrine universitaire pour tenter de découvrir le sens et la cohérence de cette jurisprudence. Toutefois, les présentations traditionnelles de cette jurisprudence échouent dans leur tentative de systématisation, même celle désirant rendre compte de son pragmatisme (A). Sauf à céder à une forme de coquetterie doctrinale mal placée, il semble qu'il faille se rendre à l'évidence et se contenter, avec la doctrine contemporaine, d'une opposition entre les décisions individuelles favorables et défavorables tout en admettant les limites d'une telle présentation (B).

²³⁵³ Tout au plus, le Conseil d'État se contente de formulations très générales pouvant d'ailleurs laisser penser que les groupements n'ont jamais intérêt pour agir par la voie du recours pour excès de pouvoir contre ces décisions. V. par exemple, CE, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 19 mars 1997, n°167677 : « Considérant que s'il est loisible à un syndicat de magistrats d'intervenir dans une instance où est contestée par un magistrat une décision individuelle le concernant, ce syndicat est en revanche sans qualité pour présenter devant la juridiction administrative des conclusions tendant à l'annulation de ladite décision individuelle ».

A- Les présentations traditionnelles de l'intérêt pour agir des groupements dans le recours pour excès de pouvoir

914. D'après Georges Liet-Veaux et M. Louis Boré, il serait possible d'identifier trois conceptions de la décision individuelle susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de la part de groupements défendant des intérêts collectifs : une première élaborée par Romieu (1), une deuxième par Corneille (2) et une troisième - plus souple - dont la paternité est attribuée à Louis Rolland (3).

1- La conception originelle exposée par Jean Romieu

915. Sans doute, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de faire le départ entre l'action individuelle et l'action de groupements défendant des intérêts collectifs au cours du XIX^e siècle²³⁵⁴. Toutefois, c'est bien au commissaire du gouvernement Jean Romieu, dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, que semble devoir être attribuée la première tentative de systématisation des conditions d'exercice de l'action des groupements en présence d'une décision individuelle dont ils ne sont pas les destinataires.

916. Dans ses conclusions, Romieu cherchait avant tout à systématiser la distinction entre l'action individuelle de l'action syndicale afin d'éviter que la seconde ne se substituât à la première. S'inspirant des solutions rendues précédemment par le Conseil d'État et la Cour de cassation en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle, il observait qu'une action individuelle se caractérisait par l'allocation d'une indemnité ou d'un avantage individuel au profit du seul requérant. Pour distinguer ces deux actions dans le contentieux de l'excès de pouvoir, il fallait donc s'intéresser aux conséquences de l'annulation en prenant comme critère le résultat « immédiat et direct »²³⁵⁵ du procès sur le requérant²³⁵⁶. Or, l'annulation d'une décision individuelle de refus, qu'il qualifiait de décision « négative », impliquait l'allocation d'un titre, d'un avantage individuel et nominatif. En revanche, il en allait autrement lorsque cette décision était « collective » ou une décision individuelle « positive », c'est-à-dire lorsque l'autorité acceptait de faire « acte de ses fonctions »²³⁵⁷. Sans doute, dans l'hypothèse d'une décision individuelle négative, le groupement pouvait trouver un avantage moral à ce que la demande individuelle fût satisfaite mais cela

²³⁵⁴ Cf. *Supra*, n° 779.

²³⁵⁵ Comp. Pierre WALDECK-ROUSSEAU, « Consultation à propos du jugement du tribunal de commerce de Nice du 15 juin 1886, *Rosset c. Dalmas ès qualités* », *Recueil périodique de procédure*, 1887, p.49

²³⁵⁶ Autrement dit, l'effet substantiel du jugement ou, ce qui revient au même, le but prioritaire de la requête.

²³⁵⁷ Jean ROMIEU, Conclusions sur Conseil d'Etat, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, Rec. Lebon, p. 982). Contrairement à ce qu'affirme M. Louis Boré, pour Romieu, cela ne correspondait pas nécessairement à des hypothèses dans lesquelles l'administration accepte ou refuse de « créer des droits ou des obligations nouveaux » (Louis BORE, *thèse précit.*, n° 239, p. 232). La notion d'« acte positif » semble aussi recouvrir des actes qui seraient regardés comme simplement reconnaîtifs. En effet, dans de précédentes conclusions rendues dans le cadre de litiges ayant aussi trait à l'application de la loi du 13 juillet 1906, les actes négatifs, par exemple, étaient décrits comme « des actes qui refusent de reconnaître un droit » (Jean ROMIEU, Conclusion sur CE, 30 novembre 1906, *Denis et Rage-Roblot*, Rec. Lebon, p. 867) (nous soulignons).

ne pouvait lui conférer qu'un intérêt pour intervenir et non pour agir en annulation. Pour exercer ce recours en annulation, le groupement devait disposer d'un mandat du ou des destinataires de la décision individuelle négative. En revanche, le commissaire du gouvernement n'était pas opposé à ce que l'action syndicale pût profiter aux membres du groupement défendu. Il précisait bien que ce serait par une « *fausse analogie* » que l'on transposerait la solution appliquée au recours d'une chambre syndicale de patrons contre un refus de dérogation individuel à un recours qui serait formé par un syndicat ouvrier contre un arrêté accordant une telle dérogation²³⁵⁸.

917. L'exigence d'un mandat exprès pour attaquer une décision individuelle négative ou pour engager une action en réparation d'un préjudice individuel était quant à elle destinée à garantir la primauté de la volonté individuelle conformément aux dogmes civilistes individualistes. Toutefois, il convient d'aller au-delà de cette présentation qui est peut-être un peu trop simplificatrice.

918. Les conclusions Romieu sur l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* sont en réalité assez ambiguës s'agissant des garanties dont doivent bénéficier les personnes dont les intérêts individuels sont en jeu. En effet, après avoir posé cette exigence d'un mandat écrit pour attaquer une décision individuelle négative, le commissaire du gouvernement ajoutait qu'« il va sans dire, d'ailleurs, que l'on pourra se montrer particulièrement large dans l'appréciation de la justification du mandat, quand il s'agit d'une action exercée par un syndicat à titre de mandataire : le juge a toute latitude à cet égard ; le mandat pourra résulter de documents de nature diverses, il pourra même être considéré comme implicite d'après les circonstances de l'affaire »²³⁵⁹.

919. Cette solution fut ensuite appliquée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Syndicat coopératif des patrons coiffeurs à Marseille* du 1^{er} février 1907²³⁶⁰, rendu d'ailleurs aux conclusions de Romieu, en examinant au fond un recours en annulation formé par un syndicat contre une décision de refus de dérogation à la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire, c'est-à-dire une décision individuelle que Romieu avait qualifiée de négative dans ses précédentes conclusions. Si l'arrêt précise que « le syndicat coopératif des

²³⁵⁸ En outre, cela aurait heurté de front l'esprit de la loi du 13 juillet 1906 qui avait été faite dans « l'intérêt des ouvriers ». À l'appui de son interprétation, Romieu citait d'ailleurs les propos tenus par le rapporteur de la loi du 13 juillet 1906, au sujet du recours contre le refus de dérogation du préfet, devant le Sénat lors de la séance du 5 avril 1906 : « Nous avons décidé (...) que l'arrêté pourrait toujours être frappé d'appel ; de telle façon que, s'il y a abus dans un sens ou dans l'autre l'intéressé puisse toujours en appeler. Ces pourvois, lorsqu'ils seront formés par un syndicat ouvrier, auront-ils le caractère d'une action syndicale ou d'une action individuelle ? Il nous semble ici que la situation juridique est toute différente de celle correspondant au cas où le pourvoi est formé par le commerçant (...) ». Toutefois, à la lecture du compte rendu des débats de ladite séance, force est de constater que le rapporteur de la loi ne tint pas les propos que le commissaire du gouvernement lui prêta dans ses conclusions. Plus exactement, si la première partie de la citation est exacte, la seconde portant sur la distinction entre l'action syndicale et l'action individuelle semble avoir été tout simplement inventée par le commissaire du gouvernement. En effet, après avoir souligné la garantie que représentait l'appel contre l'arrêté, le rapporteur de la loi invitait simplement ses collègues à se mettre à la place du commerçant dont la demande de dérogation serait rejetée (Sénat, séance du 5 avril 1905, JORF, p. 350). Néanmoins, à aucun moment des débats, ni par aucun des intervenants, cette distinction, si chère à Romieu, ne semble avoir été évoquée. Il n'en demeure fois pas moins que cette loi était effectivement le résultat de luttes sociales et avait pour objet de protéger les intérêts des ouvriers (V. Robert BECK, « Esprit et genèse de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire », *Histoire, économie & société*, 2009, p. 5).

²³⁵⁹ Jean ROMIEU, Conclusions sur Conseil d'État, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, Rec. Lebon, p. 981.

²³⁶⁰ CE, 1^{er} février 1907, *Syndicat coopératif des patrons coiffeurs à Marseille*, Rec. Lebon, p. 122.

patrons coiffeurs de Marseille » était « régulièrement autorisé par les sieurs Guerrière, Funel et autres », Georges Pichat, qui était alors maître des requêtes au Conseil d'État, rapporte que ce mandat était en réalité implicite²³⁶¹. Pourtant, les « circonstances » ayant permis au Conseil d'État de constater en l'espèce l'existence d'un mandat implicite au profit du syndicat sont assez floues. En comparant la motivation de cet arrêt avec celle de celui du 28 décembre 1906, il semble qu'à la différence du syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, le syndicat des patrons coiffeurs de Marseille bénéficiait d'un mandat en bonne et due forme de chacun des 410 patrons coiffeurs de Marseille - du moins c'est un fait qui n'est pas contesté dans l'arrêt - lorsqu'il fit en leur nom la demande de dérogation auprès du préfet des Bouches-du-Rhône. Saisi ensuite d'une demande d'annulation contre les décisions de refus, le Conseil d'État a peut-être estimé qu'il convenait de respecter une forme de continuité avec cette phase précontentieuse.

920. En s'appuyant ainsi sur le « mandat implicite », catégorie juridique dont les contours sont d'ailleurs relativement flous pour la doctrine civiliste²³⁶², pour faire prévaloir l'intérêt collectif sur l'intérêt personnel, le Conseil d'État est donc allé plus loin encore que la Cour de cassation dans le cadre de sa jurisprudence dite des « ligues de défense » - dont le fondement conventionnel est autant discuté que discutable - sans offrir les garanties que le Conseil constitutionnel a ensuite exigées dans sa décision n° 89-257 DC.

921. Toutefois, cette décision du 1^{er} février 1907 mise à part, cette partie des conclusions semble être tombée immédiatement dans l'oubli. Par exemple, dans ses conclusions sur l'arrêt *Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies c. Depasse* du 11 décembre 1908, Tardieu n'évoquait plus que le mandat « formel » pouvant être donné au groupement²³⁶³. Le Conseil d'État y semble même attaché puisqu'il n'a pas suivi M. Henri Toutée lorsqu'il proposa de le remplacer par un accord tacite similaire à celui existant dans les actions de substitution²³⁶⁴ et il a exclu qu'un mandat tacite putatif puisse être reconnu au profit d'une association assistant les requérants dans leurs démarches contentieuses et précontentieuses²³⁶⁵.

922. Cette première conception fut toutefois éphémère²³⁶⁶ puisque le Conseil d'État, guidé en cela par la doctrine organique, s'en est peu à peu détaché.

²³⁶¹ Georges PICHAT, *Le contrat d'association*, Paris, Arthur Rousseau, 1908, p. 97.

²³⁶² Christine LAZERGE, « Les mandats tacites », *RTD Civ.*, 1975, p. 222.

²³⁶³ Jacques TARDIEU, Conclusions sur Conseil d'État, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies*, S. 1909, 3, p. 20. De même, le commissaire du gouvernement Bertrand n'évoquait plus que le mandat « exprès » dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des métaux CFDT des Vosges* (Rec. Lebon, p. 40).

²³⁶⁴ Henri TOUTÉE, *conclusions.précit.*

²³⁶⁵ CE, avis, 2^e et 6^e sous-sections réunies, 7 mai 1997, n° 184499.

²³⁶⁶ Contrairement à ce qu'affirme aussi M. Louis Boré, Romieu ne se contredisait pas en 1906 en posant l'irrecevabilité de l'action syndicale contre une décision individuelle négative alors qu'il avait, peu de temps avant, soutenu la recevabilité d'un tel recours dans l'arrêt *Croix de Seguey-Tivoli* s'agissant du refus du préfet d'utiliser ses pouvoirs de tutelle pour contraindre un concessionnaire à reprendre l'exploitation d'un tronçon de ligne de tramway (Louis BORE, *thèse.précit.*, n° 235, p. 227). Il semble d'ailleurs que cette opinion trouve sa source en réalité dans le *Traité des recours en matière administrative* de MM. Jean-Marie Auby et Roland Drago - que l'auteur cite dans sa bibliographie - où l'arrêt *Croix de Seguey-Tivoli* est présenté comme un exemple de recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte « particulier » négatif (Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *op.cit.*, p. 252). D'une part, il faut attendre 1971 pour que l'acte de tutelle soit clairement exclu par le Conseil d'État de la catégorie des actes réglementaires (CE, Ass., 8 janvier 1971, *URSSAF des Alpes-Maritimes*, Rec. Lebon, p. 11), le commissaire

2- Une première rupture : la conception de Corneille

923. Bien que le juge administratif ait pu s'écarter de la distinction de Romieu dans le cadre de litiges en matière de pensions, en admettant le recours des associations de fonctionnaires²³⁶⁷, et qu'elle ait pu faire l'objet de lectures extensives²³⁶⁸ ou de tentatives d'amendements²³⁶⁹, elle semble bien être demeurée la référence jusqu'à l'arrêt *Association des fonctionnaires de l'Administration centrale des postes et télégraphes* du 21 novembre 1923 rendu aux conclusions de Louis Corneille.

924. Effectivement, c'est à cette occasion que le commissaire du gouvernement a totalement rompu avec les conclusions de Romieu en optant pour une *summa divisio* et une subdivision radicalement différente²³⁷⁰. Ainsi, Corneille ne mentionnait plus les « actes collectifs » mais parlait de la distinction entre les actes réglementaires et les décisions individuelles. Au sein, de ces dernières, il faisait toujours le départ entre les décisions « positives » et « négatives » mais en leur donnant un sens nouveau puisqu'il opposait les décisions « favorables » et « défavorables » pour leurs destinataires.

925. En 1950, Georges Liet-Veaux estimait toutefois que cette conception était affectée d'un vice originel, qu'elle n'était pas viable en ce qu'elle conduisait à apprécier en réalité « *in concreto* » si la mesure constitue bien une décision défavorable pour la victime et qu'elle ne permettait pas de rendre compte du

du gouvernement Vught s'étant d'ailleurs prononcé plus précisément lui pour le rattachement à la catégorie de l'acte individuel. D'autre part, l'expression « acte collectif », telle qu'elle fut employée par Romieu, était relativement floue et, dans ses conclusions, il citait lui-même l'arrêt *Croix de Seguey-Tivoli* comme exemple d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un « acte collectif ».

²³⁶⁷ CE, 17 mars 1911, *Mourlot et Associations des agents des eaux et forêts*, Rec. Lebon, p. 360 ; CE, 19 juillet 1912, *Association professionnelle des employés titulaires et des stagiaires du service géographique de l'armée*, Rec. Lebon, p. 850.

²³⁶⁸ Ce fut le cas du commissaire du gouvernement Tardieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies c. Depasse* du 11 décembre 1908 (Jacques TARDIEU, Conclusions sur Conseil d'Etat, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies*, S. 1909, 3, p. 19-20). Certes, après avoir admis la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires, il s'appuyait sur les conclusions de Romieu pour savoir si le groupement en question avait qualité pour agir. Toutefois, à cette occasion, il procéda effectivement à une lecture assez personnelle de ces dernières, encouragé en cela par le projet de loi de 1907 sur les groupements de fonctionnaires dont les dispositions relatives à leur recours en justice ne se référaient pas à un type de décision en particulier.

²³⁶⁹ Ainsi, s'il se référait bien dans ses conclusions sur l'arrêt *Fedel* du 17 janvier 1913 à la grille dressée par Romieu, Corneille prit prétexte de la jurisprudence afférente aux pensions pour faire admettre la recevabilité de l'action d'une association de fonctionnaires (Louis CORNEILLE, Conclusions sur CE, 17 janvier 1913, *Fedel*, D., 1916, 3, p. 67). Il a ensuite tenté - sans succès - d'étendre cette solution dans ses conclusions sur l'arrêt *Fedel* du 17 février 1922. Le retour à une appréciation plus restrictive s'expliquait alors par la crainte suscitée par « la grande agitation le monde des fonctionnaires » après la Première guerre mondiale (André BOSCH, « Note de jurisprudence », RDP, 1922, p. 69) et qui s'exprima aussi au travers de l'arrêt *Bisson et Syndicat national des agents des Contributions directes* du 13 janvier 1922, dans lequel le Conseil d'Etat tenta aussi de mettre fin aux velléités de syndicalisation des fonctionnaires en alignant sa jurisprudence sur celle de la Cour de cassation quant à la légalité de tels groupements.

²³⁷⁰ Pour élaborer cette nouvelle classification, Corneille s'est appuyé sur l'arrêt *Fedel* du 17 février 1922 qui, ironie de l'histoire, avait été rendu contrairement à ses conclusions. Il semble donc avoir procédé à une lecture assez libre d'une décision qui était censée, selon M. Georges Liet-Veaux, constituer un retour « à la saine doctrine de 1906 » (Georges LIET-VEAUX, *art.précit.*, p. 585). Il n'est toutefois pas possible de rejoindre MM. Jean-Marie Auby et Rolland Drago lorsqu'ils écrivent qu'à cette occasion la conception de Romieu a été « reprise », même indirectement, par Corneille en 1923 (Jean-Marie AUBY, Rolland DRAGO, *op.cit.*, n° 166, p. 251). Au contraire, le commissaire du gouvernement s'en serait émancipé pour rendre compte de l'évolution de la jurisprudence en la matière.

pragmatisme du juge administratif. D'aucuns estiment ainsi que cette grille n'a pas non plus prospéré, du moins dans sa version originelle.

3- Une troisième grille de lecture à la paternité et à l'utilité douteuse

926. La conception de Corneille aurait été supplantée par une troisième grille de lecture élaborée par la doctrine universitaire et, plus précisément, Louis Rolland. Elle serait plus souple que les précédentes puisque selon elle le groupement serait recevable à agir en cas d'« atteinte, par des actes individuels, aux intérêts collectifs de l'ensemble du groupe »²³⁷¹. C'est du moins la présentation qui est faite par Georges Liet-Veaux, reprise ensuite notamment par M. Louis Boré²³⁷², qui attribue la paternité du nouveau critère de distinction à Louis Rolland qui l'aurait exposé, en premier dans son *Précis de droit administratif*. Selon M. Louis Boré, tandis que les deux premières grilles de lecture s'attachaient à l'effet de la mesure pour le destinataire, cette troisième grille de lecture s'attacherait quant à elle à l'effet de la décision individuelle sur les intérêts collectifs²³⁷³. Louis Rolland aurait ainsi été le premier à faire abstraction de la nature des décisions attaquées pour rendre compte de la jurisprudence. Toutefois, il est douteux qu'il ait eu une telle ambition (a) et qu'une telle grille de lecture permette de bien rendre compte de la jurisprudence du Conseil d'État (b).

²³⁷¹ Georges LIET-VEAUX, *art.précit.*, p. 586.

²³⁷² Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 239, p. 231. M. Louis Boré renvoi au n° 389 du *Précis de droit administratif* comme M. Georges Liet-Veaux dans son article à la *Revue administrative* de 1950. Néanmoins, à la différence de ce dernier, il précise qu'il s'agit de l'édition de 1938, soit la 7^e, du *Précis*. Toutefois, force est de constater qu'il ne s'agit ni de l'édition dans laquelle Louis Rolland aurait exposé ce nouveau critère pour la première fois, ni même celle utilisée par Georges Liet-Vaux dans son article puisque le paragraphe n° 389 traitait alors du pourvoi en cassation. La question de l'intérêt pour agir des groupements était quant à elle exposée au n° 373 et l'auteur n'y employait même pas la formule qui lui est attribuée dans l'article de 1950. M. Bruno Kornprobst, qui faisait aussi sienne cette présentation de la jurisprudence du Conseil d'Etat, renvoyait, pour sa part, au 389^e paragraphe de la 10^e édition de 1951 (Bruno KORNPROBST, *thèse.précit.*, p. 144, ndbp n° 103).

²³⁷³ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 231, p. 225.

a- Une paternité douteuse

927. Si, au cours des différentes éditions de son manuel, il semble que Louis Rolland ait fait évoluer sa définition de l'intérêt collectif²³⁷⁴, sa présentation de la jurisprudence est demeurée relativement stable, tenant compte des effets des décisions litigieuses²³⁷⁵.

928. Traitant cette question par le prisme des recours des groupements de fonctionnaires, l'auteur semblait en réalité peu s'intéresser aux questions soulevées par le recours des groupements contre des décisions individuelles et ne manifestait pas de volonté d'innover en la matière. Il ne lui consacre pas un paragraphe en particulier et il est assez symptomatique qu'il préfère, à partir de la 7^e édition²³⁷⁶, renvoyer à l'arrêt *Croix de Séguy-Tivoli* plutôt qu'à l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* pour se positionner par rapport aux conclusions de Romieu. La consultation de ses cours de licence, donnés entre 1940-1941, n'est guère plus convaincante puisque si l'auteur consacre des développements plus substantiels à ce sujet, il n'en ressort aucune tentative d'élaboration d'une nouvelle grille de lecture²³⁷⁷. Enfin, et surtout, il renvoyait, au moins indirectement, aux conclusions de Corneille en exposant la jurisprudence du Conseil d'État²³⁷⁸. Ainsi, plutôt qu'une troisième conception proposant un nouveau critère, il semble qu'il s'agisse

²³⁷⁴ En effet, dans les premières éditions, il semble réduire l'intérêt collectif défendu par les « groupes » à une collection d'intérêts individuels puisqu'il les décrit comme les intérêts individuels des membres que l'on a eu en vue de « grouper » (Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 1934, n° 373, p. 263) ou de « réunir » (Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 6^e édition, 1936, n° 373, p. 301). Il faut attendre 1938 et la 7^e édition de son *Précis* pour que l'auteur différencie « les intérêts d'ordre collectif qu'on a eu en vue de défendre et les intérêts individuels des membres qu'on a eu en vue de défendre » (Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 7^e édition, 1938, n° 373, p. 301). Pourtant, dans une note sous l'arrêt du 15 juin 1923, le même auteur semblait déjà admettre que l'intérêt collectif défendu par de tels groupements pût être plus qu'une somme d'intérêts individuels (Louis ROLLAND, Note sous Chambres réunies, 15 juin 1923, *D.*, 1924, 1, p. 20). De manière plus anecdotique, il faut aussi attendre la 9^e édition de 1946 pour qu'il passe du « groupe » au « groupement ». Toutefois, il opère déjà ce changement sémantique dans ses cours de droit administratif dispensés entre 1940 et 1941 (Louis ROLLAND, *Cours de droit administratif*, Paris, 1940-1941, p. 569).

²³⁷⁵ Si, dans la 7^e édition de son *Précis de droit administratif*, l'auteur n'emploie pas la fameuse formule citée par M. Georges Liet-Veaux, il y évoque tout de même « les décisions ne pouvant avoir pour un fonctionnaire, qu'un caractère individuel » (Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 7^e édition, 1938, n° 373, p. 301), ce qui semble renvoyer plus aux effets de ces décisions qu'à leur nature nominative.

²³⁷⁶ Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 7^e édition, 1938, n° 373, p. 301. Avant cela, l'auteur ne citait même pas d'arrêts pour illustrer son propos.

²³⁷⁷ Tout au plus, il relevait, s'agissant des groupements de fonctionnaires, que la question de l'intérêt pour agir était désormais tranchée par loi du 15 octobre 1940 relative aux associations professionnelles de fonctionnaire dont l'article 5 ne leur permettait que d'intervenir à l'occasion des recours pour excès de pouvoir dirigés contre des décisions individuelles (Louis ROLLAND, *Répétitions écrites de droit administratif, rédigées d'après le cours et avec l'autorisation de M. Rolland*, Paris, Les Cours de droit, 1941, p. 571). Cette interdiction d'ester en justice contre les décisions individuelles fut d'ailleurs maintenue, contrairement à ce que semblent sous-entendre MM. Jean-Marie Auby et Roland Drago (Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *op.cit.*, n° 166, p. 250, ndbp n° 92), par l'article 109 de la loi du 14 septembre 1941

²³⁷⁸ Jusqu'à la 9^e édition de son *Précis de droit administratif*, Louis Rolland renvoyait aux notes de jurisprudence de Gaston Jèze publiées à la *Revue du droit public et de la science politique* de 1928. Or, cet auteur s'appuyait lui-même sur les conclusions de Corneille sur l'arrêt *Association des fonctionnaires des PTT* pour rendre compte de l'évolution de la jurisprudence sur la question (Gaston JÈZE, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1928, p. 138 et s.). Certes, dans la 9^e édition de son *Précis de droit administratif*, où la formule prétendument novatrice apparaît d'ailleurs, la référence aux notes de jurisprudence de Gaston Jèze disparaît (Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 9^e édition, 1947, n° 389, p. 340). Toutefois, il renvoie alors notamment à un arrêt du Conseil d'État en date du 25 mars 1938 et à sa note au *Recueil Sirey*. Or, l'annotateur anonyme dudit arrêt renvoyait lui aussi aux conclusions de Corneille et inscrivait cette décision dans la lignée de l'arrêt *Association des fonctionnaires des PTT* (V. *S.*, 1938, 3, 61).

en réalité d'une présentation dont la formulation est suffisamment vague pour englober les deux précédentes.

929. Si troisième conception il y a, il semble donc qu'elle résulte plutôt d'une relecture des écrits de Louis Rolland de la part d'auteurs qui y voyaient un moyen commode pour systématiser une jurisprudence erratique et intégrer ainsi des hypothèses présentées comme hétérodoxes²³⁷⁹. En effet, le Conseil d'État semblait avoir admis des dérogations à sa ligne jurisprudentielle en acceptant de faire prévaloir l'intérêt collectif défendu par le groupement sur l'intérêt individuel de l'un des membres du groupe défendu, donnant ainsi une dimension résolument holiste à ces recours. Il a ainsi reconnu que des organisations syndicales puissent avoir intérêt pour agir contre des décisions individuelles défavorables pour les membres du groupe dont il a pour objet de défendre les intérêts, comme un refus de congé à l'un de ses délégués pour exercer son mandat syndical²³⁸⁰, une mise en demeure²³⁸¹, une autorisation de licenciement collectif pour motif économique²³⁸², de licenciement de « salariés protégés »²³⁸³, le retrait à une élue syndicale du bénéfice de la « nouvelle bonification indiciaire » à raison de la décharge totale de service dont elle a bénéficié pour exercer son mandat²³⁸⁴. Les auteurs ont d'ailleurs pu être encouragés dans cette

²³⁷⁹ Dans sa contribution aux *Mélanges Marcel Waline*, Jean de Soto - et plus tard M. Louis Boré - parvenait à la même conclusion que Georges Liet-Vaux : « En réalité, la meilleure formule consiste à faire dépendre la recevabilité du recours du contenu et de la portée de la décision attaquée : le recours du groupement est recevable si et dans la mesure où l'acte contesté rejaillit sur l'ensemble des intérêts dont le groupement assume statutairement la défense et le juge doit analyser la décision attaquée pour en apprécier la portée » (Jean de SOTO, *op.cit.*, p. 774). Néanmoins, il ne citait ni Louis Rolland ni même Georges Liet-Vaux. Il ne semble d'ailleurs pas emprunter la même voie que ce dernier pour rejeter la conception de Corneille. Sans doute, il souligne aussi que ses notions de décision négative et de décision positive ne sont pas « objectives ». Toutefois, au regard de l'exemple qu'il donne - en l'occurrence une « autorisation de voirie » - il semble se placer d'un point de vue différent de Georges Liet-Vaux pour émettre une telle critique. Pour Jean de Soto, le problème ne semble pas résider dans le fait qu'une même décision puisse être considérée comme favorable ou défavorable selon son destinataire mais dans le fait qu'elle puisse être considérée comme favorable par son destinataire et défavorable par des tiers.

²³⁸⁰ CE, 9 décembre 1953, *Fédération nationale des travailleurs des PTT*, Rec. Lebon, p. 535. En l'espèce, le syndicat ne s'était pas vu reconnaître un intérêt pour agir mais le Conseil d'État sous-entendait qu'il l'eût reconnu si le congé pour assister à la réunion du Comité confédéral national de la CGT lui avait permis de participer à la réunion en tant que délégué de la fédération requérante.

²³⁸¹ CE, Sect., 25 janvier 1991, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, n°s 103143, 107100, 107101.

²³⁸² CE, Sect., 23 juin 1972, *Syndicat des métaux (CFDT) (CFTC) des Vosges et autres et SA Perrin électronique*, Rec. Lebon, p. 473 ; CE, 6^e sous-section, 21 juin 1985, *Société de roulements Nadella S.A.*, n° 43651.

²³⁸³ CE, Ass., 10 avril 1992, *Société Montalev*, n° 60419, p. 170. Toutefois, comme le rappelait le commissaire du gouvernement Patrick Hubert dans ses conclusions, cette solution n'était pas totalement inédite s'agissant des « salariés protégés » (Patrick HUBERT, *conclusions.précit.*, p. 264). La recevabilité du recours pour excès de pouvoir des organisations syndicales contre ce type de décisions avait été admise par le Conseil d'État dès 1983, au moins s'agissant des délégués du personnel. Outre, l'arrêt *Gaboriau* (CE, 25 mars 1983, *Gaboriau*, n° 11124), cité par M. Patrick Hubert, qui avait d'ailleurs été mentionné par la *Gazette du palais* à l'époque (Gaz. Pal, I, 1984, p. 66) mais qui est malheureusement introuvable sur les bases de données à partir des indications laissées par le commissaire du gouvernement, il est en effet possible de citer l'arrêt *Société générale d'entreprises pour les travaux publics* qui fut rendu le même jour (CE, Sect., 25 mars 1983, *Société générale d'entreprises pour les travaux publics*, n° 36037) Cette solution avait aussi été défendue par Marie-Aimée Latournerie dans ses conclusions sur l'arrêt *Lebodey* (Marie-Aimée LATOURNERIE, « Dans quelles conditions le juge administratif peut-il ordonner le sursis à exécution d'une autorisation de licenciement d'un salarié protégé ? Conclusions sur CE, Sect., 18 décembre 1977, *Lebodey* », *Dr. soc.*, 1978, p. 113). Toutefois, elle ne défendait alors la recevabilité du recours pour excès de pouvoir que du syndicat auquel appartenait le salarié protégé, les autres organisations ne se voyant reconnaître, quant à elles, qu'un intérêt pour intervenir (*Ibid*)

²³⁸⁴ CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 27 juillet 2005, *Mme Macé et Fédération Intervo CFDT*, n° 255395. Cela ne ressort pas explicitement de la motivation de l'arrêt puisque le Conseil d'État estime qu'il n'est pas besoin d'examiner les fins de non-recevoir soulevées par la commune après avoir cassé l'arrêt de la cour administrative d'appel et décidé de régler l'affaire au fond. Il ne s'est donc pas prononcé sur la recevabilité du recours formé par le syndicat Intervo CFDT de Maine-et-Loire. Toutefois, il a estimé que le pourvoi en cassation de la Fédération Intervo CFDT était recevable alors même qu'elle n'avait été

voie par les conclusions du commissaire du gouvernement Bertrand sur l'arrêt *Syndicat des métaux (CFDT) (CFTC) des Vosges et autres et SA Perrin électronique* qui s'appuyaient sur une telle conception pour faire admettre l'intérêt pour agir du syndicat ou encore par celles de Patrick Hubert sur l'arrêt *Montalev* qui suggérait de ne retenir comme critère que la gravité de l'atteinte à l'intérêt collectif²³⁸⁵, ce qui n'est pas exactement la même chose.

930. Toutefois, l'utilité de cette présentation doit être relativisée dans la mesure où l'atteinte à l'intérêt collectif ne semble pas être le seul critère déterminant pour apprécier la recevabilité.

b- Une valeur descriptive discutable

931. En premier lieu, il pourrait être objecté que certaines de ces décisions, présentées comme des écarts à la ligne jurisprudentielle proscrivant l'action des groupements contre les décisions individuelles défavorables pour leurs destinataires, ne s'en écartent pas en réalité. Il en va ainsi, par exemple, des recours contre les autorisations de licenciement²³⁸⁶. S'il s'agit bien de décisions individuelles défavorables pour les salariés, elles n'ont toutefois pas pour destinataire le salarié mais l'employeur qui en fait la demande²³⁸⁷. À ce titre, elle constitue donc une décision favorable pour son destinataire lorsque sa demande est pleinement satisfaite. De telles décisions semblent ainsi plus proches d'autorisations d'urbanisme, dont la délivrance au pétitionnaire est susceptible d'affecter les intérêts personnels de tiers et des intérêts collectifs, que d'une sanction disciplinaire par exemple²³⁸⁸. En revanche, la mise en demeure

qu'intervenante en première instance et en appel. Ce faisant, il a implicitement, mais nécessairement, admis qu'elle aurait eu intérêt pour agir.

²³⁸⁵ Le commissaire du gouvernement ne semble toutefois pas avoir été suivi par la formation de jugement puisqu'il estimait que l'autorisation de licenciement ne constituait pas en soi une atteinte grave à l'intérêt collectif défendu par le syndicat et que, par voie de conséquence, ce dernier n'avait pas intérêt pour agir. Il est néanmoins difficile de savoir si en admettant alors la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, l'Assemblée du contentieux a simplement estimé que l'atteinte à l'intérêt collectif était suffisamment grave ou si elle a estimé qu'il n'y avait pas lieu de retenir ce critère de la gravité de l'atteinte à l'intérêt collectif.

²³⁸⁶ Par ex., Camille BROUELLE, *op.cit.*, n° 95, p. 74, ndbp n° 37 ; René CHAPUS, *op.cit.*, n° 585, p. 491, Raymond ODENT, *op.cit.*, t.2, p. 263 ; Gilles PELLISSIER, *op.cit.*, n° 262.

²³⁸⁷ C'est un point qui ne fut pas discuté par le commissaire du gouvernement Bertrand dans ses conclusions sur l'arrêt. Ainsi, aux fins de faire admettre l'intérêt pour agir du syndicat, il préféra défendre un infléchissement de la jurisprudence sur le recours des groupements contre les décisions individuelles négatives plutôt que de se placer hors du champ d'application de celle-ci. Il semble toutefois qu'il n'y avait pas lieu de faire un tel détour. Depuis lors, cette décision et toutes celles qui ont eu à connaître de recours formé par des syndicats contre des décisions analogues sont effectivement présentées comme des infléchissements de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière. Les conclusions de M. Patrick Hubert sur l'arrêt *Montalev*, mais aussi les commentaires de la « doctrine autorisée » (Rémy SCHWARTZ, Christine MAUGUE, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1992, p. 482) reflètent bien cette vision du contentieux des autorisations de licenciement. Seul M. Henri Toutée dans ses conclusions sur les arrêts *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes et Syndicat des cadres communaux CGT de la mairie de Nîmes Document InterRevue* et *Syndicat Inter-co CFDT de la Vendée, M. Audrain et autres*, relève que l'autorisation de licenciement constitue en réalité une décision positive pour l'employeur (Henri TOUTÉE, « L'intérêt à agir contre les décisions individuelles intéressant les agents publics. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 13 décembre 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes et Syndicat des cadres communaux CGT de la mairie de Nîmes Document InterRevue, Syndicat Inter-co CFDT de la Vendée, M. Audrain et autres* », *RFDA*, 1993, p. 255).

²³⁸⁸ Cette opinion n'est toutefois pas entièrement partagée par M. Habi Habchi dans sa note sous l'arrêt du 15 mars 2017 de la cour administrative d'appel de Douai qui a fait application de la jurisprudence *Czabaj* (CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, n° 387763) au recours formé par un liquidateur judiciaire contre un refus d'autorisation. L'auteur, qui avait par ailleurs conclu sur

et le retrait du bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire constituent bien des décisions individuelles défavorables pour leurs destinataires. Il ne semble donc pas pertinent d'illustrer le pragmatisme de la jurisprudence avec les arrêts *Syndicat des métaux (CFDT) (CFTC) des Vosges* ou *Montalev* mais plutôt avec l'arrêt - qui est par ailleurs le plus récent - *Mme Macé et Fédération Interco CFDT*, l'arrêt *Fédération nationale des travailleurs des PTT* - par *a contrario* -, voire, l'arrêt *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, ce qui est toutefois discuté²³⁸⁹.

932. En outre, bien qu'étant supposée plus souple, cette grille de lecture ne permet pas nécessairement de comprendre les solutions retenues par le Conseil d'État s'agissant de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir exercé par des groupements défendant des intérêts collectifs. En effet, d'une part, le Conseil d'État a pu admettre que des tiers étaient recevables pour attaquer des décisions défavorables pour leurs destinataires aux seules fins de défendre leurs intérêts individuels²³⁹⁰. L'atteinte à un intérêt collectif²³⁹¹ ne semble donc pas constituer le seul motif susceptible de justifier la substitution du destinataire d'une décision individuelle négative. Elle ne semble pas non plus être un motif suffisant.

933. Une telle grille de lecture ne permet effectivement pas d'expliquer pourquoi le Conseil d'État, après avoir semblé admettre qu'une décision individuelle empêchant un fonctionnaire d'exercer son mandat syndical portait concomitamment atteinte à l'intérêt du syndicat dont il est membre, refuse désormais d'infléchir sa jurisprudence lorsqu'un syndicat de fonctionnaires exerce un recours pour excès de pouvoir contre les sanctions frappant l'un de ses élus²³⁹², alors même que dans les deux cas, la décision litigieuse semble porter atteinte tant à l'intérêt collectif visé par les statuts du groupement qu'aux conditions dans lesquelles le groupement peut exercer sa défense. En présence d'une atteinte similaire à l'intérêt collectif résultant d'une décision individuelle, mais aussi à un intérêt personnel du groupement autre que celui consistant dans le respect de l'intégrité de l'intérêt collectif visé par ses statuts, il semble donc que le Conseil d'État opère - parfois - une différence de traitement entre les organisations syndicales

l'arrêt commenté, emprunte une voie médiane puisqu'il décrit ce recours comme un « contentieux triangulaire », estimant que le salarié protégé et l'employeur doivent être regardés comme étant tous les deux destinataires de cette décision (Hadi HABCHI, « Délai raisonnable de recours et licenciement des salariés protégés », *AJDA*, 2017, p. 878).

²³⁸⁹ Pour René Chapus, cette décision soulevait en réalité d'autres questions puisque le recours n'était pas dirigé contre une décision défavorable pour « une personne appartenant au cercle de celles dont ils défendent les intérêts » mais pour un « tiers », en l'occurrence le laboratoire mis en demeure de distribuer le produit abortif (René CHAPUS, *op.cit.*, n° 586, p. 492). Toutefois, il pourrait être objecté que les membres du groupe défendu sont aussi des tiers par rapport au groupement requérant. En outre, lorsqu'un recours est exercé par un groupement en lieu et place d'un « tiers » destinataire d'une décision individuelle défavorable, il y a aussi une mise en cause de sa liberté personnelle au nom de la défense d'un intérêt collectif.

²³⁹⁰ CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV 6*, n°s 81131, 82432, 82437, 82443. En l'occurrence, il semble que ce fût l'existence de liens contractuels entre les sociétés requérantes et la société destinataire de la décision litigieuse qui ait motivé la reconnaissance de leur intérêt pour agir. Cela n'a toutefois pas empêché M. Bernard Stirn, dans ses conclusions sur l'arrêt *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, de présenter cette décision comme un précédent pour faire admettre la recevabilité des recours des associations (Bernard STIRN, « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 25 janvier 1991, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres », *RFD*, 1991, p. 285).

²³⁹¹ Sauf peut-être celui du respect de la légalité, mais il pourrait alors être objecté - à raison- que cet intérêt est omniprésent dans le contentieux de l'excès de pouvoir et, plus largement, dans tous les recours.

²³⁹² CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 juillet 2014, *Fédération des syndicats de fonctionnaires*, n° 362559.

défendant les intérêts collectifs des salariés et celles défendant les intérêts collectifs des fonctionnaires²³⁹³. Il y aurait donc d'autres paramètres dont cette grille de lecture ne rend pas compte. Ils sont d'ailleurs difficilement appréhendables puisqu'il n'est pas possible de dire que cette différence de traitement n'est justifiée que par les différences entre les dispositions régissant l'exercice du droit syndical²³⁹⁴. Alors même que le Conseil d'État a refusé de reconnaître l'intérêt pour agir d'un syndicat de fonctionnaires dans son arrêt *Fédération des syndicats de fonctionnaires* du 23 juillet 2014, estimant même qu'il s'agissait d'une irrecevabilité manifeste, il semblait l'avoir admis neuf ans plus tôt lorsque le recours était dirigé contre une décision retirant à l'une de ses élus le bénéfice de la « nouvelle bonification indiciaire » car elle s'était vue accorder une décharge totale de service à raison de son mandat syndical²³⁹⁵.

934. D'une valeur descriptive discutable, cette troisième grille de lecture ne semble de toute façon pas avoir été reprise par tous les auteurs. Peu d'entre eux ont rendu ou continuent à rendre compte de la jurisprudence en faisant abstraction de la nature des décisions²³⁹⁶. Quant à ceux qui ont pu le faire, leur silence sur la nature de l'acte attaqué n'était pas nécessairement probant²³⁹⁷. Finalement, seuls MM. Auby

²³⁹³ Pour sa part, dans ses conclusions sur l'arrêt *Montalev*, M. Patrick Hubert estimait que le critère de la gravité de l'atteinte qu'il proposait à la formation de jugement d'adopter était tout aussi applicable au recours des groupements de fonctionnaires (Patrick HUBERT, « L'intérêt à agir contre les autorisations de licenciement de salariés protégés. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 10 avril 1992. *Société Montalev c. M. Hudon* », *RFDA*, 1993, p. 261).

²³⁹⁴ Il pourrait être argué qu'à la différence de l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983, l'article L. 2132-3 du code du travail ne fait pas le départ entre les décisions individuelles et les décisions réglementaires mettant ainsi l'accent sur l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession (René CHAPUS, *op.cit.*, n° 586, p. 492). Toutefois, pour M. Louis Boré, la rédaction de l'article devrait justement autoriser une appréciation plus souple de l'intérêt pour agir des syndicats de fonctionnaires et consacrerait aussi le critère de l'intérêt collectif dans la mesure où il n'est pas fait mention de la distinction entre les décisions individuelles négatives et les décisions individuelles positives (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 239, p. 232). Il faudrait donc chercher la raison de cette différence de traitement plutôt du côté des dispositions relatives aux statuts des salariés protégés qui bénéficient d'une « protection, qui n'a pas d'équivalent pour les fonctionnaires investis de mandats syndicaux » (Rémy SCHWARTZ, Christine MAUGUE, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1992, p. 484).

²³⁹⁵ CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 27 juillet 2005, *Mme Macé et Fédération Interc CFDT*, n° 255395. S'il fallait trouver un début d'explication à cette différence, il faudrait peut-être chercher du côté des circonstances de l'espèce et plus précisément de la motivation des décisions litigieuses. Alors que dans l'arrêt *Mme Macé et Fédération Interc CFDT*, la décision administrative était expressément motivée par l'exercice du mandat syndical, cela ne semblait pas être le cas dans l'arrêt *Fédération des syndicats de fonctionnaires*. Cela supposerait toutefois d'admettre que, pour le juge administratif, les motifs d'une décision administrative soient une source de griefs et, par là même, normatifs, ce que le Conseil d'État n'admet encore que manière exceptionnelle et, toujours, implicite (cf. Chapitre 1 du Titre 1 de la première partie).

²³⁹⁶ Il en va ainsi, par exemple de MM. Olivier Gohin et Florian Poulet (Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 8^e édition, 2014, n° 268, p. 255 ; Olivier GOHIN, Florian POULET, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 10^e édition, 2020, n° 277, p. 303) ainsi que Jean Waline qui ne fait pas de la nature de la décision un élément pertinent pour l'appréciation de l'intérêt pour agir (Jean WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 28^e édition, 2020, n° 664, p. 734). Sur ce point, M. Jean Waline reste fidèle à la présentation que Jean Rivero faisait dès la première édition du précis (V. Jean RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, réimp. 1960, n° 236, p. 204) qui succédait d'ailleurs à celui de Louis Rolland (Préface de Jean WALINE in Jean RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1960, réimp. 2011, p. V).

²³⁹⁷ En effet, si dans la première édition du second tome de son *Droit administratif*, Georges Vedel ne se référait à aucune classification d'actes et renvoyait tout au plus aux conclusions de Romieu pour traiter du « problème de l'action corporative » (Georges VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, t. 2, 1^{ère} édition, 1959, p. 363), à partir de la 11^e édition - « entièrement refondue » - co-écrite avec M. Pierre Delvolvé, il utilisait la *summa divisio* entre actes réglementaires et individuels (Georges VEDEL, Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, t. 2, 11^e édition, 1990, p. 268) et, s'agissant de ces derniers, il optait pour une subdivision inspirée des conclusions de Corneille sur l'arrêt *Association des fonctionnaires des PTT* (*Ibid.*).

et Drago semblent l'avoir - du moins explicitement - reprise en procédant à quelques aménagements²³⁹⁸. En réalité, d'autres grilles de lecture ont encore pu être proposées et semblent d'ailleurs avoir eu plus d'influence, comme celle utilisant comme critère de distinction la création d'un « droit » par la décision attaquée et dont la paternité peut être attribuée à Raymond Odent²³⁹⁹. Une telle grille n'évite toutefois pas les écueils mis en avant par M. Georges Liet-Veaux à propos de celle élaborée par Corneille dans la mesure où elle s'appuie sur une catégorie aux contours flous. En effet, à proprement parler, toute décision, y compris une décision impersonnelle, peut être considérée comme créatrice de « droits ». S'il faut en réalité entendre par là la création de droits susceptibles d'être acquis, il s'agit alors là d'une notion qui fut parfois présentée comme fonctionnelle²⁴⁰⁰ dont l'identification peut aussi être casuistique²⁴⁰¹.

935. Il faut d'ailleurs relever que les auteurs qui restent, au moins en apparence, fidèles aux conclusions de Corneille ne retiennent pas une conception étanche des rapports entre l'intérêt collectif et l'intérêt individuel²⁴⁰², ne serait-ce que lorsqu'ils évoquent ensuite l'intérêt des groupements à intervenir. Il semble donc artificiel de distinguer, comme M. Louis Boré, la prise en compte des effets sur le destinataire et des effets sur le groupe défendu. Pour Romieu, Corneille et leurs émules, ce sont les versants d'une même médaille. Simplement, ils passaient par l'effet sur le destinataire pour appréhender l'effet sur l'intérêt

²³⁹⁸ C'est ce que peut laisser à penser le renvoi que les auteurs font à l'article de Georges Liet-Veaux (Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *op.cit.*, n° 166, p. 250). Toutefois, ils font tout de même le départ entre les « actes généraux » et les « actes particuliers » ce que ne faisait pas - du moins explicitement - Louis Rolland. En outre, s'agissant de ces « actes particuliers », ils introduisent une autre distinction dont il n'est d'ailleurs pas facile de déterminer le critère. En effet, M. Louis Boré estime qu'elle est fondée sur la nature de l'intérêt collectif atteint - matériel ou moral - (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 239, p. 232), mais, sous la plume des auteurs, elle semble aussi l'être sur la nature de l'atteinte à l'intérêt collectif (Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *op.cit.*, n° 166, p. 252), ce qui n'est pas tout à fait la même chose. En effet, pour apprécier la nature de l'atteinte à l'intérêt collectif, il faut plutôt s'intéresser à l'objet et à la portée de la décision litigieuse. La présentation de leur grille de lecture semble tronquée par M. Louis Boré puisqu'en réalité, selon ces deux auteurs, ce sont ces deux éléments - c'est-à-dire la nature de l'intérêt défendu par le groupement et la nature de l'atteinte qui y ait portée - et leur adéquation qu'il faudrait prendre en compte. Ainsi, selon eux, en présence d'un acte particulier dont les incidences sont morales, le recours d'un groupement constitué « essentiellement » pour la défense d'intérêts moraux serait plus facilement admis que celui de « groupements constitués pour la défense d'intérêts non exclusivement moraux (...) » (*Ibid.*). La jurisprudence n'en ressort toutefois pas pour autant clarifiée puisqu'il est difficile de voir ce qui distingue, pour ces auteurs, les groupements constitués « essentiellement » pour la défense d'intérêts moraux et les groupements « constitués pour la défense d'intérêts non exclusivement moraux », la seconde catégorie semblant en réalité inclure la première.

²³⁹⁹ Il semble que ce fut Raymond Odent qui, le premier, utilisa ce critère pour rendre compte de la « pratique jurisprudentielle » dans l'édition de 1958 de son fascicule III de *Contentieux administratif*. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie* du 8 juin 1990, M. Charles de la Verpillère se référait d'ailleurs à lui (Charles de la VERPILLÈRE, « L'intérêt à agir des conseils de l'Ordre des architectes en matière de permis de construire. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 8 juin 1990. *Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie* », *RFD*, 1991, p. 648). Toutefois, pour Raymond Odent, les « décisions négatives » ne constituaient qu'une espèce de décisions non créatrices de droits au côté des décisions infligeant une sanction ou édictant une interdiction. Il s'agissait des décisions refusant « un avantage individuel » (Raymond ODENT, *Contentieux administratif, fascicule III*, Paris, 1958, p. 756). En cela, il semblait donc reprendre le sens que Romieu donnait à cette expression.

²⁴⁰⁰ Constantin YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 188, 1997, p. 70 et s. ; Fabrice MELLERAY, *thèse.précit.*, p. 394-398.

²⁴⁰¹ Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'il faut apprécier si la décision a été obtenue à la suite de manœuvres frauduleuses.

²⁴⁰² V. par exemple René CHAPUS, *op.cit.*, n° 585, p. 491 ; Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *op.cit.*, n° 632, p. 308 ; Camille BROUELLE, *op.cit.*, n° 97, p. 84 ; Gilles PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir (condition de recevabilité) », *Répertoire de contentieux administratif*, § 259-263. Ces deux derniers auteurs se placent d'ailleurs du point de vue du caractère direct de l'intérêt pour agir ce qui revient à considérer que les groupements auraient au moins un intérêt indirect pour agir.

défendu par le groupement²⁴⁰³. Il pourrait même être objecté que ce sont les tenants de la conception « souple » qui opèrent une distinction artificielle entre les intérêts collectifs et les intérêts individuels. Dans la mesure où ils ne retiennent pas de critères complémentaires comme le caractère direct ou la gravité de l'atteinte, comme M. Patrick Hubert avait pu le suggérer dans ses conclusions sur l'arrêt *Montalev*, ils en viennent à considérer qu'une décision ne porte en rien atteinte aux intérêts collectifs qu'un groupement s'est donné pour objet de défendre lorsqu'il ne s'est pas vu reconnaître un intérêt pour agir contre elle.

936. Enfin, et surtout, l'arrêt *Fédération des syndicats de fonctionnaires* de 2014 montre bien qu'en dépit de quelques écarts marginaux, le Conseil d'État demeure attaché à la grille de lecture fournie par Corneille, à la subdivision entre les décisions favorables et défavorables pour apprécier l'intérêt pour agir des groupements et, semble-t-il, plus généralement des tiers contre les décisions personnelles qualifiées d'individuelles²⁴⁰⁴.

B- La conception généralement retenue par le Conseil d'État

937. De manière générale, le Conseil d'État semble ainsi estimer qu'en présence d'une décision individuelle défavorable, l'intérêt personnel du destinataire éclipse - même si cela peut paraître artificiel - tout intérêt concurrent. En dépit de ces imperfections, il faut donc retenir une présentation inspirée de la conception de Corneille, comme d'ailleurs la majorité de la doctrine contemporaine. Il reste toutefois à apprécier les amendements qui peuvent ou ont pu être apportés au niveau de la *summa divisio* (1) ou de la subdivision (2) des actes pouvant être attaqués par les groupements au nom d'une atteinte à l'intérêt collectif qu'ils se sont donnés pour objet de défendre.

1- Une *summa divisio* entre les actes individuels et les actes non-individuels

938. Quoique la référence à Romieu semble être une figure imposée pour les auteurs, c'est la *summa divisio* opposant les actes réglementaires aux actes individuels qui est aujourd'hui largement utilisée par la doctrine²⁴⁰⁵. C'est d'ailleurs celle-ci qui est aussi retenue par les dispositions législatives successives qui

²⁴⁰³ René Chapus, tout en étant par ailleurs conscient des limites d'une telle présentation, résume assez bien cette idée lorsqu'il écrit que « s'agissant de décisions individuelles, la jurisprudence consacre une distinction (issue de l'arrêt de 1906), qui procède de la nature - collective ou individuelle - de l'intérêt auquel elles portent atteinte et qui se traduit, assez sommairement, par une opposition (reprise des conclusions de Romieu) entre « mesures positives » et mesures négatives » (René CHAPUS, *op.cit.*, n° 585, p. 489)

²⁴⁰⁴ La jurisprudence récente du Conseil d'État sur l'intérêt pour agir des tiers contre des mesures gracieuses témoigne bien de cet attachement (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 21 novembre 2016, n° 392560). La distinction qu'il opère entre le refus et l'octroi des mesures gracieuses pour apprécier leur intérêt pour agir correspondrait à l'opposition entre les décisions favorables et défavorables dans la mesure où c'est le caractère favorable de la décision d'octroi à pour son bénéficiaire qui fait obstacle à ce qu'il puisse se voir reconnaître un intérêt pour agir contre elle (CE, 13 mai 1949, *Sieur Diehl*, Rec. Lebon, p. 218).

²⁴⁰⁵ Par ex., Anne COURREGES, Serge DAËL, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 4^e édition, 2013, p. 170 ; Gilles PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir (condition de recevabilité) », *Répertoire de contentieux administratif*, § 262 ; Antoine BEAL, « Fasc. 1082 : Intérêt à agir », *Juriclassiseur administratif*, n° 50 ; Benoît PLESSIX, *op.cit.*, n° 1134, p. 1487 ;

ont pu encadrer l'intérêt pour agir des groupements de fonctionnaires²⁴⁰⁶. Elle n'est toutefois pas exhaustive.

939. Ainsi, la notion d'« acte collectif », qui apparaît encore parfois sous la plume du juge administratif²⁴⁰⁷, n'est que très rarement utilisée pour rendre compte de la jurisprudence en la matière, sans que cela soit d'ailleurs un gage de fidélité aux conclusions de Romieu en 1906²⁴⁰⁸. Il faut aussi relever qu'aucun auteur s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, mis à part - semble-t-il - Raymond Odent, ne songe à mentionner les décisions « ni réglementaires ni individuelles » ou « d'espèce » dans sa

Olivier LE BOT, *Contentieux administratif*, Larcier, coll. Paradigme-manuel, 6^e édition, 2019, n° 420-421, p. 218-219 ; Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 7^e édition, 2020, § 17-22, p. 724-730 ; Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso-édition, coll. Manuels, 7^e édition, 2019, n° 97, p. 84 (L'auteur n'emploie pas expressément cette *summa divisio* mais elle évoque tout de même les questions soulevées en présence d'une « décision individuelle défavorable à son destinataire ») ; Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Manuel, 2012, n° 283, p. 161 ; Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e édition, 2019, n° 632, p. 308 ; Patrice CHRETIEN, Nicolas CHIFFLOT, Maxime TOURBE, *op.cit.*, n° 817, p. 777 ; Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po-Dalloz, coll. Amphi, 7^e édition, 2005, p. 598-599 ; Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 13^e édition, 2020, n° 963, p. 614-615 ; Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Stéphane BRACONNIER, Clotilde DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 17^e édition, 2017, p. 704-705 ; Jacqueline MORAND-DEVILLER, Pierre BOURDON, Florian POULET, *Droit administratif*, Paris, Lextenso éditions, LGDJ, coll. Cours, 16^e édition, 2019, p. 710 ; René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchestien, coll. Domat droit public, 13^e édition, 2008, n° 583, p. 488 ; Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 13^e édition, 2019, n° 741, p. 471 ; Clémence BARRAY, Pierre-Xavier BOYER, *Contentieux administratif*, Paris, Flammarion, coll. Champs université, 2015, p. 180-181 ; Florent BLANCO, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2019, n° 557, p. 506.

²⁴⁰⁶ V. art. 5 de la loi du 15 octobre 1940 relative aux associations professionnelles de fonctionnaire ; art. 109 de la loi du 1^{er} septembre 1941 ; art. 6 de la loi du 19 octobre 1946 ; art. 14 de l'ordonnance du 4 février 1959 ; art. 8 de la loi du 13 juillet 1983. En revanche, en 1907, l'article 3 du projet de loi relatif aux associations de fonctionnaires ne mentionnait pas cette *summa divisio* et semblait alors plutôt s'inspirer des conclusions de Romieu sur l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* en disposant que ces groupements pouvaient « poursuivre devant la juridiction compétente l'annulation des mesures prises contrairement aux dispositions législatives et réglementaires, sans préjudice des recours individuels formés par les intéressés ». Cette évolution rédactionnelle tendrait donc à démontrer l'influence déterminante de Corneille - et non de Romieu - dans l'appréhension et l'encadrement du recours pour excès de pouvoir des groupements défendant des intérêts collectifs.

²⁴⁰⁷ V. CE, 12 novembre 1958, *Ferlin*, Rec., Lebon T. p. 938 ; CE, ord. 21 mars 2001, *Syndicat de lutte pénitentiaire de l'union régionale Antille-Guyane*, n° 231087, Rec., Lebon p. 144. Toutefois, comme le note M. Pierre Delvolvé, de tels actes se distingueraient des actes pluri-individuels en ce qu'ils portent sur des personnes dont la situation individuelle est déterminée les unes par rapport aux autres (Pierre DELVOLVÉ, « La définition des actes administratifs », *RFDA*, 2016, p. 38). Il s'agit, par exemple, des actes classant des candidats reçus à un concours ou des tableaux d'avancement.

²⁴⁰⁸ Par « acte collectif », le commissaire du gouvernement semblait entendre aussi bien l'acte réglementaire que l'acte pluri-individuel. Il en va toutefois autrement pour les auteurs qui l'emploient pour rendre compte de la jurisprudence sur l'action des groupements. Ils ne s'accordent même pas sur le sens de cette expression. Ainsi, Raymond Odent distinguait les « décisions à caractère réglementaire », d'une part, et les « décisions collectives ou individuelles » d'autre part (Raymond ODENT, *op.cit.*, t.2, p. 262). En revanche, les auteurs du *GAJA* associent les actes réglementaires et les « actes collectifs dont la portée est suffisamment générale » (Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 22^e édition, 2019, §3, p. 98). Il en va de même pour Jean-Marie Auby et Rolland Drago qui font des « actes collectifs présentant un caractère général » une autre espèce d'« actes généraux » au côté des « actes réglementaires ». Toutefois, ils ne tombent pas vraiment d'accord sur ce que recouvre cette catégorie. En effet, pour les premiers, l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne* (CE, Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, n°s 34252, 34798), dans lequel un recours avait été exercé contre les décisions par lesquelles le gouvernement avait provoqué l'augmentation du capital social d'une entreprise qui appartenait jusqu'alors au secteur public, renoncé à souscrire à cette augmentation de capital et invité les autres actionnaires publics à ne pas y souscrire, constitue un exemple de recours dirigé contre des actes collectifs tandis que pour les seconds, cette même décision sert à illustrer les recours contre des actes réglementaires. Enfin, il est assez difficile de voir, au regard des exemples qu'ils donnent, comment les uns et les autres distinguent ces actes collectifs et les actes réglementaires.

classification²⁴⁰⁹. Pour cause, le juge administratif ne semble effectivement pas leur réserver un sort particulier en la matière mais les traite comme des actes réglementaires, alors même que des jurisprudences qui avaient été aussi construites sur une opposition entre les actes réglementaires et les actes individuels purent être amendées pour tenir compte de l'émergence de ces décisions d'espèce et les inclure dans une catégorie élargie des actes non-réglementaires²⁴¹⁰. Cela peut toutefois aisément s'expliquer en considérant que cette notion de décision « ni réglementaire ni individuelle » n'est en réalité que fonctionnelle, qu'elle ne vise qu'à soumettre des décisions impersonnelles - parfois qualifiées « a-personnelles » pour reprendre l'expression de Mme Isabelle Poirot-Mazeres²⁴¹¹ - à un régime plus sécurisant que celui s'appliquant habituellement aux actes qualifiés de réglementaires.

940. La distinction entre les actes réglementaires et non-réglementaires, en vogue chez les auteurs qui intègrent les décisions d'espèce dans leur classification des actes mais ne se résolvent pas à sacrifier le principe du tiers exclu, ne saurait donc être reprise ici. Pour décrire plus lisiblement l'état du droit en la matière, il semble d'ailleurs souhaitable de retenir une *summa divisio* articulant des classes qui ne reprennent pas les intitulés de catégories employées par le droit positif, comme l'opposition entre actes « généraux » et actes « particuliers » utilisée par MM. Jean-Marie Auby et Roland Drago ou plutôt, compte tenu du flou pouvant entourer la notion de généralité lorsqu'elle est employée dans les classifications d'actes administratifs unilatéraux²⁴¹², une distinction entre actes unilatéraux personnels et actes unilatéraux impersonnels, cette seconde classe regroupant alors les actes qualifiés de réglementaires et les décisions d'espèce²⁴¹³. Ce serait toutefois omettre les actes susceptibles d'être qualifiés de réglementaires dans le cadre de la jurisprudence *Commune de Clefey* - qui conduit à reconnaître un caractère réglementaire à tout

²⁴⁰⁹ C'est du moins ce que peut laisser penser le renvoi que Raymond Odent fait à l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 26 mars 1971, *Association pour la défense des intérêts de la commune de Saint-Symphorien et commune de Saint-Symphorien* lorsqu'il présente des infléchissements à la ligne jurisprudentielle sur l'intérêt pour agir des groupements. En effet, le recours pour excès de pouvoir était alors dirigé contre une déclaration d'utilité publique, c'est-à-dire une décision dont l'auteur rappelle, dans un autre passage de son cours, qu'elle appartient à la catégorie des actes non-réglementaires. Néanmoins, comme il l'explique alors, ce n'est que postérieurement, en 1975 (CE, 14 février 1975, *Epoux Merlin*, Rec. Lebon, p. 110), que la jurisprudence sur le caractère non réglementaire de cet acte a été « stabilisée » pour reprendre ses termes (vol 1, p. 251). Il serait alors possible de croire que ce n'est en réalité qu'*a posteriori* que Raymond Odent a noté un infléchissement de la jurisprudence. D'autant plus qu'il ne le relevait pas dans l'édition de 1970-1971 du fascicule V de son *Contentieux administratif*. Toutefois, l'absence dans cette dernière édition de cette décision datée du 26 mars 1971, dans laquelle l'auteur n'avait d'ailleurs même pas pris la peine de mentionner les exceptions à la ligne jurisprudentielle du Conseil d'Etat, n'est sans doute pas probante. Enfin, dans la mesure où l'auteur faisait lui-même partie de la formation de jugement ayant rendu cette décision, il était sûrement le mieux placé pour savoir si la recevabilité de l'action de l'association avait effectivement été discutée ou non.

²⁴¹⁰ Par ex., le traitement des déclarations d'utilité publique dans le cadre de la jurisprudence – aujourd'hui dépassée – *Septfonds* : TC, 23 février 2004, *Commune d'Auribeau-sur-Siagne*, n° C3381.

²⁴¹¹ L'auteure retient toutefois cette expression après avoir refusé de se borner à qualifier la décision d'espèce de notion fonctionnelle.

²⁴¹² La généralité, lorsqu'elle est employée comme critère de définition dans les classifications doctrinales, peut être effectivement aussi quantitative que qualitative et renvoyer aussi bien à la dimension personnelle qu'à la dimension matériel du champ d'application des actes normateurs, voire d'ailleurs parfois aux deux en même temps.

²⁴¹³ En partant du principe qu'une norme a nécessairement un ou plusieurs destinataires qui ne peuvent être que des êtres humains et qu'il n'est donc pas possible de concevoir un acte normateur sans destinataires directs, la thèse de l'« a-personnalité » ne sera effectivement pas retenue ici (Par ex., Fabrice MELLERAY, *thèse précit.*, p. 405, ndbp n° 187). Dans le cadre de l'appréciation de l'intérêt pour agir des groupements défendant des intérêts collectifs, la notion d'acte réglementaire serait donc autonome. Une décision qualifiée de réglementaire au stade de l'appréciation de l'intérêt pour agir pourrait ainsi être regardée ensuite comme « ni réglementaire ni individuelle » pour apprécier la recevabilité de la requête sur un autre point.

acte relatif à l'organisation d'un service nonobstant son caractère personnel²⁴¹⁴, comme, par exemple, une délégation permanente de signature²⁴¹⁵, et que l'arrêt *Institut d'ostéopathie de Bordeaux* du 1^{er} juillet 2016²⁴¹⁶ n'a pas fait disparaître²⁴¹⁷ - et qui sont traités comme tels dans le cadre de la jurisprudence sur l'intérêt pour agir des groupements privés²⁴¹⁸. Ainsi, il conviendrait plutôt de distinguer, d'un côté, les actes impersonnels - ce qui correspond à une partie des actes usuellement qualifiés de réglementaire et aux décisions « d'espèce » – ainsi que les actes personnels ayant pour objet d'organiser un service public et, de l'autre, les actes personnels n'ayant pas pour objet d'organiser un service public. Autrement dit, l'opposition se fait entre les actes susceptibles d'être qualifiés d'individuels et ceux qui ne le sont pas. Or, cette seconde classe, compte tenu des atermoiements de la jurisprudence et du pragmatisme des juges, rassemble des éléments bien trop hétérogènes pour qu'il soit possible de dégager un critère d'identification dont l'absence ou la présence ferait office de critère de distinction avec la première, ce qui illustre bien, soit dit en passant, la tension pouvant exister entre les valeurs « descriptive » et « logique » dans les classifications élaborées par la science du droit.

941. Si cette *summa divisio* peut déjà sembler insatisfaisante, la subdivision au sein des actes personnels qui, n'ayant pas pour objet d'organiser un service public, sont susceptibles d'être qualifiés d'individuels est quant à elle incertaine.

2- La subdivision entre actes individuels favorables et défavorables

942. S'agissant du critère de distinction, plusieurs attitudes peuvent être répertoriées au sein de la doctrine universitaire et de la doctrine organique. Certains auteurs optent ainsi pour une conception différente de la décision individuelle négative et de la décision individuelle positive en l'associant à la création de droits susceptibles d'être acquis au profit de leurs destinataires²⁴¹⁹. En cela, ils s'inspirent très

²⁴¹⁴ CE, Sect., 13 juin 1969, *Commune de Clefcy*, n° 76261.

²⁴¹⁵ CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 4 décembre 2013, *Société Bricoman et Société Immochan France*, n° 349277. Le rattachement de cette solution au courant jurisprudentiel *Commune de Clefcy* n'était toutefois pas évident pour René Chapus dans la mesure où il présentait cette « solution particulière » à part. Néanmoins, il précisait ensuite qu'il n'est pas « impossible de considérer que ces délégations sont avant tout des mesures rapportant à l'organisation d'un service public, ce qui donnerait une certaine normalité à la solution » (René CHAPUS, *op.cit.*, n° 703, p. 532-533) (en italique dans le texte). Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs lui-même fait ce lien dans son arrêt *Association de droit allemand « Stiftung Jean Arp und Sophie Tauber »* (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 juillet 2001, *Association de droit allemand « Stiftung Jean Arp und Sophie Tauber »*, n° 224032), mais l'auteur n'avait semble-t-il pas eu le temps de l'intégrer dans la dernière édition de son manuel.

²⁴¹⁶ CE, Sect., 1^{er} juillet 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n° 393082.

²⁴¹⁷ Pour une présentation synthétique de ce courant jurisprudentiel, V. Elise UNTERMAIER-KERLEO, « La double définition de l'acte réglementaire », *AJDA*, 2017, p. 1725 ; Jean LESSI, « L'organisation du service public comme critère de l'acte réglementaire. Conclusions sur Conseil d'État, section, 1^{er} juillet 2016, Institut d'ostéopathie de Bordeaux, n° 393082 et n° 393524 », *RFDA*, 2016, p. 1107.

²⁴¹⁸ Par ex., pour actes personnels « négatifs » traités comme des actes réglementaires pour l'appréciation de l'intérêt donnant pour agir, CE, 10^e et 5^e sous-sections réunies, 13 février 1985, *Syndicat CFDT des personnels des services publics parisiens et a.*, n°s 38759, 38773, 38774, 38775, 38776.

²⁴¹⁹ Une telle assimilation serait apparue pour la première fois sous la plume du commissaire du gouvernement Bertrand dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des métaux CFDT des Vosges* du 23 juin 1972 (Rec. Lebon, p. 489) alors même qu'il tentait de rendre compte des différentes présentations doctrinales. Du moins, il n'est pas possible de trouver la trace, avant ces

librement de Raymond Odent, et non de Corneille, puisque la distinction entre les décisions créatrices et non créatrices de droits susceptibles d'être acquis ne recoupe pas nécessairement la distinction entre décisions favorables ou défavorables pour leur destinataire²⁴²⁰. D'une part, une décision défavorable pour son destinataire peut créer au profit de tiers des droits qui sont susceptibles d'être acquis. D'autre part, même en se limitant au point de vue des destinataires des décisions, ce critère est d'un maniement délicat car le lien entre les décisions favorables et les décisions créatrices de droits susceptible d'être acquis n'est ni évident²⁴²¹, ni même automatique²⁴²².

943. Il est aussi possible, comme René Chapus, d'identifier, au côté des décisions négatives et positives, un troisième genre de décisions individuelles, en l'occurrence les décisions « neutres ». Il s'agit de décisions, comme celles fixant la notation d'un fonctionnaire, qui « n'ont, par elles-mêmes, aucune conséquence, ni favorable, ni défavorable, sur l'intérêt collectif »²⁴²³ et qui, à l'instar des décisions négatives, ne peuvent faire l'objet d'un recours émanant d'un groupement. Toutefois, l'auteur ne se place alors pas du point de vue du destinataire de la décision pour apprécier le caractère neutre de la décision, il utilise donc un critère différent de Corneille pour élargir sa subdivision. En faisant ainsi de l'atteinte à l'intérêt collectif la seule mesure de l'intérêt pour agir des groupements, l'auteur semble d'ailleurs se rapprocher plus de la troisième grille de lecture précédemment évoquée et attribuée à Louis Rolland que celle de Corneille. En réalité, cette catégorie des décisions « neutres » n'apporte rien de plus en ce qu'elle ne permet que de rappeler une évidence : le groupement n'a pas intérêt pour agir contre une décision qui n'a pas, notamment, de conséquences défavorables pour l'intérêt collectif qu'il a pour objet de défendre.

944. Enfin, avec M. Antoine Béal, il est possible de retenir une acception large de la notion de décisions positives afin d'y intégrer les solutions qui ont pu être présentées comme des dérogations ponctuelles. La filiation avec Corneille est alors moins évidente, et la définition des décisions individuelles positives, que les groupements sont susceptibles d'attaquer, semble en réalité obtenue à partir de leur régime contentieux²⁴²⁴.

conclusions, d'une telle présentation. Le commissaire du gouvernement aurait donc plutôt synthétisé la conception de Raymond Odent et celle de Corneille qui était reprise par la plupart des auteurs. Aujourd'hui, une telle assimilation se retrouve, par exemple, sous la plume de M. Paul Cassia dans les *Grands arrêts du contentieux administratif* (Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *op.cit.*, §21, p. 727-728).

²⁴²⁰ Comme cela fut dit précédemment, pour Raymond Odent, la décision négative ne constituait qu'un type de décisions non créatrices de droits susceptible d'être acquis. Toutefois, la définition de la décision négative qu'il retenait alors était celle de Romieu (Raymond ODENT, *op.cit.*, t.2, p. 263).

²⁴²¹ C'est le cas de décisions qui ne présentent, que dans un second temps, des conséquences favorables pour leur destinataire comme la fermeture temporaire d'un débit de boisson (CE, 27 janvier 1971, *Ministre de l'Intérieur c. Hurtaud*, Rec. Lebon, p. 68) ou la radiation de la liste des demandeurs d'emploi (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 2 octobre 2009, *Perchais*, n° 312712).

²⁴²² Une décision favorable pour son destinataire peut, par exemple, avoir été obtenue par des manœuvres frauduleuses ou être entachée d'une illégalité tellement grave qu'elle serait en réalité inexistante. Dès lors, quoiqu'elle soit favorable pour son destinataire, elle n'est pas susceptible de créer des droits acquis à son profit.

²⁴²³ René CHAPUS, *op.cit.*, n° 586, p. 492.

²⁴²⁴ Cela ne ressort pas de sa contribution au *Jurisclasseur administratif* puisque l'auteur y évoque la « Notion d'acte individuel « négatif » ne pouvant faire l'objet d'un recours de la part d'une association ou d'un groupement » (Antoine BEAL, « Fasc. 1082 : Intérêt à agir », *Jurisclasseur administratif*, § 55 à 56), mais plutôt de sa contribution au *Jurisclasseur de Justice Administrative* où il reprend la même présentation mais opte pour un intitulé ne faisant pas - du moins explicitement - de la recevabilité du

945. Sans doute, il est possible, avec Georges Liet-Veaux, de trouver que le caractère favorable ou défavorable de l'acte individuel n'est pas un critère opératoire - ou du moins qu'il est difficilement utilisable - en ce qu'il conduit à apprécier de façon contextualisée si la mesure constitue bien une décision défavorable pour son destinataire. Néanmoins, cette méthode d'appréciation n'est pas étrangère au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il apprécie ce que M. René Chapus appelle la « réalité »²⁴²⁵ de l'intérêt invoqué par le requérant puisque pour que son intérêt pour agir soit réel, il faut, notamment, que la décision attaquée lui soit effectivement défavorable. Dans ce cadre, le juge de l'excès de pouvoir s'attache aussi, en principe²⁴²⁶, au contenu de la décision et à la situation du requérant. Partant de là, le groupement ne serait recevable à agir contre la décision individuelle que dans la mesure où son destinataire n'aurait pas lui-même intérêt pour agir. Une telle conception ne serait donc pas impraticable. En approfondissant, elle semble même offrir une clef de lecture pour appréhender l'articulation entre les recours des groupements et des destinataires des décisions individuelles.

946. Partant de l'idée que les groupements ne seraient recevables à agir que dans l'hypothèse où le destinataire de la décision n'aurait pas lui-même intérêt pour agir, que le recours des premiers ne seraient donc destinés qu'à suppléer celui des seconds, il serait possible de voir une volonté de la part du jurislatureur, soucieux de ne laisser aucun angle mort dans lequel une illégalité pourrait prospérer, de subsidiariser leur action en défense des intérêts collectifs. Plus exactement, le jurislatureur s'inspirerait du principe de « subsidiarité »²⁴²⁷ pour cantonner ainsi l'action des groupements défendant des intérêts

recours des groupements un élément de différenciation des décisions individuelles (Antoine BEAL, « Fasc. 40 : Introduction de l'instance.- Recevabilité. -Décision attaquée. Auteur du recours », *Jurisque Jurisclasseur Justice Administrative*, § 111 à 113). Parmi les « décisions positives », sont ainsi mentionnées, par exemple, les autorisations de licenciement des salariés protégés. L'auteur cherche donc bien à inférer le caractère positif d'une décision individuelle de la recevabilité du recours du groupement, à moins qu'il se départisse aussi de la *doxa* en la matière en constatant qu'une telle décision n'est effectivement pas « négative » pour son destinataire.

²⁴²⁵ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Lextenso-édition, coll. Domat droit public, 13^e édition, 2008, n° 568, p. 473.

²⁴²⁶ Certes, ainsi que cela fut étudié précédemment, le Conseil d'État a précisé par la suite que « l'intérêt à agir d'un requérant s'apprécie au regard de l'objet des dispositions qu'il attaque et non du contenu de ces dispositions » (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 30 juillet 2014, *Cimade*, n° 375430), ce qui peut laisser penser que le requérant est désormais le seul à même d'apprécier l'opportunité de son recours pour excès de pouvoir. Toutefois, avec M. Olivier Le Bot, il est possible d'affirmer qu'en dépit de la formulation assez générale employée par le Conseil d'État dans sa décision, la portée de cette décision est limitée à une catégorie de requérants à savoir les groupements défendant des intérêts collectifs (Olivier LE BOT, « Chronique de contentieux administratif : décisions de juillet à septembre 2014 », *JCP A*, 2014, n° 6, 9 Février 2015, 2029, p. 3). En effet, c'est ce que peut laisser penser la présentation de la décision au Recueil Lebon puisque la décision n'est pas présentée comme un abandon de la jurisprudence illustrée par l'arrêt *Diraison*.

²⁴²⁷ Sur le principe de subsidiarité. V. notamment Chantal MILLION-DELSOL, *La subsidiarité*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993, 128 p. ; Joël-Benoît d'ONORIO (dir.), *La subsidiarité, de la théorie à la pratique*, actes du XII^e colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1995 ; Julien BARROCHE, *État, libéralisme et christianisme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses science politique, 2012, 748 p. (l'auteur insiste toutefois davantage sur les racines chrétiennes de ce concept) ; Arnaud DURANTHON, *Subsidiarité et collectivités territoriales : étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités territoriales en droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2017, p. 7-12, p. 35-41). C'est, comme le souligne M. Xavier Bioy, M^{me} Chantal Million-Delsol qui résume le mieux les fondements de ce principe : « Le principe repose sur une philosophie d'obéissance aristotélicienne, et s'enracine dans le personnalisme chrétien. On peut résumer brièvement ses fondements en trois points : la dignité de la personne représente la finalité de l'action politique ; la personne individuelle se grandit davantage par son acte propre que par ce qu'elle reçoit ; la personne individuelle ne peut atteindre seule son plein épanouissement » (Chantal MILLION-DELSOL, « La subsidiarité dans les idées politiques » in Joël-Benoît d'ONORIO (dir.), *op.cit.*, p. 44).

collectifs. Les limites posées à la reconnaissance de leur qualité pour agir ne seraient que la traduction de ce principe « tout entier ordonné vers la protection de l'autonomie de la personne humaine face aux structures sociales qui risque de le broyer »²⁴²⁸.

947. Cantonnés à une fonction de suppléance, les groupements n'auraient en réalité intérêt pour agir que dans la mesure où l'individu serait dans l'impossibilité juridique²⁴²⁹ ou matérielle²⁴³⁰ d'ester en justice. Quant à l'irrecevabilité de l'action des groupements contre les décisions individuelles dont ils ne sont pas destinataires, elle serait alors l'aspect « négatif » de ce principe. « En tant qu'expression normative d'une certaine organisation »²⁴³¹, le principe de subsidiarité fournirait ainsi une clef de lecture permettant de rendre compte, aussi bien devant le juge judiciaire que devant le juge administratif, des relations qu'entretiennent l'action des groupements défendant des intérêts collectifs et celle des individus défendant leurs intérêts personnels. Cela supposerait alors de s'écarter du paradigme individualiste, dont cette jurisprudence était censée être la manifestation, ou du moins d'une certaine définition de celui-ci²⁴³².

948. Néanmoins, il faut rappeler que la jurisprudence - et plus précisément la jurisprudence administrative - n'assigne pas à l'individu la défense exclusive de ses seuls intérêts personnels puisqu'il peut, à l'instar des groupements, défendre un intérêt collectif en se prévalant de son appartenance à certains cercles d'intérêts. L'action en défense des intérêts collectifs des groupements ne s'inscrit pas nécessairement dans une logique de suppléance, mais aussi de concurrence entre les requérants. En outre, les destinataires de décisions individuelles qui peuvent apparaître « défavorables » n'ont eux-mêmes pas toujours intérêt pour agir contre elles²⁴³³. Dans ces hypothèses, le refus de reconnaître au groupement un intérêt pour agir ne vise donc pas nécessairement à préserver la liberté de choix de l'individu. Enfin, les quelques ingérences qui ont été ponctuellement admises par le juge administratif ne semblent pas justifiées

²⁴²⁸ Joël-Benoît d'ONORIO, *Le système institutionnel du Saint-Siège*, Thèse dactyl. Université Aix-Marseille III, 1981, p. 265, cité par Jean-Marie PONTIER, « la subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, p. 1520.

²⁴²⁹ Il en va aussi ainsi lorsque le cercle d'intérêt, dont la personne physique revendique l'appartenance, est trop large pour être invoqué par lui (Par ex., CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 17 mai 2002, *Hofmann*, n° 231290).

²⁴³⁰ C'est, peu ou prou, la raison d'être des différents dispositifs mettant en place des actions de substitution dont le recours des groupements contre les décisions défavorables ne serait qu'une forme : pallier une faiblesse structurelle dont souffriraient certains requérants. Cette idée de suppléance serait d'ailleurs le fondement même de toute substitution de personne (Emmanuel JEULAND, note sous Cass. soc., 1^{er} février 2000, *Société Servair c. Lasne et a.* ; Cass. soc., 1^{er} février 2000, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy c. Société Servair*, *JCP G.*, 2001, II, 10451, ndbp n° 36). Dans le même ordre d'idées, dans le cadre de demandes dont le but prioritaire n'est pas la défense d'intérêts individuels mais qui sont motivées par une atteinte à de tels intérêts, le juge judiciaire a pu mettre en avant l'impossibilité d'agir des victimes ayant subi le dommage direct pour reconnaître la qualité pour agir d'un groupement (Crim. 14 janvier 1971, n° 70-90.558 ; CA de Paris, 9 octobre 1971 (*Gaz. Pal.*, 1972, 1, p. 410), CA de Colmar, 10 février 1977, (*D.*, 1977 p. 471) ou encore, avec la jurisprudence sur les « ligues de défense », l'avantage pratique que peut présenter le groupement.

²⁴³¹ Jean-Marie PONTIER, *art.précit.*, p. 1519.

²⁴³² Dans la mesure où il suppose de reconnaître au moins la sociabilité naturelle de l'homme, le principe de subsidiarité condamne une vision atomiste de la société qui a pu être - à tort ou à raison - associée à l'individualisme. Pour autant, cela ne suppose pas de tomber dans l'excès inverse c'est-à-dire dans les travers corporatistes de certains de ses promoteurs, qui n'auraient fait que dévoyer ce principe (Chantal MILLION-DELSOL, *op.cit.*, p. 29-32).

²⁴³³ En effet, les destinataires de décisions ne leur donnant qu'une satisfaction partielle ne sont, en principe, pas recevables à les attaquer (V. jurisprudence citée note n° 879). En revanche, comme cela fut dit précédemment, ils ont un intérêt pour agir contre certaines décisions faisant droit à leur demande compte de tenu de l'importance de leurs effets sur leur situation personnelle. Il en va ainsi, par exemple, des décisions accédant à la demande de démission d'un agent (V. jurisprudence citée note 882).

par l'idée d'une carence de la part du destinataire de la décision qu'il faudrait suppléer²⁴³⁴. En réalité, la plupart du temps, cette carence de l'individu n'est pas évoquée par les auteurs à titre explicatif, mais plutôt comme un argument au soutien d'un assouplissement de l'appréciation de l'intérêt pour agir des groupements. Ainsi, aussi séduisante puisse-t-elle paraître, cette construction ne permet donc pas non plus de rendre compte d'une jurisprudence qui semble bien rétive à toute tentative de systématisation et c'est finalement l'opposition entre décisions particulières favorables et défavorables appréciés de façon contextualisée qui en rend le mieux - ou le moins mal - compte.

949. À défaut de pouvoir trouver un principe ordonnateur qui soit intangible, un critère précis et incontestable permettant de rendre compte des conditions dans lesquelles les groupements peuvent exercer un recours pour excès de pouvoir contre une décision individuelle dont ils ne sont pas destinataires, il est donc au moins possible de rendre compte d'une tendance. Cette jurisprudence illustre une quête d'équilibre de la part d'un juge administratif qui cherche à éviter que l'individu ne se retrouve engagé dans une instance contre son gré à cause de l'action intempestive de groupements²⁴³⁵ tout en ménageant leur rôle de gardien de la légalité. Décevante sur le plan scientifique, cette conclusion semble toutefois être la plus honnête sur le plan intellectuel.

950. Cette recherche infructueuse d'un critère opératoire a au moins eu le mérite de mettre en lumière plusieurs difficultés que rencontrent les groupements pour intervenir dans les rapports de droit public dès lors que cette intervention passe par la défense indirecte des intérêts collectifs. Comme en témoignent cette pluralité des présentations et l'impossibilité de trouver un critère opératoire, ils sont amenés à se mouvoir dans un cadre juridique qui est incertain. Ce cadre leur est aussi globalement hostile puisque les arrêts qui ont pu perturber les présentations doctrinales sont finalement demeurés exceptionnels. Face aux gardiens vigilants de la légalité, le Conseil d'État apparaît ainsi comme un gardien pragmatique, mais non moins vigilant, de la tradition individualiste et le mandat ne semble d'ailleurs pas constituer un palliatif suffisant²⁴³⁶. L'action de substitution en matière de lutte contre les discriminations, qui peut désormais être exercée devant le juge administratif, pourrait ainsi représenter une première évolution dans le contentieux de l'excès de pouvoir en permettant de desserrer la contrainte pour les groupements - ou du moins pour certains d'entre eux²⁴³⁷ - dans la mesure où elle leur permettrait de faire l'économie du mandat pour exercer un recours pour excès de pouvoir ou une action en responsabilité en défense de

²⁴³⁴ Cela supposerait d'ailleurs une appréciation contextualisée qui ne ressort à aucun moment des conclusions des commissaires de gouvernement sur les décisions qui sont présentées comme des exceptions à la ligne jurisprudentielle.

²⁴³⁵ V. Jean de SOTO, *op.cit.*, p. 273 ; Henri TOUTEE, Conclusions sur CE, 13 décembre 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes et Syndicat des cadres communaux CGT de la mairie de Nîmes et Syndicat interco-CFDT de la Vendée*, RFDA, 1993, p. 250

²⁴³⁶ En effet, outre l'arrêt *Syndicat coopératif des patrons coiffeurs à Marseille* du 1^{er} février 1907, où le mandat ne fut même pas employé sciemment, un seul autre exemple de représentation conventionnelle, cette fois-ci en plein contentieux, semble pouvoir être répertorié (CE, 30 mars 1966, *Société industrielle foncière et routière de Levret*, Rec. Lebon, p. 254). Certes, cela « ne signifie pas nécessairement qu'il n'en ait pas un ou deux autres » (Paul CASSIA, *art.précit.*, p. 662), mais cela révèle bien l'usage parcimonieux que les groupements font de cette technique.

²⁴³⁷ En l'occurrence, les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans et se proposant, par leurs statuts, de lutter contre les discriminations.

l'intérêt d'un tiers. Néanmoins, elle ne permet pas de contourner la condition d'accord et elle semble d'ailleurs avoir rencontré encore moins de succès devant les juridictions administratives que l'action fondée sur la représentation conventionnelle.

§2- La mise en œuvre de la condition d'accord dans l'action de substitution devant les juridictions administratives et judiciaires

951. Même si le jurislatureur semble avoir fait preuve de plus de mansuétude - pour ne pas dire de laxisme - à l'égard de certains groupements substituants, les prescriptions du Conseil constitutionnel ont été dans l'ensemble respectées par le pouvoir réglementaire lors de la mise en place de l'action en substitution devant les juridictions administratives tant au niveau des conditions dans lesquelles la victime est informée (A) qu'au niveau de la forme et de la portée de son assentiment (B), ce qui révèle, au passage, l'hétérogénéité, voire l'incohérence, du régime des différentes actions de substitution.

A- L'accord préalable de la victime

952. Il ressort des dispositions organisant les actions en substitution que la forme (1) et la portée de l'accord (2) sont susceptibles de varier.

1- La forme de l'accord préalable

953. L'article R. 779-9 du code de justice administrative, à l'instar d'autres dispositions organisant des actions de substitution, exige du groupement substituant qu'il obtienne un accord écrit de la part du substitué²⁴³⁸. Néanmoins, pour la majorité des actions de substitution, les textes se contentent d'un accord tacite qui peut être réputé obtenu tant que la victime n'a pas déclaré s'y opposer²⁴³⁹ ou après l'écoulement d'un certain délai²⁴⁴⁰. Ce faisant, pour les associations luttant contre les discriminations agissant devant

²⁴³⁸ C'est aussi le cas lorsqu'elle est exercée par une association sur le fondement de l'article 1263-1 du code de procédure civile, mais aussi pour l'action de substitution exercée par une association en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise, ou d'un salarié victime de discriminations (art. L. 1134-3 du code du travail) et pour les actions de substitution en matière de harcèlement (art. L. 1154-2 du code du travail).

²⁴³⁹ C'est le cas dans l'action de substitution en matière de groupement d'employeurs (art. L. 1253-16 du code du travail), de conventions ou d'accords collectifs (art. L. 2262-9 du code du travail), de travail à domicile (art. L. 7423-2 du code du travail) ou concernant les travailleurs étrangers (art. L. 8255-1 du code du travail).

²⁴⁴⁰ Il en va ainsi pour l'action de substitution exercée par une organisation syndicale représentative en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise, ou d'un salarié victime de discriminations (art. L. 1134-2 du code du travail), pour l'action de substitution en matière de licenciement économique (art. L. 1235-8 du code du travail), en matière de travail temporaire (art. L. 1251-59 du code du travail qui reprend sur ce point les dispositions de l'article L. 124-20 du code du travail tel que modifié par l'article 24 de la loi n°90-613 du 12 juillet 1990) et en matière de prêt de main-d'œuvre (art. L. 8233-1 du code du travail). Il s'agit alors d'un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la lettre par laquelle le groupement a notifié à la victime son intention d'exercer l'action de substitution.

les juridictions administratives, la différence entre l'action de substitution et la représentation conventionnelle, ne paraît pas évidente.

954. Certes, en leur temps, M. Henri Toutée²⁴⁴¹ et M. Louis Boré²⁴⁴² avaient d'ailleurs plaidé en faveur de l'abandon de la condition de mandat exprès au profit d'un « accord express », similaire à celui qui est requis dans les actions de substitution. Toutefois, ce plaidoyer en faveur d'un abandon du mandat exprès au profit d'un accord écrit dans le cadre de la jurisprudence *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*²⁴⁴³, n'est pas suffisamment convaincant pour sauver l'intérêt de ce dispositif. En effet, la « charge psychologique du procès »²⁴⁴⁴ susceptible de rebuter les victimes subsiste toujours avec l'accord écrit. Que l'action puisse être exercée en son nom par le groupement ayant obtenu l'accord de la victime n'y change rien puisque son anonymat n'est pas garanti et, comme M. Louis Boré le reconnaît d'ailleurs lui-même, elle n'en risque pas moins d'être exposée à des pressions. D'ailleurs, pour le rapport *Pécaut-Rivolier* sur les discriminations au travail, cette crainte persistante des victimes expliquerait, outre le désintérêt prêté aux organisations syndicales en matière de discrimination, l'utilisation rarissime de l'action de substitution par ces groupements²⁴⁴⁵.

955. S'agissant de l'action de substitution en matière de discrimination devant le juge administratif, l'accord tacite aurait donc au moins eu l'avantage de la différencier plus nettement de l'action pouvant être exercée par le groupement après l'obtention d'un mandat exprès. Plus largement, c'est l'utilité même de l'action de substitution que le choix de l'accord exprès mettrait en cause.

956. C'est du moins ce que laisse à penser la lecture des débats sur la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations. L'Assemblée nationale, surmontant l'opposition du Sénat sur ce point, avait alors insisté pour qu'un simple accord tacite suffise aux organisations syndicales pour exercer l'action en substitution. Pour les députés, cette forme d'accord favoriserait l'action du groupement en ce qu'elle permettrait d'éviter que la victime puisse céder à des pressions²⁴⁴⁶ tandis que les sénateurs y voyaient un danger pour sa « liberté individuelle »²⁴⁴⁷. Il s'agit d'ailleurs d'un débat récurrent puisque lors des discussions sur le projet de loi qui avait pour objet, notamment, de créer une action de substitution en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, M. Pierre Louvot, rapporteur du projet

²⁴⁴¹ Henri TOUTÉE, « L'intérêt à agir contre les décisions individuelles intéressant les agents publics. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 13 décembre 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes et Syndicat des cadres communaux CGT de la mairie de Nîmes Document InterRevue, Syndicat Inter-co CFDT de la Vendée, M. Audrain et autres* », RFD A, 1993, p. 257.

²⁴⁴² Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 242, p. 237.

²⁴⁴³ Là où Romieu avait d'ailleurs été plus ambitieux en 1906 puisqu'il avait envisagé un accord tacite, au moins à titre exceptionnel (Cf. *Supra*, n° 918).

²⁴⁴⁴ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 242, p. 236.

²⁴⁴⁵ Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, rapport remis aux ministres du Travail, des Droits des femmes et de la Justice*, décembre 2013, p. 81.

²⁴⁴⁶ Philippe VUILQUE, *Rapport n° 3311 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat en deuxième lecture, relative à la lutte contre les discriminations*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2001, p. 8.

²⁴⁴⁷ Louis SOUVET, *Rapport n° 22 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée avec modification par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, relative à la lutte contre les discriminations*, déposé le 16 octobre 2001, p. 8.

de loi au nom de la commission des affaires sociales devant le Sénat, présentait cette acceptation tacite comme « une atteinte à la dignité de la responsabilité »²⁴⁴⁸.

957. Ces deux positions méritent toutefois d'être discutées. L'accord tacite ne constitue en soi ni un danger pour la liberté personnelle du salarié, ni un moyen de favoriser l'action du groupement substituant.

958. En réalité, contrairement à ce qu'affirmaient les sénateurs, ce n'est pas sur ce point que l'option que le législateur a retenue en 2001 pour l'action des syndicats posait un problème. La décision du Conseil constitutionnel ne précise pas la forme que doit revêtir l'accord de la victime, pas plus d'ailleurs que les directives anti-discrimination. Mieux, le Conseil n'a ni censuré ni émis de réserve sur ce point alors que la loi dont il était saisi avait opté pour une acceptation tacite. Au grand dam d'une partie de la doctrine²⁴⁴⁹, le Conseil constitutionnel n'a pas hissé au rang de garantie légale de la liberté personnelle cette règle de droit privé qui voudrait que, par principe, l'acceptation ne résultât pas du silence et cette forme d'accord est tout aussi respectueuse des exigences qu'il a posées en 1989.

959. En revanche, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 opère une différence selon la nature du groupement exerçant l'action qui est difficilement compréhensible, et ce, alors même que les promoteurs du texte défendaient la complémentarité de l'action des associations de lutte contre les discriminations et celle des organisations syndicales et refusaient de donner la priorité à ces dernières²⁴⁵⁰. En effet, lorsque l'action est exercée en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou d'un salarié de l'entreprise, les organisations syndicales représentatives peuvent se contenter d'un accord implicite de l'intéressé, réputé acquis dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention²⁴⁵¹, tandis que les associations doivent obtenir son « accord écrit »²⁴⁵². Or, l'intéressé est aussi enclin à subir des pressions lorsque l'action est engagée par l'association et cela n'empêche pas d'exiger d'elle la production d'un accord écrit.

960. En tout état de cause, ce n'est pas à ce niveau-là que l'accord tacite est susceptible de favoriser l'action du groupement substituant, par rapport à l'accord écrit ou au mandat exprès, puisque la victime peut très bien subir des pressions pour s'opposer à l'action du groupement ou révoquer son accord en cours d'instance. L'accord tacite ne représente pas une meilleure protection par rapport à l'accord écrit, pas plus que ce dernier n'en représente d'ailleurs une par rapport au mandat exprès.

²⁴⁴⁸Sénat, Séance du 11 mai 1983, *JORF*, p. 807

²⁴⁴⁹ Bertrand MATHIEU, Sophie DION-LOYE, « Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini », *Dr. soc.*, 1990, p. 530.

²⁴⁵⁰ Voir en ce sens, la réaction du rapporteur au sous-amendement déposé par M. Maxime Gremetz qui avait pour objet de donner la priorité aux organisations syndicales s'agissant de la défense des salariés victimes de discrimination (Assemblée nationale, Compte rendu des débats, 3^e séance mardi 3 avril 2001).

²⁴⁵¹ Art. L. 1134-2 du code du travail : « L'organisation syndicale n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que celui-ci ait été averti par écrit de cette action et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir ».

²⁴⁵² Art. L. 1134-3 du code du travail. Les associations doivent aussi justifier d'un accord écrit de l'intéressé lorsqu'elles exercent l'action de substitution sur le fondement des articles 1263-1 du code de procédure civile et R. 779-9 du code de justice administrative. Il n'y a qu'en matière de harcèlement que les organisations syndicales ne peuvent se contenter d'un accord tacite (art. L. 1154-2 du code du travail).

961. En revanche, à la différence de l'accord écrit comme du mandat exprès, cette forme d'accord permettrait une meilleure réactivité des groupements, et ce, même s'il ne peut être obtenu qu'après l'écoulement d'un certain délai. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation qu'il n'est pas nécessaire pour le groupement d'attendre que ledit délai se soit écoulé pour introduire l'instance. La Cour de cassation adopte une lecture compréhensive des textes puisqu'elle considère que « la situation ayant donné lieu à une fin de non-recevoir a été régularisée » dès lors « qu'un délai de quinze jours s'était écoulé depuis la notification aux salariés, lorsque le conseil des prud'hommes s'est prononcé »²⁴⁵³. Il est donc possible que la victime soit avertie le jour même de l'introduction de l'instance, voire postérieurement. *De facto*, et contrairement à ce que semblait exiger le Conseil constitutionnel²⁴⁵⁴, l'information et l'accord - exprès ou réputé acquis - de la victime ne constituent pas des préalables obligatoires à l'introduction de l'instance. Partant de là, rien ne semble d'ailleurs s'opposer à ce que le juge judiciaire, ou le juge administratif s'il est saisi d'une telle action sur le fondement de l'article R. 779-9 du code justice administrative, procède à une lecture tout aussi compréhensive - et discutable - lorsque le groupement doit justifier d'un accord écrit et qu'il considère que son absence est susceptible d'être régularisée en cours d'instance. Pour autant, l'action en substitution n'apporterait alors rien par rapport à la technique du mandat qui permet aux groupements d'être aussi réactifs. Dans la mesure où l'absence de mandat régulier est susceptible d'être régularisé en cours d'instance tant pour le juge administratif²⁴⁵⁵ que pour le juge judiciaire, devant lequel il s'agit d'une cause de nullité de l'acte introductif d'instance pour vice de fond²⁴⁵⁶, il serait tout à fait possible pour un groupement d'introduire

²⁴⁵³ Soc., 1^{er} février 2000, n° 98-41.624.

²⁴⁵⁴ Comme le rappelle M. Claude Roy-Loustaunau (Claude ROY-LOUSTAUNAU, « L'action de substitution des syndicats en matière de requalification de contrat à durée déterminée : l'information du « salarié substitué » », *Dr. soc.*, 2000, p. 516), dans sa réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel estime que « l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions sus indiquées » (nous soulignons). Il ressort donc de ce considérant que, pour garantir le respect de la liberté personnelle du salarié, son accord doit pouvoir être réputé acquis au moment où le syndicat introduit l'action et non postérieurement. Il n'est donc pas suffisant que la victime puisse recouvrer sa liberté d'agir en justice et il faut en déduire que l'action de groupe avec option d'exclusion, dans laquelle le demandeur peut agir « pour le compte des victimes sans qu'elles aient à se faire connaître *a priori* », fut condamnée par le Conseil constitutionnel en 1989 (*contra* Michel VERPEAUX, « L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », *D.*, 2007, p. 258). M. Claude Roy-Loustaunau considère qu'une telle décision méconnaît ainsi l'article 62 de la Constitution en faisant fi de la réserve d'interprétation en présence d'un autre texte que celui contrôlé en 1989. Il semble ainsi partir de la définition de l'autorité chose jugée que le Conseil constitutionnel a retenue pour ses propres décisions en 1989 (CC, n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, cons. n° 13). En effet, dans cette perspective, « l'objet sur lequel porte l'autorité de chose jugée n'est plus la disposition légale comprise en tant qu'elle s'insère dans une loi déferée au Conseil : l'autorité porte désormais sur la disposition envisagée uniquement par son contenu » (Nicolas MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, p. 320-321). Toutefois, les juridictions judiciaires, comme administratives, restent assez rétives face à une telle conception de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil (Par ex., Marc GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 49). Certes, dans le cadre son rôle de filtre, le Conseil d'État semble avoir finalement repris cette interprétation de l'article 62 de la Constitution et le critère de l'objet analogue (CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 16 janvier 2015, *Société Métropole Télévision*, n° 386031). La formulation qu'il retient dans ses motifs invite toutefois à la prudence. En effet, le Conseil d'État semble, à la différence du Conseil constitutionnel, exiger une identité rédactionnelle des dispositions législatives.

²⁴⁵⁵ CE, Sect., 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, Rec. Lebon, p. 67.

²⁴⁵⁶ Il s'agirait effectivement d'un défaut de pouvoir au sens de l'article 117 du code de procédure qui est régularisable, aux termes de l'article 121 du même code, jusqu'à ce que le juge statue et pourvu qu'aucune forclusion ou prescription n'y fasse obstacle (Civ. 2, 19 octobre 1983, *Société Banque de financement industriel c. Genou et a.*, *Gaz. Pal.* 1984, p. 34).

une action au nom et pour le compte d'un tiers, sans avoir obtenu son accord ni même l'avoir prévenu, et produire un mandat antidaté après l'avoir convaincu de l'intérêt d'une telle action.

962. Finalement, aucune forme d'accord ne semble réellement plus avantageuse que l'autre pour l'action du groupement substituant. Au reste, la faible utilisation de l'action en substitution suffit pour relativiser l'intérêt que pourrait revêtir l'accord tacite. Quant à la différence entre l'action de substitution, exercée après l'obtention d'un accord écrit, et la représentation conventionnelle, elle réside, en réalité, dans la nature des rapports qu'entretiennent la personne dont les intérêts propres sont défendus et le groupement. Sur ce point, la substitution processuelle s'avère en réalité plus profitable à la première qu'au second. En effet, dans le cadre de l'action de substitution, la substituant fait écran entre le substitué et une éventuelle condamnation aux dépens ou au paiement d'une amende pour recours abusif, alors que cette charge lui incombe, en principe, dans le cadre du mandat. L'action de substitution peut aussi sembler moins risquée pour les groupements qui craindraient de voir leur responsabilité engagée en tant que mandataires. Néanmoins, la substitution processuelle ne fait pas obstacle à l'engagement de leur responsabilité civile délictuelle si le substitué pâtit d'une faute de leur part.

2- La portée de l'accord de la victime

963. Il ressort de la décision n° 89-257 DC du Conseil constitutionnel que l'accord, donné expressément ou implicitement, doit toujours pouvoir être révoqué. La victime doit pouvoir, à tout moment, mettre un terme à l'instance. Toutefois, alors même qu'il s'agit de l'une des garanties légales de la liberté personnelle de la victime, cette possibilité n'est ménagée explicitement que par quelques-unes des dispositions organisant les actions en substitution²⁴⁵⁷. La plupart, comme celles relatives à l'action de substitution en matière de discrimination devant les juridictions administratives, ne le font qu'implicitement²⁴⁵⁸, voire se contentent de préciser que la victime peut intervenir à l'instance.

964. Ainsi, en matière de discrimination, les droits de la personne intéressée semblent plus limités lorsque l'action en substitution est exercée par une organisation syndicale représentative. Dans cette hypothèse, il est simplement précisé que la victime peut « intervenir » à l'instance tandis que cette possibilité d'intervention se double de la possibilité pour la personne intéressée de mettre fin à l'instance lorsque l'action est exercée par une association.

²⁴⁵⁷ C'est le cas pour l'action de substitution en matière de harcèlement (art. L. 1154-2 du code du travail), en matière de contrats à durée déterminée (art. L. 1247-1 du code du travail), en matière de travail temporaire (art. L. 1251-59 du code du travail) ou encore en matière de prêt de main-d'œuvre (art. L. 8233-1 du code du travail).

²⁴⁵⁸ En effet, pour l'action de substitution en matière de discrimination exercée par les associations sur le fondement l'article R. 779-9 du code de justice administrative ou de l'article 1263-1 du code procédure civile ou encore l'action de substitution en matière de licenciement économique (art. L. 1235-8 du code du travail), cette possibilité de révoquer l'accord et de mettre fin à l'action du groupement n'est mentionnée qu'au niveau des informations qui doivent être portées à la connaissance de la victime. S'agissant de l'action de substitution en matière de licenciement économique, cette possibilité ressort aussi de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel.

965. En 2001, le législateur semblait donc faire peu de cas des réserves que le Conseil constitutionnel avait émises dans sa décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989²⁴⁵⁹, du moins pour l'action des organisations syndicales représentatives. Au cours des débats parlementaires de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, ce fut d'ailleurs l'un des points de friction entre le Sénat et l'Assemblée nationale. Dès qu'il fut saisi en première lecture, le Sénat modifia l'article 2 de la proposition de loi en exigeant que l'organisation syndicale ait obtenu l'accord écrit de l'intéressé et en prévoyant que ce dernier pourrait intervenir à l'instance et y mettre fin à tout moment. Ensuite, tout au long des débats, il tenta d'aligner les conditions d'accord de l'action du syndicat sur celles qui étaient requises pour l'action en substitution des associations.

966. Ce qui est plus surprenant, c'est que pour justifier une telle rédaction, lacunaire au regard des exigences imposées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une partie des défenseurs du texte - à savoir le Gouvernement - s'est elle-même fondée sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En substance, les membres du Gouvernement avançaient que le Conseil constitutionnel avait fondé une telle action syndicale sur un mandat implicite dont le régime offrait l'avantage de préserver à la fois liberté personnelle de la victime et son anonymat²⁴⁶⁰. Sans la citer expressément, ils ne pouvaient que faire référence à la décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989.

967. Or, en premier lieu, les actions de substitution ne garantissent en rien l'anonymat des individus dont les droits et les intérêts individuels sont défendus. Ne serait-ce que pour des raisons pratiques, la Cour de cassation a depuis longtemps écarté cette possibilité. Il ne s'agit pas simplement de s'assurer que les conditions de recevabilité sont réunies mais aussi de pouvoir trancher le litige au fond et permettre au défendeur de discuter la prétention du syndicat substituant²⁴⁶¹.

968. De plus, force est de constater que cette décision n'était pas aussi précise que cela sur l'existence d'un mandat. Cela ne ressort pas de la décision mais de la délibération du Conseil constitutionnel qui n'était d'ailleurs alors pas consultable par le public. En tout état de cause, cette qualification - très discutable - de mandat implicite ne suffit pas à garantir le respect de la liberté personnelle des personnes

²⁴⁵⁹ Qui, pour rappel, était ainsi formulée : « Considérant ainsi que, s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action » (CC, n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, cons. n° 24).

²⁴⁶⁰ V. en ce sens les interventions de M. Guy Hascoët, secrétaire d'État à l'économie solidaire (Assemblée nationale, Compte rendu intégral, 3^e séance du mardi 3 avril 2001) et de Mme Elisabeth Guigou, ministre de l'emploi et de la solidarité (Assemblée nationale, Compte rendu intégral, 1^{ère} séance du mardi 6 novembre 2001).

²⁴⁶¹ Soc., 3 novembre 1972, *STIC-CFDT c. Total*, n° 71-40.728, Bull. V n° 595, *Dr. Ouv.* 1973 p. 214 : « Qu'en statuant ainsi, alors que le syndicat demandeur, qui n'avait pas indiqué les noms de ses adhérents, n'avait même pas précisé le nombre, la qualité exacte et la rémunération de ceux de ses membres au nom desquels il déclarait agir, ce qui rendait impossible la détermination de leurs droits individuels, la vérification de ce qu'ils avaient bien été avertis de l'exercice de l'action ainsi que le prononcé d'une condamnation au profit de chacun d'eux, et alors qu'il s'en suivait que la demande avait pour objet réel de faire trancher une difficulté de principe sur l'interprétation de la convention collective et sur la bonne ou mauvaise application de celle-ci par la société Total, quant au calcul de l'indemnité de congés payés, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». (V. aussi, Soc., 16 novembre 1977, n° 75-41.041, Bull. Civ. V, n° 622).

défendues. Auquel cas, tout en retenant la qualification de mandat implicite, le Conseil constitutionnel n'aurait pas pris la peine d'émettre une réserve d'interprétation en 1989.

969. Outre des garanties lacunaires pour la liberté personnelle des salariés lorsque l'action est exercée par des organisations syndicales, il en résulte une différence de traitement, entre ces dernières et les associations de lutte contre les discriminations, qui est, là encore, difficilement compréhensible. Pour la justifier, les défenseurs du texte faisaient plutôt appel à des arguments extra-juridiques, mettant en avant la place des organisations syndicales dans l'entreprise au sein de laquelle travaille le salarié. Mais, là encore, ces arguments sont discutables puisque l'action de substitution n'est pas seulement ouverte aux syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise mais aussi aux organisations syndicales représentatives au niveau national et départemental. Or rien ne garantit que de telles organisations soient plus au fait des réalités de l'entreprise au sein de laquelle des pratiques discriminatoires auraient lieu qu'une association de lutte contre les discriminations.

970. Finalement, pour garantir la liberté personnelle des victimes de discrimination en faveur desquelles les organisations syndicales représentatives décident d'agir en justice, il faudrait parier plutôt sur le respect de l'autorité de chose interprétée du Conseil constitutionnel par les juridictions judiciaires.

B- La condition d'information

971. La condition d'information du substitué est remplie dans le cadre de l'action de substitution en matière de discrimination devant le juge administratif, ce qui n'est pas le cas pour toutes les actions en substitution (1). La mise en œuvre de cette condition par l'article R. 779-9 du code de justice administrative se démarque aussi d'autres actions en substitution par la forme (2) et le contenu de cette information (3).

1- L'obligation d'information de la victime

972. Parmi les dispositions qui subordonnent l'action des groupements à l'accord de la victime, toutes n'imposent pas, comme l'article R. 779-9 du code de justice administrative, que celle-ci soit informée. Il s'agit pourtant d'une obligation imposée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À défaut d'information, rien ne garantit que la victime ait pu donner son assentiment « en pleine connaissance de cause ». Il en va ainsi de l'ensemble des dispositifs qui habilitent simplement les groupements à exercer l'action civile devant les juridictions pénales. Toutefois, ces actions seraient hors du champ de la réserve formulée par le Conseil constitutionnel²⁴⁶².

²⁴⁶² Cf. *Supra* Section 2 du Chapitre 2 du Titre 2 de la première partie.

973. En revanche, c'est aussi le cas de certaines actions qui rentrent quant à elles dans le champ de la jurisprudence constitutionnelle comme l'action en substitution en matière de harcèlement moral ou sexuel²⁴⁶³, au profit des travailleurs étrangers²⁴⁶⁴ et en matière de discrimination lorsqu'elle est exercée par une association sur le fondement de l'article 1134-3 du code du travail²⁴⁶⁵. Le législateur se contente alors d'exiger l'accord écrit de la victime sans préciser les conditions dans lesquelles elle doit être informée. S'agissant des actions en substitution en matière de discrimination, il y a donc une différence de régime selon les personnes défendues puisque selon que cette action est exercée par une association sur le fondement de l'article 1263-1 du code de procédure civile ou de l'article R. 779-9 du code de justice administrative²⁴⁶⁶, elle est tenue ou non d'informer au préalable l'intéressé de la nature et de l'objet de l'action envisagée, du fait que l'action sera conduite par elle, qu'elle pourra exercer elle-même les voies de recours et qu'il pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance qu'elle a engagée ou y mettre fin.

974. De même, lorsque l'accord de la victime est implicite, il est simplement précisé que la victime doit être « avertie » sans que le législateur ou le pouvoir réglementaire ne détaille le contenu de cet avertissement²⁴⁶⁷. En réalité, ces dispositions semblent imposer une simple obligation d'avertissement de la victime, mais non d'information.

2- Le moyen d'information de la victime

975. L'article R. 779 du code de justice administrative ne dit rien de la forme que doit prendre l'information de la victime. Le Conseil constitutionnel n'était toutefois pas plus précis au sujet de l'information du salarié dans sa décision n° 89-257 DC et, dans sa décision 2011-126 QPC, de l'information préalable de la partie lésée lorsque le ministre en charge de l'économie agit sur le fondement du second alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce. En revanche, lorsqu'elles eurent à faire application de la réserve d'interprétation émise dans cette dernière décision, les juridictions judiciaires ont précisé que l'information ne pouvait résulter ni du caractère public de l'audience²⁴⁶⁸ ni de l'information donnée par la société incriminée²⁴⁶⁹, mais bien du ministre. En transposant cela, par un raisonnement *a fortiori*, aux actions de substitution, du moins celles qui sont reconnues comme telles, il faudrait en déduire que l'information du substitué ne peut émaner que du substituant.

²⁴⁶³ Art. L. 1154-2 du code du travail.

²⁴⁶⁴ Art. L. 8255-1 du code du travail.

²⁴⁶⁵ Art. L. 1134-3 du code du travail.

²⁴⁶⁶ C'est-à-dire lorsque l'action est exercée en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou en faveur d'un salarié.

²⁴⁶⁷ C'est le cas pour les actions de substitution en matière d'égalité des sexes (art. L. 1144-2 du code du travail), en matière de groupements d'employeurs (art. L. 1253-16 du code du travail), en matière de conventions et d'accords collectifs (art. L. 2262-9 du code du travail), en matière de travail à domicile (art. L. 7423-2 du code du travail) ou encore l'action de substitution en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise, ou d'un salarié qui aurait été victime de discrimination lorsqu'elle est exercée par une organisation syndicale représentative (art. L. 1134-2 du code du travail).

²⁴⁶⁸ Com., 9 octobre 2012, n° 11-19.833.

²⁴⁶⁹ CA de Grenoble, 3 juillet 2014, n° 09/03013.

976. Lorsque cette information - ou cet avertissement - de la victime est imposée par les textes, c'est la lettre recommandée avec avis de réception qui est le moyen le plus usité²⁴⁷⁰. Le recours à cette forme se justifierait dès lors que la victime doit bien être personnellement informée²⁴⁷¹. Toutefois, il semble que ce motif soit secondaire et que le choix de la lettre recommandée avec avis de réception tienne, en réalité, aux conditions dans lesquelles ces groupements peuvent agir en substitution.

977. Cette forme n'est effectivement requise que dans les hypothèses dans lesquelles les groupements ne sont recevables à agir que si la victime ne s'est pas opposée à cette action dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle le groupement lui a notifié son intention, ce qui n'est pas le cas pour l'action en matière de discrimination devant les juridictions administratives. Il s'agit simplement de trouver un moyen - et la lettre recommandée avec avis de réception apparaît effectivement comme étant le meilleur - pour conférer une date certaine à cette notification et contrôler la recevabilité de l'action. Cela expliquerait pourquoi le législateur et le pouvoir réglementaire font l'économie d'une telle précision lorsque la recevabilité de l'action est conditionnée par un accord écrit de la victime ou par un accord implicite qui n'est pas obtenu après écoulement d'un certain délai²⁴⁷² et qu'ils estiment que cet objectif peut néanmoins être aussi atteint en optant pour un autre moyen d'information. Ainsi, le pouvoir réglementaire a pu assouplir les conditions d'information de la victime dans l'action en substitution en matière de prêt de main-d'œuvre en passant de la lettre recommandée avec avis de réception à « tout moyen conférant date certaine »²⁴⁷³, sans que le fait que la victime ait été personnellement informée soit aussi garanti.

978. Néanmoins, les actions de substitution en matière d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes²⁴⁷⁴ et l'action en substitution exercée par une organisation syndicale représentative en matière de discrimination²⁴⁷⁵, qui subordonnent aussi la recevabilité de l'action à un accord implicite de la victime

²⁴⁷⁰ C'est le cas pour les actions de substitution en matière de licenciement économique (art. D. 1235-18 du code du travail), en matière de contrat à durée déterminée (art. D. 1247-1 du code du travail) et en matière de travail temporaire (art. D. 1251-32 du code du travail).

²⁴⁷¹ Le commentaire aux *Cahiers* de la décision n° 2014-590 DC, qui sera étudiée plus avant, estime même que les exigences imposées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-257 DC interdisent « par exemple des notifications par lettre simple ou mail circulaire » (Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014 Loi relative à la consommation, p. 10). Toutefois, dans le considérant n° 26 de sa décision, le Conseil constitutionnel ne mentionne pas cette exigence de forme. La lettre recommandée n'est en réalité évoquée que lorsque le dispositif mis en place par la loi est présenté au considérant n° 25 et il ne ressort pas du procès-verbal de la délibération que les membres aient considéré qu'il s'agissait d'une condition nécessaire pour assurer le respect de la liberté personnelle. M. Jacques Lastscha estimait même que le courrier recommandé ne garantissait pas que la lettre fût réceptionnée personnellement par le salarié (Conseil constitutionnel, Compte-rendu de la séance du 25 juillet 1989, p. 39). En tout état de cause, il est possible d'affirmer, à l'appui de l'interprétation retenue dans le commentaire, que si la sauvegarde de la liberté personnelle du salarié requiert bien qu'il ait été personnellement informé, le formalisme constitue une garantie supplémentaire.

²⁴⁷² Dans le cadre des actions de substitution en matière de conventions et d'accords collectifs de travail (art. L. 2262-9 du code du travail), de groupements d'employeurs (art. L. 1253-16 du code du travail), de travail à domicile (art. L. 7423-2 du code du travail), l'accord implicite n'est pas réputé acquis après l'écoulement d'un certain délai, mais tant que la victime ne déclare pas s'y opposer.

²⁴⁷³ Art. D. 8233-1 du code du travail tel que modifié par la I de l'article 15 du décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal.

²⁴⁷⁴ Art. L. 1144-2 du code du travail.

²⁴⁷⁵ Art. L. 1134-2 du code du travail.

obtenu après écoulement d'un délai de quinze jours, se contentent d'exiger que la victime ait été avertie « par écrit ».

979. Certes, lorsqu'elle fut amenée à se prononcer sur le respect de cette condition d'accord dans le cadre de l'article L. 122-45-1 - devenu l'article L. 1134-2 - du code du travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que cette obligation d'information s'appliquait aussi à cette action en substitution²⁴⁷⁶. Néanmoins, elle n'est pas allée jusqu'à exiger du syndicat une information aussi complète que celle qui est requise lorsque l'action est mise en œuvre par une association sur le fondement de l'article R. 779-9 du code de justice administrative ou de l'article 1263-1 du code de procédure civile.

980. Alors qu'en l'espèce la lettre ne mentionnait pas l'objet de l'action qui serait exercée en faveur des salariées - à savoir une demande de dommages-intérêts au profit de chaque salarié, en réparation d'un préjudice personnel -, elle a estimé que la cour d'appel n'avait pas violé l'article L. 122-45-1 du code du travail en déclarant recevable l'action du syndicat. Pour la Cour, cette obligation d'information était remplie dès lors que le « motif », c'est-à-dire la raison d'être de l'action, était expressément mentionnée dans la lettre adressée aux salariés et dans la délibération par laquelle la commission exécutive nationale du syndicat a décidé d'exercer l'action en justice. Pourtant, lorsqu'elle eut à apprécier la recevabilité de demandes développées en cours de procédure dans le cadre d'une action en substitution en matière de contrat à durée déterminée, la Chambre sociale avait fait une lecture plus stricte des textes²⁴⁷⁷. Enfin, elle n'a pas non plus saisi cette occasion pour préciser que le salarié pouvait mettre fin à l'instance engagée par le syndicat.

3- Le contenu de l'information

981. Lorsque le législateur et le pouvoir réglementaire prennent la peine de préciser les informations qui doivent être portées à la connaissance de la victime²⁴⁷⁸, celles-ci ont alors trait à la nature et à l'objet de l'action envisagée, à ses propres droits et aux prérogatives du groupement qui a l'intention d'exercer l'action. Finalement, ils se contentent de reprendre les prescriptions que le Conseil constitutionnel avait énoncées dans sa réserve d'interprétation en 1989²⁴⁷⁹ et l'action de substitution en matière de

²⁴⁷⁶ Soc., 3 mars 2009, n° 07-44.676.

²⁴⁷⁷ Soc., 1^{er} février 2000, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy c. Société Servair*, n° 98-46.201 : « le salarié doit notamment être informé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de la nature et de l'objet de l'action exercée par le syndicat ; que cette formalité substantielle est protectrice de la liberté du salarié en sorte que le syndicat ne peut présenter de demandes autres que celles mentionnées dans cette lettre ».

²⁴⁷⁸ Comme c'est le cas pour les actions de substitution en matière de licenciement économique (art. L. 1235-8 du code du travail), en matière de contrat à durée déterminée (art. L. 1247-1 du code du travail), en matière de travail temporaire (art. L. 1251-59 du code du travail), en matière de prêt de main-d'œuvre (art. L. 8233-1 du code du travail), en matière de discrimination lorsqu'elle est exercée par une association sur le fondement des articles 1263-1 du code de procédure civile et R. 779-9 du code de justice administrative.

²⁴⁷⁹ CC, n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, cons. n° 26 : « Considérant que de telles dispositions pour respecter la liberté du salarié vis-à-vis des organisations syndicales, impliquent que soient contenues dans la lettre adressée à l'intéressé toutes précisions utiles sur la nature et l'objet

discrimination ne fait pas exception sur ce point. Toutefois, le contenu de cette information peut varier s'agissant des droits de la victime et des prérogatives du groupement. Ainsi, à la suite des modifications apportées par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015, les dispositions relatives à l'information de la victime dans l'action en substitution en matière de prêt de main-d'œuvre n'imposent plus que le salarié soit informé du fait que l'action est conduite par le syndicat et, surtout, qu'il est possible d'y mettre un terme à tout moment²⁴⁸⁰.

982. Eu égard à la nature des informations transmises à la victime, il est possible de faire deux remarques. De prime abord, ces informations, qui sont imposées par le Conseil constitutionnel, peuvent sembler superfétatoires. En effet, s'agissant des prérogatives du groupement et de ses propres droits, la victime pourrait obtenir les mêmes informations en consultant tout simplement les dispositions pertinentes. Ce faisant, lorsqu'elles se contentent de préciser que le groupement peut exercer « les droits de la partie civile », les dispositions organisant l'action civile des groupements fourniraient finalement des informations équivalentes puisque là encore il suffirait de consulter les dispositions pertinentes. Toutefois, cela facilite l'accessibilité au droit et évite que des victimes puissent éventuellement être induites en erreur, notamment sur la révocabilité de leur accord.

983. Si elles ne sont pas superfétatoires, les informations transmises à la victime ne semblent toutefois pas suffisantes pour lui permettre donner son assentiment en pleine connaissance de cause. Il peut être objecté à M. Jean-Maurice Verdier, qui estimait dans son commentaire de l'article L. 321-15 du code du travail que « le législateur ne pouvait exiger davantage »²⁴⁸¹ en matière d'information de la victime, qu'il serait aussi utile que la victime fût informée sur la nature et les activités du groupement qui prétend défendre ses intérêts, au moins lorsqu'elle n'en est pas membre. Dans la décision n° 89-257 DC, le Conseil constitutionnel n'a pas mentionné cette information dans sa réserve d'interprétation alors qu'il ressort du procès-verbal de la délibération que c'est la tendance que le législateur avait à élargir les possibilités de

de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action ».

²⁴⁸⁰ Art. L. 8233-1 du code du travail.

²⁴⁸¹ Jean-Maurice VERDIER, *op.cit.*, p. 7.

substitution des syndicats au-delà du cercle de leurs membres²⁴⁸² qui l'avait conduit à réagir²⁴⁸³. Au reste, tous les textes qui ont mis en place une action de substitution depuis 1989 donnent la possibilité aux groupements de se substituer à un individu qui n'est pas nécessairement l'un de ses adhérents²⁴⁸⁴, c'est-à-dire tendent à distendre le lien pouvant exister, avant le procès, entre le substituant et le substitué.

984. Quoiqu'il puisse sembler lacunaire sur quelques points, le cadre dans lequel s'exerce l'action de substitution devant les juridictions administratives est conforme aux canons imposés par le Conseil constitutionnel, et il n'est pas possible d'en dire autant de toutes les actions de substitution. Il reste qu'un tel respect de la jurisprudence constitutionnelle, aussi louable soit-il, amoindrit l'intérêt que peut revêtir l'action de substitution pour les groupements. Elle ne présente pour eux qu'un avantage marginal par rapport à la jurisprudence *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*. Preuve peut être de ce désintérêt, l'action de substitution en matière de discrimination ne semble pas avoir été encore utilisée devant les juridictions administratives. Le législateur semble donc être aussi parvenu à un point d'équilibre en organisant ces actions, qui n'est pas en passe d'être modifié en faveur des groupements, mais qui peut être contourné.

§3- Les possibilités de contournement de la limitation

985. Si le législateur reste attaché à l'équilibre actuel entre intérêt individuel et intérêt collectif (A), il donne toutefois aux groupements, à son corps défendant, quelques moyens pour contourner une jurisprudence qui leur est relativement hostile (B).

²⁴⁸² Avant l'action de substitution en matière de licenciement économique mise en place par l'article 29 de la loi n° 89-549 du 2 août 1989, c'était déjà le cas pour l'action de substitution en faveur des travailleurs étrangers (créée par l'article 6 de la loi n° 81-941 du 17 octobre 1981), l'action de substitution en matière de travail temporaire (créée par l'article 10 de l'ordonnance n°82-131 du 5 février 1982), en matière d'égalité des sexes (créée par l'article 1^{er} de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983), en matière de groupements d'employeurs (créée par l'article 46 de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985). Néanmoins, dans le cadre de l'action de substitution en matière de groupements d'employeurs, il est possible de supposer que l'organisation syndicale n'est pas complètement étrangère à la victime. En effet, la qualité pour agir en faveur de l'un des salariés n'est attribuée qu'aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise utilisatrice ou dans le groupement. Initialement, il avait aussi une relative proximité entre le substituant et la victime substituée dans le cadre des actions de substitution en matière d'égalité des sexes et de harcèlement et en matière de travail temporaire. Dans l'action de substitution en matière d'égalité des sexes et de harcèlement, la qualité pour agir en faveur de l'un des salariés de l'entreprise n'était attribuée qu'aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. De même, pour l'action de substitution en matière de travail temporaire, elle n'était attribuée qu'aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise utilisatrice ou dans l'entreprise de travail temporaire. Toutefois, cette proximité a disparu par la suite puisque la qualité pour agir fut étendue aux organisations syndicales représentatives au niveau national pour l'action en matière d'égalité des sexes et de harcèlement (art. 5 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001) et à l'ensemble des organisations représentatives pour l'action de substitution en matière de travail temporaire (art. 24 de la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990).

²⁴⁸³ Conseil constitutionnel, Compte-rendu de la séance du 25 juillet 1989, p. 89. Ce point-là avait aussi été mis en avant par les sénateurs dans leur saisine. Selon eux, cette disposition violait, notamment, l'une des facettes de la « *liberté individuelle* » qu'est liberté de conscience.

²⁴⁸⁴ C'est le cas pour l'action de substitution en matière de contrat à durée déterminée (créée par l'article 43 de la loi 90-613 du 12 juillet 1990), en matière de prêt de main-d'œuvre (créée par l'article 30 de la loi 90-613 du 12 juillet 1990), en matière de harcèlement (créée par l'article 3 de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992), en matière de discriminations dont serait victime un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise, ou un salarié (créée par l'article 2 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001) et en matière de discrimination (art. 1^{er} et 2 du décret n°2008-799 du 20 août 2008).

A- Un équilibre pérenne entre intérêts collectifs et individuels

986. Si l'évolution de la jurisprudence sur l'intérêt pour agir des unions et des fédérations de groupements semble augurer une érosion de l'individualisme dans le contentieux de l'excès de pouvoir (1), il faut toutefois se garder de toute analogie abusive (2).

1- La jurisprudence sur l'intérêt pour agir des unions et des fédérations comme amorce d'un infléchissement maintes fois annoncé

987. Plus que des dérogations ponctuelles, certains auteurs voyaient parfois dans les décisions précédemment évoquées dans le contentieux de l'excès de pouvoir l'amorce d'une nouvelle tendance jurisprudentielle. Par exemple, dans la dernière édition de son *Contentieux administratif*, Raymond Odent présentait la décision *Syndicat des métaux CFDT des Vosges* comme l'un des prémices d'une atténuation de la rigueur de la jurisprudence sur les recours contre les décisions individuelles négatives²⁴⁸⁵. Quant à René Chapus, s'il était assez dubitatif quant à la portée de cette dernière décision avec huit ans de recul²⁴⁸⁶, il s'est néanmoins montré aussi enthousiaste après la décision *Montalev* du 10 avril 1992 qu'il présentait comme s'inscrivant dans la lignée de *Syndicat des métaux CFDT des Vosges* et dont il estimait qu'elle était susceptible de créer un « effet d'entraînement »²⁴⁸⁷. Toutefois, force est de constater que la postérité de cette décision - qui ne semble d'ailleurs pas être une exception à la ligne jurisprudentielle tracée par Corneille - fut tout aussi réduite que celle de 1972²⁴⁸⁸. Tout au plus, le Conseil d'État a étendu cette jurisprudence *Montalev* au recours hiérarchique²⁴⁸⁹ et a pu admettre ponctuellement de véritables dérogations à sa jurisprudence individualiste comme dans l'arrêt *Mme Macé et Fédération Interco CFDT* qui n'est, quant à lui, jamais cité à ce titre. Néanmoins, comme le montre l'arrêt *Fédération des syndicats de fonctionnaires*, il semble bien attaché au respect de cette limite posée à l'action des groupements défendant des intérêts collectifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir et à cette distinction entre décision individuelle favorable et défavorable.

988. À cela il serait toutefois possible d'opposer l'évolution qu'a récemment connue la jurisprudence relative aux conditions de recevabilité des actions des unions syndicales que M. Jean de Soto considérait

²⁴⁸⁵ Raymond ODENT, *op.cit.*, t.2, p. 263

²⁴⁸⁶ « On a pu croire que cet arrêt amorçait une évolution susceptible de déboucher sur l'abolition ou au moins l'atténuation de la distinction entre l'hypothèse des mesures positives et celle des mesures négatives (ou neutres). Mais la ligne générale de la jurisprudence n'a pas, jusqu'à présent, été modifiée » (René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 1^{ère} éd., 1980, n° 303, p. 186).

²⁴⁸⁷ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 4^e édition, 1993, n° 449, p. 349.

²⁴⁸⁸ Ainsi, cette position, exprimée à partir de la 4^e édition de son manuel en 1993, n'a pas varié dans les éditions suivantes, c'est-à-dire jusqu'en 2008, sans que l'auteur ne cite toutefois d'autres décisions pouvant la corroborer.

²⁴⁸⁹ CE, 1^{ère} et 4^e sous-sections réunies, 18 février 1994, *Galmiche*, Rec. Lebon, T., p. 1102.

aussi comme l'une des expressions de la politique jurisprudentielle individualiste du Conseil d'État²⁴⁹⁰. Dans le même ordre d'idées, M. Pierre Caille n'y voit qu'une transposition du raisonnement qui est tenu pour apprécier l'intérêt pour agir des groupements contre les actes personnels²⁴⁹¹.

989. De prime abord, le problème posé par le recours des unions et des fédérations de groupements peut effectivement sembler similaire à celui posé par le recours des groupements contre certaines décisions individuelles puisqu'il s'agissait de savoir dans quelle mesure l'intérêt pour agir du groupement pouvait être éclipsé par l'intérêt pour agir de l'une de ses composantes. Marcel Waline²⁴⁹² et Raymond Odent²⁴⁹³ mettaient d'ailleurs en avant le risque de substitution que ces recours d'unions faisaient peser sur le groupement principalement intéressé. Depuis l'arrêt *Unions des associations professionnelles*²⁴⁹⁴, ces unions de syndicats ou d'associations ne pouvaient agir par la voie du recours pour excès de pouvoir que contre une mesure intéressant l'ensemble des personnes représentées par les groupements la composant. Autrement dit, le Conseil d'État opposait le défaut d'intérêt pour agir aux unions syndicales de fonctionnaires dès lors qu'il constatait que l'une des organisations fédérées par cette union était plus directement affectée par la décision litigieuse que l'union elle-même. Le recours de l'union syndicale n'était donc que subsidiaire et elle ne pouvait se substituer à ses groupements fédérés ou aux individus les composant.

990. Or, comme cela fut évoqué précédemment, le Conseil d'État a progressivement infléchi sa jurisprudence en admettant que l'union puisse agir à titre subsidiaire en l'absence d'une organisation représentant spécialement les personnes concernées par la mesure²⁴⁹⁵ et même qu'elle puisse se substituer à ces groupements lorsque les personnes concernées étaient représentées par plusieurs des syndicats composant l'union²⁴⁹⁶. Enfin, dans son arrêt *USPAC-CGT*, le Conseil d'État a admis que, nonobstant l'existence de groupements susceptibles d'exercer eux-mêmes un recours pour excès de pouvoir, l'union ou la fédération puissent se voir reconnaître un intérêt pour agir eu égard à la portée de la décision attaquée²⁴⁹⁷. Il s'agirait alors bien d'un infléchissement de la jurisprudence individualiste du Conseil d'État qui bénéficierait d'ailleurs autant aux syndicats de salariés qu'aux syndicats de fonctionnaires et qui pourrait constituer les prémices d'une évolution plus générale en faveur des groupements.

²⁴⁹⁰ Jean de SOTO, *op.cit.*, p.773. Il en va de même pour les auteurs des *Grandes décisions* qui font d'ailleurs le lien avec la décision n° 89-257 DC (Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Stéphane BRACONNIER, Clotilde DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 17^e édition, 2017, p. 739) et présentent la jurisprudence sur les unions comme un infléchissement de la règle posée en 1906, tout en précisant que « dans ce cas on reste quand même au niveau collectif ».

²⁴⁹¹ Pierre CAILLE, *op.cit.*, n° 293, p. 144.

²⁴⁹² Marcel WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 4^e édition, 1947, p. 111.

²⁴⁹³ L'auteur estimait ainsi que la jurisprudence sur les unions et fédérations de groupements procédait du « même raisonnement » que la jurisprudence relative à l'intérêt pour agir des groupements contre les décisions individuelles non créatrices de droit (Raymond ODENT, *Contentieux administratif, fascicule III*, Paris, Université de Paris Institut d'Études Politiques, 1957-1958, p. 755) ou, dans les éditions suivantes, en faisait un autre exemple d'application de l'adage « Nul en France ne plaide par procureur, hormis le roi » (Raymond ODENT, *op.cit.*, t. 2, p. 262).

²⁴⁹⁴ CE, 14 mars 1924, *Union des associations professionnelles*, Rec. Lebon, p. 303.

²⁴⁹⁵ CE, 12 janvier 1966, *Chambre syndicale des cochers et voitures de place de la région parisienne*, Rec. Lebon, p. 28.

²⁴⁹⁶ CE, Ass., 21 juillet 1972 *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*, Rec. Lebon, p. 584

²⁴⁹⁷ CE, Ass., 12 décembre 2003, *Union des syndicats CGT des personnels des Affaires culturelles (USPAC - CGT)*, Rec. Lebon, p. 508.

- 2- Une analogie trompeuse avec la jurisprudence sur l'intérêt pour agir contre les décisions individuelles défavorables

991. Certes, il s'agit incontestablement d'un assouplissement de l'appréciation de l'intérêt pour agir au profit des unions syndicales et le Conseil d'État est ainsi conduit à admettre une substitution au nom de la poursuite d'une finalité supérieure. L'arrêt *Unions des associations professionnelles* évoquait d'ailleurs la substitution de l'action de l'union à celle d'individus « agissant groupés en association ou agissant isolément ». Pour autant, cette restriction de l'intérêt pour agir des unions ne peut être regardée comme une manifestation de l'individualisme imprégnant la jurisprudence et son assouplissement comme une prise de distance à son égard. Cela ressort tant du discours de la « doctrine organique » qui était impliquée dans l'élaboration de cette jurisprudence, que d'une simple comparaison entre le recours exercé par un groupement en lieu et place du destinataire d'une décision individuelle défavorable et celui exercé par une union en lieu et place de l'une ses composantes.

992. À aucun moment, Rouchon Mazerat ne faisait le parallèle dans ses conclusions avec la jurisprudence sur les recours des groupements dirigés contre les décisions individuelles négatives pour apprécier la recevabilité du recours. Tout au plus, évoquait-il comme précédent l'arrêt *Union des associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales* qui avait été rendu à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté portant nomination²⁴⁹⁸. De manière somme toute assez classique, il s'appuyait sur l'objet de l'union tel qu'il était défini par ses statuts, à savoir la défense des « questions professionnelles d'intérêt commun » aux associations membres et il proposait d'ailleurs une interprétation plus stricte de l'intérêt commun que celle qui fut finalement retenue par le Conseil d'État. Partant implicitement de l'idée que l'intérêt défendu par les groupements ne pouvait être qu'un certain intérêt commun de ses membres, il soulignait qu'à la différence des syndicats, les unions syndicales sont composées de groupements et non des individus eux-mêmes membres de ces groupements. Dès lors, contre la lettre et l'esprit des statuts de l'union, il estimait que la capacité pour agir et la qualité pour agir de ces unions devaient être limitées aux intérêts communs de ces associations considérées comme telles et ne devait pas se substituer aux fonctionnaires groupés dans ces associations membres en vue de défendre ce qu'ils présentaient comme les intérêts « propres aux personnels de cette association »²⁴⁹⁹. Autrement dit, pour le commissaire du gouvernement, l'union n'était recevable qu'à attaquer les actes affectant « le régime des associations dont elle est formée »²⁵⁰⁰ et non ceux affectant la situation de

²⁴⁹⁸ Rouchon MAZERAT, Conclusions sur CE, 14 mars 1924, *Union des Associations professionnelles du Personnel civil des administrations centrales*, RDP, 1924, p. 240.

²⁴⁹⁹ Rouchon MAZERAT, *conclusions.précit.*, p. 238.

²⁵⁰⁰ Rouchon MAZERAT, *conclusions.précit.*, p. 239.

l'ensemble des personnels que ces associations ont pour objet de défendre. Il s'agissait donc d'encadrer un objet social potentiellement trop large

993. Incontestablement, il y avait bien là une manifestation de méfiance à l'égard des groupements privés, mais celle-ci ne constitue pas forcément l'expression d'une philosophie individualiste comme l'illustre, par exemple, le traitement des groupements non autorisés dans des sociétés modelées par une philosophie organiciste. À ce titre, il ne faut pas négliger le fait que le groupement en cause dans l'arrêt *Union des associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales* était un groupement de fonctionnaires. Rendu peu de temps avant la victoire du Cartel des gauches - qui fut plus bienveillant à leur endroit²⁵⁰¹ - cet arrêt s'inscrivait alors dans une politique jurisprudentielle tendant à restreindre leur possibilité d'action²⁵⁰². Ainsi, si la jurisprudence du Conseil d'État permettait effectivement d'éviter que des unions se substituassent à ses groupements adhérents, elle semblait plutôt guidée par la volonté de limiter leurs possibilités d'action et finalement d'intervention dans la marche des services.

994. Quant aux conclusions de M. Gille Le Châtelier sur l'arrêt *USPAC - CGT*, elles laissent peu de place au doute sur la question puisqu'au sujet de la liberté personnelle - qu'il nommait d'ailleurs à l'occasion « liberté individuelle » -, il affirmait qu'un « tel principe n'est bien évidemment pas en cause, s'agissant des relations entre une fédération syndicale et une des organisations qu'elle regroupe »²⁵⁰³. Quant aux motifs ayant présidé à l'évolution de cette jurisprudence, ils semblent en réalité difficilement transposables au-delà des recours des unions syndicales. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Union des syndicats CGT des personnels des affaires culturelles*, le commissaire du gouvernement avait ainsi mis en avant une différence injustifiable avec la jurisprudence judiciaire qui, pour sa part, respectait déjà la lettre et l'esprit des dispositions du code du travail puisqu'elle ne différenciait pas selon que le recours émanait d'une union syndicale ou de l'un de ses syndicats. Il avançait aussi des considérations d'ordre pratique. L'appréciation de l'intérêt pour agir impliquait de rechercher dans les pièces du dossier si l'un des adhérents de l'union était plus directement lésé par la décision litigieuse, ce qui était un élément excessivement contraignant s'agissant d'une condition de recevabilité. En dépit de ce dernier argument d'ordre pratique, qui était susceptible de concerner aussi bien les unions syndicales que les unions d'associations ainsi que le soulignait M. Gilles Le Châtelier, le Conseil d'État semble avoir limité le bénéfice de cet infléchissement jurisprudentiel aux seules unions syndicales.

995. En tout état de cause, l'analogie bute sur une différence irréductible entre ces deux recours. De prime abord, la nature des protagonistes et des intérêts défendus suffirait d'ailleurs à la disqualifier. En effet, il n'est pas question de rapports entre un individu défendant un intérêt personnel et un groupement

²⁵⁰¹ Jeanne SIWEK-POUYDESSEAU, *op.cit.*, p. 233-240. Toutefois, comme le souligne l'auteure, il s'agissait alors plus d'un changement de rapport de force que d'une consécration définitive de leur existence.

²⁵⁰² Par ex., CE, 17 février 1922, *Fedel*, Rec. Lebon, p. 166 et CE, Ass., 21 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT*, Rec. Lebon, p. 699.

²⁵⁰³ Gilles LE CHATELIER, « Création d'un comité technique paritaire à l'Institut de France et intérêt à agir d'une union syndicale. Conclusions sur *Conseil d'État, Assemblée, 12 décembre 2003, Union des syndicats CGT des personnels des Affaires culturelles (USPAC - CGT)* », *RFDA*, 2004, p. 324.

défendant un intérêt collectif, mais d'un rapport entre deux groupements défendant des intérêts collectifs. Au reste, ainsi que cela a été vu, Mazerat mettait en avant la composition des unions syndicales pour justifier une telle restriction de l'intérêt pour agir dans ses conclusions sur l'arrêt *Union des associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales*. Il ne s'agissait donc pas d'éviter que l'intérêt collectif défendu par un groupement écrasât l'intérêt personnel d'une personne physique, mais que l'intérêt collectif d'un groupe ne l'emportât sur celui d'un groupe plus petit. Cet argument n'est toutefois pas suffisant pour dissiper cette analogie trompeuse.

996. En effet, il pourrait être objecté, d'une part, que les personnes physiques ne sont pas les seules bénéficiaires de ce principe matriciel que constitue la liberté personnelle²⁵⁰⁴ et, d'autre part, que cette dernière n'a pas seulement vocation à protéger contre des ingérences de groupement défendant des intérêts collectifs, mais aussi de celles de toute personne qui serait aussi mue par des intérêts personnels. En outre, en admettant que le respect de l'intégrité d'un intérêt collectif constitue un intérêt personnel pour le groupement qui le vise dans son objet social²⁵⁰⁵, l'action de l'union peut alors apparaître comme une ingérence dans la défense de cet intérêt personnel. Dès lors, au même titre que pour le substitué dans les mécanismes de substitution processuelle, la liberté d'agir en justice du groupement serait donc susceptible d'être affectée et cette restriction de l'intérêt pour agir des unions et fédérations permettrait précisément de la protéger.

997. Néanmoins, même présentée ainsi, le recours de l'union se démarque sur un point essentiel de celle du groupement contre une décision individuelle défavorable visant un tiers. En effet, il ne conduit pas nécessairement à modifier directement la situation juridique personnelle du groupement la composant. Certes, il pourrait en être ainsi si la décision visait directement le groupement composant l'union, mais la jurisprudence ne distingue même pas selon la nature et le destinataire de la décision attaquée. Ce faisant, l'action de l'union ne peut être regardée comme étant exercée en priorité dans l'intérêt personnel du groupement le composant et cette appréciation stricte de leur intérêt pour agir comme étant destiné à protéger sa liberté personnelle.

998. Il ne semble donc pas possible de suivre Jean de Soto lorsqu'il fait de l'appréciation stricte de la recevabilité des actions émanant des unions et des fédérations une illustration de l'individualisme imprégnant la jurisprudence du Conseil d'État. Par voie de conséquence, il est difficile de voir dans l'arrêt *Union des syndicats CGT des personnels des affaires culturelles*, ou encore dans l'arrêt *Commune de Loos*, les prémices d'un assouplissement de la jurisprudence *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*. D'ailleurs, dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Loos*, Mme Emmanuelle Cortot-Boucher s'inscrivait dans la ligne

²⁵⁰⁴ Rien ne justifierait que les personnes morales, à l'instar des personnes physiques, se vissent reconnaître la titularité d'un droit - en l'occurrence le droit d'agir en justice - mais se voient refuser dans le même temps la liberté de l'utiliser. Au reste, la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-126 QPC, imposant d'informer le partenaire lésé par la pratique anticoncurrentielle, a vocation à bénéficier, notamment, à des sociétés commerciales. Sur ce point, la personne morale n'est traitée que comme un « individu en plus grand ».

²⁵⁰⁵ Cf. *Supra* Chapitre 1 du Titre 1 de la première partie.

jurisprudentielle établie en 1906 puisqu'elle excluait qu'une « décision individuelle négative » pût être regardée comme ayant une portée telle qu'elle conférerait un intérêt pour agir à une union syndicale.

999. En dépit des appels d'une partie de la doctrine à un assouplissement de la jurisprudence sur l'intérêt pour agir des groupements - ou plus largement des tiers²⁵⁰⁶ - contre les décisions individuelles négatives, le Conseil d'État ne semble donc pas disposé à favoriser la défense des intérêts collectifs au détriment de la protection de la liberté personnelle, même au nom de la défense de la légalité. Insurmontable, du moins en l'état actuel, cet obstacle posé à l'action en défense d'intérêts collectifs peut toutefois être contourné.

B- Les rares possibilités de contournement offerte par la jurisprudence du Conseil d'État

1000. Eu égard aux évolutions de l'office du juge de l'excès de pouvoir, il serait plus facile de contourner certains obstacles mis à l'exercice de l'action individuelle par un groupement. En effet, si un groupement ne peut, sans mandat de leur part, agir aux fins d'obtenir l'annulation de décisions individuelles refusant l'allocation d'un droit, il peut obtenir un résultat comparable en exerçant un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire. Comme le montre M. Paul Cassia, il est possible pour un groupement défendant des intérêts collectifs d'obtenir, *in fine*, l'allocation de plusieurs titres, avantages individuels et nominatifs en exerçant un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire et, plus précisément, un acte réglementaire impersonnel. Il en va ainsi lorsque le recours pour excès de pouvoir vise des dispositions d'exclusion de cet acte réglementaire et, même si de telles dispositions n'existent pas, lorsque le recours a pour objet une annulation de l'acte réglementaire « en tant que ne pas »²⁵⁰⁷. Certes, le bénéfice pour les intérêts individuels ne reste toujours qu'indirect. Il reste néanmoins que c'est bien l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir des groupements contre une partie des décisions individuelles négatives - du moins dans la conception de Corneille²⁵⁰⁸ - qui peut être ainsi contournée et la reconnaissance par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État de l'injonction prétorienne à la suite d'une annulation « en tant que ne pas »²⁵⁰⁹ facilite un tel contournement.

1001. Pour contourner l'appréciation rigoureuse de l'intérêt pour agir des groupements contre certaines décisions individuelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, il est aussi possible de s'intéresser à une

²⁵⁰⁶ Par ex., au sujet de la dissymétrie entre les décisions refusant une mesure gracieuse et celles en octroyant (Delphine COSTA, « L'ouverture du prétoire aux tiers contre les mesures purement gracieuses », *AJDA*, 2017, p. 1001 ; Bertrand SEILLER, « La contestabilité du refus d'une mesure gracieuse », *Gaz. Pal.*, 2017, p. 422).

²⁵⁰⁷ Paul CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif ? », *RFDA*, 2009, p. 661.

²⁵⁰⁸ En revanche, pour Romieu, il s'agissait de l'ensemble des « décisions négatives » contre lesquelles les groupements n'avaient intérêt pour agir que lorsqu'elles étaient « collectives ». Il faut toutefois rappeler que le commissaire ne précisait pas dans ses conclusions ce qu'il fallait entendre par décision « collective », qu'il opposait à décision « individuelle ». On ne peut donc savoir s'il se limitait aux décisions réglementaires ou s'il y incluait aussi des décisions non-réglementaires comme les décisions pluri-individuelles. Dans cette dernière hypothèse, il aurait en réalité admis dès 1906 que le recours en annulation formé par le groupement puisse se transformer en véritable action de groupe.

²⁵⁰⁹ CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n° 213229.

procédure qui, de l'avis de certains commentateurs, serait en passe de le supplanter, en l'occurrence le référé-liberté mis en place par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. Il est alors possible pour les groupements d'exercer, pour reprendre l'expression de M. Xavier Dupré de Boulois, un « référé liberté pour autrui »²⁵¹⁰, c'est-à-dire de défendre des droits dont le groupement n'est pas lui-même bénéficiaire.

1002. Certes, dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le groupement doit toujours démontrer qu'il a intérêt pour agir notamment lorsque l'atteinte aux libertés fondamentales de tiers provient d'une décision individuelle négative dont ils sont destinataires. Néanmoins, dans le cadre de cette procédure, le juge administratif semble plus enclin à faire preuve de pragmatisme et à s'abstraire ainsi des catégories de décisions individuelles utilisées dans le contentieux de l'excès de pouvoir. D'une part, l'appréciation de l'intérêt pour agir y est plus souple²⁵¹¹. D'autre part, et surtout, comme le rappelle M. Olivier Le Bot, l'intérêt pour agir ne s'apprécie pas à l'aune d'une décision « mais en référence à une situation plus globale », compte tenu de la spécificité de cette procédure²⁵¹². Il n'y aurait donc pas lieu, pour le juge des référés, de s'attacher au type de décision comme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou du référé-suspension. Ainsi, il a pu reconnaître l'intérêt pour agir de groupements défendant des intérêts collectifs aussi bien en présence de décisions réglementaires que de décisions individuelles pouvant sembler négatives pour leurs destinataires²⁵¹³. Néanmoins, les autres conditions de recevabilité du référé-liberté, dont l'urgence qui fait l'objet d'une appréciation rigoureuse, devraient tout de même rendre un tel contournement exceptionnel.

1003. Au lieu d'escompter une mise en avant de la finalité holiste des voies de droit par le législateur, qui ne semble pas envisagée même dans le contentieux de l'excès de pouvoir, les groupements peuvent contourner la condition d'accord en tirant parti de la souplesse de certaines voies de droit, en l'occurrence le référé-liberté - ou de certaines évolutions du recours pour excès de pouvoir, comme l'injonction, qui - paradoxalement - dénotent plutôt une inspiration individualiste.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

1004. Le cadre juridique de ces actions pour autrui présente deux caractéristiques dont l'action de groupement en défense d'intérêt collectif peut pâtir. D'une part, en dépit de quelques écarts et du laxisme

²⁵¹⁰ Xavier DUPRÉ de BOULOIS, « Le référé-liberté pour autrui. Une société commerciale au secours du droit à la vie », *RDLF*, 2013, chron. n°12.

²⁵¹¹ CE, ord., 22 décembre 2012, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 364584 : « Considérant qu'en égard à l'objet et aux caractéristiques du référé liberté, l'intérêt à saisir le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative est subordonné à des conditions particulières et différentes de celles qui s'appliquent pour le référé suspension ».

²⁵¹² Olivier LE BOT, *Le guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Paris, Dalloz coll. Guides Dalloz, 2^e édition, 2017, n° 231.42, p. 340.

²⁵¹³ Par exemple, un refus d'accorder des autorisations d'absence pour l'exercice d'un mandat syndical (CE, ord., 19 février 2009, n° 324864).

dont le jurislature peut parfois faire à l'égard de certains groupements, ce cadre juridique se révèle assez strict. L'accord préalable de la personne principalement intéressée par l'action freine indubitablement les groupements qui ne peuvent - ou difficilement - surmonter l'inaction volontaire de la personne qui serait principalement intéressée par leur action. D'autre part, après cette étude de la jurisprudence sur l'intérêt pour agir des groupements contre les décisions individuelles, dont la systématisation semble si difficile, voire impossible, et des différentes strates de textes ayant mis en place des actions de substitution, il appert que ce cadre est marqué par de nombreuses lacunes et incohérences qui sont autant de sources d'incertitudes pour les groupements désirant ester en justice. Les dispositions ayant transposé les directives en matière de lutte contre les discriminations sont à cet égard topiques puisque la condition d'accord diffère selon le groupement qui exerce l'action en substitution et selon les personnes intéressées. Quant à la jurisprudence du Conseil d'État sur l'intérêt pour agir des groupements contre les décisions individuelles, si elle semble structurée autour de l'opposition entre décision individuelle favorable et décision individuelle défavorable, rien ne permet d'apprécier ce caractère favorable ou défavorable de façon totalement décontextualisée, ni n'indique pour quelles raisons le juge administratif accepte, à l'occasion, de se départir de cette distinction. Ce cadre n'est pas seulement préjudiciable pour les groupements, ils se révèlent aussi inadapté au traitement des contentieux de masse lorsqu'ils présentent un caractère sériel. Les débats sur la mise en place de l'action de groupe en droit français, mettent bien en lumière cette convergence entre les intérêts des groupements et ceux d'une bonne administration de la justice.

SECTION 2 : Les limites des instruments traditionnels de gestion des litiges sériels

1005. La notion de série a fait son apparition en droit positif au début des années 1990²⁵¹⁴, lorsqu'il est apparu nécessaire de doter les juridictions administratives des moyens de traiter rapidement - pour ne pas dire de manière expéditive - de requêtes sérielles qui encombraient leur prétoire²⁵¹⁵. Il faut entendre par là une pluralité de requêtes rédigées de façon plus ou moins similaires qui mettent en cause, par des moyens identiques ou non, la légalité de mesures individuelles déclinées à l'identique à l'encontre de personnes dans la même situation juridique ou la responsabilité d'une ou plusieurs personnes à l'égard de

²⁵¹⁴ Avant l'article 64 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative qui étendit la compétence du juge unique au traitement des contentieux sériels, il semble que l'article 38 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique fut la première disposition à en faire mention : « la contribution versée par l'Etat est réduite, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, lorsqu'un avocat, un avoué ou un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est chargé d'une série d'affaires présentant à juger des questions semblable ».

²⁵¹⁵ C'est la série dite du « cumul du supplément familial de traitement », qui avait donné lieu à près de 27 000 requêtes similaires - voire identiques - entre 1991 et 1992 (Daniel CHABANOL, « Commentaire de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (Titre IV) », *AJDA*, 1995, p. 388), qui est généralement présentée comme fondatrice. Elle a effectivement conduit le législateur à réagir en imposant alors le droit de timbre - aujourd'hui disparu - et en étendant le champ des hypothèses dans lesquelles il est possible de statuer par ordonnance.

victimes placées dans la même situation²⁵¹⁶. En somme, il s'agit de requêtes donnant à juger des questions de droit et, ou, de fait qui sont en tout ou partie similaires, voire identiques. Quant aux litiges sériels, il s'agit tout simplement de ceux qui sont susceptibles de donner lieu à de telles requêtes. Toutefois, la chose existait avant que le mot ne soit inscrit en droit positif puisque dès le début des années 1980 des réflexions avaient été menées, par exemple au sein de la Section du rapport et des études du Conseil d'État sur le contentieux fiscal²⁵¹⁷, afin d'enrayer ce phénomène qui n'est d'ailleurs pas si récent que cela comme en témoignent les conclusions d'Antoine Bernard sur l'arrêt *Syndicat des métaux CFDT des Vosges* de 1972²⁵¹⁸.

1006. Pour appréhender les limites des instruments traditionnels face aux contentieux sériels, et par là même l'utilité qu'ils peuvent présenter pour les groupements, il faut s'intéresser non pas à l'ensemble des mécanismes permettant de faire face à la massification du contentieux et à ses conséquences²⁵¹⁹, mais simplement, parmi ces derniers, aux instruments procéduraux *ad hoc*, c'est-à-dire à ceux qui ont notamment pour objet de limiter ce type de contentieux et dont la sérialité constitue donc une condition d'application²⁵²⁰. Pour prévenir et faciliter le règlement de tels litiges, deux voies semblent envisageables et ont d'ailleurs été empruntées par le législateur et le pouvoir réglementaire.

1007. D'une part, il est possible de permettre au juge de rassembler, de collectiviser ces requêtes similaires ou identiques - ou d'inviter les requérants à le faire eux-mêmes - afin qu'elles ne donnent lieu qu'à un seul et même jugement. Une telle technique semble intéresser au premier chef les groupements qui peuvent d'ailleurs apparaître comme étant les mieux à même d'introduire des requêtes aux fins de défendre des intérêts collectifs pluri-personnels. D'autre part, il est possible de reconnaître une portée *extra partes* à une décision rendue sur une requête tendant à défendre un intérêt individuel, ou à un avis

²⁵¹⁶ Cette définition s'inspire de celle retenue dans le rapport *Bélaival* qui définit le contentieux sériel comme : « une pluralité de requêtes rédigées de façon plus ou moins similaires qui mettent en cause, par des moyens identiques ou non, la légalité de mesures individuelles déclinées à l'identique à l'encontre d'administrés dans la même situation juridique ou la responsabilité d'une ou plusieurs personnes publiques à l'égard de victimes placées dans la même situation ». (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 6). La terminologie qui fut alors employée n'est toutefois pas totalement satisfaisante pour rendre compte des contentieux sériels devant les juridictions administratives dans la mesure où elle conduit à occulter tout un pan des contentieux dont ces juridictions peuvent connaître. En effet, elle semble partir de l'idée, d'une part, qu'une mesure individuelle ne peut avoir pour destinataire qu'un « administré » et, d'autre part, que seules des personnes morales de droit public peuvent être en position de défendeurs dans les contentieux de la responsabilité portés devant les juridictions administratives.

²⁵¹⁷ Le rapport de la section du rapport et des études en date du 7 juillet 1983 préconisait ainsi que les questions de droit nouvelles, générant des contentieux similaires en première instance, soient résolues et leur solution diffusée plus rapidement grâce à la mise en place d'une « cellule d'observation » qui les repèrerait en faisant intervenir la Direction générale des impôts et les tribunaux administratifs. Cette idée, soutenue entre temps par le conseil des impôts, fut de nouveau développée dans le rapport de la section du rapport et des études du Conseil d'État en date du 30 avril 1987. Il s'agissait alors de permettre aux présidents des tribunaux administratifs d'informer le Conseil d'État de l'importance d'une intervention rapide de sa part, comme juge de cassation, sur certaines « affaires pilotes » dont il serait saisi.

²⁵¹⁸ Paul CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif ? », *RFDA*, 2009, p. 657.

²⁵¹⁹ En effet, nombre de techniques procédurales, d'origine législative, réglementaire ou encore prétorienne peuvent être mobilisées à cet effet et à différents moments de la procédure. En amont, il est possible de contenir le flux contentieux en multipliant les obstacles de nature juridique ou non juridique à l'exercice du droit au recours. En sus de ces barrages, qui doivent résister à la pression des exigences constitutionnelles et conventionnelles, peuvent être créés des canaux de dérivation, comme les modes alternatifs de règlement des litiges, que les requérants potentiels sont incités emprunter. En aval, il s'agit d'alléger la charge que ces requêtes font peser sur le fonctionnement des juridictions que ce soit, par exemple, en étendant la compétence du juge unique pour statuer par voie d'ordonnance ou en supprimant le double degré de juridiction.

²⁵²⁰ Ce qui ne veut pas nécessairement dire que cela constitue leur finalité première.

rendu à cette occasion, qui servira ainsi de modèle pour un règlement simplifié de litige similaire ou identique ou - selon le sens de cette décision ou de cet avis - les dissuader. De tels mécanismes de régulation du flux contentieux donnent ainsi les allures d'actions pour le compte d'autrui à des requêtes qui sont pourtant motivées par une atteinte à un intérêt individuel et ont été introduites pour le défendre en priorité. Toutefois, dans l'un (§1) comme dans l'autre cas (§ 2), ces mécanismes ne sont pleinement satisfaisants ni du point de vue de la bonne administration de la justice²⁵²¹, ni pour l'action contentieuse des groupements, cette dernière étant, en partie, tributaire de la réalisation du premier objectif.

§1- La concentration des demandes

1008. Simple faculté du juge dans le cadre de la jonction (A), la concentration des demandes peut s'inscrire plus facilement dans une démarche collective orchestrée par des groupements lorsqu'elle est réalisée dans le cadre des requêtes collectives (B) et, surtout, dans le cadre de la représentation conjointe qui était d'ailleurs censé être un ersatz d'action de groupe mis à leur disposition (C).

A- La jonction des requêtes

1009. Alors que le juge statue en principe séparément sur chaque requête qui lui est soumise, il peut, de son propre chef ou à la demande des parties, les joindre pour statuer par une même décision lorsqu'elles présentent « à juger la même question ou des questions connexes »²⁵²², c'est-à-dire lorsqu'il existe un lien suffisant entre elles, qu'il soit d'ordre personnel - si un même requérant attaque plusieurs décisions par exemple - ou réel - si plusieurs requérants attaque la même décision ou des décisions connexes, voire semblables²⁵²³.

1010. La mise en œuvre de cette faculté, reconnue depuis longtemps par le Conseil d'État²⁵²⁴ comme dans d'autres ordres juridictionnels²⁵²⁵, peut prendre plusieurs formes, de « l'assemblage des requêtes »

²⁵²¹ Ces limites ne s'apprécieront pas simplement à l'aune de l'efficacité de ces mécanismes, de leur capacité à réguler effectivement ces contentieux sériels. Une telle étude supposerait de disposer de données qui isolent l'effet de ces mesures parmi l'ensemble des dispositifs procéduraux destinés à lutter contre la massification du contentieux sur le fonctionnement des juridictions, ou de disposer de statistiques sur l'ensemble des litiges susceptibles d'être considérés comme sériels. Surtout, une telle vision semble un peu étriquée en ce qu'elle fait peu de cas des limitations que peuvent éventuellement subir les justiciables dans l'exercice de leurs droits procéduraux. Ainsi, l'intérêt de ces instruments procéduraux ne sera pas simplement apprécié à l'aune de leur taux d'utilisation - lorsqu'il est connu - ou encore de la capacité effective à prévenir ou traiter les contentieux sériels, mais aussi de l'équilibre qu'ils parviennent à trouver entre l'intérêt du fonctionnement de la justice et le respect des droits procéduraux.

²⁵²² CE, 10 décembre 1958, *Bernhardt*, Rec. Lebon, p. 635. Sur ce point, la terminologie employée par le Conseil d'État est variable puisqu'il évoque aussi des questions « semblables » (CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 4 juillet 2012, n° 334062) ou « communes » (CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 7 mai 2012, n° 337700).

²⁵²³ Il en va ainsi, par exemple, d'une décision administrative et la décision s'y substituant ou la retirant.

²⁵²⁴ Il semble que ce soit en 1849 que le Conseil d'État ait pour la première fois fait usage de cette technique (Guy JAEHNERT, « La jonction : le point sur une technique contentieuse », *AJDA*, 2003, p. 2364). S'agissant du juge administratif, ce fondement prétorien n'a d'ailleurs jamais été relayé par le législateur ou le pouvoir réglementaire.

²⁵²⁵ V. sur ce point, pour une étude comparée, Ismaël OMARJEE, Marjolaine ROCCATI, « Chapitre 1. Une technique traditionnelle : la jonction d'affaires », in Ismaël OMARJEE, Laurence SPINOPOLI (dir.), *op.cit.*, p. 203.

« où chacune, voire deux sur trois sont traitées séparément dans le cadre d'une même décision de justice », à leur « fusion » « où il est fait masse des arguments, moyens et conclusions », en passant par le mélange de ces deux procédés²⁵²⁶. Cette faculté peut être exercée de manière presque totalement discrétionnaire par le juge²⁵²⁷, et les quelques hypothèses dans lesquelles elle était prohibée, en l'occurrence pour les affaires jugées à huis clos²⁵²⁸ et une partie du contentieux fiscal²⁵²⁹, tendent à disparaître.

1011. Du point de vue de l'exigence d'une bonne administration de la justice, l'apport de la jonction peut sembler néanmoins limité puisque seules sont concernées les requêtes sérielles déjà pendantes et relevant du ressort d'une même juridiction. Dans l'hypothèse où la série dépasserait le ressort territorial d'une juridiction, en raison soit de la résidence des requérants ou de la compétence territoriale des autorités dont émaneraient des actes individuels identiques, la jonction ne peut être relayée par la connexité qui permet justement de déroger à la répartition des compétences territoriales au sein de l'ordre administratif en attribuant à un tribunal administratif, saisi d'une demande relevant de sa compétence, une demande connexe relevant normalement de la compétence territoriale d'un autre tribunal administratif²⁵³⁰. En effet, le lien de connexité qui est alors requis est plus strict que celui qui est nécessaire pour opérer la jonction²⁵³¹.

1012. Pour les requérants, les effets procéduraux de la jonction sont somme toute assez réduits eu égard au principe de neutralité qui la gouverne, c'est-à-dire que la jonction d'une requête « ne peut avoir d'influence sur le sens des décisions à prendre sur chacune d'entre elles »²⁵³². Ainsi, il n'y a pas fusion des instances et la qualité de partie ne s'étend pas d'une instance à l'autre. Il faut toutefois noter que ce

²⁵²⁶ Guy JAEHNERT, *art.précit.* p. 2364.

²⁵²⁷ D'autant plus que le Conseil d'État estime que la jonction ne peut être contestée en tant que telle devant le juge d'appel ou devant le juge de cassation en raison du principe de neutralité qui la gouverne (CE, Sect., 23 octobre 2015, n° 370251)

²⁵²⁸ V. concernant les juridictions disciplinaires ordinaires : CE, 10 décembre 1958, *Bernhardt*, Rec. Lebon, p. 635. Le Conseil d'État a toutefois tempéré la rigueur de cette prohibition, dont la violation constituait une irrégularité pouvant être soulevée d'office (CE 27 juin 1980, *Torresi*, n° 22929), en permettant au juge de procéder à la jonction lorsque les parties sont identiques (CE, 20 octobre 1978, *Brière*, n° 06302) ou que les plaintes sont simplement dirigées contre la même personne (CE, 30 mars 1990, *Bottazzi*, n° 76961) et, désormais, même lorsque ces plaintes concernent des praticiens distincts (CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 31 mars 2014, *Tavassoli*, req n° 358820). Comme le souligne M. Edouard Crépey, la prohibition de la jonction recule à mesure que l'applicabilité des exigences de l'article 6 §1 de la CESDHLF, dont la publicité des séances, progresse (Edouard CRÉPEY, Conclusion sur CE, Sect., 23 octobre 2015, n° 370251).

²⁵²⁹ À l'origine, il semble que la prohibition de la jonction dans les litiges concernant l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés ne constituait qu'une transposition de la jurisprudence *Bernhardt* puisque de tels litiges n'étaient effectivement pas jugés en séance publique (art. 68 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'État et ex-art. R*. 201 du livre des procédures fiscales). Malgré l'abrogation des dispositions imposant le huis clos, cette solution fut maintenue un temps par le Conseil d'État (CE, Plénière, 14 juin 1989, *SA Moulin-Jacquot*, n° 61229), qui l'abandonna ensuite en reconnaissant qu'elle était aujourd'hui dépourvue de réels fondements (CE, Sect., 23 octobre 2015, n° 370251).

²⁵³⁰ Art. R. 342-1 du code justice administrative.

²⁵³¹ Au sens et pour application de ces dispositions du code justice administrative, il ne peut y avoir de connexité entre deux requêtes relevant de voies de recours distinctes (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections, 17 juin 2004, n° 265915) alors qu'il est tout à fait possible d'opérer leur jonction (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 décembre 2013, *Mc Kenna*, n° 358535).

²⁵³² CE, 2^e et 6^e sous-sections réunies, 28 janvier 1987, *Comité de défense des espaces verts*, n° 39145. Ce principe de neutralité est d'ailleurs commun aux différentes juridictions qui emploient cette technique, qu'il s'agisse du juge judiciaire (Civ, 2, 24 juin 2004, n° 02-16.989), de la Cour de justice (Par ex., CJCE, 21 juin 2001, *Moccia Irma*, aff. C-280/ 99 P à C-282/ 99 P, pt 66 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz*, aff. C-523/11, aff. C-585/11) ou encore de la Cour européenne des droits de l'homme (Par ex., CEDH, 6 juillet 2010, *Gözel et Özer c. Turquie*, n°s 43453/04, 31098/05).

principe n'est pas absolu. En effet, outre quelques exceptions ponctuelles²⁵³³, il est écarté dans le contentieux électoral²⁵³⁴ et dans une partie du contentieux de l'excès de pouvoir puisque le juge, lorsqu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision et contre la décision la retirant ou s'y substituant, peut, après avoir procédé à la jonction, déduire du rejet du second recours qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le premier, et ce, quand bien même sa décision de rejet ne serait pas encore irrévocable²⁵³⁵.

1013. Sans pouvoir donc en espérer un accroissement de leurs droits, les requérants peuvent tout de même trouver un intérêt à demander la jonction. En effet, outre une réduction des délais de procédure, elle permet une certaine mutualisation des ressources, au moins au niveau des informations puisque les pièces de chaque dossier sont mises en commun pour statuer sur l'ensemble des requêtes jointes. Ainsi, les parties jointes peuvent prendre connaissance des pièces contenues dans un dossier, afin de les contester ou de s'en prévaloir lorsque le juge veut se fonder dessus pour statuer sur leur requête²⁵³⁶.

1014. S'agissant maintenant des groupements défendant des intérêts collectifs, qui peuvent être à l'origine d'une action concertée consistant dans le dépôt d'une multitude de requêtes individuelles à défaut de pouvoir les introduire eux-mêmes, la jonction leur permettrait d'attirer l'attention du juge sur la dimension collective du litige, s'il ne l'avait pas lui-même déjà remarquée, et d'obtenir ainsi le prononcé d'une décision dont la portée jurisprudentielle serait telle qu'elle bénéficierait aussi, non pas aux membres du groupe qui auraient préféré s'abstenir et seraient désormais forclos, mais à ceux dont les intérêts

²⁵³³ Par ex., CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 27 juillet 2005, n^{os} 264992, 265644, 266522. En l'espèce, il y avait eu jonction en première instance entre différentes requêtes qui émanaient du même requérant et comportaient une série de conclusions d'excès de pouvoir et de conclusions indemnitaires, présentées séparément dans certaines demandes et cumulativement dans d'autres. Nonobstant la jonction de ces différentes requêtes, le Conseil d'État a estimé que la voie de l'appel était ouverte contre l'ensemble du jugement dès lors que le seuil exigé par le code de justice administrative pour exercer une telle voie de recours (art. R. 222-14 du code de justice administrative) était atteint grâce à une seule de ces requêtes.

²⁵³⁴ En effet, lorsque le jugement est annulé sur un appel d'un seul des demandeurs, le juge d'appel, en l'occurrence le Conseil d'État, se trouve saisi de l'ensemble des protestations jointes en première instance (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 mai 2015, *Élections municipales de Grand-Laviers*, n^o 382165). Une telle solution, qui a pu surprendre la doctrine universitaire (Par ex., Paul CASSIA, « Jonction des requêtes », in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 7^e édition, 2020, p. 1168-1169), trouverait sa justification, selon la doctrine organique, « dans l'indivisibilité des résultats du scrutin et de l'office particulier du juge électoral, qui est de rétablir la véritable volonté des électeurs et qui, par exception à la règle générale, lui impose d'ailleurs, en pratique, de joindre l'ensemble des protestations dont il est saisi contre un même scrutin » (Edouard CRÉPEY, « Joindre ou ne pas joindre dans le contentieux fiscal », *AJDA*, 2015, p. 2500).

²⁵³⁵ CE, Sect., 5 mai 2017, *Fiorentino*, n^o 391925. Comme le montre la chronique des responsables du centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État, cette dernière solution ne semble toutefois pas avoir fait l'unanimité au sein du Conseil d'État en ce qu'elle ne constituerait, en réalité, qu'une simplification en trompe l'œil. En effet, si elle simplifie la tâche du juge de première instance, elle complexifie celle des juges éventuellement saisis d'un recours en appel ou en cassation contre le jugement, et celle des requérants. Afin de s'assurer que le requérant, qui s'est vu opposer un non-lieu, ne soit pas lésé par l'annulation éventuelle du jugement rejetant le recours contre la décision de retrait ou de substitution sans avoir pu faire valoir son point de vue au moment où ses conclusions de première instance retrouveraient leur objet, il doit se voir notifier le recours par le juge d'appel ou de cassation et peut former un appel ou un pourvoi incident, alors même qu'il aura pu exercer avant une telle voie de recours à titre principal contre le jugement constatant le non-lieu et que celui-ci aurait été rejeté. Cette solution fait donc peser une charge supplémentaire sur le requérant qui, dans le doute, devra former un appel ou un pourvoi incident, en s'adjoignant le cas échéant les services d'un avocat aux Conseils (Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, « Ci-gît la neutralité de la jonction », *AJDA*, 2017, p. 1213).

²⁵³⁶ C'est là une condition du respect de du caractère contradictoire de la procédure (CE, 8^e et 3^e sous-section réunies, 29 octobre 2012, n^o 346641). En revanche, il en va autrement, à raison du principe de la neutralité de la jonction, lorsque le juge se fonde sur une pièce du dossier qu'il a certes omis de porter la connaissance d'un requérant mais pour répondre à un moyen articulé par un autre requérant (CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 27 juillet 2005, *Belin c. Commune de Fontenay-aux-Roses*, n^o 228554).

pourraient être lésés de la même façon. Toutefois, l'effet jurisprudentiel ainsi escompté, qui dépend à la fois de l'importance de la juridiction appelée à statuer et de la motivation de la décision, est plus qu'incertain. En effet, il est considérablement réduit si c'est un tribunal administratif qui est amené à se prononcer sur les requêtes ainsi jointes²⁵³⁷ et, en tout état de cause, il semble qu'en pratique la jonction soit sans effet sur la motivation des décisions²⁵³⁸. Surtout, cette stratégie demeure tributaire du bon vouloir du juge.

1015. Néanmoins, une telle collectivisation des requêtes individuelles peut aussi procéder de la décision des requérants. Parmi les leviers permettant de réguler l'accès au juge, il existe aussi des dispositifs qui s'appuient sur une action concertée de la part des requérants.

B- Les requêtes collectives

1016. La requête collective constitue une dérogation au principe selon lequel la requête dont le juge est saisi ne peut émaner que d'un seul requérant et n'être dirigée que contre une décision. Ce caractère collectif se manifeste - pour reprendre la distinction qui a été opérée pour la première fois dans les tables vicennales du recueil Lebon à l'initiative de Julien Reinach²⁵³⁹ - sur le plan personnel, lorsque la requête est introduite au nom de plusieurs requérants, ou sur le plan réel, lorsque la requête a pour objet une pluralité de décisions, ces deux dimensions, personnelle et réelle, pouvant d'ailleurs se conjuguer.

1017. Longtemps, le Conseil d'État a marqué son hostilité à l'égard de cette dérogation aux règles formelles de présentation des requêtes, estimant le plus souvent qu'elles n'étaient recevables qu'à l'égard du premier dénommé - qui n'est pas nécessairement le premier signataire - ou de la première décision visée²⁵⁴⁰. Il a néanmoins assoupli sa jurisprudence en jugeant que « les conclusions d'une requête collective, qu'elles émanent d'un requérant qui attaque plusieurs décisions ou de plusieurs requérants qui attaquent plusieurs décisions, sont recevables dans leur totalité si elles présentent entre elles un lien suffisant »²⁵⁴¹. En somme, une simple identité au niveau de la question de droit suffit et, dans l'hypothèse où cette requête ne serait toutefois pas recevable, le juge doit en informer le ou les requérants qui peuvent la régulariser par le dépôt d'autant de requêtes distinctes que nécessaires, nonobstant l'expiration du délai de recours. Avant même cet infléchissement, il avait toutefois déjà admis la

²⁵³⁷ À cette occasion, la juridiction peut toutefois faire usage de la faculté que lui confère l'article L.113-1 du code de justice administrative et obtenir un avis du Conseil d'État ou sa propre décision peut constituer un jugement « tête de série ».

²⁵³⁸ Quelle que soit d'ailleurs la juridiction concernée (V. Ismaël OMARJEE, Marjolaine ROCCATI, « Une technique traditionnelle : la jonction d'affaires » *in* Ismaël OMARJEE, Laurence SPINOLI (dir.), *op.cit.*, p. 216-220).

²⁵³⁹ Raymond ODENT, *op.cit.*, t. 1, p. 906, ndbp n°1.

²⁵⁴⁰ Quoique cette hostilité et cette sévérité doivent tout de même être tempérées comme le montrent certaines études de jurisprudence au début du XX^e siècle (André BOSCH, « Des recours collectifs en droit public français », *RDP*, 1927, p. 349).

²⁵⁴¹ CE, Sect., 30 mars 1973, *Sieur David*, Rec. Lebon, p. 265. Ce considérant, dont « la longueur et la netteté de la rédaction » incitait Marcel Waline à voir dans l'arrêt *Sieur David* une décision de principe (Marcel WALINE, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1973, p. 1323), est désormais repris de manière constante par le Conseil d'État (CE, Sect., 10 juillet 2007, n° 281394 ; CE, 6^e sous-section jugeant seule, 15 janvier 1999, n° 105319 ; CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 23 décembre 1998, n° 66104 ; CE, Sect., 17 juin 1977, n° 03085).

recevabilité de requêtes collectives tendant à défendre une pluralité d'intérêts personnels homogènes, par l'annulation d'une pluralité de décisions individuelles identiques ou l'indemnisation de préjudices trouvant leur source dans un même fait générateur, pourvu toutefois que le règlement du litige n'impose pas de prendre en considération la situation individuelle de chacun des requérants²⁵⁴².

1018. De telles requêtes semblent de nature à limiter l'encombrement du rôle, et par là même concourir à la bonne administration de la justice. D'autant plus que le code de justice administrative, unifiant l'état du droit sur ce point entre les juridictions administratives, a simplifié l'instruction des requêtes collectives personnelles. Sans aller jusqu'à imposer que la requête soit introduite par un mandataire régulièrement constitué²⁵⁴³, il exige qu'à défaut d'un tel mandataire, la requête collective personnelle comporte un représentant unique²⁵⁴⁴ à l'égard duquel sera accompli l'ensemble des actes de procédures et de notification²⁵⁴⁵, à l'exception de la notification de la décision juridictionnelle. Ce représentant unique peut d'ailleurs être le premier dénommé si les auteurs de la requête se sont abstenus d'en choisir un²⁵⁴⁶. D'ailleurs, les limites posées à la collectivisation de requêtes, en présence de litiges trop dissemblables et qui requièrent un traitement individualisé de la part du juge, semble trouver une justification dans l'exigence d'une bonne administration de la justice et, plus précisément, de clarté des débats²⁵⁴⁷.

1019. L'intérêt que cette technique peut représenter de ce point de vue doit être relativisé puisque, comme le rappelait le groupe de travail sur l'action collective, l'introduction d'une requête collective ne diminue pas le travail du greffe qui reste tenu de répertorier le nom et l'adresse de l'ensemble des requérants et de leur notifier la décision juridictionnelle.

1020. S'agissant des requérants, de telles requêtes collectives peuvent apparaître, à l'instar de la jonction, comme un moyen, non pas d'accroître leurs droits²⁵⁴⁸, mais de bénéficier d'un règlement plus rapide de leurs demandes et de mutualiser leurs ressources, en recourant par exemple au service d'un seul et même auxiliaire de justice. Enfin, elles leur permettent de mettre en lumière un problème structurel, et par là

²⁵⁴² V. L'analyse de la jurisprudence in André BOSCH, *art.précit.*, p. 356-369.

²⁵⁴³ Ce qui était le cas auparavant, au moins s'agissant des requêtes collectives introduites devant le Conseil d'État puisqu'elles devaient être introduites par un mandataire unique régulièrement constitué à peine d'irrecevabilité (art. 53-5 du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État).

²⁵⁴⁴ Les pouvoirs de ce représentant unique ne sont toutefois pas ceux d'un mandataire puisqu'il ne peut, par exemple, « valablement déclarer, sous sa seule signature, mettre fin à une instance juridictionnelle en cours, notamment par un désistement, au nom et pour le compte des parties qu'elle représente en application de l'article R. 411-5 » du code justice administrative (CAA, 1^{ère} chambre, 5 avril 2005, *N. c. Préfet de la Savoie*, n° 04LY01719).

²⁵⁴⁵ Une telle disposition s'inspire de la solution qui avait été retenue par le Conseil d'État pour apprécier le point de départ du délai de recours en cas de réponse aux mandataires d'une réclamation collective (CE, 16 janvier 1970, *Haristoy*, Rec. Lebon, p. 28).

²⁵⁴⁶ Tout en permettant de rationaliser l'instruction de telles requêtes, cette disposition n'impose pas pour autant au premier dénommé une responsabilité qui ne serait satisfaisante ni pour lui ni pour les autres auteurs de la requête. Ainsi, une fois qu'il a été informé par le greffe de l'attribution de cette qualité, il peut tout à fait la décliner et provoquer la désignation d'un autre représentant unique par les co-auteurs de la requête.

²⁵⁴⁷ René CHAPUS, *op.cit.*, n° 615, p. 517.

²⁵⁴⁸ Ainsi, s'il s'avère que l'un des auteurs d'une requête collective ne justifie pas d'un intérêt pour agir, il ne peut voir ses conclusions propres accueillies, comme celles tendant au remboursement des frais exposés par lui et non compris dans les dépens, quand bien même les conclusions de cette requête collective seraient accueillies (CE, 1^{ère} sous-section jugeant seule, 22 mai 2015, n° 375626 ; CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 8 juillet 2005, *Communauté d'agglomération de Moulins*, n° 268610).

même la lésion d'un intérêt collectif supra-personnel, sous-tendant la lésion d'intérêts personnels homogènes. À ce titre, elles présentent un intérêt pour les groupements défendant des intérêts collectifs, qui peuvent d'ailleurs à cette occasion jouer le rôle de mandataire²⁵⁴⁹, et ils peuvent y trouver un moyen d'inciter les membres du groupe qui ont été lésés à réclamer leur dû en minimisant pour eux les risques, notamment financiers, et en faire bénéficier, *in fine*, l'intérêt collectif supra-personnel qu'ils ont pour objet de défendre.

1021. Toutefois, comme pour la jonction encore, l'effet jurisprudentiel d'une décision rendue sur une requête collective demeure incertain. Quant à l'effet incitatif que peut avoir cette technique, il doit aussi être relativisé puisque le risque de pression et le risque financier n'est pas totalement écarté pour les requérants dont le nom figure ainsi dans la requête collective²⁵⁵⁰. Pis, ils peuvent pâtir de cette procédure qui n'a pas que des avantages²⁵⁵¹. En effet, comme tout mécanisme de gestion des contentieux sériels, son utilisation suppose de nier, ou à tout le moins négliger, la singularité de chacun des requérants, alors que sa prise en compte peut être nécessaire pour qu'il soit remédié à la lésion de leur intérêt personnel. Le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif mettait aussi en lumière cette lacune au travers des deux requêtes collectives introduites devant le tribunal administratif par des adhérents de la mutuelle de la fonction publique et dont l'objet était indemnitaire. Certes, par leur requête collective, les requérants ont obtenu que soit reconnue la faute lourde de l'État, mais ils n'ont pu obtenir une indemnisation de leurs préjudices financiers individuels faute d'avoir fourni les éléments qui auraient permis à la juridiction d'appréhender la singularité de leur situation respective, mais l'auraient sûrement conduit alors à demander la régularisation de cette requête par des requêtes distinctes²⁵⁵².

C- L'action en représentation conjointe

1022. Avant l'adoption de la loi relative à la consommation, l'action en représentation conjointe, qui permet à un groupement, dûment mandaté à cet effet, d'exercer une action aux fins de défendre les intérêts propres homogènes d'au moins deux personnes, apparaissait comme le dispositif se rapprochant le plus de l'action de groupe devant les juridictions judiciaires et administratives. Pour cause, l'adoption de la première action en représentation conjointe dans le domaine du droit de la consommation²⁵⁵³ faisait suite à une litanie de travaux, dont le second rapport *Calais-Auloy*, préconisant la mise en place d'une

²⁵⁴⁹ Il se trouve toutefois des hypothèses dans lesquelles une personne physique assume ce rôle de requérant « *chef de file* » alors même qu'une association figure parmi les signataires de la requête individuelle (CE 3^e et 8^e sous-sections réunies, 4 mai 2012, n^o 336463).

²⁵⁵⁰ En effet, la mutualisation des coûts n'est pas sans limite puisque chacun des auteurs de la requête collective peut se voir infliger une amende pour recours abusif et le respect du plafond des dispositions relatives au montant maximal de cette dernière ne s'apprécie pas au regard de la seule requête collective personnelle, c'est à dire de l'ensemble de ces auteurs, mais requérant par requérant (CE, Sect., 14 octobre 2009, n^o 322164).

²⁵⁵¹ Marcel WALINE, *art.précit.*, p. 1327.

²⁵⁵² Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 12.

²⁵⁵³ Art. 8 de la loi n^o 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

action de groupe en droit de la consommation²⁵⁵⁴. Le dispositif fut ensuite étendu en matière boursière²⁵⁵⁵, en matière d'environnement²⁵⁵⁶, puis en matière de rapport locatif²⁵⁵⁷. S'appuyant sur l'action des groupements pour rationaliser le traitement des litiges sériels (1), le dispositif de l'action conjointe ne les a toutefois pas attirés en raison de ses conditions de mise en œuvre trop strictes (2).

1- Une tentative de traitement rationalisé des litiges sériels

1023. Ces différents dispositifs - à l'exception notable de l'action mise en place en matière locative - font du caractère collectif et sériel du litige une condition d'application nécessaire. En effet, en matière de consommation, boursière et d'environnement, le groupement ne peut agir ainsi qu'au nom et pour le compte d'au moins deux personnes aux fins d'obtenir la réparation de préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même personne - ou plus précisément d'un même professionnel en matière de consommation - et qui ont une origine commune. Pour autant, la réduction des requêtes sérielles ne semble pas être la finalité première de ce dispositif. Au cours des débats parlementaires, elle n'était évoquée qu'à titre accessoire²⁵⁵⁸. Elle visait plutôt à inciter à ester en justice afin de compenser l'asymétrie de rapports dans lesquels la partie forte tirait parti de l'abstention de la partie faible.

1024. Ainsi, c'est au motif que les porteurs de titres isolés seraient confrontés aux mêmes problèmes que les consommateurs²⁵⁵⁹ que l'extension du dispositif a été envisagée en matière boursière et aux fins de rééquilibrer des rapports qui étaient présentés comme structurellement inégalitaires - en l'occurrence les rapports locatifs et *a fortiori* lorsqu'il s'agit de logements insalubres - que le Gouvernement avait déposé un amendement créant une action conjointe en matière locative lors des débats de la future loi relative à

²⁵⁵⁴ Sur la genèse de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, V. Jean-Jacques ROBERT, *Rapport n° 312 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi relatif au code de la consommation*, déposé le 19 mai 1993, p. 16.

²⁵⁵⁵ Cette action en représentation est parfois présentée comme ayant servi de modèle à l'action en matière de consommation mise en place par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 (Daniel MAINGUY, *L'action de groupe en droit français. Après la Loi Hamon du 17 mars 2014*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso-éditions, coll. guide pratique, 2014, p. 13). Certes, avant d'être codifiée aux articles L. 452-2 à -4 du code monétaire et financier, cette action en représentation conjointe était organisée par les articles 13 à 15 dans la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs. Toutefois, ces articles avaient eux-mêmes été insérés par l'article 29 de loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, le dispositif était donc en réalité postérieur à celui mis en place en droit de la consommation.

²⁵⁵⁶ Article L. 142-3 du code de l'environnement reprenant les dispositions de l'article 252-5 du code rural et de la pêche maritime créé par l'article 5 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

²⁵⁵⁷ Article 24-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, insérée par les articles 187 et 188 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

²⁵⁵⁸ V. Jean-François LE GRAND, *Rapport n° 190 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, déposé le 21 décembre 1994, p. 25.

²⁵⁵⁹ Jean ARTHUIS, *Rapport n° 532 au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, p. 179-181. Sans pour autant admettre l'assimilation de l'épargnant au consommateur, M. Benoit Le Bars reconnaît que « l'idée principale du droit de la consommation d'après laquelle le consommateur, face à un produit complexe qu'il ne comprend pas, doit être protégé contre les manquements d'un professionnel qui l'abuserait, s'applique également au porteur ayant acquis un titre dont il n'a pas su ou pu apprécier ni la complexité juridique et financière ni les risques » (Benoit LE BARS, *Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 392, 2004, n° 7, p. 14).

la solidarité et au renouvellement urbain²⁵⁶⁰. D'ailleurs, seule la protection des intérêts individuels de personnes physiques semble avoir été ainsi envisagée par le législateur. Pour atteindre un tel but, qui est finalement le même que celui des dispositifs d'action de substitution, rien ne semblait justifier que ces dispositifs fussent ainsi limités aux contentieux collectifs et présentant un aspect sériel et c'est d'ailleurs pour cela qu'une telle limitation ne fut pas reprise en matière locative²⁵⁶¹. Il reste que cette condition de sérialité confère bien à l'action en représentation conjointe un effet préventif à l'égard des contentieux sériels dans les domaines où elle a été mise en place, alors même que de tels domaines étaient marqués par l'inaction des victimes et que la finalité première de ce dispositif semblait être précisément d'accroître l'effectivité du droit au recours. En effet, cette condition permet d'en canaliser les effets négatifs éventuels de ces actions sur le fonctionnement des juridictions, en évitant au moins qu'il y ait autant d'actions en représentation qu'il y a de victimes d'un évènement ayant lésé une pluralité d'intérêts personnels, et de rationaliser le traitement des litiges sériels. En ce sens, les dispositions relatives aux différentes actions en représentation conjointe - exception faite de la matière locative - prévoient que l'association centralise les convocations, notifications et significations concernant les mandants²⁵⁶². Ce faisant, l'action en représentation conjointe semblait présenter les mêmes vertus que celles prêtées à l'action de de groupe.

2- Un encadrement strict de l'action des groupements

1025. L'ambition d'introduire une véritable action de groupe s'était alors heurtée à la pusillanimité du législateur qui, craignant les dérives de la « *class action* » américaine, a strictement encadré cette action en droit de la consommation²⁵⁶³ dont le régime servit de modèle - suivi plus ou moins fidèlement - dans les autres domaines où elle a été ensuite étendue. Les actions en représentations ne constituaient en réalité qu'une reprise *a minima* de cette ambition et elle fut finalement peu utilisée par les quelques groupements qui, seuls autorisés à employer cette procédure (a), purent être rebutés par les inconvénients qu'elle implique

²⁵⁶⁰ Assemblée nationale, 3^e Séance du 16 mars 2000, *JOAN*, p. 2277-2278.

²⁵⁶¹ C'était le sens du sous-amendement à l'amendement gouvernemental déposé par M. Daniel Marcovitch, aussi adopté lors de la première lecture, qui avait pour objet de permettre aux associations concernées d'agir en justice en étant mandatées par un locataire unique. Le Sénat revint toutefois dessus en désirant limiter la portée d'une procédure qu'il estimait déjà « dérogatoire » (Pierre JARLIER, *Avis n° 307 présenté au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la solidarité et au renouvellement urbains*, déposé le 6 avril 2000, p. 192) mais le député obtint, lors de la nouvelle lecture à la suite de l'échec de la commission mixte paritaire, que la loi redonne cette possibilité aux associations (Assemblée nationale, 2^e séance du 29 juin 2000, *JOAN*, p. 6203). Il était alors question d'« un ou plusieurs locataires » et ce fut la version adoptée ensuite par l'Assemblée nationale lors de la lecture définitive. Cela n'a toutefois pas empêché M. Daniel Marcovitch de revenir à la charge lors de l'examen de la loi de modernisation sociale, il demanda et obtint que l'article 24-1 soit modifié (Assemblée nationale, 3^e séance du 23 mai 2001, *JOAN*, p. 3402). Depuis lors, les associations visées par la loi peuvent exercer l'action en représentation conjointe non plus « lorsqu'un ou plusieurs locataires ont avec un même bailleur un litige locatif ayant une origine commune » mais « lorsqu'un locataire a avec son bailleur un litige locatif ou lorsque plusieurs locataires ont avec un même bailleur un litige locatif ayant une origine commune », ce qui est peut-être plus explicite mais revient au même.

²⁵⁶² Art. L. 622-3 et R. 622-4 du code de la consommation ; art. L. 142-3 et R.142-4 du code de l'environnement ; art. L. 452-3 du code monétaire et financier.

²⁵⁶³ Louis BORÉ, « L'action en représentation conjointe : *class action* française ou action mort-née ? », *D.*, 1995, p. 267.

la technique du mandat (b). D'autant plus que le législateur n'était pas enclin à faciliter la sollicitation de ces mandats (c).

a- La sélection drastique des groupements susceptibles d'être mandatés

1026. La méfiance se manifeste, tout d'abord, au niveau des conditions que doivent remplir les groupements pour pouvoir exercer l'action. Cela peut passer par l'obtention d'un agrément. C'est le cas en droit de la consommation et en droit de l'environnement où l'action est réservée, respectivement, aux associations de consommateurs agréées - et en outre reconnues représentatives sur le plan national²⁵⁶⁴ - et aux associations agréées de protection de l'environnement. Initialement, l'agrément constituait aussi une condition nécessaire dans les autres domaines puisque l'action était réservée, en matière boursière, aux associations agréées ayant pour objet statutaire explicite la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers et, en matière locative, aux associations siégeant à la Commission nationale de concertation en matière locative et agréées à cette fin²⁵⁶⁵ ainsi qu'aux associations agréées de défense des personnes en situation d'exclusion par le logement, du moins lorsque le litige portait sur la « décence » du logement au sens de l'article 6 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Néanmoins, en matière locative, il ne s'agissait qu'en apparence d'une condition nécessaire puisque l'agrément des associations pour siéger à la Commission nationale de concertation en matière locative n'a en réalité jamais existé, ces associations étant simplement désignées par décret²⁵⁶⁶.

1027. Dans ces deux derniers domaines, le législateur a toutefois élargi le cercle des mandataires potentiels. En matière boursière, il le fit à l'occasion de la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003. D'une part, il a assoupli les conditions d'obtention de l'agrément et, d'autre part, il a étendu l'ensemble des facilités procédurales qui étaient jusqu'alors réservées aux seules associations agréées de défense des investisseurs, à celles qui répondaient simplement aux critères pour exercer les actions des minoritaires²⁵⁶⁷ et avaient transmis leurs statuts à l'Autorité des marchés financiers, c'est-à-dire, en réalité, à des « associations de défense à objet spécialisé » ayant plutôt vocation à réunir les souscripteurs d'un titré donné au sein d'une société donnée²⁵⁶⁸. En matière locative, cet élargissement du cercle des mandataires potentiels s'est fait en plusieurs étapes. Dans un premier temps, s'agissant des litiges relatifs à la décence du logement, ont

²⁵⁶⁴ Ce qui n'est d'ailleurs pas forcément le niveau le plus pertinent eu égard à la réalité du tissu associatif ultra-marin, comme l'a d'ailleurs reconnu le législateur lorsqu'il revint sur la loi relative à la consommation en ce qu'elle réservait l'action de groupe en matière de consommation aux associations de consommateurs agréées et représentatives seulement au niveau national.

²⁵⁶⁵ Le législateur n'a posé aucune restriction tenant à l'objet statutaire de ces associations siégeant au sein de la Commission nationale de concertation. Ainsi, même s'il semble évident qu'il ait entendu viser les associations de locataires, rien ne semble faire obstacle à ce qu'une association de bailleurs, siégeant elle aussi au sein de la Commission, exerce cette action.

²⁵⁶⁶ À ce titre, la référence à l'agrément de ces associations fut supprimée par l'article 6 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

²⁵⁶⁷ Art. L. 225-120 du code de commerce.

²⁵⁶⁸ Benoit LE BARS, *thèse.précit.*, n° 34, p. 36. Tandis que les « association à objet généraliste regroupent les porteurs de valeurs mobilières de sociétés différentes afin de veiller au respect de leurs droits, de les informer sur ces droits et de les aider à se défendre » (Benoit LE BARS, *thèse.précit.*, n° 26, p. 31).

été aussi admises, par renvoi à l'article 3 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990, les associations dont seulement l'un des objets est l'insertion ou le logement des personnes défavorisées et agréées par le représentant de l'État dans le département²⁵⁶⁹, puis, dans un deuxième temps, la condition d'agrément fut tout simplement abandonnée dans ce domaine²⁵⁷⁰. Enfin, ce cercle des mandataires s'est élargi dans l'ensemble des litiges locatifs, qu'ils aient trait seulement à la décence ou non, à la collectivité territorialement compétente en matière d'habitat ainsi qu'aux organismes payeurs des aides au logement territorialement compétents²⁵⁷¹.

1028. Ces quelques groupements ne peuvent engager l'action qu'à condition d'avoir obtenu un mandat écrit, en bonne et due forme, de la part des victimes²⁵⁷².

b- Le recours à la technique du mandat écrit

1029. En raison de cette obligation d'accord préalable formalisé dans un mandat, l'action en représentation conjointe se distingue bien de l'action de substitution²⁵⁷³, mais aussi des mécanismes d'actions de groupe dont l'introduction était envisagée puisqu'elle suppose d'identifier toutes les victimes au préalable.

1030. Non seulement, le recours au mandat dans le cadre de contentieux sériels réduit le caractère novateur de ce mécanisme, qui n'est finalement devant la juridiction administrative qu'une codification de la jurisprudence *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*²⁵⁷⁴, mais il présente aussi pour les groupements plusieurs inconvénients de nature à les rebuter. En premier lieu, il s'agit pour eux d'un coût financier impliqué, comme le supposent les conditions d'exercice de cette action, par la gestion de plusieurs mandats, d'ailleurs potentiellement nombreux, ainsi que d'une source de risques potentiels puisqu'ils peuvent voir leur responsabilité civile engagée²⁵⁷⁵.

1031. Les conditions dans lesquelles s'exerce cette action ainsi que les obligations imposées à l'association en tant que mandataire, à l'égard des mandants comme des défendeurs, sont d'ailleurs plus ou moins précises selon les domaines et les juridictions devant lesquelles cette action est exercée. Lors de la mise en place de la première action en représentation conjointe en matière de consommation, le pouvoir réglementaire l'a strictement encadrée, notamment s'agissant de l'information des

²⁵⁶⁹ 3° de l'article 86 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006.

²⁵⁷⁰ Art. 2 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009.

²⁵⁷¹ Art. 6 loi n° 2014-366 du 24 mars 2014.

²⁵⁷² Il s'agit donc d'un « pouvoir » au sens de l'article 117 du code de procédure civile dont le défaut constitue une irrégularité de fond de la demande de l'association pouvant être soulevée à l'occasion d'une exception de procédure.

²⁵⁷³ *Contra* Jean-François LE GRAND, *Rapport n° 190 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, déposé le 21 décembre 1994, p. 25.

²⁵⁷⁴ Paul CASSIA, *art.précit.*, p. 662.

²⁵⁷⁵ Sur la mise en œuvre de la responsabilité civile du mandataire dans le cadre de la relation interne au contrat de mandat, V. Anne GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité civile*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 566, 2016, p. 111-147.

mandataires²⁵⁷⁶, ce qui contraste d'ailleurs avec celles imposées dans le cadre des actions de substitution²⁵⁷⁷. En revanche, le mandat ne comporte pas, « sauf convention contraire », un devoir d'assistance, qui serait similaire à celui d'un avocat, de la part de l'association²⁵⁷⁸. Le pouvoir réglementaire avait toutefois alors omis l'action devant les juridictions pénales et administratives²⁵⁷⁹. Ces dispositions furent reprises pour l'action en matière d'environnement²⁵⁸⁰, à quelques nuances près²⁵⁸¹, et étendue aux juridictions pénales et administratives²⁵⁸². En revanche, il n'y a aucune trace de telles dispositions en matière boursière ou en matière locative où il semble qu'il faille, comme pour l'action en représentation conjointe en matière de consommation devant le juge administratif, s'en remettre au droit commun.

c- La sollicitation des mandats strictement encadrée

1032. Outre cela, afin de préserver l'image des professionnels mis en cause, face à ce qui apparaissait comme l'une des dérives de la *class action*, le législateur leur a expressément interdit, sauf en matière locative, de solliciter ces mandats par « voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie

²⁵⁷⁶ Décret n° 92-1306 du 11 décembre 1992 portant application de l'article 8-1 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 modifiée relative aux actions en justice des associations nationales agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs codifié aujourd'hui aux articles R. 622-1 à 10 du code de la consommation.

²⁵⁷⁷ Cf. *Supra.*, n° 971-984.

²⁵⁷⁸ Art. R. 622-1 du code de la consommation ; art. 142-1 du code de l'environnement. Le pouvoir réglementaire a donc renversé la présomption posée par l'article 413 du code de procédure civile qui dispose que « le mandat de représentation emporte mission d'assistance, sauf disposition ou convention contraire ».

²⁵⁷⁹ V. art. R. 622-1 du code de la consommation. Il est vrai que l'applicabilité de cette procédure aux juridictions administratives n'était alors pas évidente, le droit de la consommation n'ayant pas encore fait son entrée dans le bloc de légalité et les préjudices dont la réparation était demandée devant trouver leur source dans l'agissement d'un « professionnel ».

²⁵⁸⁰ Décret n° 96-625 du 9 juillet 1996 portant application de l'article L. 252-5 du code rural relatif aux actions en représentation conjointe des associations agréées de protection de l'environnement, codifié aujourd'hui aux articles R. 142-1 à -9 du code de l'environnement.

²⁵⁸¹ Certaines de ces différences sont anecdotiques. Par exemple, le code de l'environnement énumère dans un seul article les mentions que doivent indiquer l'acte introductif d'instance, l'acte d'appel et la déclaration de pourvoi (art. R. 142-8), tandis que le code de la consommation sépare l'acte introductif d'instance (art. R. 622-8) et les voies de recours (R. 622-9). Dans le même ordre d'idées, alors que l'article R. 622-4 du code de la consommation dispose que « les convocations et notifications destinées au consommateur pour le déroulement de l'instance sont adressées à l'association nationale agréée de consommateurs qui agit pour son compte », l'article R. 142-4, qui a le même objet, emploie l'expression « en son nom ». En revanche, d'autres différences semblent un peu moins anecdotiques. Ainsi, le code de l'environnement précise que « le mandat ne peut être opposé à une juridiction ordonnant la participation directe de la personne physique à une mesure d'instruction » (III de l'article R. 142-2) alors que le code de la consommation est silencieux sur ce point. De même, lorsque le code de la consommation dispose que « sur la demande d'un de ses mandants, l'organisation nationale agréée de consommateurs doit délivrer, aux frais de celui-ci, copie de l'acte introductif d'instance et, le cas échéant, des conclusions écrites » (art. R. 622-6), le code de l'environnement évoque « toute autre pièce utile », ce qui semble plus large. Toutefois, le code de la consommation peut lui apparaître comme plus contraignant pour les associations, donc plus protecteur pour les mandataires, lorsqu'il dispose que « la décision est notifiée à l'association nationale agréée de consommateurs qui en informe ses mandants sans délai et en tout état de cause dans les délais des voies de recours » (art. R. 622-10), là où le code de l'environnement se contente d'évoquer des « délais utiles » (art. R. 142-9).

²⁵⁸² À ce titre, la rédaction du second alinéa de l'article R. 142-5 du code de l'environnement, qui a trait aux conséquences de la révocation du mandat, peut laisser perplexe puisqu'il dispose que : « La partie qui révoque son mandat en avise aussitôt le juge et, dans le cas d'une instance civile, la partie adverse ». Ce faisant, le pouvoir réglementaire semble partir du principe qu'il n'y a pas de défendeur devant la juridiction administrative ce qui est déjà discutable dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et l'est encore plus s'agissant du contentieux de la responsabilité où cette action a vocation à s'appliquer.

d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée »²⁵⁸³. Même en réservant la presse écrite²⁵⁸⁴, cette disposition, qui n'était d'ailleurs pas prévue initialement dans le projet en matière de consommation, revenait de l'aveu même de la secrétaire d'État lors des débats à « retirer d'une main ce que l'on donne de l'autre, c'est-à-dire paralyser complètement toute possibilité d'action conjointe »²⁵⁸⁵. Il n'est d'ailleurs pas possible pour les groupements de tirer profit de l'évolution des moyens d'information et de communication, que le législateur n'avait pu prévoir en 1992, pour échapper aux rigueurs de cette prohibition puisque le juge retint une interprétation fonctionnelle de ces textes. L'association UFC-Que choisir en fit d'ailleurs l'amère expérience dans l'affaire dite « Cartelmobile »²⁵⁸⁶.

1033. Après être parvenue à faire sanctionner l'entente de trois opérateurs téléphoniques par l'ex-Conseil de la concurrence²⁵⁸⁷, l'association chercha à obtenir- ce qui apparaissait comme le prolongement naturel de cette action en défense d'un intérêt collectif supra-personnel - l'indemnisation des consommateurs qui avaient été ainsi lésés par le gel des parts de marché ayant maintenu les prix à un niveau artificiellement élevé. À cette fin, l'association a mis en place sur un site internet²⁵⁸⁸ un calculateur à la disposition des victimes potentiels qui pouvaient ainsi évaluer leur préjudice et déposer un dossier à l'association UFC Que choisir²⁵⁸⁹ pour se joindre, avec elle, aux requêtes indemnitaires introduites par trois consommateurs devant le tribunal de commerce de Paris²⁵⁹⁰. Saisi ainsi de 12 530 requêtes indemnitaires²⁵⁹¹, le tribunal a toutefois estimé que la procédure était nulle, dans la mesure où il s'agissait,

²⁵⁸³ La publicité présente toutefois un intérêt réduit en matière locative. En effet, dès lors qu'est identifié, par exemple, un immeuble dont les logements ne respecteraient pas les critères de décence, les victimes le sont aussi facilement. En outre, l'association reste soumise aux dispositions de l'article 66-1 de n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques prohibant le démarchage en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique.

²⁵⁸⁴ Si la presse écrite n'est pas mentionnée parmi les moyens de communication, c'est, semble-t-il, parce qu'en 1990, la cour d'appel de Colmar avait autorisé un appel à témoins par ce médium (Louis BORÉ, *art. précit.*, p. 268), ce qui constitue une justification peu évidente pour une exception qui l'est encore moins.

²⁵⁸⁵ *Ibid.*

²⁵⁸⁶ Pour un exposé complet de cette affaire, V. Maria José AZAR-BAUD, *thèse précit.*, p. 294-299.

²⁵⁸⁷ Cons. conc., décision n° 05-D-65, 30 novembre 2005, BOCCRF 29 avril 2006.

²⁵⁸⁸ www.cartelmobile.org.

²⁵⁸⁹ Le dossier était alors confié à l'avocat de l'association qui était rémunéré par cette dernière mais ainsi mandaté par le consommateur victime.

²⁵⁹⁰ Avec l'entrée en vigueur du décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, seul le tribunal de grande instance de Paris et le tribunal de commerce de Paris étaient compétents pour connaître du litige. Or, la procédure risquait de s'avérer plus coûteuse devant le tribunal de grande instance puisqu'en cas d'échec de la procédure, les frais de justice de justice sont calculés en fonction du nombre de parties (Gaëlle PATETTA, Une illustration flagrante des limites du système judiciaire français À propos de l'arrêt du 22 janvier 2010, *RLDC*, n° 70, 1^{er} avril 2010). En outre, la Cour de cassation venait de retenir une interprétation plus stricte de l'ancien article L. 421-7 du code de la consommation qui disposait alors que les associations agréées de consommateurs « peuvent intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale ». Il ressortait de ces arrêts que l'association, cantonnée à l'intervention au soutien de demandes en réparation de préjudices subis par un ou plusieurs consommateurs, ne pouvait introduire l'instance, même par une assignation conjointe avec les consommateurs victimes (Civ. 1, 21 février 2006, Bull. Civ. I, n° 95 ; Civ. 1, 30 mai 2006, Bull. Civ. I, n° 276).

²⁵⁹¹ Ce qui, d'après le directeur des relations institutionnelles de l'association, avait représenté 500 000 euros de frais de gestion, 550 kg de papier et près de 2 000 heures de travail (Cédric MUSSO, « Parole d'acteur - L'action de groupe décryptée par l'UFC-Que choisir Entre inadéquation des procédures existantes et bémols rythmant la future action de groupe à la française, retour sur le contexte et les enjeux suscités par un tel dispositif », *Juris associations*, 2014, n°492, p. 26) mais ne représentait toutefois

pour lui, d'une action en représentation conjointe détournée et que les mandats n'avaient pas été régulièrement obtenus, ce qui fut confirmé en appel. Quant à la Cour de cassation, tout en précisant que les dispositions prohibant cette sollicitation étaient étrangères à la préservation de l'image et de la présomption d'innocence, elle a donné raison à la cour d'appel et a fait sienne cette lecture extensive de ces dispositions²⁵⁹².

1034. Conscient de l'obstacle que cette prohibition pouvait représenter, le législateur a tout de même pu faire montre de plus de souplesse que le juge. Toutefois, cette souplesse ne s'est manifestée qu'en matière boursière²⁵⁹³ et elle doit être fortement relativisée. En effet, la prohibition reste le principe et l'exception n'est ménagée qu'au profit des associations agréées, c'est-à-dire d'une partie seulement des groupements de défense des investisseurs pouvant exercer cette action, et seulement dans le cadre des actions en réparation devant les juridictions civiles ou commerciales, alors que cette action peut être exercée devant toutes les juridictions²⁵⁹⁴. Enfin, les conditions dans lesquelles ces groupements peuvent mettre en œuvre la sollicitation ne sont pas de nature à les encourager puisqu'ils doivent obtenir l'autorisation du président du tribunal de grande instance – désormais tribunal judiciaire - ou, selon le cas, du président du tribunal de commerce statuant par ordonnance de référé et, s'ils parviennent à l'obtenir, financer eux-mêmes les moyens de publicité auxquels ils recourent.

1035. Finalement, l'action en représentation conjointe, dans laquelle certains ont pu voir « une innovation heureuse qui permettra de résoudre certaines difficultés liées aux « contentieux de masse » »²⁵⁹⁵, n'en était pas réellement une, ce n'était qu'une « facilité procédurale »²⁵⁹⁶ ce qui n'a pas suffi pour séduire les groupements. En effet, pour des groupements qui goûtent peu aux formes d'action

qu'une fraction minimale des personnes s'étant inscrites sur le site internet pour calculer leur préjudice, près de 220 000, et encore plus minimale des 20 millions d'abonnés qui auraient été victimes de l'entente selon le Conseil de la concurrence.

²⁵⁹² Civ. 1, 26 mai 2011, n° 10-15.676.

²⁵⁹³ Art. L. 452-2 du code monétaire et financier tel que modifié par l'article 126 de la loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière. Adopté en première lecture à l'initiative de la commission des finances du Sénat, cette disposition apparaissait alors comme un contrepois au maintien - certes allégé - de l'agrément que le projet de loi supprimait dans sa version initiale (Philippe MARINI, *Rapport n° 206 fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de sécurité financière*, déposé le 12 mars 2003, p. 550-554). Finalement, l'agrément fut maintenu par la loi mais la possibilité d'ester en justice fut tout de même élargie aux autres associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des investisseurs pourvu qu'elles répondent toutefois aux critères de détention de droit de vote définis par l'article L. 225-120 du code de commerce et qu'elles aient communiqué leurs statuts à l'Autorité de marchés financiers.

²⁵⁹⁴ En circonscrivant ainsi le champ d'application de l'exception, les sénateurs cherchaient surtout à exclure la juridiction pénale qui serait, selon eux, plus propice à l'instrumentalisation de l'action en représentation conjointe (Sénat, séance du 20 mars 2003), mais ils ont ainsi ignoré la juridiction administrative qui peut aussi, en principe, être saisie d'une telle action dans ce domaine. Certes, l'utilité d'une telle action devant le juge administratif reste théorique eu égard à la nature des personnes dont la responsabilité est recherchée. À telle enseigne que dans le *Rapport relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs*, le groupe de travail présidé par Jacques Delmas-Marsalet et Martine Ract-Madoux envisageait que l'action collective en matière boursière et financière, dont il préconisait l'introduction, ne pût être portée que devant les juridictions civiles et commerciales (Jacques DELMAS-MARSALET, Martine RACT-MADOUX (dir.), *Rapport relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs*, 25 janvier 2011, p. 31-32). Il ne saurait toutefois être exclu que des porteurs de titres subissent des préjudices du fait d'une décision administrative ou d'une loi, dont l'indemnisation ne pourra donc être obtenue que devant le juge administratif.

²⁵⁹⁵ Bernard BOULOC, « L'exercice de l'action civile par mandataire », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, PUG, 1993, p. 41.

²⁵⁹⁶ Yves GUYON, « Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs ? », *Rev. sociétés*, 1995, p. 213.

pouvant être perçues comme paternalistes, elle pâtit des défauts de l'action de substitution sans pour autant leur permettre de contourner la technique du mandat. Elle n'a donc pas connu un grand succès dans les différents domaines où elle fut mise en place²⁵⁹⁷, que ce fut devant les juridictions judiciaires ou administratives, où il semble d'ailleurs qu'elles n'aient « jamais fait[es] l'objet d'une utilisation pertinente »²⁵⁹⁸.

1036. Les mécanismes de collectivisation des demandes, qui ne permettent de toute façon pas de traiter l'ensemble des litiges sériels, ne s'avèrent pas forcément attrayants pour des groupements qui désireraient promouvoir un intérêt collectif au travers de cas individuels. En effet, alors même que leurs conditions d'utilisation ont été assouplies, comme la requête collective, ou qu'ils semblent avoir été taillés sur mesure pour eux, comme l'action en représentation conjointe, leur instrumentalisation ne peut s'inscrire que dans le cadre d'une démarche concertée avec les principaux intéressés, dont il faut donc surmonter l'inertie, et elle peut nécessiter l'emploi d'instruments, comme le mandat, pouvant rebuter les groupements. Néanmoins, comme l'a montré la jonction, il est tout à fait possible de se passer du concours des requérants, et des groupements, pour rationaliser le traitement des requêtes similaires ou identiques.

1037. C'est le parti qu'ont pris le pouvoir règlementaire et le législateur lorsqu'ils ont mis en place les procédures qui permettent de faciliter le traitement de requêtes sériels, ou d'en prévenir le dépôt, en érigeant en modèle une décision rendue sur une requête relevant, ou susceptible de relever, d'une série. Toutefois, cela ne facilite alors pas l'instrumentalisation de cette technique de gestion des flux contentieux par les groupements.

§2- L'amplification de la portée de la décision juridictionnelle à titre préventif et curatif

1038. En exhaussant la portée d'une décision ou d'un avis rendu sur une requête relevant ou susceptible de relever d'une série, le législateur et le pouvoir règlementaire semblent aussi exaucer les vœux des groupements défendant des intérêts collectifs. De prime abord, une telle technique ne peut que les intéresser puisqu'elle vient à reconnaître cette dimension collective qui est en germe dans toute décision de justice, y compris celles qui sont rendues sur des demandes motivées par des atteintes directes à des intérêts personnels. Au lieu d'escompter, comme dans l'action de substitution, par exemple, un hypothétique effet jurisprudentiel qui ne serait - au mieux - qu'officieusement pris en compte, ils peuvent trouver un renfort dans cette autorité que le législateur ou le pouvoir règlementaire a reconnue - plus que

²⁵⁹⁷ Pas même en matière boursière (V. Jacques DELMAS-MARSALET, Martine RACT-MADOUX (dir.), *Rapport relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs*, document publié le 25 janvier 2011, p. 8-9) alors que le profil des associations d'investisseurs pouvait faire espérer le contraire en ce qu'ils seraient des groupements dont les ressources financières sont plus importantes que celles des associations de consommateurs et ne chercheraient pas à attirer de futurs militants (Louis BORÉ, *art.précit.*, p. 271). En réalité, ces associations sont plus hétérogènes et peuvent rencontrer les mêmes obstacles que les associations de consommateurs. De manière générale, elles ne privilégient pas nécessairement la voie contentieuse en conseillant, par exemple, au porteur lésé de vendre son titre plutôt que d'escompter le résultat hypothétique d'une action en justice (V. Benoît LE BARS, *thèse précit.*, spéc. p. 133-139).

²⁵⁹⁸ Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 11.

conférée d'ailleurs - à ces décisions et ces avis dans un souci de bonne administration de la justice. Néanmoins, comme l'article 2 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 en son temps (A), l'avis contentieux des juridictions « suprêmes » (B), l'extension de la compétence du juge unique au traitement des requêtes relevant d'une série (C), ne sont ni suffisants pour faire face, dans les meilleures conditions, à cet aspect de la massification du contentieux ni même propices à l'action collective des groupements privés.

A- Les effets de l'annulation de l'acte réglementaire

1039. L'article 2 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, aujourd'hui abrogé²⁵⁹⁹, disposait que « lorsqu'une décision juridictionnelle devenue définitive émanant des tribunaux administratifs ou du Conseil d'État a prononcé l'annulation d'un acte non réglementaire pour un motif tiré de l'illégalité du règlement dont cet acte fait application, l'autorité compétente est tenue, nonobstant l'expiration des délais de recours, de faire droit à toute demande ayant un objet identique et fondée sur le même motif, lorsque l'acte concerné n'a pas créé de droits au profit des tiers ». En réalité peu novateur, ce dispositif ne présentait toutefois qu'un intérêt limité tant pour la bonne administration de la justice (1) que pour l'action contentieuse des groupements qui auraient pu l'instrumentaliser (2).

1- Une faible valeur ajoutée du point de vue de la bonne administration de la justice

1040. À partir d'une seule déclaration d'illégalité d'un acte réglementaire par une juridiction administrative - et plus précisément un tribunal administratif ou le Conseil d'État²⁶⁰⁰ - dans une décision juridictionnelle définitive, les destinataires de décisions individuelles identiques fondées sur cette disposition, pouvaient, au lieu de saisir le juge qui n'était pas lié par cette déclaration et donc tenu de réexaminer la légalité de l'acte, obtenir un règlement rapide de leur demande d'annulation auprès de l'administration²⁶⁰¹, sans d'ailleurs pouvoir se voir opposer l'expiration du délai de recours à cette occasion. En ce qu'elle incitait ainsi à s'adresser à l'administration, plutôt qu'au juge, cette disposition pouvait ainsi apparaître comme un moyen de prévenir l'engorgement des juridictions par des requêtes sérielles dirigées contre des décisions ayant été adoptées sur le fondement de ces dispositions²⁶⁰², au moins

²⁵⁹⁹ Art. 20 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006, relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif.

²⁶⁰⁰ Les cours administratives d'appel n'avaient alors pas encore été mises en place.

²⁶⁰¹ C'est bien en ce sens qu'il fallait comprendre « l'autorité compétente » (Jean-Marie AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *AJDA*, 1984, p. 136).

²⁶⁰² Il en allait de même pour les décisions pouvant être adoptées ultérieurement sur ce fondement. Toutefois, il s'agissait d'une hypothèse qui semblait alors « rare » dans la mesure où les intéressés se voyaient aussi reconnaître par l'article 3 du même décret la possibilité d'exiger l'abrogation du règlement déclaré illégal (Pierre DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux. Le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre

s'agissant des requérants qui n'étaient pas forclos et pourvu que l'administration fit effectivement droit à leurs demandes.

1041. Il semblait ainsi renforcer la portée de l'exception d'illégalité qui, à la différence de l'annulation, ne fait pas disparaître l'acte de l'ordonnancement juridique et n'est pas revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée à l'égard du juge administratif. Néanmoins cette disposition ne constituait pas véritablement une reconnaissance textuelle de l'autorité absolue à la chose jugée à l'exception d'illégalité en ce qu'elle ne s'adressait pas au juge qui serait saisi d'un recours pour excès de pouvoir postérieurement à une déclaration d'illégalité²⁶⁰³. En réalité, elle n'apportait donc pas grand-chose au regard de la jurisprudence qui imposait déjà à l'administration de ne plus faire application d'un règlement déclaré illégal²⁶⁰⁴ et considérait que l'autorité saisie d'un recours gracieux ou hiérarchique tendant au retrait d'une décision illégale se trouvait dans une situation de compétence liée - au sens de la théorie des moyens inopérants - et devait donc en prononcer le retrait dans le respect toutefois des limites temporelles, qui étaient alors posées par la jurisprudence *Dame Cachet*, s'agissant des actes créateurs de droits susceptibles d'être acquis²⁶⁰⁵.

1042. Finalement, il semble que sa portée soit demeurée limitée, « réduite »²⁶⁰⁶. En effet, en premier lieu, eu égard à sa valeur réglementaire, cette disposition n'était d'aucune utilité lorsque l'administration pouvait se prévaloir d'une disposition législative instituant un délai de prescription²⁶⁰⁷ - ce qui, du reste, ressort de la compétence du législateur²⁶⁰⁸ - ou de forclusion²⁶⁰⁹. En outre, elle était circonscrite au contentieux du recours pour excès de pouvoir et à une partie seulement de ce dernier puisque seules étaient concernées les décisions d'annulation d'actes non réglementaires et non créateurs de droits pour les tiers motivés par l'illégalité de l'acte réglementaire les fondant. Enfin, les rares décisions rendues à propos de ces dispositions en ont d'ailleurs fait une interprétation restrictive, par exemple, en excluant de leur champ les décisions ayant procédé à une annulation au motif de l'abrogation de la disposition législative servant de fondement²⁶¹⁰ ou de l'inconventionnalité de l'acte réglementaire servant de fondement²⁶¹¹.

l'administration et les usagers », *RFDA*, 1984, p. 32) et qu'en tout état de cause l'administration était déjà tenue de ne plus appliquer ce règlement simplement déclaré illégal.

²⁶⁰³ *Contra* Bertrand SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Thèse dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1995, p. 687-690. L'auteur semble effectivement défendre l'idée selon laquelle le juge pouvait être regardé comme une « autorité compétente » au sens et pour application de ces dispositions et devait ainsi faire l'économie d'une démonstration de l'illégalité de l'acte réglementaire ayant servi de fondement à la décision individuelle attaquée devant lui.

²⁶⁰⁴ CE, Sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, Rec. Lebon, p. 554

²⁶⁰⁵ Jean-Marie AUBY, *art. précit.*, p. 136. Cette interprétation de la jurisprudence ne faisait toutefois pas l'unanimité, certains y voyant une simple faculté pour l'autorité administrative lorsque les délais étaient écoulés (Herbert MAISL, Céline WIENER, Jean-Marie WOERLING, « Un décret ne fait pas le printemps », *AJDA*, 1984, p. 144)

²⁶⁰⁶ Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 13.

²⁶⁰⁷ CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 31 janvier 1996, *Fournier*, n° 152553

²⁶⁰⁸ CC, n° 80-116 L du 24 octobre 1980, *Nature juridique de diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, cons. n° 6.

²⁶⁰⁹ CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 14 juin 1991, *Ministre du budget et ministre de la défense c. Albingre*, n°s 80553, 80835.

²⁶¹⁰ CAA de Bordeaux, 4^e chambre, 23 octobre 2008, *M. Delplanque*, n° 06BX01926.

²⁶¹¹ CAA de Marseille, 2^e chambre, 20 juin 2006, *Girard*, n° 03MA01575.

1043. Il n'est donc pas étonnant que ces dispositions n'aient eu qu'un intérêt marginal. Comme l'a relevé le rapport *Bélaval*, elles ne semblent avoir effectivement fait l'objet que d'une seule application positive²⁶¹², elles se sont révélées inefficace face à certains contentieux sériels²⁶¹³. Pis, faisant l'économie d'une action concertée de la part des requérants, elles semblent même en avoir provoqué²⁶¹⁴.

2- Une utilité limitée pour les groupements défendant des intérêts collectifs

1044. Quoiqu'étant susceptibles d'être instrumentalisées, ces dispositions ne présentaient pour les groupements - qui peuvent être le support d'une telle action concertée - qu'un intérêt réduit puisqu'ils pouvaient déjà, en amont, exercer un recours pour excès de pouvoir contre l'acte réglementaire. Tout au plus, cette disposition leur permettait de pallier l'écoulement du délai de recours contre l'acte réglementaire au moyen d'un recours pour excès de pouvoir contre l'une de ses décisions individuelles d'application, à l'égard de laquelle leur intérêt pour agir n'est toutefois pas évident.

1045. L'article L. 113-1 du code justice administrative qui organise l'avis contentieux du Conseil d'État, qui ne se limite pour sa part pas au contentieux de l'excès de pouvoir, procède de la même logique que l'article 2 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, c'est-à-dire qu'il prend appui sur la portée d'une décision - ou plutôt d'un avis - rendue à l'occasion d'un litige individuel.

B- La procédure d'avis contentieux

1046. Aux termes de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, « avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée ». Ce mécanisme fut institué par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 à la demande de l'administration fiscale qui craignait, qu'à la suite de la mise en place des cours administratives d'appel, la jurisprudence du Conseil d'État ne mît plus de temps à se former sur les textes fiscaux²⁶¹⁵, allongeant ainsi ce moment d'incertitude à l'ombre duquel les contentieux peuvent proliférer²⁶¹⁶. Grâce à son avis, rendu au terme d'une procédure juridictionnelle et éventuellement publié

²⁶¹² CE, 7^e sous-section, 12 mars 1999, *Personne*, n° 198283

²⁶¹³ Comme le rappelait le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 13), les requérants n'ont effectivement pas pu s'en prévaloir dans le cadre de la série « *Griesmar* » puisque la forclusion qui leur était opposée résultait de la loi (CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 1^{er} mars 2004, *Castaing*, n° 243592).

²⁶¹⁴ Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 14.

²⁶¹⁵ Antoinette ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP*, 1990, p. 1441 ; Yves GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratifs par les avis du Conseil d'État », *La revue administrative*, 1999, p. 97.

²⁶¹⁶ Toutefois, ainsi que cela a été dit, des mécanismes semblables ont été imaginés en matière fiscale bien avant la création des cours administratives d'appel.

au Journal officiel, le Conseil d'État peut couper court à toute velléité contentieuse et offrir une interprétation clé en mains aux juridictions saisies de requêtes similaires. Pour prévenir les contentieux sériels, ce dispositif s'appuie donc - autant qu'il conforte - l'office jurisprudentiel du Conseil d'État, ce qui, en dépit de sa physionomie originale, permet de relativiser son aspect novateur²⁶¹⁷. Imaginée à l'origine simplement pour le contentieux fiscal, puis finalement mise en place pour l'ensemble des matières dont peuvent connaître les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, cette procédure a été étendue à certaines juridictions administratives spécialisées²⁶¹⁸ et a aussi fait des émules en dehors de l'ordre administratif puisqu'une procédure de renvoi analogue a été mise en place dans l'ordre judiciaire par la loi du 15 mai 1991²⁶¹⁹ et elle y a d'ailleurs vu son champ d'application s'étendre au fil des années²⁶²⁰.

1047. Cette procédure présente des effets préventifs, et plus encore curatifs, limités à l'égard des contentieux sériels qui sont toutefois limités (1). Elle ne constitue donc pas un palliatif satisfaisant pour les groupements qui, de toute façon, ne peuvent pas l'instrumentaliser (2).

1- Les effets préventifs et curatifs limités de la procédure d'avis contentieux

1048. Tel qu'il ressort au moins du texte, le dispositif semble présenter certaines faiblesses pour prévenir les contentieux sériels, en particulier devant les juridictions administratives.

1049. En premier lieu, il peut lui être reproché de ne permettre de prévenir qu'une partie de ces contentieux dont les juridictions du fond sont susceptibles de connaître. En effet, il ne suffit pas que la question de droit se pose dans de nombreux litiges, encore faut-il qu'elle soit « nouvelle » et présente une « une difficulté sérieuse ». Sont donc exclus, par exemple, les contentieux indemnitaires résultant d'un dommage diffus qui, bien que présentant un aspect sériel sur le plan juridique et factuel, ne soulèvent pas une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse.

1050. Ce reproche n'est toutefois pas fondé, au moins s'agissant du caractère nouveau, puisqu'un refus d'avis motivé, par exemple, par l'absence de nouveauté de la question peut supposer qu'il existe déjà une

²⁶¹⁷ Sans qu'il soit besoin de remonter jusqu'au rescrit impérial du droit romain, il est possible de trouver des textes conférant aussi un pouvoir d'interprétation au Conseil d'État que ce soit l'arrêté du 5 nivôse an VIII dont l'article 11 reconnaissait au Conseil d'État un tel pouvoir en dehors de tout litige et sur saisine des Consuls ou encore par la loi du 16 septembre 1807 qui transférait du corps législatif au gouvernement la compétence pour connaître des référés législatifs en cas de désaccord persistant entre la Cour de cassation et les juges judiciaires du fond (article 1^{er}). L'interprétation était alors donnée dans la forme d'un règlement d'administration publique, c'est-à-dire après avis du Conseil d'État (Antoinette ASHWORTH, *art.précit.*, p. 1472).

²⁶¹⁸ Il s'agit en l'occurrence de la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale et des tribunaux interrégionaux de la tarification sanitaire et sociale (article 59 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale).

²⁶¹⁹ Dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 441-1 à L. 441-3 du code de l'organisation judiciaire.

²⁶²⁰ Initialement exclue du dispositif, la « matière pénale » y a été intégrée par la loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 mais son applicabilité aux juridictions pénales n'est que partielle puisque l'article 55 de ladite loi - aujourd'hui codifié à l'article 706-64 du code procédure pénale - exclut les cours d'assises, les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement dès lors que dans l'affaire concernée une personne est placée en détention provisoire, sous contrôle judiciaire ou, depuis la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, sous assignation à résidence avec surveillance électronique.

jurisprudence établie, dont la procédure de renvoi visait précisément à pallier l'absence. En outre, le Conseil d'État a adopté une conception assez souple de ces différentes conditions cumulatives²⁶²¹. Ainsi, si la « question de droit » déborde sur le règlement du litige au fond, il préfère la reformuler plutôt que ne pas y répondre²⁶²². Il estime aussi que l'ancienneté du texte posant la question de droit ne constitue pas un obstacle dirimant pour regarder la question comme nouvelle, dès lors qu'elle n'a donné lieu à aucune jurisprudence²⁶²³. Quant au caractère sérieux de la difficulté, qui semble correspondre à la réalité de l'obstacle que le juge rencontre pour résoudre le litige dont il est saisi²⁶²⁴, elle semble satisfaite du seul fait que la juridiction a décidé de le saisir de la question²⁶²⁵. Enfin, il n'est pas nécessaire que le contentieux déjà noué soit quantitativement important pour que la condition de sérialité soit regardée comme remplie, il suffit que la question soit « susceptible » de se poser dans de nombreux litiges²⁶²⁶. En cela, le Conseil d'État se distingue d'ailleurs de la Cour de cassation qui a pu, pour sa part, retenir une conception plus stricte des conditions de renvoi²⁶²⁷, ce dont le nombre d'avis rendus témoignent. Pour le Conseil d'État, le nombre d'avis, qualifié de « dérisoire » pour la Cour de cassation²⁶²⁸, était, au 1^{er} août 2017, de 330

²⁶²¹ Quitte même à parfois les ignorer selon Mme Dominique Pouyaud (Dominique POUYAUD, « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation. La pratique », in *Mouvement du droit public. Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 935)

²⁶²² CE, avis., 1^{ère} et 2^e sous-sections réunies, 16 mai 2001, *Mlles Joly et Padroza*, n° 229811.

²⁶²³ Par exemple, s'agissant d'un conflit de lois entre les lois du 25 avril 1844 et du 15 juillet 1880 et les dispositions d'un arrêté du 21 prairial an IX (CE, avis, 9^e et 7^e sous-sections réunies, 22 janvier 1992, *SA Brûlerie Corsica*, n°130264).

²⁶²⁴ Dans son analyse comparative, M. Dominique Pouyaud semble considérer que cette condition ne s'apprécie, devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, qu'à l'aune de la complexité de la question de droit en elle-même, au fait qu'elle puisse donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond (Dominique POUYAUD, *art. précit.* p. 340-341). En ce sens, il est aussi possible de rappeler le parallèle que le Conseil d'État a fait entre la « difficulté sérieuse » et « l'existence [d'une] obligation [qui] n'est pas sérieusement contestable », au sens et pour application de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, pour refuser au juge du référé provision la possibilité de le saisir sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative (CE, avis, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 3 octobre 2012, *Société Colas Nord Picardie*, n° 360840). Toutefois, cette analyse de la difficulté sérieuse pour le juge du fond semble trop étroite. Plus largement, c'est la pertinence du renvoi qu'il s'agit d'apprécier à travers cette condition. Ainsi, il apparaît que le respect de cette condition, commune aux deux procédures de renvoi, s'apprécie aussi à l'aune de l'utilité que la réponse de la cour suprême peut avoir sur le règlement au fond du litige. C'est d'ailleurs moins l'interprétation qui fut retenue par le Conseil d'État (Par ex., Martine DENIS-LINTON, « Les conditions d'une demande d'avis contentieux. Conclusions sur Conseil d'État, Section (avis), 6 octobre 1995, M. Chevillon », *RFDA*, 1996, p. 353) et qui fut aussi donnée, s'agissant de la procédure de renvoi devant la cour de cassation, lors des débats sur la loi du 15 mai 1991. Selon le rapporteur de cette loi devant l'Assemblée nationale, la question était même censée commander l'issue du litige (Jean-Jacques HYEST, *Rapport n° 1963 fait au nom de la commission des lois*, déposé le 11 avril 1991). Du reste, certains « non-lieu à avis » de la Cour de cassation cités par Mme Dominique Pouyaud vont dans ce sens (Par ex., Cass. avis, 27 septembre 1999, Bull. civ. p. 9, n°7).

²⁶²⁵ François BRENÉT, Antoine CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA*, 2002, p. 529. Il est néanmoins exclu qu'elle puisse être remplie s'agissant du juge du référé provision.

²⁶²⁶ Il est d'ailleurs parfois possible de douter de l'importance quantitative des litiges concernés V. les avis cités in Dominique POUYAUD, *art. précit.*, p. 343, ndbp n° 343.

²⁶²⁷ V. sur ce point les différentes études comparatives qui ont été menées depuis une vingtaine d'années : Henri-Michel DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA*, 2001, p. 416 ; Dominique POUYAUD, *art. précit.* p. 327).

²⁶²⁸ Rémy LIBCHADER, « La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel », *RTD Civ.*, 2003, p. 157 (V. en ce sens l'étude plus approfondie de M. Cyrille Charbonneau (Cyrille CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Paris, IRJS Editions, coll. bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 29, 2011, p. 181-192)). Toutefois, comme le relève M. Cyrille Charbonneau, à partir de 2005, la Cour de cassation a adopté une appréciation plus conciliante des conditions de renvoi, en particulier la notion de « question se posant dans de nombreux litiges » et celle de « question de droit nouvelle », en réaction à la raréfaction des demandes d'avis (*Ibid.*).

depuis l'entrée en vigueur du dispositif, soit le 1^{er} janvier 1989²⁶²⁹, ce qui correspond à 358 renvois de la part des juridictions du fond.

1051. Néanmoins, ce chiffre, et par là même l'écart pouvant exister entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, doit être mis en regard avec le flux de requêtes dont sont saisies les juridictions. Le dispositif semble ainsi pâtir du fait qu'il ne constitue qu'une simple faculté pour les juges du fond, tout au plus peuvent-ils être invités, de manière informelle, par le Conseil d'État à en faire usage²⁶³⁰. Or, ils peuvent dans le même temps en être dissuadés tant en raison de l'allongement de la durée de l'instance ou encore au coût pour les parties²⁶³¹ que le renvoi d'une question implique.

1052. Il reste que le renvoi ne permet d'appréhender la sérialité qu'à travers une question de droit qui doit relever de la compétence des deux cours suprêmes. S'il s'agit par exemple, d'une question relative à l'interprétation ou à la validité d'une règle de droit dérivé de l'Union européenne, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel - et non le Conseil d'État qui s'estime incompétent lorsqu'il se prononce lui-même sur une demande d'avis²⁶³² - doit saisir la Cour de justice de l'Union européenne par la voie du renvoi préjudiciel dont la procédure, telle qu'elle est organisée, ne semble pas appropriée pour enrayer le développement de litiges sériels devant les juges nationaux²⁶³³.

1053. En outre, il peut sembler plus handicapant que l'avis soit non contraignant pour la juridiction de renvoi comme pour l'ensemble des juridictions du fond qui seraient saisies de cette question. C'est d'ailleurs pour marquer cette absence d'autorité juridique que les sénateurs ont insisté en 1987 pour que l'acte rendu par le Conseil d'État soit qualifié d'avis. Afin d'exorciser la crainte, récurrente au cours des débats, de voir ainsi renaître des arrêts de règlement, les parlementaires ont voulu insister sur le fait que cet acte ne pouvait être regardé comme étant revêtu de l'autorité absolue de la chose jugée, ni même l'autorité relative qui était initialement prévue par le texte²⁶³⁴. Pour autant, et ainsi que cela fut souligné

²⁶²⁹ Le chiffre a été obtenu à partir d'une recherche sur la base de jurisprudence *Arianeweb* et après élimination des séries.

²⁶³⁰ Conseil d'État, *Étude annuelle - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2008, p. 271-272.

²⁶³¹ En effet, si les parties désirent formuler des observations devant le Conseil d'État, le ministère d'avocat au Conseil peut être obligatoire si le ministère d'avocat l'était aussi devant la juridiction qui a procédé au renvoi (art. R. 113-2 du code de justice administrative).

²⁶³² CE, sect., avis, 4 février 2000, *Mouflin*, n° 113321.

²⁶³³ Encore faudrait-il que la Cour se prononçât au moins aussi rapidement sur la question de droit litigieuse. Or, en dépit de sa baisse constante, le délai moyen de jugement, qui était en 2015 de 15,3 mois, n'est pas satisfaisante (Jean-Luc SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'Union européenne et devant la CEDH*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, coll. Manuel, 4^e édition, 2016, n° 116, p. 57). Certes, il existe des moyens de raccourcir ce délai. Toutefois, eu égard à leur condition d'application, ils ne visent pas, du moins en priorité, à répondre aux difficultés se soulevant à l'occasion de litiges sériels. Ainsi, la procédure préjudicielle d'urgence qui, depuis le 1^{er} mars 2008, permet à la Cour de se prononcer dans un délai relativement bref au terme d'une procédure simplifiée, est réservée aux questions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (art. 107 du règlement de procédure de la Cour). Quant à la procédure accélérée (art. 53§4 du TFUE et 105 du règlement de procédure de la Cour), qui reprend quant à elle le schéma de la procédure ordinaire en l'accélégrant, la Cour de justice a estimé que le nombre des situations juridiques susceptibles d'être concernées par cette question ne constitue pas nécessairement une circonstance de nature à justifier l'emploi d'une telle procédure (CJCE, ord., 21 novembre 2005, *CGT, CFDT, CGC et a.*, aff. C-385/05, pt. 13) (V. Jean-Luc SAURON, *op.cit.*, n° 86, p. 48).

²⁶³⁴ Bruno MARTIN-LAPRADE, *art. précit.*, p. 91.

au cours des débats²⁶³⁵ et par les premiers commentateurs de la loi, l'avis n'est pas dépourvu de toute autorité ne serait-ce qu'en raison du risque de cassation pesant sur une juridiction rebelle. L'appréciation du risque de cassation peut toutefois être tributaire de la solennité de l'avis rendue. Or, celle-ci est variable eu égard à la formation susceptible d'être consultée dans le cadre de l'article L. 113-1 du code de justice administrative²⁶³⁶. Il faut néanmoins reconnaître que les « cas de rébellion »²⁶³⁷ sont effectivement exceptionnels.

1054. De plus, la publicité de l'avis au Journal officiel, c'est-à-dire la publicité la plus large possible, n'est que facultative²⁶³⁸ alors même qu'il s'agit là de l'une des conditions essentielles pour que cet objectif préventif soit atteint²⁶³⁹. Conscient de l'utilité que revêt cette forme de publicité, le Conseil d'État y recourt tout de même, non pas de manière « quasi systématique », mais, il est vrai, dans la plupart des cas²⁶⁴⁰. Il n'est en revanche, guère évident de comprendre ce qui ne rend pas certains avis dignes d'une telle publication. Certes, il y a parmi eux des avis rendus à la suite de demandes irrecevables, ayant perdu leur objet ou posant une question à laquelle il avait déjà été répondu, mais cela ne représente finalement qu'une minorité²⁶⁴¹. S'il fallait dresser une typologie de ces avis non publiés, il ressort que les catégories les plus représentées sont les avis répondant à des questions portant sur des dispositions dont le champ d'application territorial et personnel peut sembler limité, c'est-à-dire qui s'appliquent en outre-mer ou à certains agents publics²⁶⁴², et surtout des questions ayant trait à la procédure administrative contentieuse, c'est-à-dire à la recevabilité des requêtes et au pouvoir du juge²⁶⁴³. Or, dans l'un comme dans l'autre cas,

²⁶³⁵ V. sur ce point, les déclarations du garde des sceaux lors des débats parlementaires rapportées in Antoinette ASHWORTH, *art. précit.*, p. 1467.

²⁶³⁶ Le législateur et le pouvoir réglementaire semblaient avoir été plus soucieux d'assurer la solennité des avis contentieux rendus par la Cour de cassation que celle des avis rendus par le Conseil d'État. En effet, alors que les avis contentieux du Conseil d'État, examinés conformément aux dispositions régissant la procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux (art. R. 113-2 du code de justice administrative), peuvent être rendus par l'Assemblée du contentieux mais aussi la section du contentieux, des chambres réunies ou des chambres seules, les avis contentieux de la Cour de cassation étaient, jusqu'à la modification du dispositif par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, rendus par une formation spécifique, dont la composition variait selon que l'avis concernait ou non la « matière pénale », qui permettait de souligner le consensus des différentes formations au sujet de la réponse donnée et, par là même, sa pérennité. Cette formation était en effet présidée par le premier président, ou par le président de chambre le plus ancien en cas d'empêchement (ancien art. L. 441-2 du code de l'organisation judiciaire) et garantissait un traitement transversal de la question (ancien art. R. 441-1 du code de l'organisation judiciaire). Désormais, l'avis est en principe rendu par la « chambre compétente » et ce n'est que « lorsque la demande relève normalement des attributions de plusieurs chambres » qu'elle est portée devant une « formation mixte » pour avis et seulement « lorsque la demande pose une question de principe » qu'elle est portée devant la « formation plénière ». Si ces deux dernières formations sont présidées par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le doyen des présidents de chambre, seule la composition de la seconde assure un traitement totalement transversal de la question. Du côté du Conseil d'État, il semble que le choix fut tout de même de donner une certaine solennité aux avis. Certes, les avis rendus en Assemblée sont minoritaires sur la période étudiée (5), mais il apparaît que c'est la formation de Section qui est privilégiée (208), avant celle de sous-sections - ou chambres - réunies (111) et de section - ou chambre - jugeant seule (8).

²⁶³⁷ Rachel WASS, « L'influence contentieuse des « avis sur des questions de droit » », *LPA*, 2011, p. 3. Par ex., CAA Lyon, formation plénière, 5 avril 1993, *SA Lorenzy Palanca*, n° 90LY00810.

²⁶³⁸ Art. R. 113-4 du code de justice administrative.

²⁶³⁹ C'est d'ailleurs grâce à leur publicité que les avis rendus par le Conseil d'État en formation consultative tendent à avoir un effet préventif (Yves GAUDEMET, *art. précit.*, p. 102-105).

²⁶⁴⁰ Cela représente 272 avis sur les 330 répertoriés sur *Arianeweb* du 1^{er} janvier 1989 au 1^{er} août 2017, soit près de 82 %.

²⁶⁴¹ Respectivement, 5 avis sur 58, soit 8,6 % ; 3 avis sur 58 soit 5,2 % et 5 avis sur 58 8,6 %.

²⁶⁴² 8 avis sur 58 soit 13,7 %.

²⁶⁴³ 18 avis sur 58 soit 31 %.

un afflux de requêtes sérielles n'est pas à exclure, surtout en matière de procédure administrative contentieuse où il se manifesterait par l'exercice de voies de recours²⁶⁴⁴.

1055. Quoiqu'elles puissent sembler lacunaires, certaines règles encadrant ce mécanisme concourent effectivement à assurer son effet préventif en ce qu'elles permettent une intervention relativement rapide de l'avis. En premier lieu le jugement de renvoi, à la différence de celui obtenu dans le cadre des questions préjudicielles, ne peut faire l'objet d'un recours de la part de l'une des parties qui ralentirait la procédure. En outre, la saisine de la cour suprême n'est pas confiée à la partie qui serait, éventuellement, la plus diligente mais à la juridiction du fond elle-même dont le greffier doit adresser la décision au secrétaire du contentieux du Conseil d'État, avec le dossier de l'affaire, dans les huit jours du prononcé du jugement²⁶⁴⁵. Enfin, cette question doit être examinée dans les « trois mois ».

1056. Néanmoins, le code de justice administrative n'est guère précis sur le point de départ de ce délai puisqu'il n'est pas indiqué s'il court à compter de la réception du dossier de l'affaire par le Conseil d'État ou à compter de l'expiration du délai d'un mois, qui peut d'ailleurs être celui dont les parties et le ministre compétent disposent pour présenter leurs observations, à compter du jour où la décision de renvoi leur a été notifiée²⁶⁴⁶. L'analogie avec les dispositions encadrant le renvoi devant le juge judiciaire plaiderait plutôt en faveur de cette seconde option qui est plus respectueuse du principe de la contradiction²⁶⁴⁷. Il faut aussi souligner qu'aucune sanction n'est prévue en cas de dépassement de ce délai. Tout au plus, à l'expiration de ce délai, la juridiction de renvoi peut mettre fin au sursis à statuer et régler l'affaire au fond, mais le Conseil d'État n'est pour sa part pas dessaisi de cette question et peut toujours rendre son avis.

1057. De tels dépassements ne semblent d'ailleurs pas exceptionnels montrant que ce délai de trois mois peut effectivement s'avérer inadapté dans certaines hypothèses²⁶⁴⁸. La durée séparant l'enregistrement au

²⁶⁴⁴ Néanmoins, s'agissant de ces avis non publiés au Journal officiel, le Conseil d'État recourt parfois à un moyen de publicité alternatif comme le Journal officiel de la Polynésie française (CE, avis, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 22 mars 1999, n° 202074) ou le Journal officiel de la Nouvelle Calédonie (CE, avis, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 15 mars 2013, n° 364447) et la plupart de ces avis non publiés au Journal officiel semblent tout de même mériter, pour le Conseil d'État, de figurer au Recueil Lebon que ce soit *in extenso* (26 avis) ou au moins par une mention aux Tables (21 avis).

²⁶⁴⁵ Art. R. 113-1 du code de justice administrative.

²⁶⁴⁶ Art. R. 113-2 du code de justice administrative.

²⁶⁴⁷ Certes, l'article 1031-3 du code de procédure civile prend comme point de départ la réception du dossier par le greffe mais la procédure en amont est alors plus contradictoire que celle imposée par le code de justice administrative, puisque le juge judiciaire ne doit pas simplement, comme le juge administratif, aviser les parties de la transmission de la question, mais doit les informer de son intention de le faire et recueillir leurs observations (art. 1031-1 du code procédure civile). La Cour de cassation veille d'ailleurs scrupuleusement au respect de cette formalité (V. en ce sens, Henri-Michel DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA*, 2001, p.416).

²⁶⁴⁸ D'aucuns, au sein du Conseil d'État, estimaient même qu'un tel délai de trois mois était « irréaliste » et trahissait un manque de connaissances de la part des parlementaires de la réalité de la charge de travail pesant sur les conseillers d'État (Bertrand MARTIN-LAPRADE, « Le filtrage des pourvois et les avis contentieux », *AJDA*, 1988, p. 96).

secrétariat et le rendu de l'avis, est en moyenne de 134 jours²⁶⁴⁹ et oscille entre 27²⁶⁵⁰ et 544 jours²⁶⁵¹. Quant à la durée séparant la lecture du jugement ou de l'arrêt - qui serait la date se rapprochant le plus de celle de la notification - et le rendu de l'avis, elle oscille entre 29²⁶⁵² et 609 jours²⁶⁵³ et elle est en moyenne de 144 jours²⁶⁵⁴. Enfin, en supposant que la décision ait été immédiatement notifiée aux parties et qu'elles aient disposé d'un délai d'un mois pour déposer leurs observations, le délai de 3 mois semble avoir été dépassé, au moins, pour 55 % des renvois²⁶⁵⁵. La « jurisprudence TGV »²⁶⁵⁶ semble donc être le plus souvent en retard, mais les juridictions du fond ne semblent pas non plus pressées de monter à bord puisque c'est au niveau des juridictions de renvoi que l'efficacité de la procédure semble le plus mise à mal puisque que le délai de saisine, qui est en principe de 8 jours maximum à compter du prononcé du jugement ou de l'arrêt, est en moyenne de 13 jours²⁶⁵⁷. Il n'est ainsi pas respecté dans au moins 38 % des renvois²⁶⁵⁸ avec un retard, en moyenne, de 19 jours et demi. Si certaines juridictions font enregistrer la question au secrétariat le jour même²⁶⁵⁹, d'autres ont pu attendre plus d'une centaine de jours²⁶⁶⁰. Il faut toutefois reconnaître que depuis 2006 la tendance est à la réduction - non continue - de ce délai et, depuis 2010, au respect des prescriptions de l'article L. 113-1 par les juridictions de renvoi comme le montre la

²⁶⁴⁹ Quelques précisions d'ordre méthodologique s'imposent ici. Pour établir cette moyenne, c'est la date d'enregistrement au Conseil d'État qui a été retenue. Certes, ainsi que cela a été expliqué, il semble plus juste de retenir l'expiration du délai dont les parties et le ministre compétent disposent pour présenter leurs observations à compter du jour où la décision de renvoi leur a été notifiée. Néanmoins, à défaut d'information sur la date exacte de cette notification, c'est cette date qui a été retenue, ce qui permet de disposer, au moins, d'un ordre de grandeur et laisse apparaître les hypothèses dans lesquelles le délai a été, sans nul doute possible, dépassé. Ont ensuite été retirés les quelques avis relevant de séries et les renvois ne donnant aucune information quant à la date d'enregistrement au secrétariat (CE, avis, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 26 novembre 2004, n° 270740 ; CE, avis, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 6 juillet 2005, n° 277276 ; CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 4 novembre 2013, n° 369356 ; CE, avis, 7^e et 2^e chambres réunies, 17 octobre 2016, n° 400375 ; CE, avis, 5^e et 4^e chambres réunies, 27 mai 2016, n° 396853 ; CE, avis, 5^e et 4^e chambres réunies, 27 mai 2016, n° 397842 ; CE, avis, 7^e et 2^e chambres réunies, 28 juin 2017, n° 409777 ; CE, avis, 5^e et 4^e chambres réunies, 26 avril 2017, n° 406009). Le résultat obtenu a enfin été arrondi à l'entier supérieur.

²⁶⁵⁰ CE, avis, Section, 10 juillet 2003, n° 257680.

²⁶⁵¹ CE, avis, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 21 octobre 1998, n° 187438. Ce qui représentait, en l'espèce, 1 an, 5 mois et 26 jours.

²⁶⁵² CE, avis, Section, 10 juillet 2003, n° 257680.

²⁶⁵³ CE, avis, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 21 octobre 1998, n° 187438.

²⁶⁵⁴ Pour établir cette moyenne ont été aussi ôtées les hypothèses dans lesquelles la date de lecture du jugement ou de l'arrêt n'est pas mentionnée (CE, avis 3^e et 5^e sous-sections réunies, 11 juin 1993, n° 143377 ; CE, avis, Section, 29 novembre 1991, n° 127948 ; CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 23 février 2005, n° 271270 ; CE, avis, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 6 mai 2009, n° 322713 ; CE, avis, Ass., 16 février 2009, n° 315499 ; CE, avis, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 11 avril 2012, n° 355446 ; CE, avis, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 1^{er} mars 2012, n° 355133).

²⁶⁵⁵ Plus exactement 55,30 %, c'est-à-dire pour 198 renvois sur 358, en intégrant les hypothèses dans lesquelles, bien que la date de lecture du jugement ou de l'arrêt - supposée proche de la date de notification - ne soit pas connue, le délai de 3 mois a été, sans nul doute possible, dépassé compte tenu de la durée séparant la lecture de l'avis et l'enregistrement au secrétariat.

²⁶⁵⁶ Bernard Pacteau, « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *Rev. adm.*, 1999, p. 79-80, cité par François BRENET, Antoine CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFD-A*, 2002, p. 536.

²⁶⁵⁷ Là encore, le calcul ne prend évidemment pas en compte les hypothèses dans lesquelles la date de lecture du jugement ou de l'arrêt ou celle d'enregistrement au secrétariat n'est pas mentionnée.

²⁶⁵⁸ Plus exactement 38,5 %, soit dans 138 renvois sur 358.

²⁶⁵⁹ CE, avis, Plén., 8 juin 1990, n° 115874 ; CE, avis, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 29 juillet 1994, n° 158186 ; CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 23 mai 2011, n° 344970 ; CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 17 septembre 2012, n° 360280 ; CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 7 mai 2013, n° 366481 ; CE, 7^e et 2^e chambres réunies, 31 mars 2017, n° 405797.

²⁶⁶⁰ CE, avis 8^e et 3^e sous-sections réunies, 16 février 2001, n° 226155 (109 jours) ; CE, avis, 9^e et 8^e sous-sections réunies, 6 juillet 1994, n° 156708 (120 jours) ; CE, avis, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 12 avril 2013, n° 362009 (137 jours) ; CE, avis, Section, 12 février 1993, n° 138066 (185 jours) ; CE, 5^e et 7^e sous-sections réunies, 29 septembre 2003, n° 255729 (197 jours).

baisse - aussi discontinue - du taux de dépassement, c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles ce délai de 8 jours est dépassé²⁶⁶¹.

1058. Finalement, si l'avis contentieux peut avoir des effets préventifs à l'égard de certains litiges sériels, ceux-ci sont limités et ses effets à l'égard des requêtes pendantes le sont encore plus. Comme le notait le rapport *Bélaival*, il ne s'agit pas d'« un outil permettant aux requérants eux-mêmes de renoncer à des actions individuelles au profit d'une démarche collective »²⁶⁶², qui serait menée, par exemple, par un groupement. Tout au plus, à lui seul²⁶⁶³, il peut conduire à quelques désistements et dissuader les requérants les moins obstinés à exercer des voies de recours contre la décision qui a rejeté leur recours en suivant l'avis du Conseil d'État. Enfin, et surtout, il ne faut pas oublier que cet avis peut aussi produire l'effet inverse, c'est-à-dire être lui-même une source de contentieux sériels²⁶⁶⁴.

2- Une marge de manœuvre inexistante les groupements privés défendant des intérêts collectifs

1059. Pour les requérants, comme les groupements, qui chercheraient à accroître la portée d'une requête au profit d'une collectivité d'intérêts, l'avis contentieux ne peut constituer un instrument adéquat. Compte tenu de certaines des limites évoquées au sujet du traitement des contentieux sériels, il appert qu'il ne constitue pas une voie satisfaisante pour contourner les obstacles posés à l'exercice d'actions motivées par une atteinte aux intérêts personnels, éventuellement homogènes, de tiers.

1060. Cette inadaptation tient, en premier lieu, au champ d'application limité de dispositif qui ne permet pas d'appréhender l'ensemble des litiges dans lesquels de tels intérêts personnels homogènes sont atteints.

1061. En outre, le caractère largement discrétionnaire de la faculté exclusive que le code de justice administrative confère au juge pour renvoyer une demande d'avis rend son instrumentalisation plus difficile de la part des groupements. Rappelant que l'abstention éventuelle des juridictions du fond pouvait être préjudiciable à la sécurité juridique, le rapport *Fouquet* proposait d'élargir ce pouvoir de saisine aux réclamants et à l'administration fiscale²⁶⁶⁵. Cette option, dont le rapport ne demandait qu'une expérimentation en matière fiscale, fut de nouveau évoquée, mais écartée, par le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif²⁶⁶⁶. Un tel partage de compétence apparaîtrait comme une réduction de la marge d'appréciation reconnue juge en amont - mais aussi peut-être en aval - de l'avis

²⁶⁶¹ Cf. tableau n° 3 en annexe.

²⁶⁶² Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 14.

²⁶⁶³ Il peut toutefois trouver de réelles vertus curatives lorsqu'il est combiné avec la possibilité offerte au juge administratif de statuer seul par voie d'ordonnance sur des requêtes relevant d'une série.

²⁶⁶⁴ Par exemple, il est possible pour le contribuable de fonder une action en répétition de l'indu, notamment, sur un avis contentieux du Conseil d'État qui a révélé la contrariété entre la règle de droit qui lui a été appliquée et une règle de droit supérieure (art. L. 190 du livre des procédures fiscales). Jusqu'à l'intervention du décret n° 2013-643 du 18 juillet 2013, cet avis contentieux constituait même un événement de nature à rouvrir le délai de réclamation au sens du c) de l'article R*. 196-1 du livre des procédures fiscales).

²⁶⁶⁵ Olivier FOUQUET, *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche. Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique*, juin 2008, p. 57.

²⁶⁶⁶ Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 14.

du Conseil d'État. Enfin, dans l'hypothèse où cet avis contentieux permettrait la reconnaissance d'un droit au profit d'une collectivité, sa concrétisation nécessitera toujours, en aval, une démarche personnelle, comme l'introduction d'une requête, de la part des membres de cette collectivité dont il ne sera alors pas possible de surmonter l'éventuelle inertie.

1062. Cette marge d'appréciation ne saurait alors être contournée par les groupements privés grâce aux recours direct en interprétation qui sont ouverts devant les juridictions administratives et permettent de les saisir en cas de litige, né et actuel, qui relèvent de leur compétence et dépend de l'interprétation d'un acte administratif ou d'une décision juridictionnelle.

1063. Certes, ces recours – souvent méconnus – permettent aussi de prévenir la naissance de contentieux et, éventuellement alors, le dépôt de requêtes sérielles et même d'obtenir du juge administratif qu'il se prononce sur l'existence et la titularité de droits individuels²⁶⁶⁷. A telle enseigne d'ailleurs que M. Paul Cassia put voir dans ces recours de plein contentieux, même s'ils ne permettent pas en principe d'apprécier la légalité d'actes administratifs²⁶⁶⁸, un palliatif à l'absence d'action collective devant les juridictions administratives telle qu'elle avait été proposée par le groupe de travail présidée par M. Philippe Bélaval²⁶⁶⁹. Toutefois, ils ne sauraient, en premier lieu, être considérée comme équivalents aux avis contentieux eu égard au champ des normes dont ils permettent d'éclairer le sens. En effet, seules les décisions juridictionnelles des juridictions administratives ainsi que les actes – unilatéraux ou non - administratifs sont concernés et non, par exemple, les actes formellement législatifs²⁶⁷⁰. En outre, compte tenu des conditions de recevabilité qui leur sont applicables, il n'est pas non plus aisé pour les groupements privés défendant des intérêts collectifs de les instrumentaliser. Comme tous les requérants, hormis les ministres auxquels une qualité pour agir attitrée fut reconnue dans leur champ de compétence et qui peuvent même exercer de tels recours en l'absence de tout litige né et actuel²⁶⁷¹, ils doivent ainsi faire la preuve d'un intérêt leur donnant qualité pour obtenir une telle interprétation. Cela suppose, pour exercer le recours en interprétation d'une décision juridictionnelle devant la juridiction ayant rendu cette

²⁶⁶⁷ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 7 février 2007, *Sablé*, n° 280373.

²⁶⁶⁸ CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 28 mai 1980, *Commune d'Evieux-les-Bains*, n° 17583.

²⁶⁶⁹ Dans son article intitulé « Vers une action collective en droit administratif ? » publié en 2009 dans la *Revue française de droit administratif*, l'auteur évoquait alors le recours direct en interprétation d'un acte administratif en s'appuyant sur l'évolution de l'office du juge du recours direct en interprétation qu'esquissait l'arrêt *Sablé* précédemment cité. En revanche, dans son commentaire de l'arrêt *Dame Clément et Sieur Kapferer* (CE, 6^e et 3^e sous-sections réunies, 8 janvier 1971, *Dame Clément et Sieur Kapferer*, n° 79748) au sein des *Grands arrêts du contentieux administratif*, il évoque, tout en renvoyant à son article 2009, le recours direct en interprétation d'une décision juridictionnelle qui, selon ses termes, « végète » aujourd'hui dans une « relative déshérence » compte des possibilités qui sont désormais offertes aux justiciables d'obtenir des juridictions administratives qu'elles facilitent l'exécution de la chose jugée de leurs propres décisions (art. L. 911-4 du code de justice administrative) (Paul CASSIA, « Recours direct en interprétation d'une décision juridictionnelle » in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 7^e édition, 2020, p. 558).

²⁶⁷⁰ CE, 15 avril 1970, *Jeanson*, n° 79291.

²⁶⁷¹ CE 2 juillet 1926, *Ministre de la Justice et département de Lot-et-Garonne*, Rec. Lebon, p. 680 ; CE, 7 mars 1928, *Ministre de la Justice c. Sieurs Péquin et Motte*, Rec. Lebon, p. 320 (que M. Julien Boucher et Mme Anne Courrèges datent du 7 mars 1926 dans leur contribution au *Répertoire Dalloz de contentieux administratif* ; Julien BOUCHER, Anne COURREGES, « Recours en interprétation », *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*, § 60).

décision, qu'ils aient été eux-mêmes partie à l'instance ayant conduit à la décision à interpréter²⁶⁷² ou, dans le cadre du recours en interprétation d'un acte administratif, que leur propre situation puisse être affectée par l'interprétation qui est l'objet du litige avec l'administration²⁶⁷³, ce qui devrait les empêcher d'obtenir, par ce biais, que soient déclarées la titularité de droits individuels au profit des personnes appartenant au groupe qu'ils se sont donnés pour objet de défendre s'il ne sont pas eux-mêmes personnellement concernés. En outre, il faut que l'interprétation de l'acte en question pose une difficulté, ce qui est une condition dont l'existence peut apparaître comme évidente compte tenu de la finalité des recours en question, mais dont le contenu est lui beaucoup moins évident que cela à appréhender²⁶⁷⁴ et dont le Conseil d'Etat semble d'ailleurs retenir une acception stricte²⁶⁷⁵. Enfin, s'agissant du recours en interprétation d'un acte administratif, le Conseil d'Etat l'a d'avantage recentré sur sa fonction préventive, mais aussi par là même subsidiarisé. Il conditionne désormais sa recevabilité au fait qu'aucun recours, portant sur le différend dont la résolution est subordonnée à l'interprétation de l'acte obscur ou ambiguë, ne soit pendant devant les juridictions administratives, c'est-à-dire en imposant que le « différend » « né et actuel », dont l'existence est toujours exigée, n'ait pas encore été porté devant les juridictions administratives²⁶⁷⁶.

1064. Quoiqu'un peu plus efficace sur le plan de la bonne administration de la justice, le traitement par ordonnances des requêtes sérielles est tout aussi peu adéquate pour une action concertée des groupements

²⁶⁷² CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 11 janvier 1980, *Fédération nationale de travaux publics*, n° 16165. Pour un résumé des conditions de recevabilité du recours en interprétation d'une décision juridictionnelle : CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 27 juillet 2016, *Duc c. Centre hospitalier de Grenoble*, n° 388098.

²⁶⁷³ C'est du moins la condition qu'une partie de la doctrine voit apparaître dans la jurisprudence, famélique en la matière, en ne citant toutefois aucune décision (Julien BOUCHER, Anne COURREGES, « Recours en interprétation », *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*, § 59. Les auteurs amalgament d'ailleurs les recours directs en interprétation des décisions juridictionnelles et des actes administratifs) ou en se référant à l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 juillet 1962 *Archambaud et Dame Bour* (CE, 13 juillet 1962, *Archambaud et Dame Bour*, Rec. Lebon, p. 473) (Antoine BEAL, « Fasc. 37 : COMPETENCE. - Recours en appréciation de légalité et en interprétation », *Jurisclasseur Justice Administrative*, § 189), ce qui n'est alors pas forcément pertinent s'agissant du recours direct en interprétation d'un acte administratif. En effet, en premier lieu, il s'agissait, en l'espèce, d'un pourvoi en cassation qui avait été formé devant le Conseil d'Etat contre une décision de l'ancienne commission centrale d'aide sociale, c'est-à-dire d'une juridiction administrative spécialisée, qui avait elle-même rejeté une tierce opposition, un recours en révision et un recours direct en interprétation qui avaient été formés contre l'une de ses précédentes décisions. En outre, s'agissant du recours en interprétation, le Conseil d'Etat se contente de relever qu'il était bien irrecevable compte tenu de l'absence « d'obscurité » ou « d'ambiguïté » de la décision visée, ce qui renvoie à une autre condition de recevabilité des recours directs en interprétation. En réalité, la référence à la modification de la situation des personnes sollicitant l'interprétation semble plutôt être une extrapolation d'un passage des conclusions du commissaire du gouvernement sur cet arrêt qui suggérait au Conseil d'Etat de préciser, par rapport à la décision la commission centrale d'aide sociale, « que le recours en interprétation contre une décision qui, de manière ni obscure ni ambiguë, ne crée aucune obligation à la charge de leurs auteurs n'est pas recevable » (Pierre NICOLAY, « Aide sociale – irrecevabilité de la tierce opposition du débiteur de l'obligation alimentaire », *Dr. soc.*, 1963, p. 568, *spéc.* 573), ce qu'il ne fit pas en définitive.

²⁶⁷⁴ Sur les difficultés que posent cette condition, V. Robert CARIN, Steven DUTUS, « L'étoile du recours en interprétation ne brillera-t-elle jamais ? », *Droit administratif*, mars 2020, comm. 15.

²⁶⁷⁵ Il considère ainsi qu'un recours en interprétation d'un acte administratif est irrecevable dès lors qu'une juridiction administrative a fait application et précisé la portée dudit acte (CE, 8^e et 3^e chambres réunies, 14 février 2018, *Association Anti-G*, n° 416294).

²⁶⁷⁶ CE, Sect., 6 décembre 2019, *Abdi*, n° 416762. S'il est porté devant les juridictions administratives postérieurement à l'introduction du recours direct en interprétation, ce dernier perd alors son objet.

C- Le traitement par ordonnances des requêtes sérielles

1065. Le principe de l'« affaire pilote », dont l'introduction a été envisagée devant les juridictions judiciaires²⁶⁷⁷, n'est actuellement prévue que par le code de justice administrative qui permet à un juge unique des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel²⁶⁷⁸, ou encore du Conseil d'État²⁶⁷⁹ de statuer par ordonnance sur les « requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit des questions identiques à celles tranchées ensemble par » une décision juridictionnelle, ou un avis contentieux du Conseil d'État, faisant office de « tête de série ». Initié par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, ce dispositif permet de traiter des requêtes répétitives aux moyens d'une procédure allégée puisqu'elle ne mobilise pas une formation de jugement et dispense d'une audience publique²⁶⁸⁰, de l'obligation de communiquer aux parties les moyens que le juge se propose de soulever d'office²⁶⁸¹, d'entendre les conclusions du rapporteur public²⁶⁸² ou encore de mentionner dans les visas de l'ordonnance l'ensemble des moyens soulevés par les parties²⁶⁸³. Ne pouvant atteindre ni totalement ni de manière pleinement satisfaisante l'objectif de bonne administration de la justice (1), la technique de la tête de série demeure un instrument que seules les juridictions peuvent employer, en outre de manière opaque, confinant les groupements privés défendant des intérêts collectifs dans un rôle de bénéficiaires passifs (2).

- 1- La mise en cause des droits des justiciables par une procédure à l'efficacité relative du point de vue de la bonne administration de la justice

1066. En dépit de son extension et de sa rationalisation (a), le dispositif des têtes de séries ne permet ni d'embrasser l'ensemble des litiges sériels ni d'alléger complètement la charge des juridictions (b) et semble, en plus, faire peu de cas des droits des justiciables (c).

²⁶⁷⁷ Thomas COUSTET, « La « procédure de l'arrêt pilote » entre les mains de la garde des Sceaux », *Dalloz actualité*, 26 mars 2018.

²⁶⁷⁸ 6° de l'article R. 222-1 du code de justice administrative.

²⁶⁷⁹ 6° de l'article R. 122-12 du code de justice administrative et 1° de l'article R. 822-5 du code de justice administrative.

²⁶⁸⁰ Article R. 742-6 du code de justice administrative ; CE, 7^e et 10^e sous-sections réunies, 30 décembre 1998, *Association syndicale du Nevon*, n° 151454.

²⁶⁸¹ CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 26 juillet 2006, *M. Abon*, n° 286916.

²⁶⁸² CE, 8^e et 9^e sous-sections réunies, 29 janvier 1993, *Consorts Giordano*, n° 136762.

²⁶⁸³ CE, 9^e sous-section jugeant seule, 29 juin 2012, *M. Jean A.*, n° 349998. En revanche, lorsque l'ordonnance est ainsi rendue aux fins de traiter les requêtes relevant d'une série, elle doit viser « les décisions et avis par lesquels ont été tranchées ou examinées les questions identiques » (article R. 742-2 du code de justice administrative).

a- L'extension et la rationalisation du dispositif

1067. Ce dispositif revêt une importance croissante comme en témoigne l'extension continue de notion de « tête de série » tant sur le plan formel, que matériel et organique²⁶⁸⁴.

1068. En premier lieu, sur le plan formel, le décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 a procédé à une extension des têtes de séries potentielles en y intégrant, à côté des décisions juridictionnelles rendues par des formations collégiales, les avis contentieux du Conseil d'État.

1069. Ce même décret a aussi procédé à un élargissement sur le plan matériel puisqu'il n'est depuis lors plus exigé que, pour servir de tête de série, la décision tranche ensemble des « questions identiques » « en droit et en fait » par rapport aux requêtes relevant de la série, mais seulement des « questions identiques » « en droit » et n'appelant pas « de nouvelle appréciation ou qualification de faits » par rapport à elles. En somme, depuis le décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005, le critère d'identité est seulement requis pour les questions de droit et le juge unique recouvre une marge d'appréciation quant à la matérialité des faits, ce que semblait déjà admettre le Conseil d'État en permettant au juge de se fonder sur une tête de série en faisant abstraction de la variation des données factuelles dès lors qu'elles ne sont pas susceptibles d'influer sur la solution pouvant être donnée au litige²⁶⁸⁵. En revanche, il est toujours nécessaire que la tête de série tranche « ensemble » ces questions. Ainsi, alors que le Conseil d'État veille bien à ce que ce que le juge choisisse une tête de série ayant répondu à l'ensemble des moyens soulevés par le requérant²⁶⁸⁶, il ne lui est pas possible dans le même temps de se fonder sur plusieurs décisions ou avis pour statuer par ordonnance sur une requête qui lui semble relever d'une série. Toujours sur le plan matériel, il faut néanmoins noter un léger resserrement de la notion de tête de série dont peuvent se prévaloir les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel par le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 qui a tenté de les sécuriser. Ces juridictions ne peuvent plus désormais se prévaloir d'un jugement ou d'un arrêt de cour administratives d'appel simplement passé en force de chose jugée, pouvant donc faire l'objet d'un pourvoi en cassation²⁶⁸⁷, mais d'un jugement ou d'un arrêt devenu « irrévocable ».

1070. C'est sur le plan organique, c'est-à-dire au niveau du lien devant exister entre la tête de série et la juridiction pouvant s'en prévaloir, que la notion de tête de série s'est particulièrement étendue, du moins

²⁶⁸⁴ Les critères employés ici pour rendre compte de l'évolution de ce dispositif sont ceux dégagés par M. Vincent Boyer dans son étude (Vincent BOYER, « Le jugement par ordonnance sur les requêtes relevant d'une série : précisions sur la notion de « tête de série » », *AJDA*, 2007, p. 1688).

²⁶⁸⁵ CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 20 mai 2005, *Reboul*, n° 267836 ; V. sur ce point, Sylvain HUL, « L'incidence de la variation des faits de l'espèce dans le règlement des « séries » par voie d'ordonnances », *AJDA*, 2005, p. 1915. Il faut toutefois noter qu'à la suite du décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005, le Conseil d'État a pu continuer d'exiger que la requête présente à juger des « questions de droit et de faits identiques » à celles tranchées par la tête de série (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 24 septembre 2007, n° 289334). Cela tend à corroborer l'idée selon laquelle, du point de vue du juge, ce changement rédactionnel n'était en réalité pas substantiel.

²⁶⁸⁶ CE, 7^e sous-section jugeant seule, 30 décembre 2013, n° 369019.

²⁶⁸⁷ CE, Sect., 26 juin 2009, n° 307369.

devant les juridictions du fond. En effet, initialement, seule la juridiction à l'origine de la série pouvait s'en prévaloir puis le décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 a procédé à une première extension en permettant aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel de se prévaloir d'un avis contentieux ou d'une décision rendue par le Conseil d'État en formation collégiale. Enfin, le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 a continué à distendre ce lien organique s'agissant des tribunaux administratifs en leur permettant aussi de se prévaloir d'un arrêt irrévocable rendu par une formation collégiale de la cour administrative d'appel dont ils relèvent.

1071. Parallèlement à cette extension, le traitement de ces séries a été rationalisé par la mise en place, au début des années 2000 et sous l'impulsion de M. Daniel Labetoulle, de *Juradinfo* qui est un « dispositif d'administration de la justice interne aux juridictions administratives »²⁶⁸⁸. S'appuyant sur un système informatique de partage d'informations émanant des juridictions, un comité de pilotage, présidé par le Président de la Section du contentieux et composé de présidents de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel désignés par lui, détecte et organise le traitement des séries. Ainsi, lorsqu'il est alerté, par exemple, d'une série « nationale », c'est-à-dire dépassant le ressort d'un seul tribunal, il désigne, parmi les juridictions saisies de l'une de ces requêtes, une juridiction pilote et en informe les autres juridictions qui s'abstiendront de juger en attendant qu'une solution irrévocable soit donnée par le tribunal administratif²⁶⁸⁹ ou, en cas de recours, par une cour administrative d'appel ou le Conseil d'État, dont l'arrêt fait ainsi office de « tête de série ». Il est aussi possible pour la juridiction ainsi désignée de poser une question au Conseil d'État sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, qui trouve alors un véritable effet curatif à l'égard de ces contentieux sériels.

1072. S'il a une utilité indéniable dans la gestion des flux contentieux, l'effet de ce dispositif sur le fonctionnement des juridictions toutefois être relativisé.

b- Les limites de la technique de la tête de série

1073. Les lacunes que peut présenter ce dispositif du point de vue de la bonne administration de la justice ne résident pas tant dans la liberté d'appréciation qui est ménagée aux juges pour rendre une décision faisant office de « tête de série » ou pour statuer par voie d'ordonnance en suivant le sens d'une telle décision. Si elle permet de dissiper les craintes de ceux qui voyaient dans cette procédure les prémices d'un système précédentiel, l'absence de *stare decisis* semble en réalité compensée par les contraintes managériales pesant sur les juridictions administratives. Comme l'indiquent les « bleus budgétaires » annexés aux projets de loi de finances s'agissant du programme « Conseil d'État et autres juridictions

²⁶⁸⁸ Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 7.

²⁶⁸⁹ Sans doute, le jugement d'un tribunal administratif sur une requête relevant d'une série ne peut constituer une « tête de série » pour les autres tribunaux administratifs. Toutefois, il peut servir à ces derniers de modèle pour rendre, en formation collégiale, une décision qui constituera leur propre tête de série une fois qu'elle sera devenue irrévocable.

administratives », l'objectif de maintien de « la qualité des décisions juridictionnelles » est apprécié au regard du taux d'annulation des décisions juridictionnelles, et celui d'amélioration « de l'efficacité des juridictions » à l'aune du nombre d'affaires réglées par membre du Conseil d'État, par magistrat des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ou par rapporteur de la Cour nationale du droit d'asile. Le traitement par ordonnance des requêtes sérielles semble être un instrument idéal pour atteindre ces deux objectifs, du moins tels que formulés par le législateur.

1074. En revanche, l'objectif de bonne administration de la justice peut pâtir du champ d'application limité de cette procédure. En dépit de l'extension de la notion de tête de série, celle-ci ne permet pas de couvrir l'ensemble des requêtes pouvant présenter un aspect sériel, le code de justice administrative ne définit d'ailleurs pas à proprement parler la série mais plutôt « les conditions nécessaires pour que s'applique à ces séries une forme de jugement spécifique »²⁶⁹⁰.

1075. En premier lieu, il peut y avoir un effet de seuil dans l'appréhension de cette série. Si le caractère répétitif peut apparaître au bout de seulement deux requêtes, il semble que ce soit au bout de dix dossiers que la série apparaît comme digne d'être appréhendée, au moins « pour l'appréciation statistique de l'activité des juridictions »²⁶⁹¹. Surtout, il est des requêtes qui, bien que posant des questions de droit rigoureusement identiques et en ce sens présentent déjà un aspect sériel, ne peuvent être traitées qu'après une appréciation ou une qualification juridique des faits. Certains contentieux, qui ont pu connaître par ailleurs une croissance exponentielle ces dernières années, semblent alors être par nature exclus du champ de cette procédure dans la mesure où il n'est pas possible pour le juge de faire l'économie d'une prise en compte des données factuelles. C'est ce que montre, par exemple, la décision du Conseil d'État du 28 février 2008 s'agissant de l'applicabilité du 6° de l'article R. 222-1 du code de justice administrative aux contentieux du permis à points²⁶⁹². Dès lors que les moyens des requérants ont trait, la plupart du temps, à l'absence ou à l'insuffisance de l'information prévue aux articles L. 223-3 et R. 223-3 du code de la route, et que le débat porte ensuite sur la preuve de cette information, le juge est nécessairement conduit à apprécier et qualifier les faits de l'espèce dans chacun des litiges qu'il doit résoudre. Enfin, s'agissant des requêtes sérielles rentrant dans l'orbite de ce dispositif, qui peuvent même se ramifier en « sous-séries », il apparaît que le traitement d'un dossier relevant d'une série représente une charge somme toute semblable à celle d'un dossier ordinaire s'agissant des coûts financiers ou de travail pour les greffes²⁶⁹³.

²⁶⁹⁰ Vincent BOYER, « Le jugement par ordonnance sur les requêtes relevant d'une série : précisions sur la notion de « tête de série » », *AJDA*, 2007, p. 1688.

²⁶⁹¹ Daniel CHABANOL, *Code de justice administrative*, Paris Le Moniteur, 2^e édition, 2004, p. 64.

²⁶⁹² CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 28 février 2008, *Ministre d'État, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. M. W*, n^{os} 294396, 295250. Les conséquences de cette inapplicabilité du 6° de l'article R. 222-1 du code de justice doivent toutefois être relativisées dès lors que le pouvoir réglementaire a étendu la compétence du juge unique aux « litiges relatifs au permis de conduire » (9° de l'article R. 222-13 du code de justice administrative) et a supprimé la possibilité de faire appel de ses décisions en la matière (6° de l'article R. 811-1 du code de justice administrative).

²⁶⁹³ Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 9.

1076. Ne parvenant qu'à atteindre imparfaitement cet objectif de bonne administration de la justice, la technique des « têtes de séries » peut, en outre, être critiquée au niveau des moyens qu'elle emploie pour ce faire.

c- Les droits des justiciables en question

1077. Il pourrait effectivement être reproché à cette procédure de ne faire des garanties des justiciables, dont la collégialité²⁶⁹⁴, qu'une variable d'ajustement dans la gestion des flux contentieux. À cela, il pourrait alors être objecté, qu'outre le fait que le juge unique peut toujours renvoyer l'affaire à une formation collégiale de la juridiction²⁶⁹⁵, il demeure une forme de collégialité puisque, si elle est présentée comme superfétatoire pour le traitement de la requête relevant de la série, elle est présente en amont dans la mesure où la tête de série ne peut être qu'un avis ou une décision rendue par une formation collégiale. Cela peut toutefois ne pas sembler satisfaisant puisque cela revient à dire que le justiciable, dont la requête fait l'objet d'un tel traitement, doit en réalité se contenter d'une forme de collégialité par procuration. En ce qu'il ne fait intervenir qu'un seul juge dans le cadre d'une procédure allégée, il est même possible de douter de la constitutionnalité et de la conventionnalité d'un tel dispositif.

1078. Dans sa décision n° 2010-54 QPC²⁶⁹⁶, le Conseil constitutionnel, qui n'a pas daigné reconnaître une valeur constitutionnelle au principe de la collégialité²⁶⁹⁷ à la différence de l'« exigence de bonne administration de la justice »²⁶⁹⁸, a estimé que les dispositions de l'article L. 222-1 du code de justice administrative, qui permettent de déroger au principe de la collégialité et de l'imparité lorsque « l'objet du litige » ou « la nature des questions à juger » le justifie, ne portaient pas atteinte au droit que la Constitution garantit aux justiciables.

²⁶⁹⁴ Marie-Anne COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *RFDC*, 2006, p. 713.

²⁶⁹⁵ CE, Sect., 13 juillet 1956, *Secrétaire d'État à la reconstruction et au logement c. Piéton Guibout*, Rec., Lebon, p. 338 ; CE, 15 juillet 1964, *Sieur de Pollak*, Rec. Lebon, p. 409.

²⁶⁹⁶ CC, n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs* [Juge unique].

²⁶⁹⁷ En effet, lorsqu'il fut saisi de textes de lois attributifs de compétence au juge unique, le Conseil constitutionnel ne les a pas censurés sur ce point ((CC, n° 89-266 DC du 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; CC, n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* ; CC, n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*) ou alors il les a censurés par le truchement d'autres droits garantis par la Constitution et sans condamner en elle-même l'exception au principe de la collégialité (CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*).

²⁶⁹⁸ Longtemps la jurisprudence du Conseil constitutionnel fut incertaine quant à la valeur reconnue à cette exigence (V. sur ce point, Pierre de MONTALIVET, *thèse.précit.*, p. 254-255). Finalement, le Conseil constitutionnel a mis fin au débat en lui trouvant un fondement constitutionnel, en l'occurrence le même que l'intérêt du bon emploi des deniers publics c'est-à-dire les articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 (CC, n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. n° 24). Par la suite, il l'a expressément qualifiée d'« objectif de valeur constitutionnelle » (CC, n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. n° 4), rejoignant en cela une partie de la doctrine (V. en ce sens les auteurs cités, Pierre de MONTALIVET, *thèse.précit.*, p. 254, ndbp n° 256). Le fondement textuel de l'exigence de bonne administration de la justice en fut aussi modifié puisque le Conseil constitutionnel la rattache désormais aux articles 12, 15 et 16 de la Déclaration de 1789.

1079. Selon le Conseil constitutionnel, le législateur n'aurait pas porté atteinte au principe d'égalité devant la justice en laissant ainsi au pouvoir réglementaire le soin de préciser ces exceptions au principe de la collégialité dans la mesure où « l'objet du litige » ou « la nature des questions à juger » sont des « critères objectifs » qu'il est contraint de respecter pour déterminer les catégories de matière. En cela, la disposition législative contrôlée se distinguait bien de celle que le Conseil constitutionnel avait censurée dans sa décision n°75-56 DC qui conférait au président du tribunal un pouvoir discrétionnaire pour choisir, au cas par cas, la formation compétente. Toutefois, il semble que le Conseil n'ait pas totalement répondu aux arguments du syndicat à l'origine de la QPC qui, pour raisonner par analogie avec la décision n° 75-56 DC, s'appuyait en réalité sur la possibilité reconnue au juge unique de renvoyer l'affaire à une formation collégiale de la juridiction²⁶⁹⁹, ce qu'il fait aussi au cas par cas et pour des justiciables qui se trouvent *a priori* dans des conditions semblables puisqu'ils sont soumis au même régime procédural. Autrement dit, il mettait en cause la différence de traitement résultant de l'exception à l'exception au principe de la collégialité et le Conseil constitutionnel s'est contenté d'évoquer l'encadrement du pouvoir d'appréciation d'une partie seulement des autorités d'application de la loi. Dans le même ordre d'idées, il est assez difficile de savoir ce qui va justifier pour *Juradinfo* qu'une juridiction saisie d'une requête relevant d'une série soit désignée comme « juridiction pilote » et que certains requérants bénéficient ainsi d'une formation collégiale tandis que d'autres non, alors qu'ils sont - ce que suppose le caractère sériel du contentieux - placés dans une situation semblable voire identique.

1080. S'agissant du respect des « droits de la défense »²⁷⁰⁰, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il ne pouvait être affecté en soi par une disposition législative qui avait trait à la composition de la formation de jugement. Toutefois, s'agissant de ce dernier grief, il s'est gardé de se prononcer sur la possibilité pour ce juge unique de statuer, notamment sur des requêtes relevant d'une série par voie d'ordonnance en s'abritant derrière le caractère réglementaire de la disposition et renvoyé au Conseil d'État le soin de trancher cette question²⁷⁰¹. Ce dernier l'avait fait en partie au sujet justement des ordonnances prises pour statuer sur les requêtes relevant de séries contentieuses²⁷⁰². Il avait alors rappelé que le recours à cette procédure ne dispensait pas le juge de respecter le caractère contradictoire de la procédure qui ne peut faire droit à la requête sans l'avoir communiquée préalablement au défendeur. Il a ensuite eu l'occasion, dans le cadre d'ailleurs de l'instance ayant donné lieu à la décision n° 2010-54 QPC, de se prononcer sur le respect d'autres droits processuels constitutionnellement et conventionnellement protégés²⁷⁰³. Alors qu'il était saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'article 21 du décret n° 2010-164 du 22

²⁶⁹⁹ Conseil constitutionnel, Commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision n° 2010-54 QPC, p. 5.

²⁷⁰⁰ CC, n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs* [Juge unique].

²⁷⁰¹ Il faut toutefois noter qu'il n'avait pas soulevé de conclusions ou de moyens d'office lorsqu'il avait été saisi, par une saisine d'ailleurs presque « blanche », de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative dont l'article 64 insérait à l'article L.9 du code tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel cette possibilité pour un juge de statuer seul par voie d'ordonnance dans certaines hypothèses (CC, n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*).

²⁷⁰² CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 17 septembre 2010, n° 317105.

²⁷⁰³ CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 4 juillet 2012, n° 338829.

février 2010 qui étendait les hypothèses dans lesquelles un magistrat peut statuer seul sur les requêtes d'appel, il a écarté tant le moyen tiré de l'atteinte au droit à un procès équitable tel que garanti par l'article 6 de la CESDHLF, en mettant en avant la finalité du décret et le caractère superfétatoire de l'audience publique dans les hypothèses qu'il vise, que le moyen tiré d'une atteinte au droit de la défense constitutionnellement garanti, en rappelant que le recours à l'ordonnance ne dispensait pas la juridiction de procéder à une instruction contradictoire²⁷⁰⁴.

1081. Enfin, il peut être reprochée à la gestion de ces requêtes sérielles d'être assez opaque pour les requérants. Le juge n'a ni à mentionner dans son ordonnance les éléments permettant d'apprécier le respect des conditions imposés par le 6° de l'article R. 222-1 du code de justice administrative²⁷⁰⁵ ni à justifier le choix de la décision servant de tête de série²⁷⁰⁶. Il faut néanmoins reconnaître qu'imposer ainsi une motivation plus approfondie et personnalisée s'avèrerait contre-productif et ferait perdre tout intérêt à ce dispositif qui permet, justement, de traiter plus rapidement les requêtes relevant d'une série en recourant à une motivation stéréotypée. Au minimum, le dispositif *Juradinfo*, qui ne dispose d'ailleurs toujours pas de fondement textuel²⁷⁰⁷, pourrait donc au moins comme l'avait suggéré le rapport *Béval* en son temps²⁷⁰⁸, être rendu accessible au public afin que les requérants et leurs conseils soient conscients que leur requête est susceptible de relever d'une série.

2- L'usage opaque par les juridictions d'une prérogative largement discrétionnaire

1082. Pas plus que l'avis contentieux, la technique de la décision « tête de série » ne constitue pour les groupements un moyen satisfaisant pour contourner les limites posées à l'action pour autrui.

1083. D'une part, elle ne permet pas aux groupements d'obtenir la réparation de n'importe quelle atteinte à des intérêts collectifs pluri-personnels en ce qu'elle laisse de côté les litiges sériels ne pouvant être traités qu'après une appréciation ou une qualification juridique des faits. Ce faisant, serait exclue une partie du contentieux indemnitaire comme l'indemnisation de préjudices résultant de dommages corporels trouvant leur origine dans un fait générateur unique. D'autre part, bien que la liberté d'appréciation des juridictions semble en réalité plus encadrée que pour faire usage de l'avis contentieux et que les objectifs de performance soient des cordes sensibles sur lesquelles il leur est possible de jouer,

²⁷⁰⁴ Ce faisant le Conseil d'État semble lui limiter le respect des droits de la défense, tel qu'il est constitutionnellement garanti, au respect d'une procédure contradictoire (sur ces liens, cf. *Supra*, n° 814-822).

²⁷⁰⁵ CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 20 mai 2005, *Reboul*, n° 267836 ; CE, 9^e sous-section jugeant seule, 6 août 2008, *M. Antoine A.*, n° 296634.

²⁷⁰⁶ CE, 1^{ère} sous-section jugeant seule, 26 février 2010, *M. Bernard A.*, n° 324689.

²⁷⁰⁷ Le dispositif semble toutefois évoqué au second alinéa de l'article R. 351-3 du code de justice administrative qui organise en partie le règlement des questions de compétence entre les juridictions administratives et qui, tel que modifié par le décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016, dispose que « si le dossier relève d'une série au sens du 6° de l'article R. 222-1 et que le président de la section du contentieux du Conseil d'État a précédemment attribué à une juridiction un dossier d'une affaire relevant de la même série, le président de la cour administrative d'appel ou du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, transmet le dossier à cette juridiction ».

²⁷⁰⁸ Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 31-32.

ses conditions d'usage supposent d'introduire un nombre suffisant de requêtes individuelles afin d'espérer attirer l'attention de la juridiction quant à l'existence d'une série contentieuse.

1084. Les mécanismes érigeant en modèle une décision ou un avis rendu à l'occasion d'une requête relevant, ou susceptible de relever, d'une série souffrent finalement du même défaut que ceux conduisant à une collectivisation des demandes en ce qu'ils ne permettent pas d'embrasser l'ensemble des litiges sériels. Ils ont aussi en commun de laisser intacte la liberté d'appréciation des juges saisis de requêtes relevant ou susceptibles de relever d'une série. En effet, l'article 2 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 ne reconnaissait un effet *erga omnes* à la déclaration d'illégalité qu'à l'égard de l'administration, quant au traitement par ordonnance et à l'avis contentieux, ils ne s'imposent pas de *jure* aux juridictions qui seraient saisies de requêtes similaires ou identiques. S'il faut reconnaître que cette liberté laissée au juge est plus apparente que réelle, cela ne suffit toutefois pas pour en faire un palliatif satisfaisant à l'action de groupe ou à l'action en reconnaissance de droits que les groupements pourraient utiliser pour promouvoir un intérêt collectif à travers un cas individuel. D'autant plus que leur instrumentalisation par les groupements, qui suppose de toute façon d'introduire au moins une requête en défense d'un intérêt individuel, est assez difficile et, lorsqu'elle était possible comme avec le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, elle se révélait, en réalité, d'un intérêt marginal.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

1085. Les différentes techniques de régulation des contentieux sériels ne constituaient pas des palliatifs satisfaisants à l'absence de procédures d'« action de groupe » tant du point de vue des obstacles que les groupements peuvent rencontrer pour défendre des intérêts collectifs du seul point de vue de la bonne administration de la justice. Lorsqu'ils sont susceptibles d'être utilisés, ils ne permettent de toute façon pas de couvrir l'ensemble des litiges sériels pouvant intéresser les groupements. Surtout, aucune de ces techniques ne leur permet en réalité de compenser leur infirmité contentieuse puisque leur mise en œuvre suppose qu'au moins une requête en défense d'un intérêt individuel ait été introduite par la personne dont l'intérêt a été lésé ou par le groupement mandaté à cette fin. Pour résorber ces contentieux de masse qui présentent un aspect sériel, il n'était donc pas inutile de s'interroger sur la mise en place d'autres dispositifs plus efficaces, dont le champ d'application serait plus large, et qui n'amoindrieraient pas les garanties des droits reconnus aux justiciables.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

1086. Le primat accordé aux intérêts personnels ne créait pas simplement « un angle mort » dans l'activité contentieuse des groupements défendant des intérêts collectifs mais aussi un obstacle à un

traitement plus efficace des litiges sériels en ce qu'il limitait les possibilités d'agir en défense d'intérêts personnels homogènes, ce qui pouvait pourtant représenter un complément salutaire aux différents mécanismes existants. C'est en ce sens que le rapport *Bélaïval*, notamment, avait préconisé la mise en place d'une « action collective » en droit administratif. Depuis lors, le législateur français s'est enfin décidé à mettre en place une vraie procédure d'action de groupe qui semble offrir l'avantage de satisfaire ces deux injonctions contradictoires que sont la régulation de l'accès au prétoire et la protection de l'effectivité du droit au recours. Il ne l'a toutefois étendue que progressivement, et de manière assez erratique, aux litiges ayant trait aux rapports de droit public.

CHAPITRE 2 : L'utilité toute relative des nouvelles actions collectives pour la défense des intérêts collectifs et personnels

1087. Contrairement à ce que pourrait laisser penser l'extension progressive du champ d'application des nouvelles actions collectives, y compris aux rapports de droit public (Section 1), le législateur ne s'est pas totalement départi de sa pusillanimité initiale lorsqu'il s'est agi de définir l'objet de ces actions collectives, ce qui, couplé avec la réserve des juridictions, limite considérablement l'utilité de telles actions, du moins du point de vue de la défense des intérêts collectifs et des intérêts personnels qui peuvent leur être liés (Section 2).

SECTION 1 : L'extension progressive des nouvelles actions collectives aux rapports de droit public

1088. Alors qu'il semblait, de prime abord, les avoir négligés lorsqu'il a mis en place une première action de groupe en matière de consommation et de concurrence (§1), le législateur a pris soin, lors de l'adoption la loi de modernisation de notre système de santé (§2) et surtout de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (§3), de ne pas laisser les rapports de droit public en dehors de ces nouvelles actions collectives, au travers de dispositions dont la rédaction laisse toutefois à désirer.

§1- La loi relative à la consommation

1089. C'est en matière de consommation, ou plus précisément de protection des consommateurs, que la procédure d'action de groupe a été inaugurée en droit français par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, ce qui n'est pas surprenant tant la demande sociale s'est faite plus pressante dans ce domaine comme en témoigne la litanie de projets élaborés au niveau interne et européen. Au 1^{er} octobre 2020, c'est d'ailleurs l'action de groupe qui a été le plus utilisée puisqu'il semble que treize actions de ce type aient été engagées devant les juridictions judiciaires²⁷⁰⁹. Sur ces treize actions cinq furent introduites

²⁷⁰⁹ Faute d'une information suffisante, qui plaide pour plus de transparence du côté des juridictions judiciaires, le chiffre est en réalité incertain. En effet, les rapporteurs de la mission d'information sur le « bilan et les perspectives des actions de groupe » qui avait été créée le 20 juillet 2019 par la commission des lois de l'Assemblée nationale comptabilisent aussi treize actions de groupe dans le domaine de la consommation dans leur rapports du 11 juin 2020, mais ils précisent que la direction des affaires civiles et du Sceau en avait comptabilisées quatorze de son côté (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration général de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 14). Il ne fut toutefois pas non plus possible de trouver trace de cette quatorzième action de groupe auprès des associations habilitées à agir.

par l'association UFC Que-Choisir qui a assigné Foncia²⁷¹⁰, BNP-Paribas²⁷¹¹, les banques populaires et caisses d'épargne²⁷¹² et deux fois Free Mobile²⁷¹³, trois autres furent engagées par l'association Consommation, Logement et Cadre de vie (CLCV) contre AXA-AGIPI²⁷¹⁴, la BNP Paribas Personal Finance²⁷¹⁵ et BMW Motorrad France²⁷¹⁶, deux le furent par l'association Familles rurales contre Société Française de Radiotéléphone (SFR)²⁷¹⁷ et le camping Manoir de Ker An Poul²⁷¹⁸, deux autres actions

²⁷¹⁰ Première action du genre en France, l'action de groupe que l'UFC-Que choisir avait engagée contre la SAS Groupe Foncia le 1^{er} octobre 2014 devant le tribunal de grande instance de Nanterre tendait à obtenir, à partir de l'exemple de huit cas individuels, l'indemnisation des locataires auxquels avait été facturé depuis 2009, et indûment selon elle, l'envoi d'avis d'échéance, ce qui représentait 2,30 euros par mois pour chaque locataire.

²⁷¹¹ L'UFC-Que Choisir fit assigner, le 18 juillet 2016, la société BNP Paribas devant le tribunal de grande instance de Paris car elle estimait qu'elle avait trompé les investisseurs du fonds communs de placement BNP « Garantie Jet 3 » en leur promettant dans une brochure commerciale tant la garantie de leur capital que son triplement à échéance du fonds. S'appuyant sur douze cas individuels, elle demandait alors au tribunal, à titre principal, de condamner la société BNP Paribas à payer aux consommateurs concernés des dommages et intérêts correspondant au triplement du capital investi sur l'ensemble des souscriptions au fonds commun de placement et, à titre subsidiaire, de la condamner à payer aux consommateurs concernés des dommages et intérêts correspondant, d'une part, à la perte en rendement subie par rapport à un versement sur un fonds euros d'un contrat d'assurance vie sur la même période, soit une somme correspondant à la moitié de la somme investie et, d'autre part, aux frais restant à la charge de l'épargnant.

²⁷¹² le 7 mars 2018, l'association a annoncé avoir fait assigner devant le tribunal de grande instance de Paris les Banques Populaires et Caisses d'épargne pour obtenir l'indemnisation des consommateurs qui, ayant souscrit auprès d'elles un compte-titres, un plan d'épargne en actions ou une assurance vie dont le support financier était l'un des fonds à formules au sujet desquels l'Autorité des marchés financiers avait relevé des manquements de la part de la filiale Natixis Asset Management aux obligations en matière d'information et de structuration des frais de gestion, se sont acquittés de frais de gestion cachés (<https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-fonds-a-formule-natixis-une-action-de-groupe-pour-recuperer-les-35-millions-d-euros-de-prejudices-n52592/>).

²⁷¹³ L'UFC Que choisir lança ainsi une première action de groupe contre l'opérateur en 2016 pour obtenir l'indemnisation des abonnés qui s'estimaient lésés par les désagréments qu'avaient connu les services 3G de Free mobile entre janvier 2012 et le 20 octobre 2015, lorsque l'opérateur, qui avait dû passer un accord d'itinérance 3G avec Orange pour pouvoir proposer une couverture nationale, était soupçonné de brider la bande passante Orange pour limiter ses coûts. La seconde action de groupe, que l'association introduisit devant le tribunal de grande instance de Paris après une mise en demeure le 4 septembre 2018, concerne quant à elle le service de location de téléphone de l'opérateur et vise à obtenir l'indemnisation des consommateurs auxquels Free mobile, s'appuyant sur l'imprécision de certaines des stipulations de ces conditions de location, a prélevé, moment de la restitution du téléphone en location, des frais pour « non-restitution du téléphone » ou portable rendu en « mauvais état » alors que le consommateur pouvait prouver son envoi et que l'opérateur, quant à lui, n'avait pas à justifier son appréciation de la vétusté de l'appareil (<https://www.quechoisir.org/decryptage-action-de-groupe-free-mobile-vos-questions-nos-reponses-n64503/>).

²⁷¹⁴ La CLCV a, le 28 octobre 2014, fait assigner l'Association générale interprofessionnelle de prévoyance et d'investissement (AGIGI) et la société Axa France vie aux fins d'obtenir, en s'appuyant sur sept cas individuels, la réparation de divers préjudices subis par un groupe d'adhérents et de bénéficiaires d'un contrat d'assurance sur la vie dénommé « contrat compte libre d'épargne et de retraite » et pour lequel était garanti lors de la souscription, jusqu'en 1995, une rémunération de l'épargne à un taux minimum de 4,50 % par an pour une durée illimitée, engagement contractuel qui ne fut finalement pas respecté.

²⁷¹⁵ Le 23 décembre 2016, la CLCV assigna BNP Paribas Personal Finance devant le tribunal de grande instance de Paris pour obtenir l'indemnisation des consommateurs auxquels cette filiale de la BNP avait commercialisé le crédit immobilier « *Helvet Immo* » et qui auraient ainsi pâti de ses pratiques commerciales trompeuses en souscrivant, dans le cadre de leur projet d'investissement locatif, à cet emprunt réalisé en franc suisse et remboursable en euro dont la toxicité s'est révélée avec l'évolution du taux de change

²⁷¹⁶ La CLCV a ainsi annoncé avoir engagé, en décembre 2015, une action de groupe contre BMW Motorrad France après avoir été saisie par des consommateurs, en partie regroupés au sein de l'Association des BMistes francophone, mécontents des conditions dans lesquelles la filiale moto en France du constructeur BMW avait, en juin 2014, procédé au rappel de 1 284 motos pour des raisons de sécurité (<https://www.clc.org/nos-actions/les-motards-demandent-des-comptes-a-bmw>).

²⁷¹⁷ Le 18 mai 2015, l'association Familles rurales fit assigner SFR devant le tribunal de grande instance de Paris en lui reprochant d'avoir commercialisé à la fin de l'année 2013 des offres mobiles 4G lors de la vente de terminaux mobiles compatibles avec la 4G sans informer les consommateurs sur l'étendue de son réseau et l'accessibilité de cette technologie sur leur territoire et en demandant, à partir de 17 cas individuels, que soient réparés les préjudices subis par les consommateurs qui purent être ainsi induits en erreur.

²⁷¹⁸ L'association a ainsi annoncé avoir fait assigner, en août 2015, le camping devant le tribunal de grande instance de Vannes le camping Manoir de Ker An Poul qui, s'appuyant sur une clause de vétusté contenu dans ses contrats de location annuel de parcelle, refusa de renouveler le contrat de clients dont les mobil-homes avaient plus de quinze ans, peu importe leur état réel de vétusté, et de les expulser.

furent engagées par la Confédération Nationale du Logement (CNL) contre la société immobilière 3F²⁷¹⁹ et XL habitat²⁷²⁰, enfin, une action par l'association Syndicat du Logement et de la Consommation-Confédération syndicale des Familles (SLC-CSF) contre Paris-Habitat OPH²⁷²¹. Pour l'instant, aucune de ces actions n'a toutefois abouti à une condamnation, deux furent rejetées au stade de la recevabilité²⁷²², deux donnèrent lieu à un rejet au fond²⁷²³, mais trois furent tout de même résolues à l'amiable²⁷²⁴.

1090. L'article L. 623-1 du code de la consommation²⁷²⁵ permettait dès 2014 à certaines associations de défense des consommateurs de défendre les intérêts de consommateurs qui, se trouvant dans une

²⁷¹⁹ Le 5 janvier 2015, la CNL avait fait assigner devant le tribunal de grande instance de Paris la société immobilière 3 F qui avait fait insérer dans les conditions générales de ses contrats une clause, stipulant que « Le retard dans le paiement d'une partie ou de la totalité du loyer, du supplément de loyer de solidarité et des dépenses récupérables donne lieu au versement par le locataire d'une somme égale à 2% du montant impayé » et qu'elle estimait illicite et abusive. Elle demandait ainsi au tribunal de dire et juger non-écrite ladite clause contrats de bail conclus par la société Immobilière 3F et, à partir de quatre cas individuels, la réparation des préjudices subis par les locataires auxquels elle avait été appliquée.

²⁷²⁰ Au regard des informations disponibles, il est tout au plus possible de savoir que l'association a annoncé avoir engagé une action en février 2018 devant le tribunal de grande instance de Mont-de-Marsan aux fins d'obtenir l'indemnisation de locataires qui auraient été victimes de facturations indues de charges (<https://www.cnl40.fr/logement-charges-abusives/>).

²⁷²¹ Le 14 octobre 2014, la SLC-CSF annonça avoir fait assigner Paris-Habitat OPH devant le tribunal de grande instance de Paris pour obtenir, au travers de l'action en responsabilité, le remboursement des frais liés au dispositif de « télésurveillance » des ascenseurs qui avait été indument facturés depuis 2011 à près de 100 000 locataires, ce qui représentait un préjudice individuel de 10 euros par locataires, soit une somme totale de 3 millions d'euros (<http://www3.slc.asso.fr/wp-content/uploads/2014/10/CP-ActionGroupe-20141008-VE2.pdf>).

²⁷²² Tel fut le cas pour l'action de groupe que l'UFC-Que choisir engagea contre Foncia (TGI de Nanterre, 14 mai 2018, n° 14/11846) et celle que la CNL engagea contre Immobilier 3F (CA de Paris, pôle 4, chambre 3, 9 novembre 2017, n° 16/05321 ; Civ. 1, 19 juin 2019, n° 18-10.424) dont les causes d'irrecevabilité seront évoquées plus avant. Il faut toutefois noter que, dans l'affaire CNL contre Immobilier 3F, l'action fut jugée recevable en première instance mais rejetée au fond (TGI de Paris, 1^{ère} chambre actions de groupe, 27 janvier 2016, n° 15/00835).

²⁷²³ Dans l'affaire UFC-Que Choisir contre BNP Paribas, tout en reconnaissant le caractère trompeur de la brochure commerciale, du moins pour ce qui concerne seulement l'imputation des frais de gestion sur le capital garanti à l'échéance du fonds, le tribunal de grande instance de Paris a rejeté l'action de groupe estimant que l'association ne démontrait pas, à partir de ses douze cas individuels, « l'existence d'un préjudice financier indemnizable actuel et certain résultant de l'imputation de frais de gestion sur le capital garanti » (TGI de Paris, 1^{ère} chambre actions de groupe, 20 décembre 2017, n° 16/13225). En revanche, dans l'affaire opposant Familles rurales et SFR, le tribunal de grande instance de Paris rejeta l'action en estimant que le professionnel n'avait manqué à aucune de ses obligations légales ou contractuelles (TGI de Paris, 3 octobre 2018, n° 15/07353).

²⁷²⁴ Ainsi, l'association SLC-CSF a annoncé, le 19 mai 2015, renoncer à son action de groupe contre Paris-Habitat OPH après avoir conclu avec ce dernier un protocole transactionnel aux termes duquel le bailleur s'engage à rembourser les charges relatives à la télésurveillance-téléalarme des ascenseurs au titre des années 2013 et 2014 et à suspendre la réclamation de ces mêmes charges à compter d'octobre 2014, ce qui était alors en deçà de ses prétentions lorsqu'elle engagea l'action de groupe (communiqué de presse disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www3.slc.asso.fr/wp-content/uploads/2015/05/CP-ActionGroupe-20150519-VE.pdf>). La première action de groupe que l'UFC Que Choisir avait engagée contre l'opérateur Free mobile s'est quant à elle conclue en 2017 par accord homologué aux termes duquel l'opérateur s'est engagé à rembourser les abonnés qui, entre janvier 2012 et le 20 octobre 2015, avaient pu subir des désagréments lors de l'utilisation des services 3G, chaque mois de désagrément signalé par eux donnant lieu à une indemnisation d'un euros dans la limite d'une somme maximale de douze euros sous la forme d'une réduction de leur prochaine facture. Pour obtenir cette indemnisation, les 141 000 abonnés concernés, qui furent contactés par courriel et par courrier, n'avaient alors qu'à remplir en ligne un formulaire ou renvoyer, gratuitement pour eux, le formulaire papier qui leur avait été adressé (<https://sarthe.ufcquechoisir.fr/2017/06/05/qualite-de-service-mobile-accord-ufc-choisir-free-mobile/>), la réduction s'appliquant alors sur l'une des deux factures suivant la réception du formulaire signé. Il semble d'ailleurs que dans l'affaire des locations de mobiles, l'opérateur, dont les pratiques furent condamnées dans le cadre d'une action individuelle (<https://www.quechoisir.org/actualite-location-de-smartphone-free-mobile-condamne-pour-des-frais-injustifies-n72923/>), tente aussi de régler à l'amiable la seconde action de groupe dirigée contre lui (<https://www.quechoisir.org/actualite-action-de-groupe-contre-free-mobile-l-operation-deminage-a-commence-n66527/>). Enfin, l'association Familles Rurales a aussi annoncé que l'action de groupe qu'elle avait engagée contre le camping Manoir de Ker An Poul s'est conclue finalement, trois ans après son lancement, par un accord entre les deux parties (<https://www.famillesrurales.org/mobil-homes/Contenu.php?art.=41&arbo=72>).

²⁷²⁵ Dont les dispositions étaient codifiées à l'article L. 423-1 du code de la consommation avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

situation « identique ou similaire », auraient été lésés par un même manquement d'un ou de plusieurs professionnels à leurs obligations contractuelles ou légales à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ou de certaines pratiques anticoncurrentielles. Le champ de l'action fut ensuite élargi en 2018 en réaction à l'arrêt du 9 novembre 2017 de la cour d'appel de Paris qui avait estimé que les dispositions issues de la loi relative à la consommation excluaient les litiges dérivant des baux d'habitation dans l'affaire *Confédération nationale du logement contre « Immobilière 3 F »*²⁷²⁶ et dont le raisonnement fut repris ensuite par le tribunal de grande instance de Nanterre dans l'affaire *UFC-Que Choisir contre Foncia*²⁷²⁷ puis confirmé dans l'affaire « *Immobilière 3 F* » par la Cour de cassation²⁷²⁸. Profitant du vote de la loi portant « évolution du logement, de l'aménagement et du numérique », le législateur a donc modifié l'article L. 623-1 pour préciser que les manquements susceptibles d'être sanctionnés dans le cadre de l'action de groupe en matière de consommation pouvaient aussi consister en la violation d'obligations légales ne relevant pas du code de la consommation et qu'ils pouvaient avoir lieu « dans le cadre de la location d'un bien immobilier »²⁷²⁹, ce qui est d'ailleurs une formulation suffisamment large pour inclure dans son champ d'autres litiges que ceux dérivant des baux d'habitation.

1091. Il reste toutefois que cette action de groupe ne permet toujours que de défendre les intérêts d'un groupe de personnes physiques, de consommateurs²⁷³⁰ dont la situation doit en outre être relativement homogène sur le plan factuel et juridique, ce qui souligne bien que l'action de groupe ne permet pas de connaître l'ensemble des litiges collectifs mais, au sein de ces derniers, seuls ceux qui présentent un caractère sériel. Le législateur n'a toutefois pas voulu que cette condition d'homogénéité - qui n'est pas

²⁷²⁶ CA de Paris, pôle 4, chambre 3, 9 novembre 2017, n° 16/05321. La cour a infirmé le jugement du tribunal de grande instance en ce qu'il avait déclaré recevable - mais rejetée au fond - l'action de groupe que la Confédération nationale du logement avait engagée contre la société anonyme « Immobilière 3F » réclamant l'indemnisation des préjudices subis par les locataires dont le contrat de bail contenait une clause - que l'association jugeait abusive - prévoyant une pénalité de 2 % du loyer en cas de retard de paiement. Faisant peu de cas de l'intention du législateur, que l'association avait pourtant pris soin de rappeler dans ses écritures, elle s'appuyait sur les termes du code de la consommation qui ne mentionnaient - et ne mentionnent toujours - que « la vente de biens » et la « fourniture de services ». Or, comme venait de le déclarer la troisième Chambre civile de la Cour de cassation lorsqu'elle avait eu à se prononcer sur le régime de prescription applicable aux actions en recouvrement des réparations locatives et des loyers impayés (Civ. 3, 26 janvier 2017, n° 15-27.580), le contrat de bail n'est pas un contrat de fourniture de services, entendu comme celui dont l'objet essentiel est d'effectuer une activité déterminée créatrice d'utilité économique, mais un contrat de louage de choses au sens de l'article 1709 du code civil, c'est-à-dire « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». En outre, toujours dans le sillon tracé par la Cour de cassation, la cour d'appel ajouta que le bail d'habitation est régi par les dispositions de la loi du 6 juillet 1989, exclusives du droit de la consommation.

²⁷²⁷ TGI de Nanterre, 14 mai 2018, n° 14/11846. L'UFC Que Choisir demandait, au travers de cette action de groupe, que Foncia soit condamnée à indemniser les locataires auxquels elle avait facturé l'envoi d'avis d'échéance de loyer.

²⁷²⁸ Civ. 1, 19 juin 2019, n° 18-10.424.

²⁷²⁹ Art. L. 623-1 du code de la consommation tel que modifié par l'article 138 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

²⁷³⁰ Aux termes de l'article liminaire du code de la consommation, le consommateur doit effectivement être entendu comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». L'action de groupe ne permet donc pas de défendre les intérêts des « non-professionnels », c'est-à-dire de personne morales agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, alors même que le législateur a pu estimer qu'il était nécessaire de les faire bénéficier des mêmes protection que les consommateurs dans leurs relations avec des professionnels que ce soit en matière de pratiques commerciales trompeuses (art. L. 121-5 du code de la consommation) ou de clauses abusives (art. L. 212-2 du code de la consommation).

propre à l'action de groupe à la française²⁷³¹ - restreigne trop le champ de cette nouvelle procédure. Tout en imposant une unicité du fait générateur, il a donc admis que cette condition, qui s'apprécie à l'aune des rapports entre le professionnel mis en cause et les consommateurs défendus, puisse être remplie dès lors que la situation de ces derniers n'est pas identique mais simplement similaire²⁷³².

1092. Bien qu'étant conditionné par l'atteinte aux intérêts des consommateurs, cette action de groupe n'est donc pas circonscrite au domaine de la consommation mais permet aussi de sanctionner les obligations imposées en matière de concurrence aux « professionnels »²⁷³³.

1093. Une telle extension au domaine de la concurrence - qui était d'ailleurs censée être l'un des terrains d'élection de l'action de groupe ou des « recours collectifs » pour la Commission européenne - est effectivement justifiée dès lors qu'il apparaît que ce sont effectivement les consommateurs qui, *in fine*, pâtissent des pratiques anticoncurrentielles²⁷³⁴ et que les actions privées, qui émanent d'ailleurs la plupart

²⁷³¹ Quoiqu'étant parfois formulée différemment ou plus strictement à l'étranger, le 2 du (a) de la règle 23 de la règle de procédure civile applicable aux « *class actions* » au niveau fédéral exige par exemple des questions de fait ou de droit qui soient communes à la classe défendue, la condition imposée par le législateur français est substantiellement identique. En effet, l'homogénéité des questions de droit et de fait dont le juge peut connaître n'est que l'autre versant de celle des situations des personnes pour le compte desquelles l'action est introduite. (Sur le contrôle d'un « intérêt commun » caractérisant le groupe lors de la phase de certification d'actions semblables, V. Clara HERVAS-HERMIDA, *thèse.précit.*, n° 619-662, p. 176-190).

²⁷³² Lors des débats, le rapporteur donnait ainsi l'exemple de consommateurs qui auraient souscrit auprès du même professionnel le même abonnement, dont la durée ou les options différeraient toutefois.

²⁷³³ Alors que le terme « entreprise » peut sembler plus approprié dans ce domaine, le code de la consommation ne distingue pas selon les manquements motivant l'introduction de l'action de groupe. Les notions de « professionnel » au sens du droit de la consommation et d'« entreprise » au sens du droit de la concurrence ne se recouvrent toutefois pas nécessairement. En effet, tel que défini par l'article liminaire du code de la consommation, le professionnel est « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel » tandis que pour les besoins de l'application du droit de la concurrence, « l'entreprise » correspond à une notion fonctionnelle qui est définie de façon plus large comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, pt. 21).

²⁷³⁴ En cela, l'action de groupe destinée à protéger les intérêts de consommateurs s'inscrit dans le même mouvement que la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 dont l'article 14 a pour objet de faciliter sur le plan probatoire l'action en réparation engagée par les « acheteurs indirects » - au nombre desquels appartiennent les consommateurs - qui auraient subi un surcoût du fait d'une pratique anticoncurrentielle. De manière plus générale, elle illustre bien l'étroitesse du lien existant entre le droit de la concurrence et la consommation que les auteurs avaient déjà pu souligner (V. sur ce point, Marie-Stéphanie PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 7, 2001, 513 p.) au point, pour certains, de vouloir les rassembler au sein d'un « droit du marché » (Claude LUCAS de LEYSSAC, Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, Paris, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 7). La protection de la libre concurrence peut effectivement se concevoir comme un moyen de réaliser la « finalité première » de protection assignée au droit de la consommation (Jean AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2^e édition, 1989, p. 21). Du reste, l'intérêt du consommateur est d'ailleurs pris en compte pour définir des pratiques anticoncurrentielles comme l'abus de position de dominante (b) de l'article 102 du TFUE). Pour autant, ainsi que le rappelle Marie-Stéphanie Payet, le bon fonctionnement de la concurrence ne constitue pas non plus la finalité économique première du droit de la concurrence au niveau européen, mais « un moyen mis au service d'une finalité plus générale consistant dans le développement économique et social des États » (Marie-Stéphanie PAYET, *thèse.précit.*, n° 15, p. 24). À ce titre l'article 1^{er} de la directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs peut surprendre dans la mesure il précise que son « objectif » « est de contribuer, en atteignant un niveau élevé de protection du consommateur, au bon fonctionnement du marché intérieur en rapprochant certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels ». Autrement dit, il semble rabaisser la protection du consommateur au rang de moyen par rapport à la protection du marché intérieur, elle-même au service du développement économique. Effectivement, dans la mesure où cette directive a notamment pour objet de renforcer l'information des consommateurs, elle permet de corriger les défaillances du marché qui résulteraient précisément d'une asymétrie d'informations au détriment de la demande. Ainsi, il semble qu'il faille plutôt y voir enchevêtrement des intérêts liés à la protection des consommateurs et au bon fonctionnement de la concurrence. Un tel enchevêtrement n'exclut néanmoins pas quelques accrochages et télescopages, l'intérêt des consommateurs pouvant

du temps des entreprises contractant directement avec les entreprises fautives, sont sous-développées. Du reste, elle avait été envisagée dans les premiers projets d'action de groupe destinés à défendre les intérêts des consommateurs. Tel que le manquement est défini, l'action de groupe ne permet toutefois de les protéger que des pratiques anticoncurrentielles les plus graves - en l'occurrence des ententes illicites et des abus de position dominante proscrits au niveau national et européen²⁷³⁵ ainsi que des abus de dépendance économique, des accords sur les droits exclusifs d'importation en outre-mer, des accords et pratiques dans le domaine du transport et des pratiques de prix abusivement bas prohibées par le code de commerce -, laissant de côté les micro pratiques anticoncurrentielles²⁷³⁶ relevant de la compétence du ministre de l'économie²⁷³⁷.

1094. Bien qu'elle ne permette que d'obtenir devant le juge judiciaire l'indemnisation de préjudices subis par des consommateurs trouvant leur origine dans le manquement d'un professionnel, cette action de groupe en matière de consommation représente tout de même pour des groupements privés

être à même de justifier des pratiques restrictives de la concurrence (§3 de l'article 101 du TFUE ; 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce ; V. aussi, les contributions M. Jean-Pierre Bonthoux sur « l'intérêt des consommateurs : fait justificatif de l'atteinte à la concurrence en droit français » et de M. Jean Dubois sur « l'intérêt des consommateurs : fait justificatif de l'atteinte à la concurrence en droit communautaire » in Yves SERRA, Jean CALAIS-AULOY (dir.), *Concurrence et consommation*, Paris, Dalloz, 1994, p. 53 ; p. 77). De cette prise en compte de ces possibles antagonismes par le droit de la concurrence, il ne faudrait pas en conclure pour autant que la protection du consommateur peut aussi constituer l'une de ses finalités premières. En réalité, comme l'explique Mme Marie-Stéphanie Payet, cette prise en compte de l'intérêt du consommateur dans le cadre du bilan économique permettant une exemption n'est pas un fait justificatif autonome, mais un simple indice de l'efficacité économique censée justifier la mesure restrictive (Marie-Stéphanie PAYET, *thèse.précit.*, n° 24-26, p. 36-40). Il en fut de même pour l'auteure, qui sur ce point s'éloigne d'ailleurs un peu de M. Louis Vogel (Louis VOGEL, « Intervention lors de l'atelier « La protection des consommateurs face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, 1996, n° 90, p. 44), lorsqu'il a pu être fait application de la « règle de raison » - dont l'existence fut si discutée et contestée au niveau de l'Union européenne (V. Guillaume RIVEL, « La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence, *inelegantia juris* ? », *D.*, 2008, p. 237) - et qui consiste à apprécier non pas si une mesure restrictive de concurrence est justifiée par des considérations économiques, mais s'il s'agit bien, au terme d'un « bilan concurrentiel » confrontant plusieurs modèles de concurrence, d'une mesure restrictive de concurrence.

²⁷³⁵ Seuls sont visés les articles 101 et 102 du TFUE, ce qui exclut ainsi les stipulations relatives à l'encadrement de l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs (art. 106 du TFUE) ou aux aides d'État (art. 107 à 109 du TFUE).

²⁷³⁶ Il s'agit, aux termes de l'article L. 464-9 du code de commerce, de pratiques anticoncurrentielles affectant un « marché de dimension locale », ne concernant pas des faits relevant des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et imputables à des entreprises dont le chiffre d'affaires réalisé séparément en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros pour chacune d'entre elles et 200 millions d'euros cumulé.

²⁷³⁷ C'est du moins ce qui semble ressortir de la circulaire lorsqu'elle traite de la procédure d'action de suivi applicable en matière de concurrence (cf. *Infra*, n° 1432-1433). Pour illustrer les dispositions du code de la consommation qui évoquent une « décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes » (art. L. 623-24 du code de la consommation), la circulaire présentant l'action de groupe en matière de consommation ne mentionne effectivement que « l'Autorité de la concurrence (ADLC) ou les autorités ou juridictions nationales de concurrence des États membres de l'UE ou la Commission européenne, ou encore les juridictions de recours contre les décisions de ces autorités de concurrence ou bien les juridictions nationales, telles que les tribunaux de grande instance ou les tribunaux de commerce spécialisés dans ces matières, s'ils ont été saisis directement d'une pratique anticoncurrentielle » (Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 22). Sur ce point, il est toutefois possible d'être plus optimiste et nuancé que Mmes Laurence Nicolas-Vullierme et Silvia Pietrini (Laurence NICOLAS-VULLIERME, Silvia PIETRINI, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », in Martine BEHAR-TOUCHAIS, David BOSCO, Catherine PRIETO (dir.), *L'intensification des actions en réparation des dommages concurrentiels*, Paris, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, tome 70, 2016, p. 299). En effet, toutes les micro-pratiques anticoncurrentielles n'échappent pas au radar de l'Autorité de la concurrence. Cette dernière peut en connaître et éventuellement prononcer une sanction si les entreprises mises en cause ont refusé de transiger ou n'ont pas exécuté l'injonction ou les obligations découlant de la transaction qu'elles ont acceptée (4° alinéa de l'article L. 464-9 du code de commerce).

un moyen d'intervenir dans des rapports de droit public et de contester la définition de l'intérêt général retenue par les autorités habilitées. Cette intervention reste toutefois marginale.

1095. En premier lieu, il semble en effet qu'il faille exclure l'ensemble des litiges pouvant avoir lieu entre les gestionnaires de services publics administratifs et leurs usagers. Sans doute, le juge judiciaire est compétent pour connaître d'actions en responsabilité extracontractuelle dirigées contre les personnes privées gestionnaires de tels services dès lors que ne sont pas en cause l'usage de prérogative de puissance publique²⁷³⁸ et dans l'hypothèse - exceptionnelle mais pas impossible²⁷³⁹ - où il existerait des rapports contractuels entre ces usagers et le gestionnaire, il serait aussi en principe compétent pour connaître de l'action en responsabilité extracontractuelle lorsque le critère organique ou les critères matériels font défaut. En outre, cette action de groupe permet d'assurer l'effectivité d'une partie des règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles qui peuvent trouver à s'appliquer à certaines activités de service public que le gestionnaire soit un organisme de droit public ou de droit privé²⁷⁴⁰ et que ledit service soit industriel et commercial ou administratif²⁷⁴¹. Néanmoins, comme le laissait entendre la rédaction des dispositions du code de la consommation et comme l'a confirmé ensuite la Cour de cassation en excluant les contentieux locatifs, seuls les rapports régis par le code de la consommation rentrent dans le champ de cette action de groupe. À cet égard, il importe d'ailleurs peu que l'article L. 623-1 du code de la consommation semble envisager que les préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles puissent ne pas avoir lieu « à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services » puisque ce même article n'évoque de toute façon que la défense de « consommateurs » et la mise en cause de « professionnels ».

1096. Or, si la nature publique de la personne morale gérant un service public ne constitue pas un obstacle dirimant pour considérer qu'elle puisse agir en qualité de « professionnel » auprès des usagers²⁷⁴², il en irait autrement de la nature dudit service. En effet, les auteurs s'opposent toujours sur le point de savoir si les obligations que le droit de la consommation impose aux professionnels sont applicables²⁷⁴³

²⁷³⁸ CE, Sect., 13 octobre 1978, *ADASEA du Rhône*, Rec. Lebon, p. 368, TC, 25 janvier 1988, *Bunelier*, Rec. Lebon, p. 483 ; CE, 10^e et 3^e sous-sections réunies, 17 février 1992, *Société Textron*, n° 73230.

²⁷³⁹ Ce sont, par exemple, des rapports contractuels qui unissent les OPHLM et leurs locataires (CE, 8^e et 9^e sous-sections réunies, 30 octobre 1995, *OPHLM CU Strasbourg*, n° 105251).

²⁷⁴⁰ Le droit de l'Union européenne à travers sa définition de l'« entreprise » (CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner*, aff. C-41/90) comme le code de commerce dans son article L. 410-1 font effectivement fi de la nature publique ou privée de l'entité exerçant une activité économique.

²⁷⁴¹ Le Conseil d'État a ainsi considéré que des activités exercées par des établissements publics administratifs comme les offices publics d'habitations à loyer modéré (CE, 1^e et 4^e sous-sections réunies, 24 avril 1992, n° 116489) ou l'Institut national de recherches archéologiques préventives dans le cadre de la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 30 avril 2003, *Union nationale des industries de carrières et de matériaux de construction*, n° 244139) revêtent un caractère économique au sens et pour application du droit de la concurrence.

²⁷⁴² L'article liminaire du code de la consommation comme le 2) de l'article 2 de la directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs visent bien « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée ».

²⁷⁴³ V. par exemple Jacques CHEVALLIER, « Les droits du consommateur usager de services publics », *Dr. soc.*, 1975, p. 77 ; Jacques AMAR, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *CCC*, 2002, chron. 2.

ou non²⁷⁴⁴ à certains services publics administratifs sans que leur débat n'ait été encore définitivement tranché par le droit positif. Bien évidemment, il ne faut pas présager de l'avenir. Ce serait oublier que la pertinence de cette distinction interne fut éprouvée lorsqu'il s'est agi d'apprécier, à l'aune avant tout de l'objet du service, l'applicabilité de normes d'origine externe encadrant des activités marchandes aux fins - au moins immédiatement - de garantir le bon fonctionnement d'un marché concurrentiel²⁷⁴⁵. Force est toutefois de constater que c'est plutôt du côté de l'exclusion de ces services publics dit « administratifs » que penche actuellement le droit positif tant au niveau interne²⁷⁴⁶ qu'europpéen²⁷⁴⁷.

1097. En second lieu, eu égard tant au champ d'application de cette action que du champ de compétence du seul juge qui peut en être saisi, il n'est pas non plus possible pour les groupements de tirer parti de l'opposabilité du droit de la concurrence et de la consommation qui, en tant qu'éléments du bloc de légalité, ne peuvent être ignorés par l'administration lorsqu'elle fait usage de prérogative de puissance publique²⁷⁴⁸, notamment pour organiser le service.

1098. À certains égards, le champ d'application de cette action de groupe peut donc sembler décevant. À cela s'ajoute le fait que son utilité même doit être aujourd'hui reconsidérée à l'aune des différentes réformes qui ont eu lieu depuis son adoption dans les différents domaines qu'elle couvre.

1099. Ainsi, bien que l'action en indemnisation des préjudices individuels résultant de pratiques anticoncurrentielles apparaisse comme étant relativement plus simple depuis la transposition de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions

²⁷⁴⁴ V. par exemple Pierre DELVOLVÉ, « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », *Dr. adm.*, 1993, chron. 10 ; Pierre BOURDON, « Les droits et obligations des personnes publiques en droit de la consommation », *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 436.

²⁷⁴⁵ Dès lors, s'il est évident que des dispositions destinées à régir des rapports contractuels entre les consommateurs et les professionnels sont difficilement applicables aux bénéficiaires d'usagers se trouvant en principe dans une situation légale et réglementaire, il reste possible de penser, avec M. François Beroujon que, confronté à cette question de l'applicabilité, le juge en vient à considérer « comme pour le droit de la concurrence : si le service public a des effets sur un marché pertinent, alors il doit être soumis au droit de la consommation, nonobstant son caractère administratif » (François BEROUJON, « Le consommateur et le juge administratif. Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif dix ans après l'arrêt Société des eaux du Nord », *JCP A*, 2011, étude. 2181, § 13, V. aussi, Marcel SOUSSE, « Les clauses abusives dans les contrats administratifs », in Yves PICOD, Denis MAZEAUD, Elena LAUROBA (dir.), *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnoles*, Paris, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, 2013, p. 200, spéc. p. 211-214).

²⁷⁴⁶ Le Conseil d'État a pu écarter l'application du code de la consommation à certains rapports entre les gestionnaires de SPA et leurs usagers (V. CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 27 juillet 2005, *M. Sopena et a.*, n° 278147 ; CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 17 octobre 2012, *Fédération nationale des associations d'accueil et de réinsertion sociale et la Cimade*, n° 353576)

²⁷⁴⁷ Les contrats portant sur les « services sociaux », y compris le logement social, l'aide à l'enfance et l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin, y compris les soins de « longue durée » ainsi que les « soins de santé » sont ainsi exclus du champ d'application de la directive n° 2011/83/UE (a) et b) de l'article 3 de la directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs).

²⁷⁴⁸ CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n° 169907 (droit de la concurrence) ; CE, Sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du nord*, n° 221458 (droit de la consommation).

du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne²⁷⁴⁹, l'action de groupe²⁷⁵⁰ conserve bien une utilité tant du point de vue de la mise en œuvre du droit à un recours effectif²⁷⁵¹ que de la bonne administration de la justice²⁷⁵². En revanche, la généralisation de la médiation à tous les domaines de la consommation et l'obligation imposée à chaque professionnel d'informer le consommateur de l'existence d'un dispositif de médiation gratuit et de lui proposer d'y recourir en cas de litige qui résultent de la transposition de la directive n° 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation²⁷⁵³, semblent bien concurrencer l'action de groupe comme moyen de résoudre des litiges individuels, même de très faible valeur pécuniaire²⁷⁵⁴, entre les consommateurs et les professionnels sans alourdir le fonctionnement des juridictions, ou à tout le moins, la subsidiariser encore un peu plus.

§2- La loi de modernisation de notre système de santé

1100. Alors que le législateur envisageait une extension de la procédure d'action de groupe en matière d'environnement ou de discrimination - où des propositions de lois avaient d'ailleurs été déposées en

²⁷⁴⁹ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

²⁷⁵⁰ La procédure rentrerait d'ailleurs dans le champ de ces nouvelles dispositions, du moins selon la circulaire de présentation de l'ordonnance et du décret de transposition (Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, p. 2).

²⁷⁵¹ Les dispositions transposant la directive ne ciblent que la question du régime probatoire parmi les différents obstacles auxquels peuvent faire face les victimes de pratiques anticoncurrentielles désirant obtenir l'indemnisation des préjudices en résultant. La charge de la preuve des demandeurs se trouve effectivement allégée par la mise en place de la présomption irréfragable de faute, qui était alors circonscrite à l'action de groupe en matière de concurrence et qui a d'ailleurs été réaménagée à cette occasion, attachée aux décisions prononcées par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours constatant l'existence et l'imputation d'une pratique anticoncurrentielle qui ne sont plus susceptibles de faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat (art. L. 481-2 du code de commerce). Dans le même ordre d'idées, une présomption simple de préjudice en cas d'entente horizontale est établie (art. L. 481-7 du code de commerce). Enfin, à la suite de la transposition de la directive, le code de commerce facilite l'accès aux éléments de preuve en donnant désormais la possibilité aux demandeurs d'obtenir l'accès à des « catégories de pièces » auprès de l'entreprise mise en cause ou des autorités de la concurrence (art. L. 483-1 du code de commerce). Néanmoins, même sur le plan probatoire, l'apport que peut représenter la transposition de la directive doit être relativisé. Les dispositions du code de commerce relatives à l'effet liant des décisions des autorités de concurrence peuvent ainsi sembler en retrait par rapport à celles qui étaient applicables jusqu'alors à l'action de groupe en matière de concurrence, voire en deçà des exigences de la directive (cf. *Infra*, n° 1433). Enfin, fidèle sur ce point à la directive qui n'entendait pas que cette nouvelle procédure générale de divulgation des pièces dérivât subrepticement vers une « pêche à l'information », le code de commerce encadre strictement la nouvelle procédure de production et de communication des pièces tant pour protéger le secret des affaires (art. L. 483-2 et L. 483-3 du code de commerce) que l'attractivité des procédures de clémence. Dès lors, les demandes de communication - ne pouvant d'ailleurs être faites qu'à titre subsidiaire (art. L. 483-4 du code de commerce) - de pièces figurant dans les dossiers d'autorités de concurrence ne peut porter sur les déclarations qui ont été faites en vue de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanction en application d'une procédure de clémence (art. L. 483-5 du code de commerce).

²⁷⁵² En revanche, dans la mesure où elle ne permet de défendre qu'une partie des victimes de ces pratiques anticoncurrentielles - en l'occurrence les consommateurs - l'action de groupe ne permettrait de canaliser qu'une partie des recours individuels susceptibles d'être introduits sur le fondement de ces nouvelles dispositions qui ont vocation à en bénéficier.

²⁷⁵³ Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et le décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation.

²⁷⁵⁴ A l'occasion de la transposition, le gouvernement français n'a effectivement pas fait le choix d'introduire, comme l'y autorisait la directive (d) du 4° de l'article 5 de la directive n° 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation), un seuil financier pour la mise en œuvre de la médiation.

ce sens -, c'est le droit de la santé qui fut le premier à en bénéficier après le droit de la consommation. Plus précisément, l'action mise en place vise à faciliter l'action en réparation des préjudices individuels des usagers du système de santé trouvant leur « cause commune dans un manquement d'un producteur ou d'un fournisseur de l'un des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 » du code de la santé publique ou « d'un prestataire utilisant l'un de ces produits à leurs obligations légales ou contractuelles ». La loi dite de « modernisation de notre système de santé » a alors apporté des innovations au niveau des défendeurs potentiels à l'action de groupe indemnitaire (A) et montré que cette dernière permet de répondre à d'autres nécessités (B).

A- L'innovation au niveau des défendeurs potentiels

1101. C'est à cette occasion que la procédure d'action de groupe fit son apparition devant les juridictions administratives qui peuvent connaître d'actions en responsabilité dirigées contre des hôpitaux publics à l'occasion d'actes de soin.

1102. Les dispositions de la loi relative à la « modernisation de notre système de santé » se distinguaient aussi en ce qu'elles n'envisageaient pas une pluralité de défendeurs comme c'était le cas de celles applicables à la procédure d'action de groupe en matière de consommation et de concurrence²⁷⁵⁵, exception faite toutefois de la procédure dite « simplifiée »²⁷⁵⁶. Par la suite, il en fut d'ailleurs de même avec les dispositions relatives au « cadre commun » des actions de groupe et à ses différentes déclinaisons adoptées en 2016 qui se distinguent ainsi sur ce point des dispositions relatives à l'action en reconnaissance de droits devant les juridictions administratives adoptées en même temps²⁷⁵⁷. De cette utilisation exclusive du singulier, il est alors tentant de déduire l'impossibilité de mettre en cause plusieurs personnes et pour les parties de procéder à un appel en cause ou à un appel en garantie²⁷⁵⁸. Cela hypothèquerait toutefois le bénéfice qu'est censée apporter cette procédure pour la bonne administration de la justice et peut même faire douter de sa conventionnalité, plus précisément de sa comptabilité avec la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 lorsqu'elle est utilisée pour obtenir la réparation des conséquences dommageables de produits de santé. Ainsi, la mise en œuvre de la responsabilité solidaire des producteurs en cas de dommage résultant du défaut d'un produit incorporé dans un autre²⁷⁵⁹

²⁷⁵⁵ L'article L. 623-1 du code de la consommation évoque « un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles ».

²⁷⁵⁶ La section du code de la consommation consacrée à la procédure dite « simplifiée » d'action de groupe ne parle effectivement plus que du « professionnel ».

²⁷⁵⁷ En effet, les articles L. 77-12-1 et R. 77-12-4 du code de justice administrative, qui sont relatifs à l'action en reconnaissance de droits, envisagent eux que le contentieux puisse être lié à partir de décisions émanant d'autorités différentes mais aussi - ce qui n'est pas exactement la même chose - que plusieurs personnes morales puissent être mises en cause.

²⁷⁵⁸ Sur ce point, la possibilité ouverte au titulaire de la qualité pour agir d'exercer une action directe contre l'assureur de responsabilité civile n'est d'ailleurs pas probante puisque la Cour de cassation estime désormais qu'il n'est pas nécessaire de mettre en cause l'assuré à l'occasion de cette action même si la responsabilité de l'assuré n'a pas été préalablement reconnue (Civ. 1, 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 274).

²⁷⁵⁹ Art. 1245-7 du code civil.

s'en trouverait compliquée. Dans le même ordre d'idées, dans l'hypothèse où un groupement déciderait de mettre en cause, en lieu et place du producteur, l'établissement prestataire de soins qui n'en serait que l'utilisateur²⁷⁶⁰, la procédure d'action de groupe pourrait apparaître comme retardant la possibilité pour cet utilisateur de mettre en cause la responsabilité du producteur sur le fondement de la directive et, par là même, comme préjudiciant à l'effectivité de cette dernière. D'ailleurs, s'agissant de l'action de groupe en matière de santé, la référence à une possible pluralité de défendeurs apparaît subrepticement dans les dispositions relatives à la médiation²⁷⁶¹, ce qui tendrait à montrer que l'usage du singulier, pour cette action et, plus généralement, dans les dispositions relatives à l'introduction des différentes actions de groupe ou aux autres jugements susceptibles d'être rendus sur la responsabilité, ne serait en réalité pas significative.

B- L'expression de nouveaux besoins

1103. Cette extension ne serait qu'une illustration supplémentaire de la porosité entre le droit de la consommation et le droit de la santé. Il est aussi vrai que l'utilisation des produits de santé massivement distribués, dont l'utilisation correspond aussi à une forme de comportement standardisé, est aussi propice aux dommages sériels comme le montrent les différents scandales sanitaires. La nécessité d'une action de groupe pouvait toutefois sembler moins évidente qu'en droit de la consommation tant les victimes de dommages résultant de l'utilisation de produits de santé apparaissaient moins démunies que d'autres consommateurs sur le plan substantiel comme procédural.

1104. En effet, d'une part, le régime spécial de responsabilité sans faute du producteur mis en place en 1998 lors de la transposition tardive de la directive 85/374/CEE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux peut sembler - alors même que cela ne constituait pas son

²⁷⁶⁰ Ce qui ne constitue pas une hypothèse d'école, surtout si le juge administratif est compétent pour connaître de l'action. Certes, le groupement n'est alors pas tenu de prouver l'existence d'une faute de la part du producteur. Toutefois, il en va de même s'il met en cause un établissement public de santé ayant simplement utilisé ce produit de santé défectueux, le Conseil d'État ayant posé le principe d'une responsabilité sans faute de ces établissements dans cette hypothèse (CE, 5^e et 7^e sous-sections réunies, 9 juillet 2003, *Marzouk*, n° 220437 ; CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 12 mars 2012, *CHU de Besançon*, n° 327449) qui est, comme l'a rappelé la Cour de justice, hors du champ de la directive (CJUE, 21 décembre 2011, *CHU de Besançon c. T. Dutruieux, CPAM du Jura*, aff. C-495/10). En outre, n'agissant pas le fondement de la directive, le groupement n'est alors même pas tenu de prouver le défaut du produit ce qui n'est pas forcément évident s'agissant des produits de santé. Il ne peut pas non plus se voir opposer les exceptions prévues dans le cadre de cette directive comme « l'état des connaissances scientifiques et techniques » au moment de la mise en circulation (e) de l'article 7 de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux). Enfin, si l'action est engagée contre l'établissement utilisateur, elle bénéficie de délais de prescription plus longs. En effet, tandis que ce délai est de dix ans à compter de la date de consolidation du dommage en matière médicale (art. L. 1142-28 du code de la santé publique), il est de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (art. 1245-16 du code civil).

²⁷⁶¹ Art. L. 1143-9 du code de la santé publique.

seul objectif²⁷⁶² - favorable aux victimes de préjudices résultant de produits de santé défectueux en ce qu'il les dispense de faire la preuve d'une faute de la part du producteur. D'autre part, des dispositifs *ad hoc* avaient pu être institués afin de faciliter les demandes d'indemnisation des victimes de préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire²⁷⁶³, résultant de la contamination par le virus d'immunodéficiência humaine²⁷⁶⁴, de la contamination par le virus de l'hépatite C²⁷⁶⁵, B ou le virus T-lymphotropique humain²⁷⁶⁶ causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang ou encore, plus récemment, de préjudices résultant d'un déficit fonctionnel imputable au Benfluorex²⁷⁶⁷.

1105. En réalité, comme le montre l'étude d'impact du projet de loi, la mise en place de l'action de groupe, en lieu et place de la multiplication des dispositifs d'indemnisation *ad hoc*, visait précisément à enrayer ce mouvement de socialisation de l'indemnisation et mettre fin au sentiment d'impunité qu'il charriait²⁷⁶⁸ alors que dans le même temps, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, dont les compétences se sont étendues au fil des textes²⁷⁶⁹, ne semblent pas réaliser pleinement l'objectif de solidarité nationale qui avait présidé à sa création²⁷⁷⁰.

1106. Au 1^{er} octobre 2020, seules quatre actions groupes de ce type semblent avoir été engagées²⁷⁷¹ et devant les seules juridictions judiciaires qui ne se sont pas encore prononcées sur le fond des requêtes. La première fut engagée par l'Association des parents d'enfants souffrant du syndrome de l'anticonvulsivant *Dépakine* (APESAC) qui, le 2 mai 2017, assigna la société Sanofi-Aventis France et son assureur devant

²⁷⁶² Comme l'a reconnu elle-même la Cour de justice des communautés européennes : « la directive, en établissant un régime de responsabilité civile harmonisé des producteurs pour les dommages causés par les produits défectueux, répond à l'objectif d'assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, de faciliter la libre circulation des marchandises et d'éviter les différences dans le niveau de protection des consommateurs » (CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes c. République Française*, aff. C-52/00, pt. 17).

²⁷⁶³ Art. L. 3111-9 du code de la santé publique.

²⁷⁶⁴ Art. L. 3122 1 code de la santé publique.

²⁷⁶⁵ Art. L. 1221-14 du code de la santé publique.

²⁷⁶⁶ Art. L. 1221-14 du code de la santé publique tel que modifié par l'article 72 par loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013

²⁷⁶⁷ Art. L. 1142-24-2 du code de la santé publique.

²⁷⁶⁸ Étude d'impact du projet de loi relatif à la santé, p. 173-174.

²⁷⁶⁹ En 2004, le législateur lui a ainsi transféré l'activité du Fond d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH), qui, à la suite de l'affaire du sang contaminé, avait été chargé d'indemniser les victimes de préjudices résultant de la contamination par le VIH causés par une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang réalisée en France (art. 119 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique), et imposé la charge d'indemniser les victimes de préjudices imputables aux vaccinations obligatoires ou aux mesures d'urgences pouvant être prescrites par le ministre chargé de la santé en cas de menace sanitaire grave (art. 115 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique). À cela s'est ajouté ensuite la réparation des dommages imputables directement à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée en application de mesures prises dans le cadre de l'emploi de la réserve sanitaire (art. 4 de la loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur) ainsi que la gestion des autres dispositifs d'indemnisation amiables précédemment évoqués.

²⁷⁷⁰ Sophie HOCQUET-BERG, « La solidarité nationale réduite à peau de chagrin », *Resp. civ. et assur.*, 2015, étude 2.

²⁷⁷¹ Pour leur part, les rapporteurs de la mission d'information sur le « bilan et les perspectives des actions de groupe » n'en comptabilisent que trois (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration général de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 17).

le tribunal de grande instance de Paris pour réclamer, à partir de l'exemple de quatorze familles²⁷⁷², l'indemnisation des préjudices subis par les familles dont les enfants ont été exposés *in utero* à la *Dépakine*. La deuxième action de ce type fut engagée par l'association Réseau d'entraide, de soutien, d'informations sur la stérilisation tubaire en France (R.E.S.I.S.T) qui, le 8 mars 2018, assigna devant le tribunal de grande instance de Paris la société Bayer HealthCare pour obtenir l'indemnisation des préjudices subis par les utilisatrices du dispositif médical de contraception définitive « Essure » qu'elle commercialisa en France jusqu'en septembre 2017²⁷⁷³. Enfin, l'association d'aide aux victimes des accidents des médicaments (AAAVAM) a annoncé avoir introduit deux actions de groupe, une première en novembre 2018 devant le tribunal de grande instance de Nanterre contre les laboratoires Sanofi et Grünenthal pour obtenir l'indemnisation des utilisatrices du neuroleptique « Agridal » et, le 7 juin 2019, une seconde action devant le tribunal de grande instance de Lille contre le laboratoire Bayer et la société Delpharm Lille pour obtenir l'indemnisation des victimes de l'« Androcur »²⁷⁷⁴. Force est alors de constater que l'action de groupe en matière de santé n'est pas parvenue à enrayer cette tendance à la « *socialisation* » de l'indemnisation, ou du moins qu'il n'est pas si aisé que cela d'ignorer le besoin d'une indemnisation rapide des victimes. Ainsi, dans l'affaire de la « Dépakine », l'entrée en vigueur de cette nouvelle action de groupe n'a pas empêché le législateur de mettre aussi en place un nouveau fonds d'indemnisation dédié pour les victimes²⁷⁷⁵ et, une partie d'entre elles, a ensuite obtenu du tribunal administratif de Montreuil la reconnaissance de la responsabilité - partielle - de l'Etat du fait d'un manquement dans l'exercice de sa mission de police sanitaire relative aux médicaments²⁷⁷⁶.

§3- La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle

1107. Le législateur ne s'est pas contenté, avec la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, de poser un cadre commun qui serait applicable à d'hypothétiques futures actions de groupe, mais il l'a immédiatement décliné dans trois nouveaux domaines aussi bien devant les juridictions judiciaires qu'administratives (A). Il a aussi mis en place devant les juridictions administratives une nouvelle forme d'action collective exclusivement applicable aux litiges naissant de rapport de droit public : l'action en reconnaissance de droits, dont le champ d'application apparaît toutefois lacunaire (B).

²⁷⁷² Au motif qu'elles ne sont pas encore, à ce stade de la procédure, des parties à l'instance, la société défenderesse n'a d'ailleurs pas pu obtenir devant le juge de la mise en état la copie de leurs mandats, des plaintes au pénal ou de procédures indemnitaires qu'elles avaient pu par ailleurs initier en dehors de l'action de groupe (TGI de Paris, 1^{ère} chambre, actions de groupe, 21 mars 2018, n° 17/07001).

²⁷⁷³ <https://www.resist-france.org/actions/actions-2018/>.

²⁷⁷⁴ AAAVAM, *Bulletin de liaison et d'informations*, n° 48, juillet 2020, p. 4.

²⁷⁷⁵ Articles L. 1142-24-9 à L1142-24-18 du code de la santé publique créés par l'article 150 de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017 (Sur ce fonds, V. Jean-Marie PONTIER, « Dépakine : un nouveau fonds », *AJDA*, 2016, p. 2065).

²⁷⁷⁶ TA de Montreuil, 2 juillet 2020, n°s 1704275, 1704392, 1704394.

A- Une approche globale des procédures d'action de groupe

1108. Dans le cadre de cette loi, le législateur a tenté de mettre de l'ordre dans l'extension de l'action de groupe avec un cadre commun devant les juridictions administratives et judiciaires. Tandis que l'approche sectorielle traduisait une forme de prudence à l'égard de cette procédure, le législateur semblait désormais convaincu de sa pérennité en optant ainsi pour une approche globale (1). Pour preuve, initialement circonscrit à la lutte contre les discriminations (2), le champ d'application de ce cadre commun s'est ainsi étendu au cours des débats à l'environnement (3) et à la protection des données personnelles (4).

1- La mise en place d'un cadre commun aux procédures d'action de groupe

1109. La mise en place d'un cadre commun à l'action de groupe devant le juge judiciaire et le juge administratif avait l'ambition d'éviter que le développement de cette procédure dans de nouveaux secteurs ne se fit de manière incohérente et se traduisît par une balkanisation des procédures. Pour ce faire, le législateur a posé, par ce cadre commun, des règles générales ayant vocation à s'appliquer aux différentes actions de groupe sous réserve des différentes dispositions spéciales qui pourraient les encadrer²⁷⁷⁷. Bien qu'il ait alors étendu l'objet de l'action, le législateur n'a en réalité pas véritablement innové en établissant ce cadre commun puisqu'il a repris les principales caractéristiques de la procédure qui avait été mise en place en matière de consommation et de santé, à savoir la possibilité pour certains groupements attributaires de la qualité pour agir d'introduire une action pour le compte d'un groupement relativement homogène²⁷⁷⁸ dont les intérêts auraient été lésés par le même manquement d'une personne à ses

²⁷⁷⁷ Pour les actions de groupes relevant du cadre commun, les règles applicables aux actions individuelles devant les juridictions administratives et judiciaires apparaissent ainsi comme des règles générales de second rang, c'est-à-dire qui n'ont vocation à s'appliquer à elles que sous réserve en premier lieu des dispositions spéciales et, en second lieu, des dispositions du cadre commun. La règle de conflit qu'il a posée s'inspirent ainsi de l'adage « *lex specialis derogat legi generali* » (Sur ce dernier V. notamment Aurélien SIRI, « des adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ*, 2009, p. 1781 ; Vincent CORREIA, « L'adage *lex specialis derogat generali* Réflexions générales sur sa nature, sa raison d'être et ses conditions d'application », in Société française pour le droit international, *Journée d'études de Lille. La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit le droit international contemporain*, Paris, A. Pedone, 2017, p. 29, et les références citées par ce dernier auteur dans la première note infrapaginale de l'article). Etrangement, le « cadre commun » de l'action de groupe devant les juridictions administratives est présenté comme une procédure d'action de groupe à part entière dans le rapport d'information rendu le 11 juin 2020 en conclusion des travaux de la mission d'information sur le « bilan et les perspectives des actions de groupe » (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 12).

²⁷⁷⁸ Certes, les dispositions relatives au cadre commun applicables devant les juridictions administratives et judiciaires ne mentionnent plus que la « similarité ». Toutefois, comme le firent remarquer certains parlementaires qui estimaient qu'il était superfétatoire de mentionner l'identité à côté de la similarité lors des débats sur la loi relative à la consommation, il est possible de considérer que la situation « similaire » englobe la situation « identique ». Sans recourir à une telle interprétation *a fortiori*, le résultat obtenu serait effectivement absurde puisqu'il faudrait considérer que l'action de groupe ne peut connaître des litiges dont le caractère sériel est le plus affirmé.

obligations légales ou contractuelles. Quoique leur normativité ait pu être mise en cause²⁷⁷⁹, ces dispositions visaient en réalité à assurer une meilleure prévisibilité, et par là même une meilleure qualité de la norme applicable dans le cadre des actions de groupe. Cet objectif semble toutefois d'emblée compromis.

1110. En premier lieu, il est regrettable sur le plan de la lisibilité que le cadre commun applicable devant le juge judiciaire n'ait pas été entièrement intégré dans le code de procédure civile, au motif qu'il ne serait pas entièrement de valeur réglementaire, et que la procédure d'action de groupe demeure ainsi éclatée entre plusieurs textes. Plus gênant encore, le législateur n'a pas souhaité intégrer l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence dans ce cadre commun, qui en reprend pourtant la structure s'agissant des actions avec un objet indemnitaire, arguant de sa prétendue « différence ». L'explication donnée dans l'étude d'impact n'était alors guère convaincante. Tandis que l'action de groupe en matière de consommation et concurrence aurait eu pour but de « créer une nouvelle voie procédurale » dans un domaine où les actions individuelles étaient sous-développées, celles applicables en matière de santé, d'environnement ou de discrimination visaient plutôt selon elle à « faciliter l'administration de la preuve et rationaliser [le] contentieux en permettant son unification par le biais d'une action collective » dans des domaines où « les actions en justice font déjà l'objet d'actions individuelles en raison de la nature des préjudices subis et de leur montant important »²⁷⁸⁰. Il s'agit d'une vision un peu étriquée, si ce n'est franchement réductrice, des différents obstacles que peut rencontrer l'effectivité du droit au recours. En effet, il est douteux que l'objectif de mise en œuvre du droit au recours effectif soit propre à l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence et que l'action de groupe ne constitue qu'un moyen de rationaliser le flux contentieux dans les autres domaines où elle viendrait à s'étendre, par exemple en matière de discrimination. Si les sommes en jeu sont effectivement plus élevées qu'en matière de consommation, les victimes ne sont pas pour autant enclines à saisir le juge, craignant par exemple d'éventuelles représailles. C'est d'ailleurs pour remédier à cette situation que l'action de groupe fut aussi déclinée dans ce domaine, l'étude d'impact soulignant elle-même « que le taux de recours à l'institution judiciaire ne reflète pas la réalité des discriminations en France »²⁷⁸¹. Finalement, l'étude d'impact accompagnant ce projet loi se contredit bien car, tout en justifiant ainsi l'exclusion de l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence du cadre commun, elle présentait l'action de groupe comme un « moyen d'amélioration de l'accès au droit et à la justice », et ce, quel que soit son domaine d'application²⁷⁸². En tout état de cause, il n'est pas évident de voir en quoi que ces deux objectifs que

²⁷⁷⁹ V. Saisine par 60 députés contre la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; Saisine par 60 sénateurs contre la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. L'étude d'impact accompagnant le projet de loi avançait elle que cette approche en termes de « cadre commun » permettrait notamment « de déterminer des modalités procédurales communes à toutes ces actions dans le code de procédure civile et du code de justice administrative » (Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 153).

²⁷⁸⁰ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 153.

²⁷⁸¹ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 173.

²⁷⁸² Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 154.

permet de poursuivre l'action de groupe, et qui ne sont d'ailleurs pas antagonistes, peuvent justifier l'inclusion ou l'exclusion dans le cadre commun dont l'objectif est simplement d'assurer une mise en cohérence des textes applicables. D'autant plus que les dispositions du cadre commun applicables aux actions de groupe avec un objet indemnitaires sont finalement largement inspirées de celles applicables en matière de concurrence et de consommation qui font ainsi office de matrice originelle.

1111. Enfin, la rédaction retenue pour déterminer le champ personnel de ce cadre commun est parfois maladroite. Ainsi, pour envisager les litiges dont serait susceptible de connaître le juge administratif dans le cadre des actions de groupe, le législateur ne mentionne que « le dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles »²⁷⁸³, là où les dispositions relatives au cadre commun devant le juge judiciaire retiennent une formulation plus large en se contentant d'évoquer « un dommage causé par une même personne »²⁷⁸⁴. Le problème ne vient pas ici de l'utilisation du singulier puisque, comme le montre l'exemple de l'action de groupe en matière de santé et le confirme la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, le législateur n'a pas entendu exclure qu'une pluralité de personnes puisse être mise en cause dans le cadre de ces actions de groupe en s'écartant ainsi de la rédaction qui avait été retenue pour l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence. Il vient plutôt de la formulation restrictive employée pour désigner les défendeurs potentiels dans le cadre des actions portées devant le juge administratif.

1112. En effet, il semble que le législateur ait repris la formulation utilisée dans le rapport *Bélaival* relatif à « l'action collective en droit administratif » et dans ses propositions de dispositions législatives et réglementaires inspirées de la formulation employée pour définir, notamment, le champ d'application du référé-liberté de l'article L. 521-2 du code de justice administrative et, surtout, le champ des destinataires potentiels des injonctions pouvant être prononcées pour l'exécution des décisions sur le fondement des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative²⁷⁸⁵. Or il est possible de s'interroger sur la pertinence de la reprise à l'identique de cette formulation qui fait coïncider le champ de l'action de groupe

²⁷⁸³ Art. L. 77-10-3 du code de justice administrative.

²⁷⁸⁴ Art. 62 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Ainsi, non seulement les dispositions relatives au cadre commun de l'action de groupe devant le juge administratif sont plus restrictives, mais elles se distinguent aussi en ce qu'elles n'insistent pas sur le fait qu'il doit s'agir de la même personne morale de droit public ou du même organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public.

²⁷⁸⁵ Cette formulation trouve son origine dans la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public telle que modifiée par le I de l'article 90 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social. En effet, en 1980, le législateur avait adopté une définition de l'administration restrictive sur le plan organique puisqu'elle laissait de côté les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public. Or, le Conseil d'État, lorsqu'il fut saisi de demandes d'astreinte à l'endroit de caisses de sécurité sociale, avait refusé de retenir une interprétation extensive de ces dispositions pour pallier cette omission (CE, Sect., 17 octobre 1986, *Martin*, n°s 59994 et 61142 ; CE, Sect., 17 octobre 1986, n° 63472). Cette formulation fut ensuite reprise par le législateur en 1995 (loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative) lorsqu'il voulut contraindre le juge administratif à surmonter son inhibition à prononcer des injonctions à l'égard de l'administration *lato sensu* et pallier l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun. Elle fut enfin réutilisée dans la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives qui confère au juge administratif du référé-liberté le pouvoir d'« ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale ».

devant le juge administratif avec celui de son pouvoir d'injonction. Certes, l'action de groupe peut avoir pour objet la cessation d'un manquement. Toutefois, une telle formulation ne rend pas compte de tous les litiges dont le juge administratif peut connaître, notamment en matière de responsabilité extracontractuelle.

1113. En dépit du caractère attractif que peut avoir la notion de service public pour la compétence du juge administratif, il semble qu'il y ait des angles morts avec une telle délimitation du champ de la procédure d'action de groupe. La notion de travaux publics, par exemple, ne fait pas intervenir cette notion de service public lorsqu'ils sont réalisés par des personnes privées. En effet, au sens de la jurisprudence *Commune de Monséguir*²⁷⁸⁶, il s'agit de travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'utilité générale. Certes, les victimes de travaux publics réalisés dans ces conditions peuvent mettre en cause une personne publique²⁷⁸⁷, mais pour remplir les conditions posées par le législateur encore faut-il que le manquement à l'origine du préjudice puisse être regardé comme lui étant imputable. Il semble donc que les dommages de travaux publics, dès lors qu'ils sont réalisés par des personnes privées, soient exclus du champ du cadre commun. Une telle exclusion est surprenante à plus d'un titre.

1114. En effet, historiquement il s'agit des premières hypothèses de dommages sériels ayant donné lieu aux premières tentatives de collectivisation des actions devant les juridictions administratives²⁷⁸⁸. En outre, cette exclusion des dommages de travaux publics n'est pas totale dans la mesure où des dommages résultant de travaux publics au sens de la jurisprudence *Effimieff*²⁷⁸⁹ semblent rentrer dans le champ de ce cadre commun applicable à l'action de groupe. Ces dispositions conduisent ainsi à un traitement procédural différencié des demandes d'indemnisation des préjudices résultant de dommages de travaux publics selon les modalités d'exécution de ces travaux sans que cela ne semble justifié.

1115. Néanmoins, les dispositions particulières organisant les différentes actions de groupe relevant du cadre commun - et dont peuvent connaître les juridictions administratives - écartent cette formulation trop restrictive s'agissant de la personne à laquelle le manquement est imputable. Ainsi, bien que le législateur se réfère à la maxime *lex specialis derogat generali* pour envisager les éventuelles antinomies entre les dispositions régissant le cadre commun et celles régissant les procédures d'actions de groupe qui en relèvent, celles qui organisent, par exemple, la procédure d'action de groupe en matière environnementale ne saurait être regardées comme spéciales par rapport à celles organisant le cadre commun de l'action de

²⁷⁸⁶ CE, 10 juin 1921, *Commune de Monséguir*, Rec. Lebon, p. 573.

²⁷⁸⁷ En effet, pour obtenir la réparation de dommages de travaux publics imputables à un entrepreneur agissant pour le compte d'une personne publique, les tiers victimes disposent d'un droit d'option pour mettre en cause la responsabilité de l'entrepreneur comme celle de la personne publique ayant la maîtrise d'ouvrage (CE, 17 mai 1963, *Commune Saint-Paul-de-Jarrat*, n° 54724 ; CE, Sect., 11 octobre 1968, *Allard*, Rec. Lebon p. 486). De plus, seule la personne publique ayant la maîtrise d'ouvrage peut être mise en cause s'il s'agit pour ces tiers d'obtenir l'indemnisation de la dépréciation de leur propriété à raison de la seule présence d'un ouvrage public « et indépendamment de son état d'entretien ou d'un éventuel vice de construction » (CE, 22 janvier 1964, *Établissements Houdry*, Rec. Lebon, p. 32).

²⁷⁸⁸ André BOSCH, « Des recours collectifs en droit public français », *RDP*, 1927, p. 351.

²⁷⁸⁹ TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, Rec. Lebon, p. 617.

groupe devant les juridictions administratives dans la mesure où leur champ d'application personnel est plus étendue²⁷⁹⁰.

2- La procédure générale et les procédures spéciales d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations

1116. La mise en place d'une action de groupe pour défendre les victimes de discrimination n'est guère surprenante tant elle semblait répondre à la même « nécessité sociale » qu'en matière de consommation et de concurrence. Elle apparaissait effectivement comme un moyen de pallier le sous-développement des recours individuels dans des litiges dont la dimension collective était d'ailleurs devenue encore plus prégnante avec l'introduction du concept de discrimination indirecte. Comme en matière de consommation, sa mise en place avait déjà été réclamée dans différents rapports, qui se limitaient ou non au domaine l'emploi, et fit même l'objet de propositions de loi²⁷⁹¹. En procédant d'emblée à la déclinaison du cadre commun en matière de lutte contre les discriminations alors même qu'il avait pu sembler quelque peu réticent par le passé²⁷⁹², le Gouvernement, n'a donc fait que s'arrimer à ce mouvement en synthétisant d'ailleurs - de son aveu même²⁷⁹³ - les précédentes propositions qui avait été faites en faisant adopter une

²⁷⁹⁰ Comme le rappelle Mme Christine Desnoyer, au nombre des conditions requises pour utiliser cette maxime, se trouvent, d'une part, l'existence d'un rapport de contradiction entre les deux règles de même valeur formelle et, d'autre part, l'existence d'un rapport de spécialité entre elles. Or, cette dernière condition signifie que le domaine d'application de la règle présentée comme spéciale doit être inclus dans celui de la règle présentée comme générale et non simplement le chevaucher (Christine DESNOYER, « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant*, Le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 al. 1er du code civil » in Fabienne PERALDI LENEUF, Sophie SCHILLER (dir.), *Les conflits horizontaux de normes Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Paris, Mare et Martin, coll. Droit public, 2015, p. 154-166).

²⁷⁹¹ Le 25 juillet 2013, une première proposition de loi « visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités », avait été déposée sur le bureau du Sénat par Mme Esther Benbassa et plusieurs de ses collègues, complétée, le 24 septembre 2013, par une proposition de loi organique relative aux pouvoirs du Défenseur des droits. Bien que cette proposition ne dépassât pas le stade de la Commission l'initiative fut soutenue - en partie - par le Défenseur des droits et l'idée d'une « action collective » afin de lutter contre les discriminations collectives en entreprise fut aussi avancée par le groupe de travail dirigé par Mme Laurence Pécaut-Rivolier dans son rapport (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *Rapport sur les discriminations collectives en entreprises. Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Paris, Ministère des droits des femmes, 2013, 165 p.). Elle fut surtout reprise à l'Assemblée nationale dans une autre proposition de loi qui, après reçu elle aussi l'appui du Défenseur des droits, fut adoptée en première lecture le 10 juin 2015, c'est-à-dire avant que le projet de loi justice 21 ne soit lui-même déposé sur le bureau du Sénat pour sa première lecture. Entre temps, la nécessité de mettre en place d'une telle action avait été de nouveau rappelée - par une partie d'ailleurs des sénateurs qui étaient à l'origine de la première proposition de loi avortée - dans un rapport d'information déposé au Sénat (Esther BENBASSA, Jean-René LECERF, *Rapport d'information n° 94 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale relatif à la lutte contre les discriminations*, enregistré à la Présidence du Sénat le 12 novembre 2014, 100 p.) et, pour ce qui concerne les discriminations en entreprise, par le groupe de dialogue présidé par M. Jean-Christophe Sciberras (Jean-Christophe SCIBERRAS (dir.), *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprises*, 13 mai 2015, 43 p.).

²⁷⁹² Dans sa lettre de mission datée du 30 octobre 2013, le Gouvernement, par l'intermédiaire du ministre du travail, de la garde des sceaux et de la ministre des droits des femmes, demandait plutôt au groupe de travail de chercher des alternatives à « l'action collective » en mettant en avant « la culture juridique et contentieuse différente » de la France. Une telle prévention à l'égard de cet instrument était assez surprenante dans la mesure où la loi relative à la consommation était alors en discussion. En réalité, c'était moins le principe de l'action collective que son extension « au contentieux de l'égalité des rémunérations » qui posait un problème. D'ailleurs, la lettre de mission précisait ensuite qu'il s'agissait de préserver l'équilibre des juridictions prud'homales et le rôle des syndicats dans la défense des intérêts de la profession.

²⁷⁹³ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 182.

procédure générale d'action de groupe (a) et deux procédures spéciales (b) en matière de lutte contre les discriminations.

a- La procédure générale d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations

1117. La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle a modifié la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations afin de permettre à certains groupements de défendre, tant devant les juridictions judiciaires qu'administratives, les intérêts de personnes physiques qui seraient victimes d'une discrimination - directe comme indirecte - fondée sur l'un des motifs visés par cette dernière²⁷⁹⁴ imputable à une même personne, privée comme publique. Dans le cadre de cette action générale, le législateur n'a entendu permettre aux groupements d'agir que pour le compte de personnes physiques alors même que les différents textes sur le fondement desquels ces discriminations peuvent être sanctionnées mentionnent aussi bien les personnes physiques que morales comme possibles victimes²⁷⁹⁵.

1118. En revanche, en comparaison des autres actions de groupe, les conditions tenant à la composition du groupe défendu semblent moins strictes puisque le législateur n'a pas expressément repris la condition tenant à l'homogénéité des situations, dont la transposition en matière de discrimination avait pu être contestée lors des débats sur la proposition *Le Roux-Hammadi* à l'Assemblée nationale. En réalité, le législateur impose cette homogénéité à travers, d'une part, l'unicité du manquement et, d'autre part, la définition de ses éléments constitutifs. En effet, le groupe défendu doit avoir été victime d'une seule et même discrimination directe ou indirecte qui soit fondée sur le même motif, en l'occurrence l'un de ceux énumérés par l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. Cela n'empêche pas de lutter contre les discriminations croisées dont serait victime un groupe de personnes mais de défendre, par une seule et même action, les intérêts de personnes qui auraient été victimes de discriminations fondées sur des motifs différents. C'est donc le motif de la pratique discriminatoire qui va conférer son homogénéité au groupe au nom duquel l'action est introduite.

1119. Dans une certaine mesure, cette homogénéité du groupe est aussi assurée, tant sur le plan factuel que juridique, par l'existence de procédures spéciales d'action de groupe dont le champ d'application personnel est exclusif et qui empêche, par exemple, qu'un groupement puisse mettre en cause, par une

²⁷⁹⁴ Les motifs de discrimination ont d'ailleurs été toilettés pour l'occasion.

²⁷⁹⁵ Il en va ainsi du second alinéa de l'article 225-1 du code pénal, bien qu'il soit inséré dans un chapitre intitulé « des atteintes à la dignité de la personne ». Quant à la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, si elle se contente de mentionner sans distinction les « personnes », le seizième considérant de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique - qu'elle avait notamment pour objet de transposer - mentionnait aussi les personnes morales parmi les possibles victimes d'une discrimination. Dans un cas comme dans l'autre, les discriminations prohibées restent toutefois motivées par la situation des personnes physiques la composant ou d'une partie d'entre elles.

seule et même action, une entreprise qui aurait des pratiques discriminatoires à l'égard tant de ses clients que dans sa politique d'embauche.

b- Les procédures spéciales d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations

1120. Si le Gouvernement a décidé de ne pas circonscrire l'action de groupe au domaine de l'emploi dans le projet de loi initial, il a en revanche estimé qu'il convenait de tenir compte de ces spécificités que le rapport *Pécaut-Rivolier* avait pu mettre en avant, en mettant en place une procédure spéciale d'action groupe faisant la part belle à la négociation collective et aux organisations syndicales.

1121. Intitulée « action de groupe en matière de discriminations dans les relations relevant du code du travail », cette procédure spéciale applicable devant les juridictions judiciaires ne permet pas de défendre uniquement les intérêts de salariés victimes de mêmes pratiques discriminatoires de la part d'un employeur privé ou public²⁷⁹⁶ qui seraient fondées sur le même motif mais aussi, plus largement, ceux de candidats à l'emploi, à un stage ou à une période de formation. Estimant qu'il était regrettable qu'une telle action spéciale n'existât pas pour permettre de faire cesser ou de réparer les conséquences des pratiques discriminatoires que l'administration peut commettre en qualité d'employeur et dont seules les juridictions administratives sont compétentes pour connaître, les sénateurs proposèrent d'insérer des dispositions équivalentes dans le code de justice administrative. C'est ainsi que vit le jour une autre procédure spéciale permettant à des groupements de défendre devant le juge administratif les intérêts d'agents publics et de candidats à l'emploi, à un stage ou à une période de formation victimes de pratiques discriminatoires fondées sur le même motif. Telle qu'elles sont organisées, ces différentes actions de groupe spéciales ne permettraient toutefois pas de défendre l'ensemble des agents publics ou des salariés victimes de discrimination.

1122. Ainsi, dans la mesure où, pour la mise en œuvre de l'« action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail », les dispositions du code du travail ne visent que le comité social et économique²⁷⁹⁷ comme institution représentative du personnel devant être

²⁷⁹⁶ En effet, pour décrire les manquements susceptibles de justifier l'introduction d'une action, le code du travail renvoie à des dispositions - en l'occurrence celles de l'article L. 1131-1 du code du travail - applicables aux établissements publics industriels et commerciaux (art. L. 1311-1 du code du travail) qui entretiennent en principe des relations de droit privé avec leurs agents. L'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail ne permet donc pas seulement de mettre en cause des employeurs privés.

²⁷⁹⁷ Dans sa version initiale, l'article L. 1134-9 du code du travail ne mentionnait que « le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ». Or, ces dispositions ont été modifiées par l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales qui fusionnent les anciennes instances représentatives - en l'occurrence le comité d'entreprise, le délégué du personnel, ainsi que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou la délégation unique du personnel - au sein « comité social et économique ». Néanmoins, pour mettre en œuvre la procédure d'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail, il convient de tenir compte des dispositions régissant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, tel qu'en partie modifiées par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 la ratifiant. En effet, elles réservent la possibilité, en fonction du calendrier électoral de chaque entreprise, de maintenir ces anciennes institutions représentatives du personnel jusqu'au 31 décembre 2019. Ainsi, pendant cette période

consultée par l'employeur après sa mise en demeure, sans considération aucune pour celles qui en tiendraient simplement lieu, elles rendent l'applicabilité de cette procédure tribunaire de l'existence d'une telle institution représentative. Or, à l'instar des institutions représentatives auxquelles le comité se substitue, sa mise en place dans l'entreprise n'est obligatoire qu'à partir d'un certain effectif, en l'occurrence au moins onze salariés pendant douze mois consécutifs²⁷⁹⁸. Ainsi, en ne mentionnant pas les commissions paritaires régionales interprofessionnelles, qui furent instituées pour pallier précisément l'absence d'obligation légale de représentation du personnel dans les très petites entreprises, les dispositions du code du travail laisse déjà de côté l'ensemble de ces salariés. À cet égard, il ne saurait être objecté que le nombre relativement faible de victimes d'un même manquement dans le cadre d'une très petite entreprise rend de toute façon inutile l'action de groupe dans la mesure où celle-ci ne sert pas simplement à endiguer un nombre important de requêtes sérielles, comme en témoigne d'ailleurs l'absence de seuils quantitatifs relativement au groupe à protéger, mais permet aussi aux victimes de surmonter les obstacles d'ordre financiers ou psychologiques qu'elles pourraient rencontrer pour exercer leur droit au recours. Rien ne permet de penser que l'effectivité du droit au recours des salariés de très petites entreprises soit déjà mieux garantie que celle d'autres salariés qui seraient potentiellement victimes de discriminations. Le champ d'application de l'action de groupe pourrait d'ailleurs pâtir - à la marge - du durcissement de la règle de décompte du seuil au-delà duquel la mise en place de cette instance représentative est obligatoire depuis l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017²⁷⁹⁹.

1123. Même au-delà de ce seuil d'effectif, la présence de ce comité - et par là même l'applicabilité de cette procédure - n'est pas non plus garantie. Le champ de la procédure spéciale d'action de groupe pourrait ainsi être indirectement affecté par la possibilité d'instituer un « conseil d'entreprise »²⁸⁰⁰ qui est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement et, surtout, récupère toutes les attributions du comité social et économique²⁸⁰¹. Dans le même ordre d'idées, en ne se référant qu'au comité social et économique, le législateur a oublié ces salariés qui sont employés dans des conditions de droit privé par des établissements publics ou des entreprises publiques à statut ayant mis en place des institutions représentatives *ad hoc*²⁸⁰².

transitoire, la procédure d'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail est susceptible de prendre plusieurs formes.

²⁷⁹⁸ Art. L. 2311-2 du code du travail.

²⁷⁹⁹ En effet, l'effectif de onze salariés devait, auparavant, avoir été atteint pendant au moins douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes.

²⁸⁰⁰ Au terme d'un accord d'entreprise majoritaire - ou d'un accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical (art. L. 2321-2 du code du travail).

²⁸⁰¹ Art. L. 2321-1 du code du travail.

²⁸⁰² Il en va ainsi, par exemple, des agents de droit privé employés par les Agences régionales de santé qui sont, avec les fonctionnaires, les agents de droit public et les agents contractuels de droit public, représentés au sein de comités d'agence exerçant tant les compétences des comités techniques paritaires que celles des anciens comités d'entreprise (art. L. 1432-11 code de la santé publique) ou des agents de droit privés de la Poste dans la mesure où les personnels de la Poste, indépendamment de leur statut, sont dans leur ensemble représentés au sein de comités techniques (art. 31 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom ; décret n° 2011-1063 du 7 septembre 2011 relatif aux comités techniques de La Poste).

1124. S'agissant d'ailleurs des personnels statutaires d'entreprises publiques - dont les relations avec leur employeur ne relèvent pas entièrement du code du travail -, la procédure spéciale d'action de groupe se heurte aussi aux limites de la compétence du juge judiciaire. En effet, bien qu'il s'agisse - en principe - de salariés de droits privé, il faut réserver les hypothèses dans lesquelles la discrimination alléguée trouverait sa source dans les règles organisant le service public auquel participerait l'entreprise en question²⁸⁰³, dans les dispositions statutaires applicables à ses agents ou encore dans la réglementation interne les complétant²⁸⁰⁴. Certes, dans le cadre de la jurisprudence *SCEA du Chéneau*²⁸⁰⁵, le juge judiciaire peut très bien apprécier la légalité de tels actes par voie d'exception²⁸⁰⁶. Il est toutefois douteux qu'il s'estime alors compétent pour connaître d'une telle action qui, tournée en priorité vers la cessation d'un manquement, pourrait même être regardée comme rentrant dans le champ de compétence exclusif de la juridiction administrative délimité par le Conseil constitutionnel²⁸⁰⁷.

1125. La procédure d'action de groupe en matière de discrimination « imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative » ne serait pas d'un grand secours pour ces personnels puisqu'eu égard aux dispositions relatives à la qualité pour agir des groupements et aux manquements susceptibles d'être sanctionnés, son champ d'application s'avère tout aussi lacunaire.

1126. En premier lieu, la défense des intérêts des agents est réservée aux organisations syndicales de fonctionnaires représentatives « au sens du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires » et aux syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire ce qui, couplé à une probable exigence d'adéquation²⁸⁰⁸, revient à exclure les agents - à l'exception évidemment des magistrats de l'ordre judiciaire - qui ne sont pas régis directement ou indirectement par ce statut général. Tout au plus, cette action de groupe spéciale trouverait à s'appliquer si elle est conduite par une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap, c'est-à-dire pour défendre les candidats à un emploi ou à un stage.

1127. En outre, en exigeant, comme devant le juge judiciaire, que la discrimination soit imputable « à un même employeur », la loi n'a pas tenu compte des hypothèses de dissociation organique entre l'employeur et l'auteur du statut que connaissent une partie des personnels statutaires des entreprises et

²⁸⁰³ TC, 15 décembre 2008, *Kim c. Etablissement français du sang*, n° 3652 ; TC, 15 décembre 2008, *Voisin c. RATP*, n° 3662.

²⁸⁰⁴ CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 janvier 2012, *Berthé*, n° 350529 ; Soc., 23 mai 2012, n°s 11-11.551, 11-19.331, 11-11.612, 11-13.017, 11-14.301 et 11-19.009 ; CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 23 juillet 2012, *Electricité de France*, n° 347088 ; CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 17 juin 2014, n° 368867.

²⁸⁰⁵ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau c. INAPORC et M. Cherel et autres c. CNIEL*, n°s 3828-3829, Rec. Lebon, p. 698.

²⁸⁰⁶ Avant même que le Tribunal des conflits n'arrête cette position, la Chambre sociale de la Cour de cassation estimait qu'elle était compétente pour apprécier par voie d'exception la compatibilité de telles dispositions statutaires, en l'occurrence celles applicables aux personnels de la Régie autonome des transports parisiens (RATP), avec le principe communautaire d'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins en matière d'emploi et de travail tel qu'il résultait alors de l'article 141 § 4 du Traité instituant la Communauté européenne et de la directive n° 76/207/CEE du 9 février 1976 (Soc., 18 décembre 2007, n° 06-45.132).

²⁸⁰⁷ CC, n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. n° 103 ; CC, n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, cons. n° 31.

²⁸⁰⁸ Cf. *Infra*, n° 1349-1367.

des établissements publics²⁸⁰⁹ mais surtout, pour ce qui concerne cette procédure spéciale devant les juridictions administratives, les agents des fonctions publiques territoriales et hospitalières. Or, pour ces personnels, cela revient à neutraliser cette action de groupe spéciale lorsqu'il s'avère que la discrimination alléguée trouve sa source dans des dispositions statutaires.

1128. Dans l'ensemble des hypothèses précédemment évoquées, il resterait possible pour ces salariés et les agents publics de se tourner, à titre supplétif, vers l'action générale en matière de discrimination dont peuvent être saisies les juges judiciaires et administratifs. Le législateur ne s'est toutefois pas contenté de définir le champ d'application de cette procédure générale négativement par rapport à celui des procédures spéciales, de façon à y inclure tous ces angles morts. Il a choisi de se référer à la qualité du défendeur dans ces dernières, c'est-à-dire celle « d'employeur »²⁸¹⁰. Autrement dit, la procédure générale ne permettrait pas d'intervenir dans les relations entre les employeurs et leurs salariés ou agents, quand bien même celles-ci ne seraient pas couvertes par les procédures spéciales d'action de groupe. Tout au plus, elle permettrait donc de prendre en compte la situation de ces agents dont le statut n'a pas été édicté par leur employeur.

1129. Du reste, même si cette procédure générale permettrait de combler tous ces angles morts, force est de constater que ses conditions de mises en œuvre ne seraient pas optimales puisque ces salariés ou ces agents ne pourraient alors compter sur le soutien éventuel que d'une association régulièrement déclarée depuis cinq ans au moins intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap ou d'une associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'un intérêt lésé par la discrimination en cause²⁸¹¹, ce qui exclut les organisations syndicales représentatives qui se seraient donné pour objet de défendre leurs intérêts.

1130. Au niveau des conditions relatives à l'homogénéité des groupes et des éléments constitutifs du manquement, c'est l'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations dans les relations relevant du droit de travail qui se rapproche le plus de la procédure générale d'action de groupe. En effet, pour décrire le manquement et les motifs discriminatoires, le code du travail renvoie à son article 1132-1 dont la rédaction a été harmonisée avec celle de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

²⁸⁰⁹ À cet égard, il semble qu'il faille réserver les hypothèses dans lesquelles les statuts ont été « édictés par les entreprises publiques » (Christian GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 175, 1996, p. 67-77), ce qui est aujourd'hui le cas, par exemple, pour les personnels statutaires d'établissements publics comme la RATP (décret n° 60-1362 du 19 décembre 1960 créant une commission mixte chargée d'élaborer le statut du personnel de la Régie autonome des transports parisiens) ou encore d'une personne publique *sui generis* comme la Banque de France (art. L. 142-9 du code monétaire et financier). Dans un premier temps, les dispositions statutaires sont élaborées par des organes de la personne morale employant ces personnels, puis ils font l'objet d'une approbation ministérielle qui, en tant qu'acte de tutelle, constitue un acte administratif distinct qui ne les incorpore pas (CE, Ass., 8 janvier 1971, *URSAFF des Alpes-Maritimes*, Rec. Lebon, p. 191).

²⁸¹⁰ II de l'article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : « Le présent article n'est toutefois pas applicable à l'action de groupe engagée contre un employeur qui relève, selon le cas, du chapitre IV du titre III du livre Ier de la première partie du code du travail ou du chapitre XI du titre VII du livre VII du code de justice administrative ».

²⁸¹¹ I de l'article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Néanmoins, il aurait peut-être été préférable que cette procédure spéciale d'action de groupe se démarquât aussi de la procédure générale sur ce point. Par ce renvoi au seul article L.1132-1 du code du travail, elle laisse de côté tout un pan du chapitre du code du travail consacré au « principe de non-discrimination » qui cible des motifs discriminatoires propres au domaine de l'emploi, notamment les discriminations en raison de « l'exercice normal du droit de grève »²⁸¹². Quant aux dispositions du code de justice administrative, si elles visent le même manquement et reprennent les conditions implicites tenant à l'homogénéité du groupe, elles n'enferment toutefois pas l'action de groupe dans une liste de motifs. Ainsi, ironie de l'histoire, le droit de grève des agents publics ressort mieux protégé que celui des salariés de droit privé.

1131. L'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations est pour l'instant la seule à avoir été employée - et seulement d'ailleurs à trois reprises - devant les juridictions administratives sans que cela fut concluant pour les groupements requérants puisque les actions de groupe en matière de discrimination « imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative » engagées par le syndicat *Alternative Police CFDT*²⁸¹³ et *Syndicat de personnel d'encadrement de la Ville de Lyon et organismes rattachés*²⁸¹⁴ se sont toutes les deux conclues par un rejet sans même que les juridictions saisies ne prononcent sur le fond de leurs prétentions et l'action générale de lutte contre les discriminations engagée par l'association promotion de défense des étudiants - qui était la première action de groupe introduite devant une juridiction administrative - s'est quant à elle soldée par un désistement de sa part²⁸¹⁵.

²⁸¹² Art. L. 1132-2 du code du travail. L'exercice régulier du droit de grève ne saurait être confondu avec les « activités syndicales » évoquées à l'article L. 1132-1 du code du travail, sauf à considérer qu'il faut être syndiqué pour exercer son droit de grève.

²⁸¹³ TA de Paris, 7 mars 2019, *Alternative Police CFDT*, n° 816174. Le tableau de suivi des « actions collectives » disponible sur le site Internet du Conseil d'Etat date – à tort – le jugement du 7 mars 2018. En l'espèce, le syndicat réclamait, en premier lieu, que soit mis fin à la discrimination en raison de l'appartenance syndicale que subiraient ses adhérents dans leur carrière et leur avancement par rapport aux agents appartenant à des syndicats mieux représentés et, une fois l'existence de cette discrimination constatée, l'indemnisation des préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux qu'ils auraient subi en raison de cette discrimination (<https://www.alternativepn.fr/des-policiers-lancent-une-action-de-groupe-pour-discrimination>).

²⁸¹⁴ TA de Lyon, 29 avril 2019, *Syndicat de personnel d'encadrement de la Ville de Lyon et organismes rattachés*, n° 1806281. Le syndicat réclamait au tribunal, en premier lieu, qu'il soit mis fin à la discrimination indirecte en raison du sexe que subiraient les agents appartenant au cadre d'emploi des éducateurs enfants dans l'organisation de leur régime indemnitaire. Il avançait alors que le montant des primes et indemnités versés à ces personnels, qui sont à près de 98 % des femmes, était inférieur de 50 % à celui versé aux techniciens territoriaux, c'est-à-dire à des personnels appartenant à un cadre d'emploi comparable qui, eux, sont à près de 70 % des hommes. Outre l'alignement du régime indemnitaire des éducateurs de jeunes enfants des services municipaux sur celui des techniciens territoriaux, le syndicat réclamait que les agents appartenant à ce cadre d'emploi fussent indemnisés du manque à gagner sur les compléments de traitement servis aux éducateurs jeunes enfants par rapport aux techniciens territoriaux.

²⁸¹⁵ TA de Bordeaux, 25 janvier 2019, *Association promotion de défense des étudiants*, n° 1804379. L'association mettait alors en cause l'inégalité de traitement devant le service public qu'auraient subis les étudiants qui, « titulaires d'un diplôme de premier cycle ouvrant droit à l'inscription dans une formation de diplôme de premier cycle » – ce qui est apparemment une erreur de plume dans le tableau des actions collectives fourni sur le site Internet du Conseil d'Etat puisqu'il faudrait plutôt lire « deuxième cycle » –, n'ont « reçu aucune proposition de formation du rectorat compétent au titre des années 2017/2018 et 2018/2019 ou n'ont pas pu s'inscrire sur le site internet « trouvermonmaster.gouv.fr » en vue de cette proposition ». Une telle inégalité d'accès trouvait alors sa source, selon les termes de l'avocat de l'association repris par le tableau du Conseil d'Etat, dans la « faute de service » que l'Etat aurait commis « en instaurant d'autres conditions que celles établies par le décret n° 2017-83 du 25 janvier 2017 relatif aux conditions dans lesquelles les titulaires du diplôme national de licence non admis en première année d'une formation de leur choix conduisant au diplôme national de master se voient proposer l'inscription dans une formation du deuxième cycle » (V. <https://consultation.avocat.fr/blog/florent-verdier/art.-23078--selection-master-que-faire-en-cas-d->

1132. Le bilan devant les juridictions judiciaires n'est pour l'instant guère plus concluant puisqu'il semble que seulement trois actions aient été engagées « en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail »²⁸¹⁶, dont une n'aurait pas encore dépassé la phase précontentieuse imposée pour ce type de procédure²⁸¹⁷.

1133. La première fut engagée contre la société Safran Aircraft Engines par la Fédération de la métallurgie CGT qui, s'appuyant sur la situation de 34 représentants du personnels CGT employés dans sept sites de la société, estime que les salariés exerçant une activité syndicale subiraient une discrimination « systémique » au sein de la société. La Fédération dénonce notamment l'insuffisance des outils conventionnels de suivi des carrières applicables au sein de la société²⁸¹⁸ qui, au regard des critères de comparaison et des méthodes de calcul qu'ils retiennent, ne permettrait pas de garantir l'absence de discrimination syndicale des salariés élus et mandatés qui lui sont affiliés²⁸¹⁹. Les négociations ayant échoué, le syndicat assigna donc la société devant le tribunal de grande instance de Paris aux fins d'obtenir la cessation de la discrimination alléguée et la réparation des préjudices individuels qui ont pu en résulter²⁸²⁰. Il a aussi saisi le Défenseur des droits qui déposa le 13 mai 2019 des observations devant le

[absence-d-inscriptions.html](#)). Dans la présentation que son conseil faisait de cette action, dont la recevabilité était de toute façon assez douteuse, c'est alors moins la cessation du manquement, pourtant prioritaire dans ce cadre pour le législateur, que l'indemnisation des membres du groupe - et, plus précisément, de leur « préjudice de carrière » et leur « préjudice moral » - qui semblait constituer son intérêt principal pour l'association requérante.

²⁸¹⁶ Pour leur part, les rapporteurs de la mission d'information sur le « bilan et les perspectives des actions de groupe » n'en comptabilisent qu'une (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 24).

²⁸¹⁷ Cf, *Infra*, n° 1383-1388.

²⁸¹⁸ En l'occurrence, l'article 17 de l'accord du groupe Safran sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2006, qui fut d'ailleurs unilatéralement modifié au travers d'une note du directeur des relations sociales du groupe à l'attention des coordinateurs syndicaux en date du 12 janvier 2012, et l'article 6.2 de l'accord applicable au sein de l'entreprise Safran Aircraft Engines sur le droit syndical et les institutions représentatives en date du 30 janvier 2009.

²⁸¹⁹ Le syndicat réclamait alors qu'il soit fait application des critères et des modalités de comparaison employés dans le cadre de la méthode de triangulation appelée « méthode Clerc », qui est une méthode de comparaison portant le nom de l'un de ses adhérents, en l'occurrence M. François Clerc, mais qui est employée par d'autres organisations syndicales, et à laquelle les juridictions peuvent parfois se référer, pour détecter et réparer les discriminations syndicales ou les discriminations sur d'autres motifs dans le cadre des relations de travail (Sur cette « méthode Clerc », V. « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT. », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1190, 15 novembre 2004, p. 6)

²⁸²⁰ Dans le cadre de ses conclusions aux fins de cessation, le syndicat réclame alors que plusieurs mesures soient imposées à la société, à savoir « une injonction générale à la société de faire tout ce qui est possible et nécessaire pour mettre fin aux situations de discrimination ; une injonction plus spécifique à la société de mettre en place les outils adéquats (politiques, pratiques et programmes visant à mettre un terme à la discrimination syndicale à l'encontre des élus et mandatés CGT) ; une demande d'élaboration par la société d'un indicateur partagé. Ce type d'indicateur permet d'apprécier par tranche d'âge, la rémunération et la qualification des salariés et des mandatés, selon les modalités préconisées dans la proposition n° 15 du rapport du groupe de dialogue inter partenaires sur la lutte des discriminations en entreprise du 13 mai 2015 et reprises dans le rapport du CESE de juillet 2017 ; une obligation faite à la société de prendre un certain nombre de mesures telles que l'organisation de formations spécifiques et partagées sur le fait syndical, la mise en place d'un logiciel de paye non pénalisant dans la gestion des heures de délégation, la communication sur les écrans numériques mis à disposition sur les lieux de travail et d'accueil, à diffusion régulière, fréquente et quotidienne, d'un sujet vidéo sur l'importance du fait syndical et sur l'interdiction des discriminations, dont le contenu sera validé par la CGT ». Les conclusions indemnitaires, quant à elles, n'ont pas vocation à profiter à l'ensemble des salariés exerçant une activité syndicale au sein de la société mais seulement à ceux affiliés à la CGT puisque le syndicat « demande au juge de définir le groupe des discriminés comme étant celui des salariés et anciens salariés de la société Safran Aircraft Engines élus ou mandatés sous l'étiquette CGT et de fixer le délai dans lequel les personnes répondant aux critères de rattachement de ce groupe peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice à 24 mois » (Marjorie CARO, Françoise CHAMPEAUX, « La première action de groupe devant le TGI de Paris », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1809, 3 avril 2018, p. 6).

tribunal pour soutenir tant la recevabilité de son action que son analyse de la discrimination²⁸²¹. La deuxième action en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail sur laquelle les juridictions vont être amenées à se prononcer est celle que le syndicat Sud-Rail a entamé le 28 mars 2017 contre la SNCF alléguant de la discrimination indirecte dont souffriraient les salariés handicapés dans le déroulement de leur carrière et leur rémunération²⁸²². Le nouvel accord collectif handicap proposé par la société ne l'ayant pas satisfait, le syndicat annonça donc, à la suite de son conseil fédéral des 21 et 22 novembre 2017, avoir décidé d'entamer la phase juridictionnelle de l'action de groupe devant le tribunal de grande instance de Bobigny²⁸²³. Enfin, la troisième action de groupe de ce genre, qui elle ne semble pas avoir encore dépassé le stade de la phase pré-juridictionnelle, est celle que la CGT-Caisse d'épargne Ile-de-France a annoncé avoir engagée le 4 juin 2019 contre la Caisse d'épargne Ile-de-France pour faire cesser la discrimination dont souffrirait le personnel féminin au sein de la société dans le déroulement de sa carrière et de sa rémunération²⁸²⁴.

1134. Les observations formulées le 13 mai 2019 par le Défenseur des droits dans le cadre de l'affaire Safran Aircraft Engines invitent à s'interroger sur l'usage qui pourrait être fait de l'action de groupe dans le domaine de la lutte contre les discriminations. En effet, il voyait dans cette affaire et surtout dans le mécanisme action de groupe un moyen d'obtenir la reconnaissance de la notion de discrimination « systémique »²⁸²⁵.

1135. De prime abord, les contours de cette notion - cantonnée ici au domaine de l'emploi – et son intérêt par rapport à celle de discrimination « indirecte » ne sont pas évidents à saisir. Le rapport *Pécaut-Rivolier*, que le Défenseur des droits prend comme référence pour la définir²⁸²⁶, considérerait justement que « c'est cette discrimination systémique que le droit européen, puis le droit français, ont tenté d'appréhender avec la notion de « discrimination indirecte », dont l'apport principal est de « penser la discrimination (...) également comme le résultat d'une situation sociale »²⁸²⁷. Pour Mme Nathalie Ferré, ces deux notions ne se confondraient toutefois pas, même si elle reprend aussi la définition du rapport *Pécaut-Rivolier* et qu'elle estime que l'une comme l'autre « résulte d'un processus et non d'une mesure

²⁸²¹ Le Défenseur des droits va même jusqu'à expliciter - semble-t-il - les conclusions aux fins de cessation du syndicat requérant en demandant à la juridiction de relever d'office la nullité des stipulations litigieuses et de les écarter (Défenseur des droits, décision n° 2019-109 du 13 mai 2019, p. 24).

²⁸²² « La SNCF visée par une action de groupe pour discrimination », *Liaisons sociales Quotidien - L'actualité*, n° 17443, Section Acteurs, débats, événements, 9 novembre 2017, p. 6.

²⁸²³ <https://sudrail.fr/Action-de-groupe-contre-la-discrimination-des-Travailleurs-Handicapes-dans-les>.

²⁸²⁴ <http://www.egalite-professionnelle.cgt.fr/premiere-action-de-groupe-contre-la-discrimination-envers-les-femmes-dans-une-entreprise-privée/>.

²⁸²⁵ DD, décision n° 2019-109 du 13 mai 2019, p. 25.

²⁸²⁶ La « discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre... Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : les stéréotypes et préjugés sociaux, la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories, la sous-évaluation de certains emplois, la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. *A fortiori*, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories ».

²⁸²⁷ Laurence PECAUT-RIVOLIER, *rapport.précit.*, p. 28.

patronale assumée (en principe) »²⁸²⁸. Il semble alors que pour l'auteure, ce soit tantôt l'approche sociologisante qu'impose son identification qui permettrait de la distinguer, mais elle peut après tout se retrouver aussi avec la notion discrimination indirecte, tantôt – puisque ce n'est pas nécessairement la même chose – son caractère multi-critériel qui conduit à faire appel au concept d'intersectionnalité, ce qui n'en ferait toutefois qu'une espèce de discrimination indirecte ou même directe, tantôt – parce que ce n'est pas non plus la même chose – son caractère multifactoriel, c'est-à-dire le fait qu'elle procède justement de plusieurs causes, d'un « système ». C'est alors en tant que discrimination multifactorielle, qui peut d'ailleurs très bien être aussi multi-critérielle, qu'elle apparaît ainsi parfois dans certaines définitions comme transcendant justement la distinction entre les discriminations directes et indirectes, dans la mesure où elle peut procéder d'une combinaison des deux²⁸²⁹, et c'est bien cette définition que le Défenseur des droits semble en réalité faire sienne pour relever l'existence d'une telle discrimination dans ses observations du 13 mai 2019²⁸³⁰ et valoriser l'utilité de l'action de groupe. Néanmoins, si l'exercice d'une action de groupe permet éventuellement de mettre en lumière ce caractère systémique d'une discrimination collective, elle n'est pas la seule et sa mise en œuvre n'en demande pas tant.

1136. Elle n'est pas la seule car le Défenseur des droits a finalement pu obtenir la reconnaissance de cette notion dans la motivation du jugement que le conseil de prud'hommes de Paris rendit le 17 décembre 2019 dans l'affaire dite du « chantier Breteuil-Ségur »²⁸³¹ et qui fut rendu à la suite d'une simple agrégation d'actions en défense d'intérêts personnels.

1137. De plus, l'action de groupe n'est sans doute pas la voie de droit la plus adéquate pour mettre à jour l'existence d'une telle discrimination. En effet, sa mise en œuvre impose au contraire d'isoler, au sein de ce « système », un acte qui, imputable à la personne mise en cause, puisse être qualifié de discrimination directe ou indirecte et regardé comme le fait générateur - directe ou indirecte mais unique - des préjudices subis par plusieurs personnes. En outre, aux termes du II de l'article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, le manquement ainsi isolé doit être antérieur à l'entrée en vigueur de cette loi. Pourtant, le Défenseur des droits estimait lui, dans l'avis qu'il rendit le 5 février 2020 après son audition par la mission d'information de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, qu' « une même action de groupe peut aussi porter sur le produit de politiques

²⁸²⁸ Nathalie FERRE, « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique », *Rev. trav.*, 2020, p. 178.

²⁸²⁹ V. par exemple, Marie MERCAT-BRUNS, Emmanuelle BOUSSARD-VERRECCHIA, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », *Rev. trav.*, 2015, p. 660 ; Marie-Thérèse LANQUETIN, « Discrimination », *Répertoire Dalloz du droit du travail*, § 76.

²⁸³⁰ DD, décision n° 2019-109 du 13 mai 2019, p. 36.

²⁸³¹ Conseil de prud'hommes de Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051 ; V. aussi les observations formulées par le Défenseur des droits dans cette affaire : Défenseur des droits, décision n°2019-108 du 19 avril 2019. Etrangement, le Défenseur des droits, qui dans ses observations du 13 mai 2019 n'hésitait pas à présenter l'arrêt que la cour d'appel de Paris avait rendu dans l'affaire des cheminots marocains (CA de Paris, 31 janvier 2018, n° 15/11920) comme une première reconnaissance et sanction d'une discrimination systémique même si la motivation de l'arrêt n'emploie effectivement pas cette notion, n'en disait alors rien dans ses observations du 19 avril 2019 et se contentait d'évoquer la jurisprudence canadienne (pour d'autres reconnaissances implicites, V. Marie MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, consulté le 19 avril 2019).

complexes ou encore sur un groupe de personnes discriminées au sein d'une même entité juridique présentant une variété de situations discriminatoires »²⁸³². Dans ce même avis, il expliquait – en précisant alors ce qu'il disait dans ses observations du 13 mai 2019 - que « l'intérêt de cette qualification juridique est de permettre au droit d'être un levier pour la reconnaissance de la réalité dynamique des discriminations », de « caractériser la complexité de leur cumul dans une dimension sociologique pouvant être repérée grâce aux outils diagnostiques du droit »²⁸³³.

1138. En réalité, lorsqu'un seul agissement constitutif d'une discrimination directe ou indirecte est déjà constaté comme cela peut être le cas dans l'affaire *Safran Aircraft Engines* avec l'illégalité des stipulations des accords collectifs, l'intérêt de cette notion peut sembler n'être qu'intellectuel et celui des actions qui permettent d'en reconnaître l'existence n'être que politique. Elles ne tendent alors pas seulement à obtenir la condamnation ou la réparation d'une discrimination, mais aussi à prendre le juge, ce « tiers impartial », à témoin pour qu'il stigmatise dans la motivation de sa décision le caractère foncièrement inéquitable d'un « système » ou d'un ordre établi à l'endroit d'une catégorie de personnes en particulier. Il y aurait néanmoins aussi un avantage pratique puisque le Défenseur des droits ajoutait que « la qualification de discrimination systémique permet [justement] de débusquer des discriminations banalisées et de remettre en cause les pratiques qui les génèrent »²⁸³⁴ et, par là même, de faire en sorte qu'elles puissent effectivement cesser²⁸³⁵.

3- L'action de groupe en matière environnementale

1139. L'extension de l'action groupe à la matière environnementale, envisagée déjà lors des débats ayant conduit à l'adoption de la loi relative à la consommation²⁸³⁶, aurait pu avoir lieu lors de l'adoption de la loi sur la biodiversité à la faveur d'un amendement sénatorial adopté en séance publique²⁸³⁷ contre l'avis

²⁸³² DD, avis n°20-01 du 5 février 2020, p. 4.

²⁸³³ DD, avis n°20-01 du 5 février 2020, p. 3.

²⁸³⁴ *Ibid.*

²⁸³⁵ Dans le cadre de l'affaire *Safran*, la dernière injonction sollicitée par le syndicat requérant – celle visant notamment à imposer « la communication sur les écrans numériques mis à disposition sur les lieux de travail et d'accueil, à diffusion régulière, fréquente et quotidienne, d'un sujet vidéo sur l'importance du fait syndical et sur l'interdiction des discriminations, dont le contenu sera validé par la CGT » - serait ainsi le moyen - pour le syndicat - de faire cesser les « micro-agressions » que le Défenseur des droits, en se référant aux écrits de M. Derald Wang-Sue, présentait dans son avis comme l'un des rouages du système discriminatoire (DD, décision n° 2019-109 du 13 mai 2019, p. 26).

²⁸³⁶ Au cours des débats, il fut d'ailleurs aussi envisagé d'attribuer la qualité aux associations agréées de protection de l'environnement dont il est vrai que l'article L.142-2 du code de l'environnement, tel que modifié par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, facilite l'action en cas d'infraction aux dispositions législatives ayant pour objet la lutte contre « les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ».

²⁸³⁷ S'inspirant visiblement des dispositions sur le cadre commun de l'action de groupe qui étaient alors en discussion, les sénateurs proposaient d'insérer dans le code de justice administrative un article L. 77-10-1 disposant qu'« une association agréée ou une association régulièrement déclarée depuis cinq ans au moins, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou une association de protection de l'environnement agréée en application des articles L. 141-3 et suivants du code de l'environnement, peut agir devant une juridiction civile ou administrative afin d'établir que plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, ont subi des préjudices individuels résultant d'un dommage causé à

du Gouvernement²⁸³⁸. Si la proposition n'a alors pas survécu à la seconde lecture du texte par l'Assemblée nationale, motif pris de ses défauts rédactionnels, les parlementaires à son origine avaient tout de même obtenu du gouvernement - qui s'était finalement rallié au principe d'une telle action - qu'une telle extension fût envisagée dans le cadre de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. L'action de groupe de groupe en matière d'environnement fut ensuite effectivement ajoutée à la liste des actions relevant du cadre commun devant les juridictions administratives et judiciaires par un amendement gouvernemental lors de la première lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale.

1140. Elle figure désormais à l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement qui permet aux associations agréées de protection de l'environnement et aux associations agréées dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres, « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du [code de l'environnement], causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles », d'agir devant les juridictions administratives et judiciaires en cessation dudit manquement ainsi qu'en réparation des « préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ». Contrairement à ce qu'avancait le Gouvernement lorsque le Sénat avait adopté des dispositions substantiellement identiques, cette action de groupe présente une réelle utilité, au moins sur le plan indemnitaire, au regard des dispositions préexistantes qui facilitent l'action des associations agréées de l'environnement en défense de l'intérêt visé par leurs statuts²⁸³⁹ ou leur permettent d'exercer une action en représentation conjointe²⁸⁴⁰. Comme l'avait suggéré en son temps le rapport *Jégouzo*²⁸⁴¹, une telle action constitue un complément appréciable dans le traitement juridique des dommages écologiques.

1141. À la différence de l'action exercée sur le fondement de l'article L. 142-2 du code de l'environnement, elle n'est pas réservée aux seules associations - agréées ou non - de protection de l'environnement et elle permet de défendre les intérêts personnels de tiers. Enfin, les manquements susceptibles d'engager la responsabilité de la personne à l'origine du dommage environnemental dans le cadre de l'action de groupe ne recourent pas nécessairement ceux à l'origine de préjudices indirects ou directs aux intérêts collectifs dont certaines associations de protection de l'environnement peuvent obtenir la réparation sur le fondement de l'article L. 142-2 du code de l'environnement. En effet, il peut s'agir d'un manquement à une obligation conventionnelle. Quant aux manquements à des obligations

l'environnement ayant une cause commune » et que « l'action peut tendre à la cessation du manquement ou à la réparation des dommages corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ».

²⁸³⁸ Par la voix de la ministre de l'environnement, il semblait considérer qu'une telle action était inutile au regard des voies de droit alors à la disposition des associations de protection de l'environnement. Pourtant, l'étude d'impact accompagnant le projet de loi de modernisation de la justice, qui était alors en discussion, envisageait déjà sa création (Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 153).

²⁸³⁹ Art. L. 142-2 du code de l'environnement.

²⁸⁴⁰ Art. L. 142-3 du code de l'environnement.

²⁸⁴¹ Yves JÉGOUZO (dir.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, Paris, Ministère de la justice, septembre 2013, p. 15-16.

légales susceptibles d'être sanctionnés, ils ne correspondent ni nécessairement à des infractions, ni nécessairement à la violation de lois ayant pour objet la protection de l'environnement. En revanche, si c'est une acception stricte de la légalité qui est retenue, les dispositions relatives à l'action de groupe n'envisagent pas comme l'article L. 142-2 du code de l'environnement, que le manquement puisse consister en la violation d'une norme de valeur réglementaire.

1142. Bien qu'elle permette aussi de défendre les intérêts individuels de tiers lésés par le fait dommageable d'une même personne « dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 » du code de l'environnement, l'action en représentation conjointe se distingue bien aussi de l'action de groupe. En effet, elle ne peut être mise en œuvre que par une partie des attributaires de la qualité pour agir dans l'action de groupe - en l'occurrence les associations agréées de défense de l'environnement -, et elle ne permet de défendre qu'une partie des personnes susceptibles d'être lésées par un dommage à l'environnement puisqu'elle ne peut bénéficier qu'aux « personnes physiques », là où l'action de groupe semble permettre de défendre aussi les intérêts personnels de personnes morales²⁸⁴². Enfin, et surtout, c'est l'organisation même de cette action en représentation conjointe, sa lourdeur et sa sous-utilisation qui en a résulté dans les différents domaines où elle fut mise en place, qui a nourri les réflexions sur l'introduction d'une action de groupe. L'existence de l'action en représentation conjointe en matière d'environnement ne saurait donc remettre en cause l'utilité de l'action de groupe. À l'inverse, la mise en place de l'action de groupe peut interroger sur la pertinence du maintien de l'action en représentation conjointe. Dans la mesure où les dispositions relatives à l'action de groupe exigent pour leur part que les personnes défendues soient placées dans une « situation similaire » et procèdent à une limitation matérielle et temporelle des préjudices indemnisables²⁸⁴³, elle pourrait toutefois conserver une utilité, mais celle-ci semble aussi marginale que théorique²⁸⁴⁴.

4- L'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel

1143. Bien qu'elle fût évoquée dans l'étude d'impact du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle²⁸⁴⁵, cette action en matière de protection des données personnelles n'était pas présente dans

²⁸⁴² Cf. *Infra*, n° 1198-1201.

²⁸⁴³ Cf. *Infra*, n° 1204-1207.

²⁸⁴⁴ En effet, si la condition de similarité est entendue largement, c'est-à-dire comme découlant simplement de l'existence d'un fait générateur unique, la condition posée par l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement peut apparaître comme superfétatoire et ne permet pas de différencier sur ce point le groupe de personnes dont les intérêts sont susceptibles d'être défendus dans le cadre d'une action de groupe et d'une action en représentation conjointe. Quant aux limitations relatives aux préjudices indemnisables dans le cadre de l'action de groupe en matière d'environnement, elles sont moins évidentes et strictes qu'il n'y paraît au moins sur le plan matériel. Il semble qu'en réalité le législateur n'ait pas été très rigoureux dans l'emploi des notions de préjudice et de dommage et qu'il ait en réalité souhaité permettre au moyen de cette action la réparation de l'ensemble des préjudices résultant de dommages matériels et corporels eux-mêmes consécutifs à un dommage à l'environnement (Cf. *Infra*, n° 1198-1201). Ce faisant, l'action en représentation conjointe ne permettrait de combler les angles morts de l'action de groupe que s'agissant des préjudices individuels des personnes physiques dont le fait générateur est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²⁸⁴⁵ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 149.

la version initiale du projet de loi et il fallut attendre la première lecture du texte à l'Assemblée nationale pour qu'elle fut aussi introduite par un amendement gouvernemental. L'article 91 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle inséra dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ce qui était alors un article 43 *ter* qui disposait que dès lors qu'un manquement aux obligations de ladite loi, émanant d'un responsable du traitement des données à caractère personnel²⁸⁴⁶ ou d'un sous-traitant²⁸⁴⁷, affecte un groupe de personnes, un groupement peut saisir la juridiction administrative ou judiciaire aux fins d'obtenir qu'il soit enjoint au responsable du traitement ou au sous-traitant, le cas échéant sous astreinte, de cesser ou de faire cesser ce manquement²⁸⁴⁸.

1144. Il ressort de ladite étude d'impact que cette action est directement inspirée de la huitième proposition formulée par le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2014 intitulée *Le numérique et les droits fondamentaux*, à savoir « créer une action collective, distincte de l'action de groupe, destinée à faire cesser les violations de la législation sur les données personnelles »²⁸⁴⁹. La loi ne retient pas la même dénomination que l'étude du Conseil d'État qui ne la qualifiait pas d'action de groupe mais d'« action collective », eu égard à son objet qui n'était que de faire cesser une violation de la législation sur les données personnelles. Retenant la terminologie employée par Mme Laurence Pécaut-Rivolier dans son

²⁸⁴⁶ Aux termes du 7) de l'article 4 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, le responsable de traitement est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou associé avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ». C'est une définition similaire qui, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel, était donnée par le I de l'article 3 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Le responsable d'un traitement de données à caractère personnel y était désigné comme étant, sauf désignation expresse par les dispositions législatives ou réglementaires relatives au traitement des données à caractère personnel, la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine les finalités et les moyens de ce traitement. Non définie à l'origine dans la loi, cette notion de responsable du traitement fut précisée en 2004 par le législateur (loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) en s'inspirant de la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données dont l'article 2 définit lui-même le responsable du traitement comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel ». En dépit de cette définition légale, l'identification même du responsable du traitement des données à caractère personnel peut s'avérer délicate, les juridictions recourant alors à la méthode du faisceau d'indices (Par ex., CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 juillet 2012, *Société AIS 2*, n° 340026 ; CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 28 mars 2014, *SNES*, n° 361042).

²⁸⁴⁷ Le sous-traitant, quant à lui, est défini au 8) de l'article 4 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement ». C'est une définition aussi similaire qui se trouvait auparavant à l'article 35 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 puisqu'il était présenté comme « toute personne traitant des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement ».

²⁸⁴⁸ Comme cela sera vu plus avant, ces dispositions furent ensuite amendées par l'article 25 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles qui, notamment, conféra un objet indemnitaire à cette action et étendit le champ des normes qu'elle permet de garantir en ajoutant une référence aux dispositions du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016. Enfin, avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018, ces dispositions ont été reprises à l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

²⁸⁴⁹ Conseil d'État, *Étude annuelle - Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2014, p. 341.

rapport intitulé *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*²⁸⁵⁰, le Conseil d'État préférait réserver cette qualification d'action de groupe aux actions ayant pour objet la réparation de plusieurs préjudices individuels.

1145. En revanche, à aucun moment ne fut évoqué le « paquet protection des données » qui venait d'être adopté lorsque le texte fut débattu par l'Assemblée nationale en première lecture²⁸⁵¹. Or le règlement général de protection des données personnelles (ci-après RGPD) et la directive composant ce « paquet » garantissent, entre autres, le droit au recours juridictionnel effectif des personnes concernées par le traitement de données à caractère personnel contre les responsables de traitement de données et les sous-traitant²⁸⁵² et, à ce titre, le règlement laisse la possibilité aux États membres de prévoir qu'« un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif, qui a été valablement constitué conformément au droit d'un État membre, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et est actif dans le domaine de la protection des droits et libertés des personnes concernées dans le cadre de la protection des données à caractère personnel les concernant »²⁸⁵³ puisse « indépendamment de tout mandat » exercer ce recours pour le compte de la personne concernée²⁸⁵⁴. Comme le notait l'étude d'impact du projet de loi relatif à la protection des données personnelles, dont l'objet était précisément de mettre le droit français en conformité avec ce « paquet européen de protection des données personnelles », le législateur français avait, semble-t-il alors à son corps défendant, anticipé sur ce point la législation européenne en mettant en place une telle action dont le champ d'application - au moins sur le plan personnel - est identique²⁸⁵⁵.

1146. Néanmoins, pour garantir une protection complète des bénéficiaires de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, il eût peut-être été opportun d'inclure aussi la CNIL parmi les défenseurs potentiels afin de permettre aux groupements de pallier directement, grâce à l'action de groupe, d'éventuelles carences de la CNIL dans son contrôle du respect de leurs obligations par les responsables de traitement et leurs

²⁸⁵⁰ Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *rapport.précit., spéc.* p. 91. Le législateur a donc retenu une définition plus large de l'action de groupe. Cela apparaît d'ailleurs dans l'étude d'impact de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle: « L'action de groupe peut être définie comme une voie de droit permettant à une ou plusieurs personnes d'exercer une action en justice au bénéfice d'un groupe de personnes non identifiées, sans avoir reçu un mandat de leur part au préalable » (Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 142).

²⁸⁵¹ Par « paquet protection des données », il faut entendre le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

²⁸⁵² Art. 79 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²⁸⁵³ §2 de l'article 78 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²⁸⁵⁴ §2 de l'article 80 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²⁸⁵⁵ Étude d'impact du projet de loi relatif à la protection des données personnelles, 12 décembre 2017, p. 142.

sous-traitants. Au reste, le RGPD²⁸⁵⁶ et la directive (UE) 2016/680²⁸⁵⁷ consacrent aussi, notamment pour les personnes concernées par ce traitement des données à caractère personnel, le droit au recours juridictionnel effectif contre les autorités de contrôle - c'est-à-dire, s'agissant de la France, la CNIL- au motif, précisément, qu'elles pourraient faire preuve de négligence pour traiter les réclamations que ces personnes ont formées auprès d'elles pour défendre les droits qu'ils consacrent dans leur champ respectif. Là encore, pour ce qui concerne son champ d'application le règlement prévoit que les groupements précédemment mentionnés peuvent exercer ce droit des victimes sans qu'il soit besoin d'un mandat de leur part.

1147. Toutefois, le législateur, auquel il pourrait être fait grief d'avoir superbement ignoré l'existence de ce mode non-juridictionnel de protection des intérêts collectifs au moment de la mise en place de cette action de groupe, n'a pas envisagée cette option, pas même à l'occasion du vote de la loi relative à la protection des données personnelles. Tout au plus, comme lui imposaient le règlement²⁸⁵⁸ et la directive²⁸⁵⁹, il a ouvert - ou plutôt rappelé - la possibilité qu'ont, notamment, les groupements attributaires de la qualité pour agir en action de groupe d'exercer une telle action sur le fondement d'un mandat, c'est-à-dire d'une technique dont l'effet repoussoir n'est plus à démontrer²⁸⁶⁰. Néanmoins, il faut reconnaître que cela n'a pas rebuté une association comme la Quadrature du Net qui, en six semaines, a réussi à récolter en ligne près de 12 000 mandats pour saisir la CNIL de cinq réclamations collectives contre Google, Apple, Facebook, Amazon et LinkedIn le 28 mai 2018²⁸⁶¹.

1148. S'agissant de la composition du groupe défendu, il ne saurait être reproché au législateur de ne permettre que la protection des intérêts de personnes physiques par cette voie de droit. Cela est cohérent au regard du champ d'application personnel des dispositions qu'elle permet de garantir, en l'occurrence celles contenues dans la seule la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, mais aussi, depuis l'adoption de la loi relative à la protection des données personnelles, dans le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

²⁸⁵⁶ §2 de l'article 78 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²⁸⁵⁷ §2 de l'article 53 de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

²⁸⁵⁸ §1 de l'article 80 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²⁸⁵⁹ Art. 55 de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

²⁸⁶⁰ L'article 38 de loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dont une partie des dispositions se trouvaient anciennement à l'article 43 *quater* qui fut ajoutée par l'article 26 de loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, précise désormais que le recours au mandat est possible, notamment, dans le champ couvert par l'action de groupe ce qui, à moins que les groupements n'acceptent de s'investir pour un litige qui ne présente pas un aspect structurel ou du moins ne concerne qu'une seule personne, peut sembler encore plus inutile dans la mesure où l'action de groupe visait précisément à contourner les lourdeurs de cette technique.

²⁸⁶¹ L'association présentant d'ailleurs ces réclamations comme des « actions de groupe » (<https://gafam.laquadrature.net/>).

1149. En effet, si les personnes morales peuvent, à l’instar des personnes physiques, saisir la CNIL d’une plainte²⁸⁶², seules les secondes peuvent être qualifiées de « personnes concernées » telles que les définissaient la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978²⁸⁶³ et, par là même, bénéficier des droits d’accès, de rectification ou d’opposition. Quant aux données concernant des personnes morales, elles doivent être regardées comme étant des données à caractère personnel de leurs dirigeants²⁸⁶⁴. Enfin, si la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a reconnu notamment aux personnes morales un droit à l’information auprès de l’administration lorsqu’elle recourt à des programmes utilisant un traitement algorithmique pour prendre des décisions individuelles, qui est similaire à celui dont disposaient déjà les seules personnes physiques à l’égard des seuls responsables de traitement de données à caractère personnels concernant le traitement automatisé de ces dernières²⁸⁶⁵, cela ne suffit pas à créer une distorsion entre le champ d’application personnel de ces dispositions procédurales et celui des dispositions substantiels dont elles sont supposées renforcer l’effectivité²⁸⁶⁶.

1150. Il était enfin regrettable qu’en définissant les éléments constitutifs du manquement, le législateur ait, dans un premier temps, enchaîné l’action de groupe aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. En effet, il risquait alors de laisser de côté des normes supra-législatives d’effet direct, comme le règlement (UE) 2016/679, dont l’objet et le champ d’application personnelle sont identiques à ceux de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, qui consacre certains droits dont le législateur a donc estimé - à raison - qu’il n’était pas nécessaire de les inscrire dans la loi.

1151. Au 1^{er} octobre 2020, deux actions de genre ont été engagées, mais n’ont pas encore abouti. La première est celle que l’association « Chapitre français de *Internet Society* » a engagée le 8 novembre 2019 contre *Facebook* aux fins d’obtenir la cessation des différents manquements qu’elle constatés au règlement (UE) 2016/679 et la réparation du préjudice - dont le montant est estimé à 1000 euros par personnes - que ces manquements auraient provoqué pour ses utilisateurs²⁸⁶⁷. La seconde action de groupe est celle

²⁸⁶² Art. 48 du règlement intérieur de la CNIL.

²⁸⁶³ V. Ancien art. 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés : « la personne concernée par un traitement de données à caractère personnel est celle à laquelle se rapportent les données qui font l’objet du traitement ». Cette définition, explicite, n’est plus présente dans le texte de loi à la suite des modifications introduites par l’ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 mais elle se retrouve, implicitement, dans la définition que l’article 4 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 donne des « données à caractère personnel ».

²⁸⁶⁴ CNIL, délibération n° 84-28 du 3 juillet 1984.

²⁸⁶⁵ Aux termes du 5° de l’ancien article 39 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, toute personne physique justifiant de son identité avait le droit d’interroger le responsable d’un traitement de données à caractère personnel en vue d’obtenir, sous réserve du respect des règles relatives aux droits d’auteur, « les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l’égard de l’intéressé ». Cette disposition a été supprimée par l’ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018, l’article 48 de la loi renvoyant désormais, notamment, à l’article 13 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 et au F) de son 2).

²⁸⁶⁶ Ce droit d’information des personnes physiques et morales est effectivement prévu à l’article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l’administration et non dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. L’inscription de ce droit dans cette dernière loi ne se justifiait d’ailleurs pas dans la mesure où, comme le rappelait l’étude d’impact du projet de loi, le traitement algorithmique ne s’inscrit pas nécessairement dans le cadre du traitement de données à caractère personnel (Étude d’impact du projet de loi pour une République numérique, 9 décembre 2015, p. 10).

²⁸⁶⁷ V. la mise en demeure adressée par l’association aux sociétés Facebook France, Facebook Ireland LTD. et Facebook INC (disponible à l’adresse suivante : <https://ebastille.org/wp-content/uploads/2018/11/Mise-en-demeure.pdf>).

que l'UFC Que Choisir a introduite contre la société Google devant le tribunal de grande instance de Paris en juin 2019, mettant en cause les conditions dans lesquelles est recueilli le consentement des utilisateurs d'un appareil fonctionnant avec un système d'exploitation « *Android* » lors de la création d'un compte « *Google* » pour la collecte et le traitement de leurs données personnelles. N'étant pas parvenu à obtenir un accord amiable, l'association réclame alors qu'il soit enjoint à la société de mettre fin à l'exploitation des données personnelles de ses utilisateurs illégalement collectées, d'obtenir de leur part un réel consentement pour la collecte et le traitement de ces données et qu'elle soit condamnée à indemniser « l'ensemble des consommateurs détenteurs d'un équipement Android (téléphone, tablette...) et titulaire d'un compte Google à hauteur de 1 000 euros au titre de la violation de la vie privée »²⁸⁶⁸. L'action de groupe est alors présentée comme prenant la suite du jugement dans lequel cette même association avait notamment obtenu du tribunal de grande instance de Paris qu'il juge abusif ou illicites, au regard des dispositions du code de la consommation, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, du code de la propriété intellectuelle et du code civil, une partie des clauses contenue dans les « conditions d'utilisation » et les « règles de confidentialité » proposées par Google entre le 20 décembre 2013 et le 29 août 2016 aux utilisateurs dans le cadre de la souscription à son réseau social « *Google +* »²⁸⁶⁹. Elle prend aussi la suite de la décision par laquelle la CNIL²⁸⁷⁰ a, en application du RGPD, prononcé une sanction de 50 millions d'euros à l'encontre de cette même société après avoir relevé le manque de transparence, l'information insatisfaisante et l'absence de consentement valable des utilisateurs du système d'exploitation mobile Android pour la personnalisation de la publicité²⁸⁷¹.

B- Une nouvelle action en reconnaissance de droits

1152. Le Sénat a profité de l'examen du projet de loi justice 21 pour introduire dans le code de justice administrative une autre action collective : l'action en reconnaissance de droits, reprenant ainsi très largement les termes de la proposition faite par le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif dans son rapport de 2009 ainsi que les vœux exprimés par la représentante du Conseil d'État lors de son audition par le rapporteur de la commission des lois. Cette dernière, qui se distingue de l'action de groupe finalement plus par son objet et les motifs de sa création que par sa finalité²⁸⁷², donne la

²⁸⁶⁸ <https://www.quechoisir.org/decryptage-action-de-groupe-contre-google-vos-questions-nos-reponses-n68427/#concretement-comment-et-quand-fois-je-me-signaler>

²⁸⁶⁹ TGI de Paris, 12 février 2019, *Google c. UFC-Que Choisir*, n° 14/07224.

²⁸⁷⁰ Qui avait été alors saisie notamment par l'une des cinq réclamations collectives de l'association la *Quadrature du Net* précédemment évoquées.

²⁸⁷¹ Délibération de la formation restreinte n° SAN-2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société *GOOGLE LLC*.

²⁸⁷² Il pourrait effectivement être avancé que tandis que l'action de groupe permet d'accroître l'effectivité du droit au recours en réaction à un sous-développement des actions individuelles, l'action en reconnaissance de droits vise au contraire à rationaliser et accélérer les contentieux sériels en réaction à un afflux de requêtes. Ces deux finalités ne sont toutefois pas antagonistes. L'intérêt même de l'action de groupe réside dans la possibilité d'assurer une meilleure garantie juridictionnelle

possibilité à certains groupements d'obtenir de toute personne morale de droit public ou de tout organisme de droit privé chargé d'un service public qu'il reconnaisse des droits individuels au profit des membres d'un groupe. Ainsi que le souligne Mme Olga Mamoudy²⁸⁷³, en raison de cette dimension collective²⁸⁷⁴, elle ne saurait donc, comme pourrait le laisser abusivement penser sa dénomination, être assimilée ni à l'« action en déclaration de droits » qui avait été imaginée par M. Jean-Marie Woehrling durant les années 1980 pour pallier les carences du recours pour excès de pouvoir en donnant la possibilité aux requérants de « demander au juge de dire [qu'il] dispose d'un droit à ce que l'administration agisse dans un sens déterminé, si la situation légale impose effectivement à l'administration d'avoir ce comportement »²⁸⁷⁵, ni avec l'action en émission d'un acte administratif – ou « *Verpflichtungsklage* » - telle qu'elle existe en droit allemand et avec laquelle cette dernière action « en déclaration » entretiendrait un certain cousinage intellectuel²⁸⁷⁶. Pour l'instant, au 1^{er} octobre 2020, cette nouvelle action collective a connu plus de succès devant les juridictions administratives que l'action de groupe ce qui, il est vrai, n'est pas bien difficile. Ainsi, d'après le tableau de suivi disponible sur le site Internet du Conseil d'Etat²⁸⁷⁷, ce sont vingt-sept actions de ce type qui ont été jusqu'à présent introduites devant les juridictions administratives. Sur ces vingt-sept actions, dix-huit sont toutefois encore pendantes²⁸⁷⁸ et, sur les neuf

des intérêts personnels sans pour autant alourdir le fonctionnement des juridictions. Ces deux actions collectives se distingueraient donc plutôt au niveau des motifs de leur création. Toutefois, là encore, cette différence doit être relativisée puisqu'elle est tributaire des domaines dans lesquels ces actions ont vocation à s'appliquer. Ainsi, il n'est pas exclu que le législateur décide un jour d'étendre encore la procédure d'action de groupe pour répondre à un afflux contentieux dans un domaine où les personnes sont plus à mêmes et plus enclines à introduire des recours individuels. Au reste, l'exposé des motifs et l'étude d'impact du projet de loi justifiaient - il est vrai de façon assez hasardeuse - l'exclusion de l'action de groupe en matière de consommation du cadre commun par le développement des actions individuelles dans les domaines auquel ce cadre aurait vocation à s'appliquer.

²⁸⁷³ Olga MAMOUDY, « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA*, 2015, p. 2265.

²⁸⁷⁴ Dimension collective qui, ainsi que cela sera vu plus avant, conduit d'ailleurs à la regarder en réalité plutôt comme une action dont le but prioritaire est la satisfaction d'un intérêt supra-personnel.

²⁸⁷⁵ Jean-Marie WOEHLING, « Procédure et pouvoirs du juge administratif en contentieux administratif », *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, Paris, éditions du CNRS, 1986, p. 80.

²⁸⁷⁶ Sur cette question, V. Anne JACQUEMET-GAUCHE, « Pouvoir d'injonction et action en déclaration de droits. Une comparaison franco-allemande », *RFDA*, 2015, p. 662.

²⁸⁷⁷ <https://www.conseil-etat.fr/ressources/actions-collectives>.

²⁸⁷⁸ Requête de l'association des contribuables actifs du lyonnais enregistrée le 17 mai 2018 devant le tribunal administratif de Lyon sous le numéro 1803391; requête de l'association des contribuables actifs du lyonnais enregistrée le 17 mai 2018 devant le tribunal administratif de Lyon sous le numéro 1803392; requête du syndicat CFDT Interco 92 enregistrée le 30 mai 2018 devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise sous le numéro 185137; requête de l'Association de défense des contribuables de Givors enregistrée le 16 juillet 2018 devant le tribunal administratif de Lyon sous le numéro 1805242; requête de l'association des contribuables actifs du lyonnais enregistrée le 1^{er} octobre 2018 devant le tribunal administratif de Lyon sous le numéro 1807181; requête de syndicat SUD Santé-Sociaux d'Ille-et-Vilaine enregistrée le 31 décembre 2018 devant le tribunal administratif de Rennes sous le numéro 1806420; requête du syndicat CGT des territoriaux de l'Opéra de Bordeaux enregistrée le 18 avril 2019 devant le tribunal administratif de Bordeaux sous le numéro 1901968; requête de l'association des contribuables du département du Rhône et de la métropole de Lyon enregistrée le 8 juillet 2019 devant le tribunal administratif de Lyon sous le numéro 1905309; requête de la CGT Educ'action de Seine-Saint-Denis enregistrée le 6 septembre 2019 devant le tribunal administratif de Montreuil sous le numéro 1909753; requête de l'association des contribuables actifs du lyonnais enregistrée le 17 juin 2019 devant le tribunal administratif de Lyon sous le numéro 1904685; requête du syndicat CGT Santé Sud Côte d'Or enregistré devant le tribunal administratif de Dijon le 20 décembre 2019 sous le numéro 1903582; requête du syndicat CGT des travailleurs de l'Etat des établissements, détachement et entreprises de la base de défense de Marseille-Aubagne et de la région gendarmerie PACA et du syndicat CFDT défense méditerranée enregistrée le 23 décembre 2019 devant le tribunal administratif de Marseille sous le numéro 1910903; requête du syndicat CGT des ingénieurs, cadres et techniciens de la ville de Marseille et du centre communale d'action sociale enregistrée le 12 mars 2020 devant le tribunal

ayant donné lieu à une décision juridictionnelle, seulement deux permirent aux groupements requérants d'obtenir satisfaction²⁸⁷⁹, les juridictions ayant soit rejeté les autres²⁸⁸⁰ soit donné acte du désistement du groupement requérant²⁸⁸¹. Pourtant, cette action collective, exclusivement tournée vers les rapports de droit public, semble n'offrir aux groupements privés qu'un champ d'intervention relativement restreint au regard des termes employés par les dispositions du code de justice administrative. Cela ne tient toutefois ni à la nature des personnes susceptibles d'être impliquées dans ces rapports ni aux exigences afférentes aux groupes d'intérêt défendables (1), mais aux restrictions que les dispositions du code de justice administrative opèrent au niveau des normes dont elle permet de garantir l'effectivité (2).

1- Le champ d'application personnel

1153. Les exigences relatives au groupe d'intérêt défendable se distinguent de celles applicables aux actions de groupe tant par un renforcement de la condition de sérialité, qui est en réalité moins sévère qu'elle n'y paraît (a), que par l'adjonction d'une condition de délimitation qui, quant à elle, est peut-être moins claire qu'elle n'y paraît (b).

administratif de Marseille sous le numéro 2002256 ; requête de l'Union fédérale des consommateurs que Choisir Nancy et sa région enregistrée le 8 avril 2020 devant le tribunal administratif de Nancy sous le numéro 2001015 ; requête du syndicat Solidaire, Unitaire et Démocratique de l'Éducation en Bourgogne (Sud Education Bourgogne) enregistré devant le tribunal administratif de Dijon le 30 mars 2020 sous le numéro 2000927 ; requête de l'association Cybercontribuable 71 enregistrée devant le tribunal administratif de Dijon le 7 mai 2020 sous le numéro 2001180 ; requête de l'association des contribuables actifs du lyonnais enregistrée le 21 juillet 2020 devant le tribunal administratif de Lyon sous le numéro 2004996. Le tableau disponible sur le site internet indique aussi que le Conseil d'État a été saisi le 24 mai 2020 d'une requête enregistrée sous le numéro 2000373, qui fut transmise le 16 juillet 2020 au tribunal administratif de la Martinique, dont l'auteur n'est pas identifié et qui tend à la « reconnaissance du droit à décharge des suppléments d'impôt sur le revenu au titre de 2015, dont le paiement est réclamé suite à la remise en cause, en des termes et conditions identiques, de la réduction d'impôt obtenue, eu égard à des investissements indirects dans le logement social en outre-mer, dans le cadre de l'article 199 *undecies* C du Code général des impôts, par la souscription, sur la base du programme Nov'Accès, au capital de SCI devant acquérir un logement achevé depuis plus de vingt ans en vue de le réhabiliter pour obtenir des performances techniques voisines de celles de logements neufs ». Il est toutefois probable que celle-ci émane de l'« Association de défense des investisseurs en Nov'Accès » qui, déclarée le 22 janvier 2020, a justement pour objet de défendre les intérêts des contribuables ayant souscrit aux placements « *Nov'Accès* » pour bénéficier de l'un des volets du système de défiscalisation de certains investissements directs et indirects effectués dans les Outre-mer.

²⁸⁷⁹ TA de Nice, 29 mai 2019, *Syndicat CGT des fonctionnaires territoriaux de la ville de Cannes*, n° 1804265 ; TA de Lyon, 11 décembre 2019, *Syndicat SNUDI-FO 01*, n° 1809258.

²⁸⁸⁰ TA de Nice, 29 juin 2018, *Syndicat national indépendant des agents territoriaux*, n° 1702101 ; TA de Nice, 29 juin 2018, *Syndicat national indépendant des agents territoriaux*, n° 1702169 ; TA de Poitiers, 19 décembre 2018, *Syndicat CGT des hospitaliers saintsais*, n° 1702835 ; TA de Clermont-Ferrand, 29 mai 2019, *Syndicats CGT FO des hospitaliers de Montluçon*, n° 1702299 ; TA d'Orléans, 7 janvier 2020, *Sections syndicales 37 et 41 du SNUIPP. FSU*, n° 1802544 ; TA de Paris, 24 juillet 2020, *Le grand barreau de France*, n° 1903067. Le rejet fut confirmé en appel dans l'affaire *Syndicat CGT des hospitaliers saintsais* (CAA, Bordeaux, 2^e chambre, 12 mai 2020, n° 19BX00794) et les requêtes en appel devant la cour administrative d'appel de Lyon dans l'affaire *Syndicats CGT FO des hospitaliers de Montluçon* et la cour administrative d'appel de Paris dans l'affaire *Le grand barreau de France* semblent, quant à elles, toujours pendantes.

²⁸⁸¹ TA de Cergy-Pontoise, 4 octobre 2019, *Association de défense des droits constitutionnels des actionnaires*, n° 1903123.

a- Une exigence de sérialité renforcée mais peu restrictive

1154. L'action en reconnaissance de droits permet de mettre en cause toute personne publique ou tout organisme privé chargé de la gestion d'un service public et de défendre les intérêts de toute personne physique ou morale, sans que les dispositions relatives à l'attribution de la qualité pour agir ou à la procédure ne laissent entrevoir de quelconques restrictions²⁸⁸² comme dans le cadre des différentes actions de groupe qui, à l'exception semble-t-il de la seule action de groupe en matière d'environnement, ne permettent d'ailleurs de défendre que les intérêts de personnes physiques.

1155. En revanche, la condition d'homogénéité imposée s'agissant du groupe d'intérêt ainsi composé est plus stricte dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits puisque la similarité - au moins sur le plan juridique - n'est pas suffisante. C'est une « identité de situation juridique » qui est requise, ce qui n'est pas sans rappeler les dispositions applicables à la procédure « simplifiée » en matière de consommation.

1156. Dans le même temps, et à la différence des dispositions relatives aux actions de groupe, les dispositions législatives organisant l'action en reconnaissance de droits ignorent totalement la dimension factuelle du groupe d'intérêt au nom duquel l'action est introduite²⁸⁸³. Tout au plus est-elle évoquée dans la partie réglementaire du code²⁸⁸⁴, sans que le degré d'homogénéité requis soit précisé. Il en allait de même de la proposition formulée par le rapport *Béval*, que le code de justice administrative reprend sur ce point. Néanmoins, il ressort de la lecture dudit rapport qu'une telle homogénéité du groupe sur le plan factuel était une évidence pour le groupe de travail²⁸⁸⁵. Il est donc fort probable que le Conseil d'État reprenne à son compte cette exigence pour interpréter les dispositions du code de justice administrative, ce qui, couplée avec l'exigence d'identité de situations sur le plan juridique, n'est pas sans rappeler les conditions requises pour procéder au traitement par ordonnance des requêtes sérielles²⁸⁸⁶. Une telle

²⁸⁸² Ainsi, il n'est pas exclu qu'une d'association professionnelle nationale de militaire (APNM) puisse être regardée comme une association déclarée au sens et pour application de ces dispositions et ainsi exercer une action en reconnaissance de droits individuels dans le champ de la « condition militaire », quoique le quatrième alinéa de l'article L. 4111-1 du code de la défense décrivant cette dernière ne fasse pas mention de droits mais simplement « d'obligations », de « sujétions », de « garanties » et de « compensations ». S'agissant de la protection des intérêts des militaires, le rapport *Béval*, rendu avant la loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015 de programmation militaire, n'envisageait toutefois que l'hypothèse dans laquelle l'action collective serait exercée au nom d'un groupe d'intérêt plus large et que leur état militaire ne ferait pas obstacle à la condition requise d'identité de situation juridique (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 27).

²⁸⁸³ Elle n'est mentionnée qu'au titre des critères que le juge doit employer pour délimiter le groupe qui sera effectivement bénéficiaire de l'action en reconnaissance de droits (art. L. 77-12-3 du code de justice administrative).

²⁸⁸⁴ Lorsque la requête est introduite, le groupement est ainsi tenu d'y préciser, notamment, « dans le délai de recours les éléments de fait et de droit qui caractérisent le groupe d'intérêt en faveur duquel elle est présentée » (art. R. 77-12-6 du code de justice administrative). Quant au Conseil d'État, il doit informer l'ensemble du public sur son site internet de l'existence de cette action en « indiquant les éléments de fait et de droit qui caractérisent le groupe d'intérêt en faveur duquel elles sont présentées ainsi que la juridiction qui est chargée d'y statuer » (art. R. 77-12-11 du code de justice administrative).

²⁸⁸⁵ A plusieurs reprises était évoquée « une parfaite identité de fait et de droit entre les situations individuelles qu'elle prétend viser, soit, à tout le moins, une identité de droit, les éventuelles différences de fait étant sans incidence sur le sens de la solution à donner aux litiges » (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 15, p. 22).

²⁸⁸⁶ Le groupe de travail reprenait effectivement les termes de l'arrêt *Reboul* - qu'il citait par ailleurs dans un autre passage du rapport (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 9, ndbp n° 20) - dans lequel le Conseil d'État, interprétant les dispositions

homogénéité des situations, et par là même des questions de droit et de fait qui doivent être résolues pour accorder ou non le droit individuel litigieux à chacun des membres du groupe défendu, faciliterait effectivement l'exécution de l'action en reconnaissance de droits puisque les demandes individuelles pourraient donner lieu à un traitement standardisé.

1157. Compte tenu de l'objet de l'action, le respect de cette condition devrait être apprécié à l'aune de la position des membres du groupe à l'égard de la norme d'où sont censés résulter les droits individuels. Ainsi, quoique étant formulée de façon plus stricte, la condition d'homogénéité peut en réalité sembler assez facile à remplir lorsque l'action a pour objet, par exemple, de contraindre l'administration à appliquer un texte reconnaissant des droits individuels puisqu'il suffit alors pour le groupement d'introduire l'action pour le compte des destinataires de la norme remplissant les conditions requises par cette dernière.

b- Une exigence de délimitation équivoque

1158. En sus de cette condition de sérialité, le code de justice administrative exige que le groupe soit « nécessairement délimité par les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargé de la gestion d'un service public mis en cause ».

1159. Cette dernière précision ne manque pas d'interroger. Elle est héritée de la proposition du rapport *Bélaival* qui ne daigne d'ailleurs pas l'expliquer. Pour Mme Olga Mamoudy, elle ne serait qu'un reliquat de l'objet indemnitaire de l'action collective proposée par le rapport *Bélaival* et n'avait donc pas lieu d'être reprise dans les dispositions sur l'action en reconnaissance de droits²⁸⁸⁷. Dans le cadre de cette « action collective », elle aurait alors évoqué une délimitation par le fait dommageable.

1160. En réalité, les deux parties de l'alinéa ont un objet différent et elles semblaient bien indissociables dans la proposition du rapport *Bélaival*. En effet, la première partie renvoie à la consistance du groupe - un ensemble de personnes dont la situation juridique est identique - tandis que la seconde a trait à l'origine de sa délimitation, en l'occurrence un acte des personnes morales de droit public ou des organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public mis en cause. Au reste, la première partie de l'alinéa exigeant une identité de situation juridique pouvait aussi bien viser la reconnaissance de droits individuels que l'objet indemnitaire, celle-ci renvoyant alors à une identité de préjudices pour les personnes

du 6° de l'article R. 222-1 du code de justice administrative, a précisé que ces dernières « permettent au juge de statuer par ordonnance sur les requêtes relevant d'une série, dès lors que ces contestations ne présentent à juger que des questions qu'il a déjà tranchées par une décision passée en force de chose jugée et que les données de fait susceptibles de varier d'une affaire à l'autre sont sans incidence sur le sens de la solution à donner aux litiges » (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 20 mai 2005, *Reboul*, n° 267836).

²⁸⁸⁷ Olga MAMOUDY, « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA*, 2016, p. 2267.

composant le groupe²⁸⁸⁸. Enfin, comme le suggère l'adverbe « nécessairement », il n'y avait pas lieu de distinguer selon l'objet de l'action collective dans la proposition du rapport *Bélaval*. C'est donc sans préjudice - au moins - pour la cohérence du texte que le législateur a pu reprendre cette précision relative au champ d'application personnelle tout en supprimant l'objet indemnitaire de l'action. En présence de conclusions aux fins de déclaration de droits, il conviendrait donc d'exiger aussi que le groupe d'intérêt soit délimité par la personne - ou les personnes - que l'action met en cause.

1161. Au terme d'une interprétation systémique du code de justice administrative, cette personne morale ou ces personnes morales mises en cause devraient d'ailleurs correspondre à « l'autorité compétente » - ou aux autorités compétentes - pour reconnaître les droits individuels litigieux que le code de justice administrative mentionne dans sa partie réglementaire pour préciser les conditions de liaison du contentieux. Les notions de personnes morales et d'autorités ne se recoupant pourtant pas nécessairement²⁸⁸⁹, il faudrait du reste plutôt considérer que « l'autorité compétente » ainsi mentionnée dans la partie réglementaire doit être regardée que comme l'un des organes de la personne morale qui, éventuellement au moyen d'un acte édicté par un autre de ses organes, a délimité le groupe d'intérêt.

1162. Cette condition relative à la délimitation peut aussi donner lieu à deux interprétations qui sont loin d'être neutres du point de vue des potentialités de l'action²⁸⁹⁰.

1163. En première analyse, la délimitation du groupe d'intérêt pourrait renvoyer au champ d'application personnel de l'acte général et impersonnel imposant une charge ou attribuant des droits individuels. Autrement dit, il y aurait une confusion entre le groupe d'intérêt et la catégorie des destinataires de la norme dont l'application ou la non-application est litigieuse. Il est aussi possible de considérer que la personne mise en cause délimite le groupe d'intérêt par la lésion qu'elle provoque, comme cela serait le cas avec le fait dommageable dans l'hypothèse d'un contentieux indemnitaire pour lequel cette condition relative à la délimitation avait d'ailleurs été aussi taillée. Auquel cas le groupe d'intérêt ne se confond pas nécessairement avec la catégorie des destinataires de la norme litigieuse puisque la lésion peut résulter aussi bien de l'application d'une norme imposant une charge que du refus d'appliquer une norme reconnaissant des droits individuels à la totalité ou à une partie de ses bénéficiaires ou encore de l'exclusion du champ d'application personnel d'une telle norme reconnaissant des droits individuels.

²⁸⁸⁸ Si cette exigence d'identité de la situation juridique, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 781-1 du code de justice administrative dont le rapport proposait l'introduction dans le code de justice administrative, avait été limitée à l'action collective en reconnaissance de droits, elle eût d'ailleurs été redondante au regard du premier alinéa du même article qui disposait que : « L'action collective permet à une association régulièrement déclarée ou à un syndicat professionnel régulièrement constitué de déposer une requête tendant à la reconnaissance de droits individuels en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt. Elle peut également avoir pour objet la reconnaissance de la responsabilité d'une personne morale de droit public ou d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public (...) ».

²⁸⁸⁹ C'est ce que montre, par exemple, le cas des autorités administratives indépendantes. Tandis que la notion de personnalité morale constitue une technique juridique permettant de reconnaître la titularité de droits et d'obligations, la seconde - au moins au regard de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 - ne renvoie qu'à l'exercice d'une prérogative, en l'occurrence l'édition d'une décision administrative.

²⁸⁹⁰ Cf, *Infra*, n° 1172.

2- Le champ des normes sanctionnables

1164. Potentiellement très étendu - mais aussi très incertain - sur le plan matériel (a), le champ des normes dont le respect peut être garanti dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits apparaît en revanche exagérément restreint sur le plan formel (b).

a- Un champ d'application matériel incertain

1165. Le champ des normes sanctionnables dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits est en partie tributaire de l'objet assigné à cette dernière (i) et pâtit des ambiguïtés rédactionnelles du texte de loi (ii).

i- L'éclairage du champ d'application par une interprétation systémique

1166. Il est en premier lieu fort probable que les normes dépourvues d'applicabilité directe²⁸⁹¹ ainsi que celles qui n'habiliteraient pas l'administration à reconnaître des droits individuels mais seulement à prendre des « mesures de faveur » - pour reprendre la terminologie employée par le Conseil d'État²⁸⁹² - sont exclues du champ de cette action.

1167. En outre, la reprise des conditions requises pour procéder au traitement standardisé des requêtes sérielles peut interroger sur le point savoir s'il convient aussi d'écarter du champ de cette action les litiges dont la résolution individuelle suppose « une appréciation spécifique des données de fait propres à l'affaire »²⁸⁹³ et exclure ainsi de fait ceux portant sur l'application de normes dont la mise en œuvre requiert une appréciation ou une qualification juridique des faits relativement complexe²⁸⁹⁴, ou du moins la plupart

²⁸⁹¹ L'applicabilité directe est entendue ici - de manière somme toute classique - à partir de la définition posée par M. Joe Verhoeven en droit international, comme l'aptitude d'une règle à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités juridictionnelles de l'État où cette règle est applicable (Joe VERHOEVEN, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », *RBDI*, 1980, p. 244).

²⁸⁹² CE, Sect., 4 février 2015, *Ortiz*, n°s 383267, 383268.

²⁸⁹³ CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 20 février 2008, n° 294396.

²⁸⁹⁴ C'est dans cette voie que le Conseil d'État semble s'être engagé lorsqu'il a affirmé que les dispositions organisant les « têtes de série » « permettent au juge de statuer par ordonnance sur les requêtes relevant d'une série, dès lors que ces contestations ne présentent à juger que des questions de droit qu'il a déjà tranchées par une décision passée en force de chose jugée et qu'il se borne à constater matériellement des faits, susceptibles de varier d'une affaire à l'autre, sans avoir toutefois à les apprécier ou à les qualifier » et qu'il n'y a donc pas lieu de les appliquer lorsque la solution à donner à un litige dépend « d'une appréciation spécifique des données de fait propres à l'affaire » (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 20 février 2008, n° 294396). Cette motivation est en réalité largement inspirée, voire une reprise, de passages des conclusions de M. Jacques Henri Stahl sur l'arrêt *Reboul*, que M. Terry Olson citait abondamment dans ses propres conclusions sur l'arrêt du 20 février 2008. Or, pour déterminer l'interprétation à retenir des conditions d'application de ces dispositions, et finalement des critères permettant d'en délimiter le champ d'application, M. Jacques-Henri Stahl semble être passé de la situation de fait aux opérations intellectuelles les prenant pour objet, en l'occurrence l'appréciation et la qualification juridique qui sont des étapes du raisonnement juridique auxquelles le juge ne peut en réalité pas couper contrairement à ce qu'affirme le Conseil d'État. Dès lors, la différence ne se fait plus selon que ces données factuelles sont identiques ou non au regard du texte à appliquer, mais selon que leur appréciation et leur qualification juridique est plus ou moins facile au regard des catégories juridiques employées

de ces litiges. En effet, l'exclusion à laquelle procède le Conseil d'État est relative puisqu'elle est finalement tributaire des moyens susceptibles d'être soulevés dans le cadre des requêtes sérielles. Il serait effectivement envisageable de procéder au traitement standardisé de litiges portant sur l'application de telles normes lorsqu'elles sont, par exemple, elles-mêmes affectées d'une illégalité et qu'elles constituent le fondement de décisions individuelles qui sont alors toutes susceptibles d'être annulées au moyen d'une exception d'illégalité.

1168. Sur ce point, il pourrait être objecté qu'à la suite de la décision rendue sur l'action en reconnaissance de droits, les membres du groupe doivent en principe se tourner vers l'administration et non vers le juge pour obtenir la reconnaissance de leurs droits individuels²⁸⁹⁵ et que, dans la mesure où la résolution individuelle du litige n'incombe pas en principe à la même autorité, au même « qualificateur »²⁸⁹⁶, la raison d'être de cette distinction n'a peut-être plus lieu d'être²⁸⁹⁷. Il est toutefois prévu que la décision rendue dans le cadre de cette action permette aussi à un juge de statuer seul sur des requêtes individuelles de membres du groupe d'intérêt²⁸⁹⁸ et qu'il connaît aussi des demandes d'exécution individuelles en cas de résistance de l'administration²⁸⁹⁹. Enfin, c'est sur cette ligne que semblait se situer le groupe de travail sur l'action collective qui - quoiqu'il se plaçât alors sous l'angle de l'objet de l'action²⁹⁰⁰ - n'envisageait pas qu'une telle action pût servir à remettre en cause, par exemple, une multitude de décisions individuelles prises en considération de la personne en dépit de l'éventuelle similarité de situation de leurs destinataires sur le plan juridique et factuel.

ii- L'obscurcissement du champ d'application par des lacunes rédactionnelles

1169. L'objet de cette action en reconnaissance de droits est défini à la fois positivement et négativement par le code de justice administrative puisque, tout en reprenant au mot près la proposition du rapport *Bélaval* d'action collective, le législateur lui a ôté son objet indemnitaire qui relève désormais de la seule

et il importe finalement peu que les faits de l'espèce soient effectivement identiques ou non à ceux du litige ayant donné lieu à la décision « tête de série ». Partant de cette confusion ou plutôt de ce glissement, le Conseil d'État semble exclure du champ de ce dispositif les litiges portant sur de normes dont les conditions d'application correspondent à des catégories juridiques, référents indispensables de la qualification juridique, pouvant être plus ou moins plastiques selon leur formulation ou les éléments les composant.

²⁸⁹⁵ Cf. *Infra.*, n° 1484 et s.

²⁸⁹⁶ Au sens que M. Charles Vautrot-Schwarz donne à cette expression, c'est-à-dire tout acteur du droit qui procède à une opération de qualification juridique, ce qui inclut aussi bien les administrés, l'administration que le juge administratif (Sur les rapports entre les qualificateurs dits « initiaux » et les qualificateurs dits « finaux », V. Charles VAUTROT-SCHWARZ, *thèse.précit.*, p. 235-293).

²⁸⁹⁷ En effet, en défendant une telle interprétation des conditions requises pour procéder au traitement standardisé des requêtes sérielles, M. Jacques-Henri Stahl semblait en réalité chercher à limiter la dérogation au principe de la collégialité et ses inconvénients. Elle permettait ainsi d'éviter de priver les justiciables d'une formation collégiale et de laisser un juge seul face à un litige portant sur l'application d'une norme dont le contrôle suppose de procéder à une opération d'appréciation et de qualification juridique des faits relativement complexe.

²⁸⁹⁸ 2° de l'article R. 77-12-20 du code de justice administrative.

²⁸⁹⁹ Second alinéa de l'article R. 77-12-16 du code de justice administrative.

²⁹⁰⁰ Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 16.

procédure d'action de groupe²⁹⁰¹. Il est toutefois difficile, à la seule lecture des dispositions du code²⁹⁰², de savoir ce que recouvre exactement l'objet de cette action. Celles-ci peuvent donner lieu à deux interprétations qui sont en outre susceptibles d'affecter le champ d'application de cette action. En effet, il n'est pas évident de savoir si le législateur n'a fait que préciser ce que recouvrirait « la reconnaissance de droits individuels résultant de l'application de la loi ou du règlement en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt » en mentionnant ensuite le « bénéfice d'une somme d'argent légalement due ou à la décharge d'une somme d'argent illégalement réclamée », ou s'il a assigné trois objets à cette action en reconnaissance de droits.

1170. Dans la première hypothèse, l'action en reconnaissance de droits ne pourrait que permettre d'assurer l'effectivité des normes garantissant des droits individuels pécuniaires. Cet angle mort, qui serait regrettable dans la mesure où l'application de normes garantissant des droits individuels non pécuniaires peut aussi constituer l'enjeu de contentieux sériels²⁹⁰³, pourrait toutefois toujours être compensé, là encore, par le recours pour excès de pouvoir qui, comme ce fut le cas d'ailleurs dans l'arrêt *Vassilikiotis*, permet sous certaines conditions de reconnaître des droits individuels non pécuniaires au profit des membres d'un groupe d'intérêt. C'est toutefois la seconde interprétation, qui était semble-t-il celle du groupe de travail sur l'action collective en droit administratif ayant rédigé les dispositions reprises par le législateur²⁹⁰⁴, qui a les faveurs de la doctrine²⁹⁰⁵ et qui fut retenue par les utilisateurs de l'action. En effet, si la plupart des actions qui ont été jusqu'alors introduites tendent à l'obtention de décisions à objet pécuniaire pour les membres du groupe défendu - les demandes de reconnaissance de « droit à décharge »

²⁹⁰¹ Ce qui n'a toutefois pas empêché le syndicat CGT des travailleurs de l'Etat des établissements, détachement et entreprises de la base de défense de Marseille-Aubagne et de la région gendarmerie PACA et le syndicat CFDT défense méditerranée de réclamer notamment au tribunal administratif de Marseille, dans le cadre de l'action en reconnaissance droits qu'ils ont engagée devant lui le 23 décembre 2019 et enregistré sous le numéro 1910903, l'indemnisation de l'entier préjudice qu'ont pu subir les agents ayant été exposés sans protection à l'inhalation de substances dangereuses. L'action devrait alors, en principe, être rejetée au moins sur ce point.

²⁹⁰² Le 1^{er} alinéa de l'article L. 77-12-1 du code de justice administrative dispose que : « l'action en reconnaissance de droits permet à une association régulièrement déclarée ou à un syndicat professionnel régulièrement constitué de déposer une requête tendant à la reconnaissance de droits individuels résultant de l'application de la loi ou du règlement en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt, à la condition que leur objet statutaire comporte la défense dudit intérêt. Elle peut tendre au bénéfice d'une somme d'argent légalement due ou à la décharge d'une somme d'argent illégalement réclamée ».

²⁹⁰³ Il en va ainsi, par exemple, de l'appréciation par les commissions de médiation « DALO » de la priorité au titre du droit au logement opposable (Meryem DEFFAIRI, « L'action en reconnaissance de droits », *RDP*, 2017, p. 1224).

²⁹⁰⁴ Pour le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif la protection des droits pécuniaires était présentée comme « le domaine le plus naturel » de l'action collective (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 15), ce qui ne voulait pas dire qu'il fût le seul à ses yeux. Seule la portée - mais non le principe - d'une action collective mettant en cause l'illégalité de décision individuelles non-pécuniaires a fait débat au sein du groupe travail. À ce titre, il soulignait que l'action collective ne devrait pas avoir simplement pour objet une simple déclaration d'illégalité pour obtenir, par exemple, le retrait de décisions individuelles non pécuniaires défavorables, mais bien la reconnaissance positive d'un droit (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 16). Ce rapport ne peut toutefois être regardé comme un élément des travaux préparatoires permettant d'appréhender l'intention du législateur, sauf à admettre que l'organe censé exprimer la volonté de la Nation puisse sous-traiter ainsi sa fonction à un groupe d'experts.

²⁹⁰⁵ C'est l'interprétation que retiennent MM. Christian Huglo, Alexandre Moustardier et Julien Girard, qui pour leur part emploient le terme de « finalités » (Christian HUGLO, Alexandre MOUSTARDIER, Julien GIRARD, « Médiation, action de groupe... Le droit et le contentieux de l'environnement face aux nouvelles procédures instituées par la loi Justice du XXI^e siècle », *LPA*, n°91-92, 2017, p. 7), les auteurs du *GAJA* (Pierre DELVOLVÉ, Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 22^e édition, 2019, §9, p. 101) ou encore Mme Laurence Helmlinger (Laurence HELMLINGER, « Action de groupe et action en reconnaissance de droits : quelles conséquences pour les collectivités territoriales ? », *AJCT*, 2017, p. 438) qui avait d'ailleurs participé au groupe de travail sur l'action collective en droit administratif.

étant d'ailleurs les plus représentées grâce à l'activisme d'un groupement comme l'association des contribuables actifs du lyonnais, suivies ensuite des demandes de reconnaissance de droits au bénéfice d'indemnités spécifiques de service²⁹⁰⁶ -, une partie d'entre elles tendent bien à l'obtention pour les

²⁹⁰⁶ Requête enregistrée le 30 mai 2017 sous le numéro 1702101 par laquelle le syndicat national indépendant des agents territoriaux (SNIAT) demandait au tribunal administratif de Nice de reconnaître les droits des techniciens et techniciens principaux de 2ème classe employés par la Ville de Cannes à bénéficier des nouveaux coefficients de l'indemnité spécifique de service, soit 8 pour les techniciens et 12 pour les techniciens principaux de 2ème classe ; requête enregistrée le 14 décembre 2017 sous le numéro 1702835 par laquelle le syndicat CGT des Hospitaliers Saintais demandait au tribunal administratif de Poitiers de reconnaître les droits des agents du centre hospitalier de Saintonge au paiement des heures de travail comptabilisées sur le compteur dit « KZ 2009 » ; requête enregistrée le 18 décembre 2017 sous le numéro 1702299 par laquelle le syndicat de la Confédération Générale du Travail-Force Ouvrière des Hospitaliers de Montluçon demandait au tribunal de Clermont-Ferrand de reconnaître aux agents du Centre hospitalier de Montluçon le droit à la rémunération du temps de travail effectué au-delà des 12 heures depuis le 1er décembre 2014 à raison des transmissions de consignes entre équipes ; requête enregistrée le 17 mai 2018 sous le numéro 1803391 par laquelle l'association des contribuables actifs du lyonnais demande tribunal administratif de Lyon de reconnaître le droit à la décharge de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères au titre des années 2016 pour les contribuables de la métropole de Lyon ; requête enregistrée le 17 mai 2018 sous le numéro 1803392 par laquelle l'association des contribuables actifs du lyonnais demande au tribunal administratif de Lyon de reconnaître le droit à la décharge de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères au titre des années 2017 pour les contribuables de la métropole de Lyon ; requête enregistrée le 30 mai 2018 sous le numéro 185137 par laquelle le syndicat CFDT Interco 92 demande au tribunal administratif de Cergy-Pontoise de reconnaître le droit des agents de la ville de Gennevilliers à obtenir la prise en charge systématique des frais de nettoyage des équipements de protection individuelle et le remboursement de l'engagement des sommes liées à leur entretien ; requête enregistrée le 16 juillet 2018 sous le numéro 1805242 par laquelle l'Association de défense des contribuables de Givors demande au tribunal administratif de Lyon la reconnaissance des droits individuels pour le remboursement de leurs impôts locaux, taxes foncières et TEOM, pour les périodes comprises entre 2015 et 2017 ; requête enregistrée le 1^{er} octobre 2018 sous le numéro 1807181 par laquelle l'association des contribuables actifs du Lyonnais demande au tribunal administratif de Lyon de reconnaître aux contribuables de la Métropole de Lyon et du département du Rhône assujettis à la taxe d'habitation pour l'année 2017, le droit à la décharge partielle de la taxe d'habitation et le droit à restitution des sommes correspondantes ; requête enregistrée le 2 octobre 2018 sous le numéro 1804265 par laquelle le syndicat CGT des fonctionnaires territoriaux de la ville de Cannes demandait au tribunal administratif de Nice de reconnaître les droits aux fonctionnaires territoriaux de la ville de Cannes exerçant leurs fonctions au sein de la crèche, des écoles, de la médiathèque, et du poste de police municipale, le droit au bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire prévue à l'article 1^{er} du décret n° 2006-780 du 3 juillet 2006 modifié par le décret n° 2015-1386 du 30 octobre 2015 ; requête enregistrée le 31 décembre 2018 sous le numéro 1806420 par laquelle le syndicat SUD Santé-Sociaux d'Ille-et-Vilaine demande au tribunal administratif de Rennes de reconnaître aux agents du Centre Hospitalier Guillaume Régnier, à l'exception du personnel informatique, du personnel de direction et du personnel médical, le droit au bénéfice de l'indemnité spécifique pour travaux dangereux, insalubres, incommodes ou salissants au titre de la 1^{ère} catégorie soit au 3/4 de taux tel que prévue par l'article 8 de l'arrêté du 18 mars 1981 relatif aux primes et indemnités du personnel relevant du livre IX du code de la santé publique ; requête enregistrée le 8 février 2019 sous le numéro 427813 par laquelle l'association de défense des droits constitutionnels des actionnaires demandait au Conseil d'Etat de reconnaître le droit à la décharge de la hausse rétroactive de la contribution sociale à hauteur de 1,7 point sur les plus-values mobilières réalisées entre le 1er janvier 2017 et le 31 décembre 2017 ; requête enregistrée le 18 avril 2019 sous le numéro 1901968 par laquelle le syndicat CGT des territoriaux de l'Opéra de Bordeaux demande au tribunal administratif de Bordeaux de reconnaître le droit de chaque agent contractuel de voir leur rémunération augmentée de 3 % au moins tous les trois ans, conformément à la délibération du 12 avril 2011 et au décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; requête enregistrée le 8 juillet 2019 sous le numéro 1905309 par laquelle l'association des contribuables du département du Rhône et de la métropole de Lyon demande au tribunal administratif de Lyon de reconnaître aux contribuables du département du Rhône et de la Métropole de Lyon assujettis à la taxe d'habitation pour l'année 2018, le droit à décharge partielle de la taxe d'habitation sur le rôle de la Métropole de Lyon et sur les rôles des syndicats intercommunaux du département du Rhône et le droit à restitution des sommes correspondantes ; requête enregistrée le 6 septembre 2019 sous le numéro 1909753 par laquelle la CGT Educ'action de Seine-Saint-Denis demande au tribunal administratif de Montreuil de reconnaître le droit au bénéfice du régime indemnitaire spécifique prévu par le décret n° 2015-1087 du 28 août 2015 aux assistants de service social exerçant à temps plein leurs fonctions au sein d'un établissement relevant du réseau d'éducation prioritaire renforcé ; requête enregistrée le 17 juin 2019 sous le numéro 1904685 par laquelle l'association des contribuables actifs du lyonnais demande au tribunal administratif de Lyon de reconnaître le droit à la décharge de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères au titre des années 2018 pour les contribuables de la métropole de Lyon ; requête enregistrée le 20 décembre 2019 sous le numéro 1903582 par laquelle le syndicat CGT Santé Sud Côte d'Or demande au tribunal administratif de Dijon de reconnaître, aux agents infirmiers diplômés d'Etat soumis à l'organisation du temps de travail de 12 heures affectés aux EHPAD des Hospices civils de Beaune, le droit à l'intégration du temps théorique de restauration dans le temps de travail rémunéré ; requête enregistrée le 12 mars 2020 sous le numéro 2002256 par laquelle le syndicat CGT des ingénieurs, cadres et techniciens de la ville de Marseille et du centre communale d'action sociale demande au tribunal administratif de Marseille de reconnaître aux fonctionnaires territoriaux concernés de la ville de Marseille le droit au bénéfice du taux d'indemnité spécifique de service minimum fixé par l'arrêté ministériel du 25 août 2003 et le décret n° 2003-799 du 25 août 2003 relatif à l'indemnité spécifique de service allouée aux ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts et aux fonctionnaires des corps techniques de l'équipement ; requête enregistrée le 8 avril 2020 sous le numéro 2001015 par laquelle l'Union fédérale des consommateurs que Choisir Nancy et sa région demande au tribunal administratif de Nancy de reconnaître le droit à la décharge de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères au titre de l'année 2018 pour les contribuables de la métropole du Grand Nancy ; requête enregistrée le 30 mars 2020 sous le numéro 2000927 par

membres du groupe défendu de décisions qui, quoique pouvant avoir pour eux un effet pécuniaire, n'ont pas un tel objet²⁹⁰⁷. C'est enfin, et surtout, cette interprétation qui a été retenue jusqu'à présent par les juridictions du fond puisque l'une des deux décisions ayant accueilli au fond les prétentions de groupements agissant dans le cadre de cette nouvelle action collective est le jugement du 11 décembre 2019 du tribunal administratif de Lyon qui a reconnu le droit à la mise en place d'un service de médecine de prévention au profit des agents des écoles, collèges et lycées de l'Ain.

b- Un champ d'application formel potentiellement restreint

1171. À la lecture du code de justice administrative, le champ des normes susceptibles d'être sanctionnées est extrêmement restrictif sur le plan formel puisque seules sont évoquées à l'article L. 77-12-1 des « droits individuels résultant de l'application de la loi ou du règlement » ou encore le « bénéfice d'une somme d'argent légalement due ou à la décharge d'une somme d'argent illégalement réclamée ». Autrement dit, il ne serait pas possible d'obtenir la reconnaissance de droits individuels résultant de normes constitutionnelles, conventionnelles ou encore du droit dérivé de l'Union européenne, et ce alors même qu'elles seraient d'applicabilité immédiate.

laquelle le Syndicat Solidaire, Unitaire et Démocratique de l'Éducation en Bourgogne demande au tribunal administratif de Dijon de reconnaître aux agents contractuels recrutés par l'Académie de Bourgogne en qualité d'accompagnants des élèves en situation de handicap, le droit à ce que la quotité d'heures de service qui détermine leur rémunération, soit calculée conformément à la circulaire numéro 2019-090 du 5 juin 2019 relative au cadre de gestion desdits personnels ; requête enregistrée le 7 mai 2020 sous le numéro 2001180 par laquelle l'association Cybercontribuable 71 demande au tribunal administratif de Dijon de reconnaître le droit à la décharge de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères au titre de l'année 2018 pour les contribuables assujettis de la communauté d'agglomération Le Grand Chalon ; requête enregistrée le 24 mai 2020 sous le numéro 2000373 demandant au Conseil d'État la reconnaissance du droit à décharge des suppléments d'impôt sur le revenu au titre de 2015, dont le paiement est réclamé suite à la remise en cause, en des termes et conditions identiques, de la réduction d'impôt obtenue, eu égard à des investissements indirects dans le logement social en outre-mer, dans le cadre de l'article 199 *undecies* C du Code général des impôts, par la souscription, sur la base du programme Nov'Accès, au capital de SCI devant acquérir un logement achevé depuis plus de vingt ans en vue de le réhabiliter pour obtenir des performances techniques voisines de celles de logements neufs ; requête enregistrée le 21 juillet 2020 sous le numéro 2004996 par laquelle l'association des contribuables actifs du lyonnais demande au tribunal administratif de Lyon de reconnaître le droit à la décharge de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères au titre des années 2019 pour les contribuables de la métropole de Lyon.

²⁹⁰⁷ Requête enregistrée le 7 juin 2017 sous le numéro 1702169 par laquelle le syndicat national indépendant des agents territoriaux demandait au tribunal administratif de Nice de reconnaître aux adjoints d'animation périscolaire employés par la ville de Cannes à temps non complet la qualité d'agents permanents ; requête enregistrée le 11 juillet 2018 sous le numéro 182544 par laquelle les sections syndicales 37 et 41 du SNUIPP.FSU demandaient au tribunal administratif d'Orléans de reconnaître le droit des fonctionnaires membres des corps des instituteurs et professeurs l'enseignement général de collège, lorsqu'ils sont atteints d'une affection médicale pérenne ne leur donnant pas vocation à retourner vers un service à temps complet, à bénéficier de mesures d'allègement de service dans les conditions fixées aux articles R. 911-12 et suivants du code de l'éducation ; requête enregistrée le 18 décembre 2018 sous le numéro 1809258 par laquelle le syndicat SNUDI-FO 01 demandait au tribunal administratif de Lyon reconnaître le droit à la mise en place d'un service de médecine de prévention au sein des écoles de l'Ain ; requête enregistrée le 14 février 2019 sous le numéro 1903067 par laquelle le grand barreau de France demande au tribunal administratif de Paris de reconnaître le droit de tout avocat ayant fait le choix d'exercer hors barreau de figurer sur l'annuaire national des avocats mentionné à l'article 21-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant sur la réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; requête enregistrée le 23 décembre 2019 sous le numéro 1910903 par laquelle le syndicat CGT des travailleurs de l'État des établissements, détachement et entreprises de la base de défense de Marseille-Aubagne et de la région gendarmerie PACA et le syndicat CFDT défense méditerranée demandent au tribunal administratif de Marseille de reconnaître le droit pour les agents de l'établissement logistique du commissariat des armées de Marseille, à la protection contre l'inhalation de substances dangereuses et à la réparation de leurs entiers préjudices liés à cette exposition auquel l'absence de mesures de protection prises par leur employeur les a exposés.

1172. Cette exclusion apparente des normes supra-législatives - ou à tout le moins d'une partie d'entre elles - se confirmerait d'ailleurs si le groupe d'intérêt défendu devait être entendu comme ne pouvant être que celui des destinataires d'une norme imposant une charge ou attribuant des droits. En effet, en exigeant que cette délimitation soit imputable à la personne morale mise en cause, le législateur empêcherait d'obtenir la sanction de normes qui sont imputables à une personne morale qui n'est pas susceptible d'être mise en cause devant les juridictions administratives comme, par exemple, les actes de droit dérivé de l'Union européenne. Quand bien même elles seraient d'applicabilité immédiate et pourraient donner lieu à une invocabilité de substitution, l'effectivité de telles normes ne pourrait être garantie au moyen de l'action en reconnaissance de droits qu'à la condition d'avoir été relayée au niveau interne par une loi ou un règlement. Or, une telle neutralisation de l'invocabilité de substitution des normes supra-législatives serait regrettable à plus d'un titre.

1173. Non seulement, elle diminuerait considérablement l'intérêt même de cette action en laissant de côté de possibles contentieux sériels. Surtout, elle pourrait faire douter de la conventionnalité de cette action qui exclurait ainsi une partie du droit de l'Union européenne eu égard du principe de l'équivalence des protections qui encadre l'autonomie procédurale des États membres en exigeant que « l'ensemble des règles applicables au recours s'appliquent indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux similaires fondés sur la méconnaissance du droit interne »²⁹⁰⁸. À cet égard, l'action en reconnaissance de droit pourrait effectivement être regardée comme ne permettant pas simplement de rationaliser le traitement des litiges sériels, mais aussi, compte tenu notamment de la procédure *ad hoc* d'exécution des décisions l'accompagnant, comme un moyen de garantir une meilleure effectivité des droits individuels que le recours pour excès de pouvoir qui, à défaut d'avoir exactement le même objet, permet d'obtenir des effets équivalents pour les membres d'un groupe d'intérêt.

1174. Au regard des termes employés par le code de justice administrative, même l'invocabilité d'exclusion de ces normes supra-législatives - qu'elles aient d'ailleurs pour objet la reconnaissance de droits individuels ou du principe d'égalité - n'est pas garantie dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits. En effet, dans l'hypothèse où cette dernière ne permettrait que d'obtenir la reconnaissance de droits individuels pécuniaires « légalement » dues, cela ne restreindrait pas simplement le champ des droits individuels pouvant être protégés mais, plus largement, des normes pouvant être garanties. Dans cette optique, il faudrait aussi, à l'aune de cette référence aux seuls lois et règlements dont peuvent résulter les droits individuels, procéder à une interprétation stricte des termes « légalement due » et « illégalement réclamée ». Ce faisant, il ne serait pas possible de se prévaloir de l'inconventionnalité ou de l'inconstitutionnalité d'une loi pour obtenir le bénéfice d'une somme d'argent ou la décharge d'une somme dans le cadre d'une action en reconnaissance de droits, alors même que la plupart des contentieux sériels qu'évoquaient les travaux préparatoires au soutien de sa mise en place trouvaient leur origine dans

²⁹⁰⁸ CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08, pt. 33.

la contrariété de dispositions législatives au droit de l'Union européenne. Il en serait d'ailleurs de même si le dispositif mis en cause est d'origine réglementaire. D'une part, dans la mesure où l'action en reconnaissance de droit ferait ainsi renaître une forme d'écran législatif, il serait effectivement exclu de contester la constitutionnalité ou la conventionnalité du règlement litigieux qui ne ferait que reprendre les dispositions de la loi. D'autre part, le caractère autonome du pouvoir réglementaire ou la marge de discrétionnarité que lui aurait ménagée la loi pour rendre l'écran transparent ne serait ici d'aucun secours puisqu'il est douteux que la décharge des sommes qui aurait été réclamées sur le fondement, par exemple, d'un règlement inconstitutionnel ou inconventionnel prévoyant une redevance pour service rendu puisse être alors regardée comme un droit individuel résultant de « l'application d'une loi ou d'un règlement » comme le requiert la lettre du code de justice administrative.

1175. Même en écartant l'assimilation entre le groupe d'intérêt défendu et les bénéficiaires des droits individuels garanties par les lois et règlements ou les destinataires des charges qu'ils imposent, c'est-à-dire en considérant que le groupe susceptible d'être défendu ne correspond pas nécessairement au domaine d'application personnel d'une norme législative ou réglementaire prévoyant l'octroi de droits individuels ou imposant une charge²⁹⁰⁹, et en admettant - ce qui est le plus probable - que l'action ne permette pas seulement d'obtenir la reconnaissance de droits pécuniaires, le problème ne serait pas entièrement résolu. Certes, cela permettrait de se libérer d'une interprétation systémique des dispositions de l'article L. 77-12-1 au profit d'une interprétation extensive des termes « légalement due » ou « illégalement réclamée » pour les droits pécuniaires. Il demeure toutefois cette précision relative à l'origine légale ou réglementaire des textes en application desquels des droits individuels peuvent être reconnus s'agissant des droits individuels non pécuniaires qui, elle, est moins favorable à une telle interprétation. Il serait aussi possible, en dernier recours, de se tourner vers l'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations pour que les membres du groupe défendu obtiennent, sous forme d'indemnisation, une somme au moins équivalente à celle qu'ils auraient obtenue dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits. Cette solution de rechange ne serait toutefois pas satisfaisante pour les agents publics compte tenu des limites posées au volet indemnitaire de l'action de groupe qui est exclusivement applicable aux litiges se nouant avec leur employeur²⁹¹⁰.

1176. Si elle était parvenue à son terme, l'action en reconnaissance de droits que l'association de défense des droits constitutionnels des actionnaires avait engagée aurait pu contribuer, avec l'arrêt de cour administrative d'appel de Bordeaux *Syndicat CGT des hospitaliers saintais* du 12 mai 2020²⁹¹¹, à lever toute équivoque à ce niveau, au moins pour les droits pécuniaires²⁹¹².

²⁹⁰⁹ Cf. *Supra* n° 1163.

²⁹¹⁰ Cf. *Infra*, n° 1207.

²⁹¹¹ CAA Bordeaux, 2^e chambre, 12 mai 2020, *Syndicat CGT des hospitaliers saintais*, n° 19BX00794.

²⁹¹² En effet, au soutien de son action demandant à reconnaître le droit à la décharge de la hausse rétroactive de la contribution sociale sur les plus-values mobilières réalisées entre le 1^{er} janvier 2017 et le 31 décembre 2017, l'association souleva, le 23 avril, comme d'ailleurs de nombreux autres requérants contestant cette hausse, une QPC visant les dispositions du 3^o du V-A de

CONCLUSION DE LA SECTION 1

1177. Il est ainsi heureux que le législateur n'ait pas confiné l'action de groupe à la protection des intérêts des consommateurs et qu'il ait compris l'intérêt qu'il y avait à mettre en place de nouvelles actions collectives pour faire face à des litiges naissant aussi à l'occasion de rapports de droit public. Cela n'en rend toutefois que plus regrettables les quelques angles morts apparaissant notamment au niveau du champ d'application de l'action en reconnaissance de droits. Plus généralement, c'est le principe même de ces extensions, secteur par secteur, à partir d'un cadre commun qui peut être discuté. A cet égard, la première proposition formulée par la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe dans son rapport de juin 2020 est de profiter de la transposition de la future directive européenne sur l'action représentation pour abandonner cette approche sectorielle et procéder à la refonte du régime de l'action de groupe en mettant en place un « régime général de droit commun des actions de groupe applicable dans tout domaine »²⁹¹³. Cela supposera alors d'abandonner déjà le principe du cadre commun à décliner en dehors du droit de la consommation et de la concurrence pour créer un régime qui engloberait bien l'ensemble des actions de groupe, du moins devant les juridictions judiciaires. En effet, s'agissant de l'action de groupe devant les juridictions administratives, le rapport propose de la réunir avec l'action en reconnaissance de droits, c'est-à-dire finalement de reprendre purement et simplement la proposition qui avaient été formulée dans le rapport *Béval* en 2009²⁹¹⁴, ce qui ne résout alors pas les problèmes rédactionnels précédemment évoqués.

l'article 8 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 qui en sont à l'origine. Dans ses conclusions sur l'arrêt des 3^e et 8^e chambres réunies du 2 décembre 2019, Mme Marie-Gabrielle Merloz note d'ailleurs qu'après que le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, auquel le Conseil d'Etat avait transféré cette action dont il avait été initialement saisi, refusa de transmettre une QPC qui était apparemment identique à la sienne (TA Cergy-Pontoise, 14 mars 2019, n° 1812883) l'association choisit de se désister de son action (Marie-Gabrielle MERLOZ, « Conclusions sur CE, 3^e et 8^e ch., 2 déc. 2019, n° 434359. Absence de caractère sérieux d'une QPC portant sur le rehaussement de 1,7 % du taux de la CSG résultant de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2018 », *Dr. fisc.*, n° 18, 30 Avril 2020, comm. 233). Force est toutefois de constater que ce refus de transmission QPC, le 14 mars 2019, ne l'avait pas empêché d'en soulever une autre, apparemment similaire si ce n'est identique, le 23 avril.

²⁹¹³ Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration général de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 40.

²⁹¹⁴ Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *rapport.précit.*, p. 41-43.

SECTION 2 : L'objet et les potentialités des nouvelles actions collectives

1178. Etendue à la cessation des manquements, l'action de groupe n'est désormais pas simplement tournée vers la défense des intérêts personnels des membres d'un groupe (§1) ni ne permet de défendre tous les intérêts personnels - fussent-ils homogènes - compte tenu des limites posées au préjudice individuel indemnisable (§2) et de la mise en place de l'action en reconnaissance de droits devant les juridictions administratives (§3).

§1- La réparation de préjudices individuels

1179. Pour l'ensemble des actions de groupe ayant un objet indemnitaire, les préjudices réparables doivent trouver leur cause dans un fait générateur unique, en l'occurrence un manquement à une obligation légale ou contractuelle. Il ne semble pas qu'il faille voir dans cette référence systématique à un « manquement » à une obligation préexistante, une évocation de la faute par périphrase susceptible de limiter la cause juridique pouvant fonder une action de groupe indemnitaire. Il faut toutefois reconnaître que c'est plus une interprétation fonctionnelle que générique qui pourrait être mobilisée (A). En tout état de cause, l'utilité de l'action de groupe indemnitaire semble bien compromise par les restrictions des préjudices réparables que le législateur a imposées tant sur le plan matériel²⁹¹⁵ (B) que temporel (C).

A- L'applicabilité des procédures d'action de groupe aux hypothèses de responsabilité sans faute

1180. Les débats sur la loi de modernisation de la santé, à l'occasion de laquelle la question de l'applicabilité de la procédure d'action de groupe aux hypothèses de responsabilité sans faute fut posée pour la première fois²⁹¹⁶, ne sont pas très éclairants.

1181. En effet, l'étude d'impact était d'une fausse clarté sur ce point car, tout en rejetant expressément la possibilité de mettre en cause la responsabilité sans faute au moyen d'une action de groupe, elle

²⁹¹⁵ Cette limitation matérielle du préjudice indemnisable ne procède pas simplement de la définition qu'en donne directement le législateur. En effet, pour saisir les contours du préjudice indemnisable, il faut tenir compte de la définition du fait générateur précédemment évoquée, de celle du dommage - s'il s'agit de dommages matériels ou aussi corporels - ainsi que de la consistance du groupe - s'il ne peut être composé ou non que de personnes physiques - susceptible d'être défendu.

²⁹¹⁶ C'est effectivement l'applicabilité des articles 1386-1 et suivants du code civil, et du régime de responsabilité objective que ces dispositions font peser sur le producteur d'un produit défectueux, qui a conduit à s'interroger sur la qualification du fait générateur de responsabilité. Toutefois, pour Mme Mireille Bacache, il eût été aussi concevable, eu égard au champ d'application de ces dispositions, d'entamer un tel débat au moment de la mise en place de l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence qui devrait aussi bénéficier aux consommateurs victimes de produits défectueux (Mireille BACACHE, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2014, p. 450). En effet, ce régime de responsabilité ne s'applique pas que pour la réparation du « dommage [i.e préjudice] résultant d'une atteinte à la personne » - ce que le législateur a exclu dans le cadre de cette action -, mais aussi, aux termes du second alinéa de l'article 1245-1 du code civil, à la réparation du « dommage » « qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même » pourvu qu'il soit supérieur à 500 euros (décret n°2005-113 du 11 février 2005 pris pour l'application de l'article 1386-2 du code civil).

admettait que cette dernière pût être exercée contre un producteur dans le cadre des dispositions ayant transposé la directive 85/374/CEE du Conseil, c'est-à-dire d'un régime de responsabilité sans faute sans que cela fut présenté comme une exception²⁹¹⁷. Force est donc de constater que l'étude d'impact était contradictoire sur ce point, à moins que ses rédacteurs n'aient considéré que la responsabilité des producteurs du fait des dommages causés par des produits défectueux était en réalité gouvernée par un régime de responsabilité pour faute en assimilant la faute et le manquement à une obligation préexistante, en l'occurrence une « obligation de sécurité », ce qui semble être le cas. En elle-même, cette référence à une « obligation de sécurité » était alors discutable, même si elle doit être entendue comme une obligation de résultat et qu'elle pouvait s'autoriser des termes employés par la directive pour définir la défectuosité²⁹¹⁸. En effet, cette référence ne rend pas bien compte de l'originalité du régime de responsabilité applicable au producteur qui n'est pas véritablement similaire à celui qui est d'ordinaire applicable en présence d'une obligation de résultat. Dans cette dernière hypothèse, il pourrait, comme le note M. Dominique Berlin, s'exonérer de sa responsabilité en démontrant que le dommage a été causé par un tiers²⁹¹⁹. Or une telle cause d'exonération n'est qu'en partie admise au §2 de l'article 8 de la directive²⁹²⁰.

1182. L'un des rapporteurs du projet de loi devant la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale obtint toutefois une version un peu différente de la part du Gouvernement qui, revenant sur cette assimilation à laquelle semblait procéder l'étude d'impact, affirmait que « cette notion de manquement recouvre, d'une part, la faute commise par le producteur, fournisseur ou prestataire, et, d'autre part, les défauts, au sens des articles 1386-1 et suivants du code civil »²⁹²¹. Omettant de citer le passage de l'étude d'impact sur l'exclusion de la responsabilité sans faute, le rapport de la Commission concluait que « cela signifie donc que même en l'absence de faute au sens strict, la responsabilité peut être recherchée dans le cadre de l'action de groupe, sur le fondement de la défectuosité du produit ». Cette explication de texte semble s'être ensuite perdue lors des travaux parlementaires puisque le rapport de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé à l'occasion de la première lecture du texte devant cette assemblée, continuait à s'appuyer sur l'étude d'impact pour affirmer que le projet de loi excluait la possibilité d'engager la responsabilité sans faute au moyen de l'action de groupe tout en soulignant que le terme manquement est effectivement plus large que celui de faute et permet d'englober la défectuosité

²⁹¹⁷ En effet, elle affirmait que cette loi « ouvre la voie à des actions de groupe pour mettre en cause, notamment, la défectuosité d'un produit au sens des articles 1386-1 et suivants du code civil (manquement à l'obligation de sécurité) ou son utilisation fautive même s'il n'est pas défectueux » et ajoutait immédiatement après qu'« en revanche, les actions fondées sur une responsabilité sans faute ne pourront faire l'objet d'une procédure de groupe » (Étude d'impact du projet de loi relatif à la santé, 14 octobre 2014, p. 178).

²⁹¹⁸ Art. 6 de la directive 85/374/CEE du Conseil.

²⁹¹⁹ Dominique BERLIN, *Politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, n° 1097, p. 754.

²⁹²⁰ « La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable ».

²⁹²¹ Olivier VÉRAN, Bernadette LACLAIS, Jean-Louis TOURAINE, Hélène GEOFFROY, Richard FERRAND, *Rapport n° 2673 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la santé*, déposé le 20 mars 2015, p. 746.

des produits de santé²⁹²². Compte tenu de ces atermoiements, de ces contradictions successives qui montrent bien les limites du recours aux travaux parlementaires, il est bien difficile d'identifier la volonté du législateur. À partir de ces travaux préparatoires, il serait possible de conclure aussi bien que le législateur a entendu réserver l'action de groupe indemnitaire aux hypothèses de responsabilité pour faute - quitte à nier alors la spécificité du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux -, qu'il a finalement entendu l'ouvrir à l'ensemble des actions fondées sur une responsabilité sans faute en profitant de la souplesse du manquement ou encore, ce qui serait une position intermédiaire, qu'il a entendu exclure les actions fondées sur la responsabilité sans faute à l'exception de celles qui seraient exercées dans le champ des dispositions du code civil transposant la directive 85/374/CEE du Conseil. Même cette dernière interprétation n'est pas satisfaisante s'agissant de l'action de groupe en matière de santé compte tenu des positions divergentes qu'ont adoptées le Conseil d'État et la Cour de cassation au sujet des actions indemnitaires conduites en dehors du champ d'application *ratione personae* de la directive²⁹²³. Une telle interprétation des dispositions organisant l'action de groupe en matière de santé conduirait à faire perdre aux usagers des établissements publics de santé un avantage sur le plan procédural en raison de l'avantage que le Conseil d'État leur a reconnu sur le plan substantiel. Ce serait alors moins une forme de rééquilibrage qu'une accentuation d'une différence de traitement difficilement justifiable entre les victimes de dommages causés par la défaillance de produits ou d'appareils de santé.

1183. La question de l'applicabilité aux hypothèses de responsabilité sans faute restait donc en suspens et les débats ayant précédé l'adoption de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle n'ont ensuite pas permis de la trancher puisqu'ils sont tout simplement muets à ce sujet.

1184. Au soutien d'une telle applicabilité, il pourrait néanmoins être avancé, avec M. Benoît Camguilhem, que tout mécanisme de responsabilité, entendu comme « l'opération par laquelle un préjudice, conséquence subjective d'un dommage, est réparé par l'auteur du fait générateur de dommage »²⁹²⁴, est fondé juridiquement sur la méconnaissance d'une obligation préexistante²⁹²⁵, ou plutôt

²⁹²² Alain MILON, Catherine DEROCHE, Élisabeth DOINEAU, *Rapport n° 653 fait au nom de la commission des affaires sociales, tome I (2014-2015)*, déposé le 22 juillet 2015, p. 429.

²⁹²³ En effet, profitant de la marge de manœuvre reconnue par la Cour de justice s'agissant des actions mettant en cause la responsabilité des utilisateurs des produits de santé (CJUE, 21 décembre 2011, *CHU de Besançon c. T. Dutrueux, CPAM du Jura*, aff. C-495/10, pt. 39), le Conseil d'État a maintenu la possibilité d'engager la responsabilité sans faute des établissements publics soins à raison des conséquences dommageables des produits et des appareils de santé dont ils ne sont qu'utilisateurs (CE, 5^e et 7^e sous-sections réunies, 9 juillet 2003, *Marzouk*, n° 220437 ; CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 12 mars 2012, *CHU de Besançon*, n° 327449) mais il ne fut pas suivi par la Cour de cassation qui, assimilant au passage les « utilisateurs » au sens et pour application de la directive et les prestataires de soin, exigent la preuve d'une faute de la part de ces derniers (Civ. 1, 12 juillet 2012, n° 11-17.510) (Sur cette question, V. plus largement, Domitille DUVAL-ARNOULD, « La convergence des jurisprudences administrative et judiciaire », *AJDA*, 2016, p. 355).

²⁹²⁴ Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 9, p. 10.

²⁹²⁵ L'auteur retient une conception stricte du fondement juridique comme « la règle de responsabilité dont l'application commande l'engagement de la responsabilité » qu'il convient de distinguer tant des principes métajuridiques susceptibles de la justifier que des conditions qui, comme la faute par exemple, permettent d'en obtenir l'application. Démontrant en quoi certaines hypothèses de responsabilité traditionnellement fondées sur le principe d'égalité devant les charges publiques, le risque ou la méconnaissance des engagements internationaux de la France sont en réalité toutes fondées, selon lui, sur la méconnaissance d'une obligation préexistante, M. Benoît Camguilhem évoque ainsi « l'obligation d'exécuter les décisions de

que le manquement à une obligation préexistante constitue une condition commune d'engagement de la responsabilité pour faute ou sans faute²⁹²⁶.

1185. L'effet utile des dispositions organisant les actions de groupe ne ressortirait toutefois pas entièrement indemne d'une telle analyse. Elle devrait effectivement conduire à l'éviction de régimes de réparation des préjudices, comme la responsabilité du fait d'une activité normative régulière, du fait de dommages permanents de travaux publics, au sujet desquels l'auteur montre que l'obligation de réparation n'est pas « fondée » - selon lui - sur un manquement à une obligation préexistante mais constitue plutôt l'objet même d'une obligation préexistante, ces régimes devant, en conséquence, être regardés non comme des mécanismes de responsabilité mais de garantie²⁹²⁷.

B- Les limitations matérielles du préjudice indemnisable

1186. La limitation matérielle des préjudices indemnissables pouvait apparaître comme inhérente à l'action de groupe. En effet, sa dimension collective semblait écarter les préjudices résultant de dommages corporels dont la réparation impose la mise en cause des tiers payeurs²⁹²⁸ dans la mesure où les bénéficiaires de l'action ne sont pas encore connus au moment où elle est introduite, mais aussi, plus largement, de préjudices dont l'évaluation en vue d'une réparation intégrale nécessiterait une appréciation approfondie de la situation individuelle²⁹²⁹. En réalité, dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agissait pas d'obstacles dirimants.

justice, dans les hypothèses de carence légale sur la méconnaissance de l'obligation de respecter la réglementation et dans le cadre des abandons de projet sur la méconnaissance d'une obligation de diligence dans la conduite d'une opération d'envergure » (Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 424, p. 365), une « vaste obligation de sécurité » qui peut être « retenue comme constitutive de l'anormalité du fait générateur dans les hypothèses de responsabilité pour risque » (Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 427, p. 378) et enfin l'obligation, plus évidente, « de respecter les obligations nées des engagements internationaux de la France » (Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 429, p. 379). Partant de là, c'est sur le point de savoir si le fait générateur que constitue ce manquement à une obligation préexistante doit être ou non qualifié de fautif que la responsabilité pour faute et la responsabilité sans faute devraient être distinguées. En tant que simple résultat d'une opération de qualification juridique, la faute ne recouvrirait donc pas nécessairement tous les manquements à une obligation préexistante. Néanmoins, en dépit de l'objectivation de sa définition sous l'influence de Planiol, la dimension morale, et finalement réprobatrice, de la faute serait irréductible ce qui revient à soumettre cette opération de qualification juridique à des critères finalistes (Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 398, p. 352)

²⁹²⁶ En effet, comme le souligne M. Théo Ducharme, en retenant ainsi « le manquement à une obligation préexistante », dans sa quête d'un fondement unique, M. Benoît Camguilhem glisse en réalité de la règle commandant l'engagement de la responsabilité aux conditions d'application de cette dernière - en l'occurrence au fait générateur -, à l'instar finalement des auteurs considérant que la responsabilité sans faute était fondée sur le préjudice et particulièrement son caractère anormal (Théo DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraire à la Constitution*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n° 805-811, p. 377-379). Ce « manquement à une obligation préexistante » ne saurait donc constituer le fondement juridique de la responsabilité mais plutôt une condition d'application de ce dernier qu'il reste donc encore à déterminer.

²⁹²⁷ C'est-à-dire, pour l'auteur, comme des régimes dans lesquels le débiteur de l'obligation de réparation se voit imputer le préjudice sans considération aucune pour son lien avec le fait générateur (Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 10, p. 10-11).

²⁹²⁸ Art. L. 376-1 du code de la sécurité sociale.

²⁹²⁹ Pour écarter le principe de la « *class action* » afin de lutter contre les discriminations collectives, dont il considérerait - à tort - qu'elle ne conduisait qu'à ce placer sur le plan indemnitaire, le groupe de travail à l'origine du rapport *Pécault-Rivolier* soulignait, notamment, que l'« une des principales limites de l'action de groupe est qu'elle ne permet pas suffisamment d'individualiser

1187. Comme le relevait déjà le rapport *Bélaival*, il est tout à fait envisageable de mettre en cause les tiers payeurs une fois le jugement sur le principe de la responsabilité rendu sans contrevenir aux dispositions du code de la sécurité sociale. En elle-même, l'action de groupe ne fait pas non plus obstacle au principe de la réparation intégrale de préjudice dont l'évaluation nécessite une appréciation approfondie de la situation individuelle de chacun des membres du groupe défendu. En réalité, cette prise en compte de la singularité des victimes risquerait simplement de s'avérer contreproductive, de ralentir le règlement des litiges trouvant leur origine dans une situation sérieuse et ferait perdre à l'action de groupe le bénéfice qui peut en être attendu du point de vue de la célérité et de la simplicité de la justice²⁹³⁰.

1188. C'est dans cette optique que la limitation aux « préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs »²⁹³¹ fut imposée dans le cadre de la première procédure d'action en matière de consommation. C'est aussi pour ce motif que lors du vote de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, l'objet indemnitaire fut écarté en matière de protection des données à caractère personnel car, comme l'avait souligné en son temps l'étude du Conseil d'État, les préjudices liés à la méconnaissance de la législation sur les données personnelles sont « le plus souvent » des préjudices moraux liés à l'atteinte à la vie privée²⁹³². De telles exclusions sont toutefois surprenantes et symptomatiques des incohérences affectant ces textes.

1189. Ainsi en se référant au seul « dommage matériel » pour chasser le dommage corporel de l'action de groupe en matière de consommation, le législateur a écarté, semble-t-il à son corps défendant, le préjudice patrimonial dérivant d'un préjudice économique dit « pur », c'est-à-dire ne résultant ni d'un dommage corporel, ni même d'un dommage matériel²⁹³³. Or, parmi les faits générateurs potentiels d'une

la réparation due au salarié », qu'elle ne permettait que d'obtenir une indemnisation forfaitaire là où le droit de l'Union européenne impose une réparation intégrale (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *rapport.précit.*, p. 91-92).

²⁹³⁰ S'il reconnaissait que l'obligation de mettre en cause les tiers payeurs ne constituait pas un obstacle dirimant pour l'indemnisation de préjudices résultant de « dommages de nature corporelle », le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif préférerait tout de même, au moins dans un premier temps, l'exclusion de l'action collective « par souci de précaution et de simplicité » (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p.16), sans égard d'ailleurs pour la distinction des notions de dommage et de préjudice dans la rédaction de sa proposition (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 39).

²⁹³¹ Art. L. 623-2 du code de la consommation.

²⁹³² Le Conseil d'État mettait effectivement en avant les difficultés tenant à l'évaluation de ces préjudices extrapatrimoniaux pour justifier cette exclusion des conclusions indemnitaires (Conseil d'État, *Étude annuelle - Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2014, p. 283-284).

²⁹³³ C'est, ainsi que le relève Mme Mathilde Cayot, la définition qui est effectivement retenue par les auteurs qui reconnaissent l'autonomie de cette notion (V. les références citées par Mathilde CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Paris, Institut universitaire Varenne, coll. Thèses, t. 151, 2017, n°9, p. 18-19). Toutefois, comme elle le montre, il ne s'agit que d'une unanimité doctrinale de façade puisque ces mêmes auteurs ne s'entendent pas sur ce que recouvre exactement cette définition négative, ne serait-ce qu'en raison des différentes conceptions qu'ils peuvent avoir des notions de préjudice et de dommage (Mathilde CAYOT, *thèse.précit.*, n° 10, p. 20-21). Pour sa part, l'auteure assimile ce « préjudice » économique pur au « dommage » économique (Mathilde CAYOT, *thèse.précit.*, n° 12, p. 23-24 ; n° 217, p. 185-186) qui est, par exemple, le dommage subi par une la victime d'une rupture abusive de pourparlers contractuels ou encore le « dommage causé à l'économie » pris en considération par l'Autorité de la concurrence pour fixer le montant des sanctions pécuniaires (art. L. 464-2 du code de commerce). Dans la première hypothèse, il s'agit d'une atteinte économique individualisée et dans l'autre - sur laquelle l'auteure concentre son étude - d'une atteinte généralisée à l'économie dans son ensemble. Il peut toutefois sembler surprenant qu'en retenant une telle définition du « préjudice économique pur », l'auteure défende dans le même temps la distinction - dans son acception contemporaine - entre les notions de dommage et de préjudice (Mathilde CAYOT, *thèse.précit.*, n° 222-239, p. 187-204). En réalité, Mme Mathilde Cayot écarte l'emploi de l'expression « dommage économique » qui serait, selon elle, une source de

telle « atteinte économique primaire »²⁹³⁴ à l'économie, se trouvent notamment ces pratiques anticoncurrentielles dont l'action de groupe permet de réparer les conséquences dommageables pour les consommateurs. Cela neutraliserait donc l'action de groupe dans cette dernière hypothèse et contredirait l'intention du législateur qui, lorsqu'il a ouvert cette action de groupe en matière de concurrence comme de consommation, entendait bien permettre l'indemnisation des préjudices « dérivés » de nature patrimoniale²⁹³⁵ des consommateurs²⁹³⁶. Autant de raisons qui militeraient pour que le juge opposât l'exception d'« absurdité » à l'adage *interpretatio cessat in claris*²⁹³⁷.

1190. Quant au choix qui fut initialement fait en matière de protection des données personnelles, il était tout aussi surprenant tant au regard des normes régissant alors cette matière que du champ des préjudices réparables dans d'autres procédures d'action de groupe. En effet, la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil, adoptée le 27 avril 2016, impose au « responsable du traitement, ou de toute autre autorité compétente en vertu du droit d'un État membre » la réparation de tout « dommage matériel » ou « préjudice moral » « du fait d'une opération de traitement illicite ou de toute action qui constitue une violation des dispositions nationales adoptées » en vue de sa transposition²⁹³⁸. Il en va de même du règlement, adopté le même jour, qui impose la réparation de tout « dommage matériel ou moral » causé par une violation de ces dispositions²⁹³⁹. En outre, que ce soit dans le cadre de l'une comme de l'autre, l'action en réparation peut être exercée par un groupement privé mandaté à cet effet. La procédure d'action de groupe pouvait ainsi très bien apparaître comme un moyen de garantir l'effectivité de ce droit. Certes, il pourrait être objecté que cette action en réparation n'est pas au nombre de celles dont le règlement prévoit qu'elle puisse être exercée sans mandat par un groupement et, surtout - qu'elle soit ou non fondée sur un mandat - qu'elle ne s'inscrit pas nécessairement dans un cadre collectif.

confusion compte tenu de la conception englobante du dommage matériel retenue par une partie de la doctrine et de sa proximité avec le « dommage à l'économie » qui n'en constituerait qu'une forme (Mathilde CAYOT, *thèse.précit.*, n° 12, p. 23). Elle estime donc préférable d'employer la notion de « préjudice » et de s'appuyer sur cette distinction entre le dommage et le préjudice pour faire le départ entre les atteintes « primaires », au nombre desquels appartiennent les « préjudices » - qui sont en réalité des dommages - économiques pures, et les atteintes « dérivées » comme les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux qui sont le « résultat d'une atteinte primaire », c'est-à-dire la conséquence de dommages matériels, personnels ou encore de préjudices économiques purs (Mathilde CAYOT, *thèse.précit.*, n° 241-253, p. 204-212).

²⁹³⁴ Mathilde CAYOT, *thèse.précit.*, n° 217, p. 185-186.

²⁹³⁵ Mathilde CAYOT, *thèse.précit.*, n° 252, p. 209-211.

²⁹³⁶ Même si, contrairement à ce qu'affirme Mme Mireille Bacache (Mireille BACACHE, *art.précit.*, p. 450), le législateur n'a jamais affirmé *expressis verbis* qu'il entendait permettre la réparation de tout préjudice patrimonial à l'exception de ceux résultant de dommages corporels, puisque le projet de loi n'évoquait initialement que les « préjudices matériels résultant d'une atteinte au patrimoine des consommateurs », c'est effectivement l'idée qui ressortait des travaux préparatoires (V. en sens l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la consommation ; Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 9). Quoique salutaire sur le plan conceptuel, le changement rédactionnel opéré au cours des débats n'en demeure pas moins regrettable pour la cohérence interne du texte.

²⁹³⁷ Pascale DEUMIER, « Interpréter la loi absurde », *RTD Civ.*, 2018, p. 61.

²⁹³⁸ Art. 56 de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

²⁹³⁹ Art. 82 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

1191. Il reste toutefois que la position du législateur est difficilement explicable compte tenu des choix qu'il avait faits dans d'autres domaines ou même qu'il faisait s'agissant d'autres actions de groupe mises en place par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Ainsi, dans le domaine de la santé, le législateur avait réussi à surmonter ses préventions en admettant que la procédure d'action de groupe permette de réparer des préjudices - d'ailleurs patrimoniaux comme extrapatrimoniaux - résultant de dommages corporels, c'est-à-dire ces préjudices imposant au juge d'appréhender la situation de chacun des membres du groupe se prétendant victime du dommage sériel. Il en va de même dans le cadre des actions de groupe en matière de discrimination ou d'environnement mises en place par cette même loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Cette dernière a d'ailleurs aussi posé le principe d'une réparation individuelle du préjudice afin de permettre la réparation de tels préjudices²⁹⁴⁰.

1192. Pour les actions de groupe en matière de discrimination, c'est non sans peine que fut admise la possibilité d'indemniser l'ensemble des préjudices subis par les personnes physiques résultant de discriminations directes ou indirectes. En effet, si dans la version initiale du projet de loi, le Gouvernement n'avait pas suivi les préconisations du rapport *Pécaut-Rivolier*, qui avait écarté l'option d'une action de groupe indemnitaire en matière de discrimination pour garantir tant le principe de la réparation intégrale que la santé économique des entreprises²⁹⁴¹, il avait tout de même pris soin d'exclure les préjudices moraux du champ des préjudices indemnissables. Convaincu semble-t-il par l'Assemblée nationale lors de la première lecture du texte par cette dernière, le Gouvernement dut ensuite surmonter l'opposition du Sénat pour faire adopter l'extension du préjudice indemnissable en matière de discrimination. Cette extension n'est toutefois pas allée à son terme puisque le législateur est resté attaché à l'indemnisation des seules atteintes à des intérêts individuels en matière de discrimination. En excluant, explicitement et implicitement²⁹⁴², que l'action de groupe dans ce domaine permette de réparer les préjudices subis par des personnes morales, qui sont d'ailleurs désignées comme de potentielles victimes de discrimination par les dispositions pénales réprimant les discriminations²⁹⁴³, elle fait obstacle à la réparation de ce préjudice extrapatrimonial que constitue le préjudice personnel des groupements

²⁹⁴⁰ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 161. Les dispositions relatives au cadre commun ne posent d'ailleurs aucune limitation matérielle au préjudice indemnissable puisqu'elles se contentent d'évoquer « les préjudices subis » par « plusieurs personnes » ce qui peut correspondre aux préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux subis par des personnes physiques comme des personnes morales.

²⁹⁴¹ Ce qui était, faut-il le rappeler, un pléonisme pour les rédacteurs du rapport. Toutefois, alors qu'elle faisait montre d'une telle méfiance à l'endroit de l'indemnisation des préjudices extra-patrimoniaux, dont il a pu être dit qu'elle risquait de conduire à une sur-indemnisation dévoyant la fonction indemnitrice de l'action en responsabilité civile ou administrative, la mission proposait dans le même temps de donner la possibilité au juge de « condamner l'employeur à des dommages et intérêts d'un montant dissuasif » ou « au paiement d'une amende civile qui pourra atteindre 1% de la masse salariale » dans l'hypothèse où les injonctions qu'ils aura prononcées dans le cadre d'une action collective n'auront pas été suivies d'effet (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *rapport.précit.*, p. 105).

²⁹⁴² Effectivement, le I de l'article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ne vise que les « personnes physiques » pour déterminer la consistance du groupe défendable et les articles L. 1134-7 du code du travail et L. 77-11-2 du code de justice administrative aboutissent au même résultat en ne visant que les « salariés », les « agents publics » ou encore les « candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation ».

²⁹⁴³ Art. 225-1 du code pénal.

résultant d'une atteinte à l'intérêt collectif visé par leur objet social. Un syndicat, par exemple, pourrait aisément se prévaloir d'un tel préjudice dans l'hypothèse où plusieurs de ses membres seraient victimes de discrimination du fait de leur appartenance.

1193. C'est en matière d'environnement que le préjudice indemnisable semble être le plus étendu, mais qu'il est aussi le plus difficile à appréhender.

1194. En premier lieu, il est au moins certain que cette action ne permet pas d'obtenir la réparation du préjudice dit « écologique pur » puisque l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement dispose que l'action de groupe permet de défendre « plusieurs personnes placées dans une situation similaire » subissant « des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 » du code de l'environnement, ce que ce même article désigne ensuite comme étant un « dommage causé à l'environnement ». Cette définition énumérative par référence de l'environnement, au sens et pour application de l'action de groupe, n'est toutefois pas d'une absolue clarté. En effet, l'article L. 142-2 du code de l'environnement, pour sa part, énumère des dispositions législatives encadrant des activités aux fins de protéger pêle-mêle l'« environnement » en général, le « cadre de vie », des éléments en particulier du biotope et de la biocénose, ou encore l'intérêt des consommateurs et, à ce titre, parfois ne mentionne même pas des « domaines » susceptibles d'être atteints mais seulement des sources potentielles d'atteintes²⁹⁴⁴. Au terme d'une lecture compréhensive des dispositions du code, ce « dommage causé à l'environnement » peut donc apparaître plus large que celui dont les conséquences préjudiciables peuvent être réparées, éventuellement en parallèle d'une action de groupe, tant sur le fondement de l'article L. 161-1 et suivants du code de l'environnement - ce qui n'est pas en soi difficile compte tenu des nombreuses restrictions que le législateur a maintenues en transposant la directive 2004/35 CE du 21 avril 2004²⁹⁴⁵ - , que sur le fondement des articles 1246 et suivants du code civil. Par rapport à cette dernière action, l'avantage de l'action de groupe ne tiendrait pas tant au fait que la lésion n'est pas

²⁹⁴⁴ Pour rappel, le premier alinéa de l'article L. 142-2 du code de l'environnement dispose que : « les associations agréées mentionnées à l'article L. 141-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application ». À défaut de précision à l'article L. 142-3-1, il n'y a pas de raison d'ailleurs d'exclure, même si cela peut créer des redondances, le second alinéa de cet article L. 142-2 du code de l'environnement qui mentionne indirectement des domaines en évoquant les « intérêts visés à l'article L. 211-1 [du code de l'environnement], en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions relatives à l'eau », c'est-à-dire la protection des écosystèmes aquatiques, des sites et des zones humides et les « intérêts visés à l'article L. 511-1 [du code de l'environnement], en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions relatives aux installations classées », c'est-à-dire « la commodité du voisinage », « la santé, la sécurité, la salubrité publiques », « l'agriculture », « la protection de la nature, de l'environnement et des paysages », « l'utilisation rationnelle de l'énergie », « la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique ».

²⁹⁴⁵ Sur la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, V. Maryse DEGUERGUE, « Le sens de la responsabilité environnementale », *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo. Terres du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 573).

expressément caractérisée²⁹⁴⁶, mais plutôt au fait que le milieu artificiel pourrait aussi être regardé comme l'un des « domaines » mentionnés - directement ou indirectement - à l'article L. 142-2 du code de l'environnement alors qu'il n'est pas garanti qu'il soit pris en compte par l'article 1247 du code civil²⁹⁴⁷.

1195. La terminologie employée par le législateur pour qualifier les préjudices personnels indemnisables laisse aussi perplexe. En effet, il n'est possible de se raccrocher à aucune classification légale ou doctrinale pour savoir ce que recouvrent exactement ces « préjudices corporels et matériels » résultant du dommage à l'environnement.

1196. L'association de l'adjectif « corporel » et du mot « préjudice » peut déjà surprendre dans la mesure où le premier est d'ordinaire employé par le législateur pour qualifier le « dommage », c'est-à-dire le siège de la lésion et non sa traduction juridique que constitue le préjudice²⁹⁴⁸. Certes, elle se retrouve pourtant parfois - et même encore récemment - dans les jurisprudences judiciaire²⁹⁴⁹ et administrative²⁹⁵⁰, elle semble toutefois être alors employée au mépris de la distinction entre le préjudice et le dommage, que les

²⁹⁴⁶ Reprenant sur ce point les termes de la jurisprudence qui avait consacré le préjudice écologique pur, l'article 1247 exige que l'atteinte soit « non négligeable ». Toutefois, il est difficile de voir comment un dommage négligeable serait susceptible de faire naître des préjudices personnels dont la réparation nécessiterait l'introduction d'une action de groupe indemnitaire. Il resterait toutefois l'hypothèse dans laquelle, la résilience du milieu naturel aurait eu raison de la pollution, ce qui justifierait de la regarder comme étant « négligeable » s'agissant d'une action en réparation du préjudice écologique pur, mais aurait tout de même le temps de produire des préjudices personnels

²⁹⁴⁷ Il vise effectivement une atteinte non négligeable « aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Certes, tout dépend là encore de la définition qui est retenue ici de l'« environnement » qui peut effectivement inclure aussi bien le « patrimoine naturel » que « les réalisations humaines remarquables constitutives du patrimoine dit culturel » (Maryse DEGUERGUE, *art.précit.*, p. 578), comme le montrent du reste certaines de ses définitions courantes ou juridiques (V. Michel PRIEUR (dir.), *op.cit.*, n° 1-2, p. 1-2). À la lecture des travaux préparatoires, il apparaît toutefois que le législateur a fait sien la notion de « bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » dans le sens que lui donnait le rapport *Jégouzo* qui, reprenant lui-même la nomenclature des préjudices environnementaux élaborée le groupe de travail dirigé par MM. Laurent Neyret et Gilles J. Martin, désignait ainsi « les atteintes aux services écologiques, c'est-à-dire les bienfaits que l'on retire de l'environnement au-delà des bénéfices individuels (atteintes aux services de régulation tels que la pollinisation, atteintes aux services d'approvisionnement et atteintes aux services culturels tels que la jouissance des forêts) » (Yves JÉGOUZO (dir.), *rapport.précit.*, p. 19). Autrement dit, il s'agit de ces services parfois appelé les services « écosystémiques » (Sur cette notion, V. Philippe MÉRAL, « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendances récentes », *Natures Sciences Sociétés*, 2001, p. 3) qui sont assurées par la fonction biologique que produit l'interaction des éléments des écosystèmes qui sont évoqués dans ce même article 1247 du code civil. L'« environnement » serait donc bien ici réduit au milieu naturel.

²⁹⁴⁸ V. par ex, les articles 1404 et 2226 du code civil, les articles L. 310-1, L. 421-8, L. 423-1 du code des assurances ou encore, au sein même du code de l'environnement, les articles L. 597-14 et L. 597-38. D'ailleurs, s'agissant des associations auxquelles la qualité pour agir est attribuée, le 1° du IV de ce même art. L. 142-3-1 du code de l'environnement évoque « les associations, agréées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres ». L'expression était jusqu'alors isolée. Tout au plus, il était semble-t-il possible d'en trouver quelques occurrences au 9° bis de l'article 81 du code des impôts, ou encore à l'article L. 421-1 du code des assurances tel qu'il avait été modifié par la loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière. D'ailleurs, s'agissant de cette dernière disposition, l'expression « préjudice corporel » avait été définitivement remplacée par celles « d'atteintes à la personne » par l'article 1^{er} de la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier dont la vocation n'était alors que rédactionnel, ce qui laisse à penser que l'ancienne version de l'article traduisait bien une confusion des notions de dommages et de préjudice. L'expression « préjudice corporel » se retrouve désormais aussi à l'article R. 1143-3 du code de la santé publique, d'ailleurs modifié par l'article 7 du décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits, et au 3° du II de l'article 136-1-3 du code de la sécurité sociale qui fut créé par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2018-474 du 12 juin 2018 relative à la simplification et à l'harmonisation des définitions des assiettes des cotisations et contributions de sécurité sociale.

²⁹⁴⁹ V. par., Civ. 2, 24 mai 2018, n° 17-17.962 ; Civ. 1, 16 mai 2018, n° 17-17.904 ; Civ. 2, 3 mai 2018, n° 17-17.362.

²⁹⁵⁰ V. par exemple CE, 7^e chambre, 26 avril 2018, n° 408136 ; CE, 7^e chambre, 4 mai 2016, n° 388679 ; CE, 1^{ère} section jugeant seule, 27 août 2014, n° 370725 ; CE, 5^e section jugeant seule, 5 octobre 2013, n° 363991.

juridictions judiciaires et administratives sont pourtant censées avoir consacré²⁹⁵¹. Enfin, la doctrine n'est pas d'un grand secours pour savoir ce qu'elle recouvrirait dès lors qu'elle emploie l'expression « préjudice corporel » dans le cadre de classifications dont la valeur logique peut être discutée²⁹⁵². L'emploi de l'adjectif « matériel » souffre aussi d'une ambiguïté puisqu'il permet de désigner tant le siège de la lésion, qui serait en l'occurrence une atteinte à des biens matériels, que le préjudice qui en résulte²⁹⁵³.

1197. Il est donc fort probable que le législateur ait en réalité confondu, au moins s'agissant du « préjudice corporel », le dommage et le préjudice, alors même qu'il semble bien les distinguer en évoquant, dans le même article, des préjudices « résultant du dommage causé à l'environnement » ce qui désignerait, en réalité, un dommage corporel par ricochet.

1198. Partant de là, seuls les préjudices qui résultent des dommages corporels, résultant eux-mêmes d'un dommage causé à l'environnement, seraient réparables, ce qui conduit alors à exclure les personnes morales des bénéficiaires de cette action de groupe. Une telle interprétation ne serait toutefois pas fidèle à la volonté du législateur. Lorsque l'action de groupe en matière d'environnement fut introduite dans le texte de loi à l'occasion de la première lecture du texte par l'Assemblée nationale, il était alors fait mention des « préjudices corporels et matériels » des seules personnes physiques et un amendement au texte de la commission des lois fut adoptée en séance publique visant à inclure les personnes morales dans le champ des victimes²⁹⁵⁴.

1199. Pour ne pas exclure totalement les personnes morales des bénéficiaires, et respecter ainsi la volonté du législateur, il serait alors préférable de dire soit que cette action de groupe permet de réparer l'ensemble des préjudices résultant de dommages corporels et qu'elle n'exclut pas la réparation de

²⁹⁵¹ Christine CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 228, 2002, p. 79-136.

²⁹⁵² À cet égard, Mme Christine Cormier montre bien que l'emploi de cette expression ne fut jamais satisfaisant d'un point de vue heuristique et logique, y compris - et peut être même surtout compte tenu de la confusion qu'elle entraîne - lorsqu'elle se retrouve sous la plume d'auteurs distinguant bien le dommage du préjudice. Ainsi, dans sa classification tripartite des préjudices, M. Michel Paillet distinguait, à côté du préjudice économique et du préjudice moral, le « préjudice corporel » qui renverrait aux préjudices d'ordre purement physiologique découlant d'un dommage corporel, comme les souffrances physiques ou - ce qui est plus discutable pour Mme Christine Cormier - les troubles dans les conditions d'existence (Michel PAILLET, *La responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 1996, p. 212 et s.). Or, ainsi que le relève l'auteure, ces préjudices corporels « ne sont pas de nature à constituer une catégorie à part entière au même titre que le préjudice économique ou non économique et ce d'autant moins qu'ils appartiennent eux-mêmes la catégorie des préjudices extra-patrimoniaux » (V. Christine CORMIER, *thèse.précit.*, p. 71). Autrement dit, dans le cadre de sa classification tripartite, un même préjudice peut être rangé dans deux classes qui sont pourtant d'un même niveau hiérarchique.

²⁹⁵³ Par exemple, René Chapus, qui prend soin de distinguer le dommage et le préjudice, décrit les préjudices matériels comme ceux qui « ont en commun de se traduire en règle générale par une perte pécuniaire, objectivement mesurable » (René CHAPUS, *op.cit.*, t. 1, n° 1410, p. 1237), les opposant ainsi aux préjudices moraux qui sont « de l'ordre des sentiments » (*Ibid.*).

²⁹⁵⁴ Assemblée nationale, 2^e séance du 19 mai 2016, *JORF*, p. 3527. Toutefois, cette extension ne semble pas avoir été assez explicite pour les rapporteurs de la Commission des lois de l'Assemblée nationale qui, après l'adoption de cet amendement incluant les personnes morales dans le cercle des bénéficiaires de l'action de groupe, continuaient à le limiter aux personnes physiques (Jean-Michel CLÉMENT, Jean-Yves LE BOUILLONNEC, *Rapport n° 3904 fait au nom de la commission des lois*, déposé le 30 juin 2016, p. 116), alors même que l'un d'eux avait soutenu cet amendement. A noter que c'est cette interprétation, incluant les personnes morales parmi les victimes pouvant être défendues dans le cadre de cette action de groupe, qui est retenue par les rapporteurs de la mission d'information sur le « bilan et les perspectives des actions de groupe » (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration général de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 47)

préjudices résultant d'autres dommages par ricochet - comme des dommages matériels - mais qu'elle se limite alors aux préjudices « matériels », soit qu'elle ne permet de réparer que des préjudices matériels, mais que ces derniers ne résultent pas seulement de dommages corporels. Toutefois, ces solutions ne résistent pas non plus à une interprétation génétique du texte puisqu'il semble qu'en réalité le législateur ait confondu les notions de dommage et de préjudice aussi bien s'agissant des préjudices « corporels » que « matériels ». En effet, il ressort des - rares - interventions du Gouvernement tentant d'explicitier l'objet de cette action de groupe que cette dernière devait permettre d'indemniser « les préjudices personnels, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux résultant des dommages environnementaux, comme les maladies résultant d'une pollution »²⁹⁵⁵ ou - formulé autrement - des « préjudices subis par chacune des victimes, dès lors que ces préjudices résulteront de dommages matériels ou corporels »²⁹⁵⁶.

1200. Finalement, au terme de cette interprétation génétique des dispositions du code de l'environnement, l'action de groupe en matière d'environnement devrait permettre d'indemniser l'ensemble des préjudices, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, subis par les personnes physiques et morales pourvu toutefois qu'ils résultent de dommages corporels ou matériels eux-mêmes consécutifs à un dommage causé à l'environnement. Ce faisant seraient néanmoins exclus les préjudices patrimoniaux ou extrapatrimoniaux de personnes physiques et morales qui, ne passant pas par le médium de ces dommages corporels et matériels, résulteraient directement d'un dommage environnemental comme, par exemple, la perte de recette d'exploitation que subiraient des restaurateurs et des hôteliers à la suite d'une pollution du littoral ou le préjudice « moral » d'une association de protection de l'environnement résultant de l'atteinte aux intérêts collectifs qu'elle a pour objet de défendre.

1201. Il n'en reste pas moins que cette action de groupe pourrait compléter utilement les actions en réparation du préjudice écologique « pur » et l'action de groupe mise en place en matière de consommation et de concurrence, voire la concurrencer, lorsque le fait générateur du dommage à l'environnement consiste, par exemple, en un manquement d'un professionnel à des dispositions luttant contre « les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales » qui sont évoquées à l'article 142-2 du code de l'environnement²⁹⁵⁷. Le pouvoir réglementaire ne s'y est pas trompé lorsqu'il a profité

²⁹⁵⁵ Assemblée nationale, 2^e séance du 19 mai 2016, *JORF*, p. 3527.

²⁹⁵⁶ Sénat, Séance du 28 septembre 2016, *JORF*, p. 14094.

²⁹⁵⁷ Cette superposition des actions de groupe tient toutefois plus au fait que l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement ne circonscrit pas les obligations légales dont le manquement est susceptible d'être sanctionné qu'au renvoi aux dispositions de l'article L. 142-2 du code de l'environnement pour déterminer les domaines dans lesquels doivent intervenir les dommages d'où résultent les préjudices susceptibles d'être réparés. Pour rappel, le premier alinéa de l'article 142-2 du code de l'environnement dispose que « Les associations agréées mentionnées à l'article L. 141-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application ». Il est déjà en soi regrettable que

du renvoi opéré par les dispositions du code de l'environnement pour ouvrir l'action de groupe en matière environnementale, notamment, aux « associations agréées au titre de l'article L. 623-1 du code de la consommation »²⁹⁵⁸.

1202. Le législateur a donc admis dans d'autres domaines que l'action de groupe permette d'obtenir la réparation de ces préjudices dont l'indemnisation nécessite une appréciation approfondie de la situation individuelle des membres du groupe défendu, au prix il est vrai de quelques aménagements procéduraux. Ces aménagements démontrent néanmoins que la procédure d'action de groupe est suffisamment souple pour que son caractère collectif ne constitue pas un obstacle dirimant à l'indemnisation de certains préjudices, ce qui rend l'option retenue en 2016 par le législateur en matière de protection de données à caractère personnel encore plus incompréhensible. En la matière, il a fallu attendre le projet de loi sur la protection des données personnelles pour que le législateur - à l'invitation semble-t-il, du Conseil national des barreaux²⁹⁵⁹ - daigne la rectifier en se saisissant de l'option offerte par le RGPD. Depuis lors, cette action de groupe permet d'obtenir, dans le cadre de la procédure individuelle de liquidation, la réparation de l'ensemble des préjudices « matériels et moraux » subis par les personnes physiques²⁹⁶⁰, la catégorie des préjudices « matériels », qui devrait sans doute renvoyer ici aux préjudices de nature patrimonial, semblant aussi construite à partir d'une confusion entre le « préjudice » et le « dommage ».

1203. Ces atermoiements autour de la réparation des préjudices subis en matière de protection des données personnelles montrent donc bien que cet argument des contraintes techniques qui seraient inhérentes à l'action de groupe constitue parfois un prétexte commode pour limiter le risque financier pour les défendeurs potentiels²⁹⁶¹. Cette volonté d'émousser l'action de groupe transparait encore plus au niveau des limitations temporelles du préjudice indemnisable.

le législateur ait ainsi renvoyé à des dispositions définissant un manquement pour définir des dommages. En effet, cela est de nature à faire naître une confusion alors que « l'atteinte à l'intégrité d'une chose ou d'une personne » - si c'est bien cette définition du dommage qu'il faut retenir - ne résulte pas nécessairement d'un manquement aux dispositions qui ont pour objet de les protéger. Dans le cas présent, un tel renvoi est encore plus inopportun puisque le législateur cherche à donner une consistance à ce terme « d'environnement », qui est polysémique en droit (Michel PRIEUR (dir.), *op.cit.*, n° 2, p. 2), à partir de dispositions qui évoquent tant des éléments qui lui sont rattachés - traditionnellement ou non -, que des pratiques - comme les pratiques commerciales et les publicités trompeuses - qui sont susceptibles de lui nuire de manière générale mais qui ne constituent pas à proprement parler des « choses » dont l'intégrité peut être atteinte et objectivement appréciée. En réalité, l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement, ne renverrait donc qu'à une partie « des domaines mentionnées à l'article 142-2 » du code de l'environnement, ceux dont l'intégrité est effectivement susceptible d'être atteinte et constatée objectivement. Ce faisant la définition qui est retenue ici de l'environnement demeure particulièrement large puisqu'elle contient le cadre de vie qui en est parfois distingué (V. en ce sens article L. 1111-2 du code général des collectivités territoriales. Plus largement, sur la définition du « cadre de vie », V. Michel PRIEUR (dir.), *op.cit.*, n°6, p. 5-6).

²⁹⁵⁸ Art. R. 142-10 du code de l'environnement.

²⁹⁵⁹ V. Le communiqué de presse du Conseil national des barreaux en date du 26 janvier 2018 (Disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cnb.avocat.fr/fr/communiqués-de-presse/rgpd-le-cnb-obtient-lelargissement-de-laction-de-groupe-pour-inclure-lindemnisation-des-victimes>).

²⁹⁶⁰ III de l'ancien article 43 *ter* de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 tel que modifié par l'article 25 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

²⁹⁶¹ Quoique cela ne fut pas son but - du moins explicitement - à l'époque, la limitation des préjudices indemnifiables était tout de même mentionnée, dans l'étude d'impact de la loi relative à la consommation, au titre des éléments juridiques destinés à relativiser le coût de la réforme sur le plan économique (Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 13).

C- Les limitations temporelles du préjudice indemnisable

1204. En sus parfois des limitations matérielles précédemment évoquées, toutes les procédures d'action de groupe avec un objet indemnitaire opèrent une limitation temporelle des préjudices indemnisables, à l'exception notable de celle en matière de santé²⁹⁶².

1205. Ainsi, en matière de concurrence, l'action de groupe ne peut être exercée lorsque le manquement aux règles de la concurrence a été constaté par une décision qui n'était plus susceptible de recours au moment de la publication de la loi relative à la consommation²⁹⁶³. Ni l'exposé des motifs, ni l'étude d'impact - qui d'ailleurs donnait la liste des décisions ne pouvant plus donner lieu à une action de groupe²⁹⁶⁴ -, ni le gouvernement au cours des débats ne justifiaient une telle restriction en matière de concurrence, alors que le projet de loi admettait, dans le même temps, l'application immédiate de l'action de groupe en matière de droit de la consommation. En revanche, à la lecture du rapport fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, il semble que cette restriction visait, à garantir la « sécurité juridique » des entreprises - ou plutôt à limiter les conséquences financières de l'action de groupe pour elles - qui auraient pu se voir reprocher des faits relativement anciens compte tenu de la longueur des procédures en matière de concurrence²⁹⁶⁵, ce à quoi il faudrait d'ailleurs ajouter le régime spécifique de prescription mis en place dans le cadre de cette action de groupe²⁹⁶⁶.

1206. Pour les actions de groupe avec un objet indemnitaire mises en place la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, le législateur a posé une limitation temporelle à l'applicabilité de toutes celles qui avaient un objet indemnitaire dès 2016 – ce qui n'est donc pas le cas de l'action indemnitaire qui est désormais possible en matière de protection des données personnelles²⁹⁶⁷ - puisqu'il a exclu leur mise en œuvre pour des faits générateurs antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi²⁹⁶⁸, moins par volonté de garantir

²⁹⁶² Il faut toutefois rappeler qu'une restriction temporelle des préjudices indemnisables était aussi prévue dans la version initiale du projet de loi (V. art. 45 du projet de loi n° 2302 relatif à la santé).

²⁹⁶³ III de l'article de l'article 2 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

²⁹⁶⁴ Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 16-18.

²⁹⁶⁵ Martial BOURQUIN et Alain FAUCONNIER, *Rapport n° 809 fait au nom de la commission des affaires économiques, tome I (2012-2013)*, déposé le 24 juillet 2013, p. 39.

²⁹⁶⁶ Pour ménager la possibilité d'exercer une action de groupe en matière de concurrence, la loi n'a pas prévu une suspension de la prescription civile en cas d'action en matière concurrentielle. En revanche, elle a ajouté un nouveau délai de prescription de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision est devenue définitive (art. L. 623-15 du code de la consommation).

²⁹⁶⁷ En effet, l'action de groupe en matière de protection des données personnelles, dont l'objet ne fut étendu que dans un second temps à l'indemnisation de préjudices, échappe à cette limitation puisque le législateur a omis de la reprendre dans la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

²⁹⁶⁸ II de l'article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle : « les chapitres III et IV du présent titre sont applicables aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi ». Ce qui, soit dit en passant, est assez vague. S'agit-il alors de l'entrée en vigueur de l'ensemble des dispositions de la « présente loi », sachant qu'elle prévoit justement des dates d'entrée en vigueur différenciées pour certaines de ses dispositions (art. 114 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle), ou des seules dispositions relatives à ces actions de groupe ? Dans la seconde hypothèse, qui est la plus sensée, il faudrait retenir la date de l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires qui étaient nécessaires à leur application, soit celles du décret n° 2017-888 du 6 mai 2017.

la stabilité des situations juridiques²⁹⁶⁹ que de satisfaire, notamment, les compagnies d'assurances²⁹⁷⁰. C'est à cette limite que se heurta l'une des rares actions de groupe qui fut introduite devant les juridictions administratives²⁹⁷¹. En revanche, dans le cadre des actions en matière de lutte contre les discriminations, cette disposition ne devrait pas empêcher le juge de tenir compte de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi pour apprécier la réalité d'une discrimination²⁹⁷².

1207. À cela, s'ajoutent d'ailleurs des limitations temporelles propres à certaines actions de groupe relevant du cadre commun. Pour les actions de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail et en matière de discrimination imputable à un employeur et portées devant les juridictions administratives, le législateur a retenu d'une main ce qu'il avait donné de l'autre en ne posant aucune limitation sur le plan matériel pour les personnes physiques du moins. En effet, alors que le dernier alinéa de l'article L. 1134-5 du code du travail relatif à l'action individuelle en réparation des préjudices résultant d'une discrimination précise bien que « les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée », les seuls préjudices réparables dans le cadre des actions de groupe spéciales en matière de lutte contre les discriminations sont ceux nés

²⁹⁶⁹ En effet, comme le Conseil constitutionnel l'avait rappelé, et ce à deux reprises (CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. n° 26 ; CC, n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. n° 98), l'action de groupe ne modifie en rien les règles de fond définissant les conditions de la responsabilité. Il ne s'agit que d'un « véhicule procédural » (Soraya AMRANI-MEKKI, « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP G*, n° 45, 2 novembre 2015, 1196), l'action de groupe peut très bien s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur sans pour autant revêtir un caractère rétroactif.

²⁹⁷⁰ Celles-ci avaient, semble-t-il, déjà fait part de leur inquiétude au moment du vote de la loi de modernisation de notre système de santé et la saisine des sénateurs contre la loi s'en était faite l'écho : « La rédaction originelle de l'article 184 de la loi prévoyait que les dispositions relatives à l'action de groupe ne pouvaient pas s'appliquer aux manquements ayant cessé avant son entrée en vigueur dans un souci de sécurité juridique. La version finale du texte ouvre l'action de groupe aux faits générateurs de responsabilité antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, prévue pour le 1^{er} juillet 2016. En l'absence de dispositions transitoires, les requérants considèrent que de telles dispositions risquent d'entraîner une situation d'insécurité juridique majeure affectant l'ensemble des acteurs du système de santé. Une telle situation risque en effet de poser des problèmes majeurs pour le secteur des assurances, mettant en danger tant les entreprises que l'indemnisation des personnes. Par conséquent, l'article 184 contrevient aux exigences de sécurité juridique, qui ont progressivement été reconnues en droit français » (Saisine par 60 sénateurs contre la loi de modernisation de notre système de santé).

²⁹⁷¹ TA de Lyon, 29 avril 2019, *Syndicat de personnel d'encadrement de la Ville de Lyon et organismes rattachés*, n° 1806281. En effet, alors que le syndicat soutenait que le manquement résidait dans la répétition de la rémunération de chaque agent concerné qui avait pu lui causer un préjudice, le tribunal a estimé qu'il s'agissait en réalité de la délibération du 28 juin 2004 fixant le régime indemnitaire et que l'administration ne faisait qu'exécuter en rémunérant ses agents. Dans ses conclusions sur le jugement du tribunal administratif de Lyon, Mme Elisabeth de Lacoste Lareymondie ne voyait alors pas dans l'application de cette disposition une cause d'irrecevabilité mais un motif de rejet au fond de la requête qui conduirait le juge à se prononcer non sur l'extinction d'un droit d'action mais, comme dans le cadre de la prescription, d'un droit de créance. Néanmoins, l'action de groupe ainsi neutralisée n'est qu'un « véhicule procédural » et ce ne sont pas les groupements éconduits qui ont un droit de créance sur la personne mise en cause mais les membres du groupe qu'ils défendent et qui eux peuvent toujours agir séparément et individuellement. Ce faisant, le juge ne se prononce en réalité que sur le droit des groupements d'agir au moyen de l'action de groupe. L'affaire *Safran* devrait être l'occasion pour la juridiction judiciaire de se prononcer puisque les stipulations conventionnelles litigieuses sont bien antérieures à l'entrée en vigueur de la loi. Toutefois, le caractère « systémique » de la discrimination alors alléguée par le syndicat requérant ne permet justement pas de voir quel est exactement le manquement que le juge va devoir retenir pour apprécier le respect de cette condition.

²⁹⁷² Sans rejoindre ici l'analyse de Mme Elisabeth de Lacoste Lareymondie sur la nature du motif de rejet que constitue l'application de cette condition, il est tout de même possible de raisonner par analogie avec la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la prise en compte de faits de discrimination prescrits. Elle estime ainsi « que si la prescription trentenaire interdit la prise en compte de faits de discrimination couverts par elle, elle n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fut-elle antérieure à la période non prescrite » (Soc., 4 février 2009, n° 07-42.697).

postérieurement à la réception par l'employeur de la demande de cessation de la discrimination collective alléguée dès lors que ne sont pas concernés des candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation²⁹⁷³. Finalement, la vocation indemnitaire de ces actions de groupe, qui était déjà subsidiaire²⁹⁷⁴, disparaît totalement dans cette hypothèse²⁹⁷⁵. Tout au plus, les conclusions aux fins d'indemnisation ne deviennent qu'un moyen de pression, une menace au cours des négociations avec l'employeur pour obtenir la cessation des discriminations à l'endroit des salariés ou des agents publics²⁹⁷⁶.

1208. L'action de groupe en matière de protection des données personnelles, dont la vocation indemnitaire fut reconnue plus tardivement, ne fait pas non plus exception à ce qui semble être ainsi devenu une limitation temporelle de principe. La loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles se démarque toutefois puisqu'elle n'exclut pas les préjudices dont le fait générateur est antérieur à son entrée en vigueur, mais ceux survenus antérieurement à l'expiration du délai qui était laissé aux responsables de traitement pour se mettre en conformité avec le règlement général sur la protection des données, soit le 24 mai 2018²⁹⁷⁷, c'est-à-dire de la date d'application effective - et non d'entrée en vigueur - de l'un des textes de droit dérivé à partir duquel le législateur est censé adapter le droit interne.

²⁹⁷³ Art. L. 1134-8 du code du travail ; art. L. 77-11-3 du code de justice administrative.

²⁹⁷⁴ Cf. *Infra*.

²⁹⁷⁵ Lors de l'examen du texte en première lecture, la commission des lois du Sénat estimait d'ailleurs qu'il était préférable d'éviter les faux semblants de ce qui pouvait apparaître comme une cote mal taillée et de supprimer carrément la vocation indemnitaire de cette action de groupe (Yves DÉTRAIGNE, *Rapport n° 121 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois*, déposé le 28 octobre 2015, p. 119-120).

²⁹⁷⁶ À cet égard, s'agissant des actions groupe menées par la CGT et le syndicat Sud-Rail, M. Alexis Bugada relève que « ce sont deux syndicats de type contestataire, mais habiles dans le traitement des conflits collectifs à partir de leur juridicisation et de leur médiatisation. Leurs actions sont bien relayées avant même que la justice ne soit saisie ou n'ait tranché le litige. Le contexte est celui d'une prétendue discrimination dans le périmètre d'une négociation collective conflictuelle, ce qui donne à celle-ci une texture particulière. Les objets de négociation disputés portent sur les parcours syndicaux d'une part, et le handicap d'autre part. L'action de groupe (médiatisée) est ainsi mobilisée en appui du dialogue social, mais aussi de la construction d'une image syndicale : celle de syndicats « en pointe » dans l'action revendicative, qui ainsi seraient les « premiers » de l'histoire syndicale française à utiliser l'action de groupe » (Alexis BUGADA, « L'action de groupe contre les discriminations au travail : une menace judiciaire au service du dialogue social ? », *Chroniques du Travail, Institut régional du travail (Provence-Alpes-Côte d'Azur)*, 2018, *L'égalité dans l'entreprise*, p. 193).

²⁹⁷⁷ Pour sa part, le Sénat souhaitait que l'application du volet indemnitaire de cette action fût reportée au 25 mai 2020, c'est-à-dire de deux ans, pour éviter d'exposer à de lourdes condamnations les petits responsables de traitement qui peineraient à se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions applicables et court-circuiter l'approche bienveillante que la CNIL aurait prévue d'adopter durant cette période (Sophie JOISSAINS, *Rapport n° 350 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la protection des données personnelles*, déposé le 14 mars 2018, p. 132-133). Autrement dit, il s'agissait d'ajouter un délai de tranquillité au délai de mise en conformité. En réalité, il semble que la proposition sénatoriale, le choix de cette date procédait d'une confusion entre le délai de mise en conformité et celui d'entrée en vigueur. Sans doute, le 171^{ème} considérant du règlement précisait que « les traitements déjà en cours à la date d'application du présent règlement devraient être mis en conformité avec celui-ci dans un délai de deux ans après son entrée en vigueur », ce qui d'ailleurs n'avait pas vocation à bénéficier qu'aux petits responsables de traitement. Néanmoins, comme le précise son article 99, ce règlement, adopté le 27 avril 2016, est en réalité entré en vigueur le 21^{ème} jour suivant sa publication au Journal officiel de l'Union européenne - qui a eu lieu le 4 mai 2016 -, c'est-à-dire le 24 mai 2016. Sa date d'application était donc bien reportée au 25 mai 2018 et non au 25 mai 2020.

§2- L'injonction aux fins de cessation du manquement

1209. Cette action en cessation, qui complète l'action de groupe indemnitaire en permettant de l'orienter vers la défense directe d'intérêts supra-personnels que les groupements ont pour objet de défendre (A), s'avère être d'une utilité toute relative dans les différents domaines dans lesquels elle est ouverte (B), d'autant plus qu'elle reste affectée par la compétence restreinte du juge administratif (C).

A- L'ouverture à la défense immédiate d'intérêts supra-personnels

1210. L'action en cessation, qui se distingue de l'action en réparation (1), fait évoluer la définition de l'action de groupe en droit français puisque celle-ci ne se cantonne plus à la défense - *a priori* directe et principale²⁹⁷⁸ - des intérêts personnels de tiers (2).

1- La consécration de l'autonomie de l'action en cessation d'un manquement

1211. De prime abord, il n'est guère aisé de savoir ce que recouvre exactement cette action en cessation et, par là même, ce qui la distingue de l'action en réparation que les groupements peuvent aussi mener dans le cadre de l'action de groupe. En effet, si cette distinction n'est pas nouvelle en droit positif français, la cessation du manquement a pu parfois être présentée comme n'étant en réalité qu'une simple modalité de réparation tant par certains arrêts de la Cour de cassation²⁹⁷⁹ que par une partie de la doctrine²⁹⁸⁰.

1212. En dépit de la similitude d'effets, à savoir mettre un terme aux dommages résultant d'un fait générateur considéré, il est néanmoins possible, et il conviendrait même, de les distinguer en suivant des auteurs, comme Mme Alix Perrin et M. Cyril Bloch, sur des chemins qui peuvent sembler sensiblement différents, mais qui ont en commun de partir d'une critique de l'acception - trop extensive à leurs yeux - qu'a pu recevoir la notion de « réparation », et, plus précisément, de « réparation en nature », pour aboutir à une autonomisation de l'action en cessation sur le plan fonctionnel : à la différence de l'action tendant à la réparation d'un préjudice, celle tendant à obtenir la cessation d'un manquement ne vise pas à obtenir

²⁹⁷⁸ Sur le véritable but de l'action de groupe indemnitaire, Cf. *Infra* n° 1550-1154.

²⁹⁷⁹ Par exemple, lorsqu'elle est conduite à apprécier la légalité de décisions des juges du fond accueillant ou rejetant des conclusions aux fins de cessation de l'illicite, la Cour de cassation met en avant l'appréciation souveraine dont ils disposent pour fixer les « modalités de réparation » (V. Com., 25 janvier 2005, n° 03-11.770 ; Com., 28 septembre, 2004, n° 00-21982 ; Civ. 1, 20 janvier 2004, Bull. civ. I, n° 22 ; Crim., 9 avril 2002, Bull. crim., n° 82 ; Crim., 15 janvier 2002, n° 01-83.284 (Pour d'autres exemples, V. Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, p. 75, ndbp n° 263 et n° 264).

²⁹⁸⁰ Sur cette confusion, V. Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 69, p. 76 ; Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 120, p. 104.

la compensation dudit préjudice mais à mettre fin à l'illicéité qui en constitue le fait générateur²⁹⁸¹. En ouvrant ainsi aux groupements la possibilité de demander, en sus ou en lieu et place de la réparation des préjudices, la cessation du manquement, le législateur poursuivrait donc la voie de l'autonomisation de cette action, au moins sur le plan fonctionnel.

1213. En organisant son régime, la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ne semble toutefois pas avoir tiré toutes les conséquences de cette autonomisation de l'action en cessation, du moins telle que M. Cyril Bloch l'entend.

1214. Ainsi, elle procède bien à cette autonomisation s'agissant de la désignation du débiteur de l'obligation de cessation en veillant à donner la possibilité au demandeur de ne pas mettre en cause seulement la personne à laquelle le manquement est imputable - comme cela serait le cas notamment pour l'action en responsabilité du fait personnel - mais aussi celle à même de le faire cesser. Cette dissociation est toutefois aussi possible dans certaines actions de groupe ayant un objet indemnitaire, y compris lorsqu'il s'agit de faire application de la responsabilité du fait personnel. En effet, les dispositions applicables aux actions de groupe relevant du cadre commun envisagent tant la mise en cause de la personne à l'origine du fait dommageable que l'action directe contre l'assureur garantissant sa responsabilité civile²⁹⁸², aussi bien avant qu'après le jugement statuant sur la responsabilité. Apparue la première fois lors de la mise en place de l'action en matière de santé²⁹⁸³, cette référence à l'action directe

²⁹⁸¹ Ainsi, s'appuyant sur les travaux de Mme Marie-Eve Roujou de Boubée qui avait déjà esquissé une distinction entre la réparation et la cessation de l'illicite (Marie-Eve ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, 493 p.), Mme Alix Perrin estime que la réparation n'a vocation qu'à compenser un préjudice comme cela ressort de l'analyse des conditions d'engagement de la responsabilité civile et administrative (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 122-143, p. 105-118), y compris la réparation « en nature ». Ce faisant, le terme réparation « par équivalent », souvent opposé à la réparation en nature, serait d'ailleurs un pléonasme trompeur et il conviendrait plutôt d'opposer la réparation pécuniaire et non-pécuniaire (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 148, p. 120-121). Alors que la « réparation en nature » n'est qu'une obligation de faire à vocation compensatrice ordonnée par le juge, les injonctions qu'il prononce pour obtenir la cessation de l'illicite sont, quant à elles, un type d'actes que l'auteure qualifie de « correctifs », c'est-à-dire qu'elles visent à modifier un comportement contraire au droit qui est par ailleurs susceptible d'être le fait générateur d'un préjudice (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 160-186, p. 132-149). Comme le résume l'auteure, l'une est tournée vers le passé alors que l'autre organise l'avenir en visant le rétablissement de la légalité (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 188, p. 150). C'est peu ou prou le même raisonnement que suit M. Cyril Bloch, à ceci près, en premier lieu, qu'il semble estimer qu'une définition de la réparation, qui met pourtant déjà en avant sa finalité compensatrice, est déjà, en elle-même, trop large et entretient la confusion. En effet, il considère que voir dans la réparation « toute mesure visant à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu » ne permet pas de la dissocier clairement de la cessation de l'illicite. Même si une telle définition ne précise alors pas expressément qu'il faut effacer les conséquences ainsi que les causes de l'acte préjudiciable, elle conduirait tout de même, pour lui, à ranger dans la réparation « toute mesure ayant pour effet de faire cesser ou de supprimer le dommage » ainsi que « celles qui s'attaquent à la source du dommage » (Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 70, p. 70). En outre, il prend ses distances avec la thèse de Mme Marie-Eve Roujou de Boubée puisqu'il estime que la distinction que l'auteure propose entre la compensation au moyen de la réparation et le rétablissement de la situation à laquelle il a été porté atteinte au moyen de la cessation de l'illicite n'est pas assez claire, ce « rétablissement » pouvant en réalité correspondre, selon lui, à la réparation (Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 116, p. 122-123). Néanmoins, finalement, M. Cyril Bloch parvient au même résultat que Mme Alix Perrin, en remettant d'ailleurs aussi en cause la distinction entre la réparation « par nature » et « par équivalent » (Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 123, p. 130), et insiste sur ce qu'il désigne lui comme « l'objet » des mesures ordonnées. Dès lors, plutôt que de voir dans la réparation « toute mesure visant à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu », il faut, pour lui, la définir plus précisément par son « objet », en l'occurrence les conséquences d'un fait dommageable et, à partir de ce critère, il est alors possible de la distinguer de la cessation qui, quant à elle, vise le fait, l'activité illicite qui est la source du dommage et du préjudice (Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 117-129, p. 123-140).

²⁹⁸² Art. 83 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; art. L. 77-10-24 du code de justice administrative.

²⁹⁸³ V. ex-art. L. 1142-20 du code de la santé publique.

n'a toutefois pas été par la suite étendue aux dispositions applicables à l'action de groupe en matière de consommation qui ne relève pas du cadre commun. Or, à défaut d'une disposition similaire, il semble difficile de considérer que l'association agréée de défense des consommateurs puisse être regardée comme un « tiers lésé » au sens et pour application de l'article L. 124-3 du code des assurances, renvoyant l'application éventuelle de cette action directe à la phase de liquidation individuelle des préjudices

1215. En revanche, le législateur ne conférerait pas d'autonomie à cette action en cessation s'agissant de ses conditions d'application puisque c'est le même fait générateur qui est visé par les textes, en l'occurrence le manquement à des obligations légales ou contractuelles, que l'action de groupe serve à obtenir la réparation de préjudices en mettant éventuellement en cause la responsabilité du fait personnel ou à obtenir la cessation du manquement. Or, en cherchant à démontrer dans quelle mesure le régime de l'action en cessation de l'illicite est autonome par rapport au régime de l'action en responsabilité, et notamment de l'action en responsabilité du fait personnel, M. Cyril Bloch avance que l'action en cessation de l'illicite et l'action en responsabilité civile du fait personnel se distingueraient, notamment, au niveau de leur fait générateur qui sont respectivement le fait illicite et la faute. Après s'être rallié à la définition de la faute donnée par Planiol²⁹⁸⁴, l'auteur estime que ce « manquement à une obligation préexistante » ne doit pas être confondu avec l'illicéité qui est sanctionnée dans le cadre de l'action en cessation. En premier lieu, l'auteur estime que « la notion d'illicite déborde le cadre de la faute »²⁹⁸⁵, que cette dernière ne « rend compte que de la forme commune d'illicéité »²⁹⁸⁶. En second lieu, l'auteur affirme que la faute « n'est pas qu'un fait illicite »²⁹⁸⁷ puisqu'elle « contient aussi un élément d'imputabilité qui, même privé de son aspect subjectif, demeure capital pour désigner le débiteur de réparation »²⁹⁸⁸.

1216. Néanmoins, il semble que ce manquement aux obligations légales ou contractuelles mentionné dans les dispositions relatives aux actions de groupe correspond bien à ce que l'auteur qualifie d'illicite et, plus fondamentalement, que la distinction qu'il opère entre le fait illicite et la faute - qui n'est en soi pas évidente²⁹⁸⁹ - n'est pas très assurée.

²⁹⁸⁴ Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 265, p. 292.

²⁹⁸⁵ Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 267, p. 294.

²⁹⁸⁶ *Ibid.*

²⁹⁸⁷ Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 265, p. 294.

²⁹⁸⁸ *Ibid.*

²⁹⁸⁹ Comme l'explique M. Fabrice Leduc, la « cacophonie » autour de la notion « d'illicite », et par là même le flou de la frontière la séparant de la faute, tient au fait que l'illicite n'a pas reçu une définition unanime de la part de la doctrine. Il résume ainsi les différentes propositions doctrinales aux travers de trois conceptions différentes de l'illicites (Fabrice LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 123) : une conception « étroite », réduisant l'illicite à la violation d'une loi ou d'un règlement précis, une conception « large », étendant l'illicite à tout fait ou toute action que le droit assortit d'une sanction quelconque, et enfin une conception « intermédiaire ». Par élimination, l'auteur se rallie à cette dernière conception, voyant l'illicite une activité que le « droit réprovoque » sans pour autant considérer que l'existence d'une sanction *lato sensu* soit nécessairement synonyme de réprobation. Toutefois, il se sépare de M. Cyril Bloch en incluant dans le champ de l'illicite tout fait défectueux générateur de responsabilité aux côtés de la faute et de l'atteinte aux droits subjectifs.

1217. Autrement dit, la faute ne serait ni toute l'illicéité ni que de l'illicéité. Il faut donc reprendre ces deux éléments qui constituent la base de cette distinction pour apprécier si le législateur a effectivement rendu compte de l'autonomie de la cessation de l'illicite dans le cadre de l'action de groupe.

1218. Pour l'auteur, la faute ne résumerait pas toute l'illicéité en ce que cette dernière pourrait ne pas résulter « directement »²⁹⁹⁰ de la violation d'une obligation préexistante mais de l'atteinte portée à certains droits spécialement protégés par l'ordre juridique. Toutefois, il est alors difficile de comprendre comment la notion d'illicite pourrait déborder le cadre de la faute tel qu'il l'entend. En effet, cette atteinte suppose nécessairement - et l'auteur le reconnaît d'ailleurs lui-même²⁹⁹¹ - un manquement aux règles de conduite interdisant de porter atteinte aux droits en question. En ce sens, le cadre de la faute serait même plus large puisque l'illicite ne correspondrait qu'au manquement à certaines règles de conduite, celles qui sont entièrement déterminées et modelées par le droit subjectif qu'il s'agit de respecter, dont l'auteur recherche d'ailleurs ensuite une définition relativement stricte²⁹⁹². En réalité, il s'agirait seulement de changer de point de vue sur la violation de la règle de conduite, de passer de celui de la personne soumise à l'obligation de conduite à celui de la personne dont les droits sont ainsi atteints, ce qui ne fait ni de la faute une espèce d'un genre que serait le fait illicite, ni ne constitue, surtout, un critère de distinction vraiment opératoire²⁹⁹³. Le second critère de distinction n'est guère plus éclairant.

1219. En effet, en second lieu, la faute contiendrait « aussi un élément d'imputabilité »²⁹⁹⁴ à la différence du fait illicite. Toutefois, il ne semble pas qu'il s'agisse de cet aspect subjectif de la faute qui fit tant débats au sein de la doctrine civiliste et dont l'auteur purge sa propre définition²⁹⁹⁵. Or, l'imputabilité, entendu comme le lien entre le fait et la personne mise en cause, ne saurait être regardé comme l'un des éléments constitutifs de la faute, comme l'un des éléments à l'aune duquel un fait ou un acte peut être qualifié de fautif. À cet égard, M. Cyril Bloch écrit lui-même que « savoir si telle situation de fait contrevient objectivement à une règle juridique impérative est une chose, savoir si un sujet doit en répondre et, le cas échéant, déterminer lequel, en est une autre toute différente »²⁹⁹⁶. Plus largement, il convient de distinguer, dans l'action en responsabilité comme dans l'action en cessation, la qualification du fait générateur, l'imputabilité de ce fait générateur et les critères utilisés pour déterminer le débiteur de l'obligation

²⁹⁹⁰ Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, p. 294, n° 267.

²⁹⁹¹ « Il y a toujours, si l'on veut traduire le mécanisme du côté de l'agent, une règle de conduite à respecter : dire que le fait est illicite parce qu'il porte atteinte à un droit protégé, n'est-ce pas dire que le fait est illicite parce qu'il contrevient à la règle qui interdit de porter atteinte à cet intérêt ? » (*Ibid.*)

²⁹⁹² Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, p. 297-316.

²⁹⁹³ Plus loin, M. Cyril Bloch ajoute d'ailleurs « Positivement, nous avons vu que l'illicéité d'un fait juridique se déduit soit de sa contrariété à une règle de conduite impérative d'origine écrite ou coutumière soit de l'atteinte qu'il porte à une prérogative juridique reconnue à un tiers par le droit objectif. La première forme d'illicéité correspond finalement à l'aspect objectif de la faute civile. La seconde décrit le régime des atteintes aux droits subjectifs. Dans les deux cas, la notion d'illicite correspond à un état objectif du fait juridique considéré (...) » (Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 294, p. 348)

²⁹⁹⁴ Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 266, p. 294.

²⁹⁹⁵ Toutefois, M. Cyril Bloch semble réintroduire cet élément lorsqu'il écrit que « contrairement à la faute, l'illicite n'est donc pas une qualification du sujet qui devra en répondre, mais une qualification d'une situation de fait considérée de manière objective, abstraction faite de toute considération tenant à la conscience personnelle ou à la part matérielle ou juridique que le sujet a pris dans sa réalisation ». (Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 294, p. 349).

²⁹⁹⁶ Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 294, p. 349.

pouvant être imposée par le juge²⁹⁹⁷. Au reste, l'auteur semble bien rattacher l'imputabilité non aux éléments constitutifs de la faute mais à la fonction qu'elle peut jouer dans le cadre de l'action en responsabilité du fait personnel lorsqu'il la présente comme l'une des « techniques de désignation du répondant »²⁹⁹⁸.

1220. En conclusion, au regard des actions et des actes que sont susceptibles de recouvrir leur fait générateur respectif, les conditions d'application de l'action en cessation de l'illicite, telles que décrites par M. Cyril Bloch, et de l'action en cessation d'un manquement dans le cadre de l'action de groupe sont donc bien similaires.

2- Une évolution de la procédure d'action de groupe

1221. Lorsqu'elle tend à la cessation du manquement, la demande introduite par le groupement dans le cadre d'une action de groupe peut avoir aussi pour but principal la défense d'un intérêt collectif supra-personnel que les groupements attributaires de la qualité pour agir ont pour objet de défendre²⁹⁹⁹. Ainsi, telle qu'elle ressort de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, l'action de groupe n'a donc plus grand-chose à voir avec les définitions qui étaient jusqu'alors retenues en droit interne et qui lui assignaient comme objet exclusif l'indemnisation des préjudices individuels de tiers³⁰⁰⁰.

1222. Pour autant, il s'agit plus d'une évolution de la définition de cette procédure en droit français que d'un réel dévoiement de cette dernière. Du reste, s'il fallait chercher outre-Atlantique « l'essence » de l'action de groupe pour parler ainsi de dévoiement, il apparaîtrait que c'est à tort que la *class action* américaine a pu être érigée en figure archétypale de l'action en défense d'intérêts personnels homogènes puisqu'elle permet aussi d'obtenir le prononcé d'une injonction en cessation d'un manquement au profit d'un groupe indéterminé³⁰⁰¹. En outre, comme cela sera montré par la suite, même lorsqu'elle a un objet

²⁹⁹⁷ La désignation de la personne à laquelle est imputée la faute comme débitrice de l'obligation de réparation n'est pas un élément permettant de qualifier le fait générateur de fautif. Il s'agit de la conséquence que le juge tire de cette qualification dans le cadre de l'action en responsabilité du fait personnel. Sinon, cela reviendrait à inverser l'ordre de raisonnement du juge en qualifiant un fait de fautif parce que son auteur doit en répondre personnellement.

²⁹⁹⁸ Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, n° 297, p. 350.

²⁹⁹⁹ Il ne semble d'ailleurs pas qu'elle doive alors, à la différence de la demande introduite dans le cadre de l'action indemnitaire, être motivée par une atteinte à des intérêts personnels homogènes, motivation qui se matérialise par la présentation de « cas individuels » lors de l'introduction de l'action.

³⁰⁰⁰ En effet, c'est lorsque que l'expression « action de groupe » apparut dans la première proposition de la Commission de refonte du droit de la consommation pour désigner une procédure équivalente à la « *class action* » qu'elle fut réduite à un objet indemnitaire. Cette représentation de l'action de l'action de groupe s'imposa aussi en dehors du code de la consommation comme en témoignent les rapports *Béval* (Philippe BÉLAVAL (dir), *rapport.précit.*, p. 15) ou *Pécault-Rivolier*, dans lesquels la *class action* est présentée comme ayant un objet « strictement indemnitaire » (V. Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *rapport.précit.*, p. 91), et semblait avoir été reprise en droit positif après l'adoption de la loi relative à la consommation (V. Conseil d'État, *Étude annuelle - Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2014, p. 283-284).

³⁰⁰¹ FED. R. CIV. P 23(b)(2). Pourtant, relayant les travaux de la Commission de refonte du droit de la consommation, M. Jean Calais-Auloy refusa toujours de considérer que l'action de groupe pût être chose qu'une « action en responsabilité civile » (Jean CALAIS-AULOY, *art.précit.*,) qui serait recevable sans que le groupement ait à identifier au préalable les consommateurs victimes et obtenir un mandat de leur part, comme en témoignent ses griefs à l'égard de l'action en représentation conjointe

indemnitaire, le but prioritaire de l'action de groupe demeure la défense d'un intérêt collectif supra-personnel³⁰⁰².

1223. Enfin, de telles conclusions auraient déjà pût être prévues dans le cadre de l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence si le législateur n'avait pas décidé de s'écarter - pour des raisons semblent-ils contingentes - de la lettre de la recommandation de la Commission européenne³⁰⁰³. N'ignorant rien du contenu de cette recommandation, il est en réalité probable qu'il ait alors estimé qu'une telle adjonction ne dénaturait pas l'action de groupe mais qu'elle serait superfétatoire dans les domaines où elle avait vocation à s'appliquer. En effet, le code de la consommation donnait déjà aux associations agréées de consommateurs la possibilité d'obtenir du juge judiciaire que fût enjoint de faire cesser un manquement, se matérialisant par l'existence d'une clause abusive ou illicite dans des contrats ou type de contrat ou simplement par un agissement illicite, portant atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs, et ce, à titre incident³⁰⁰⁴ ou principal³⁰⁰⁵. Du reste, ces actions furent même présentées

mise en place par la loi « Niertz » de 1992 qu'ils refusa aussi de voir une « véritable » action de groupe (*Ibid*, V. aussi Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1992, 3^e édition, n° 440, p. 398). Sur ce dernier point, l'auteur se démarque d'ailleurs quelque peu des travaux la Commission qu'il présida. En effet, cette dernière rangeait sous le pavillon de « l'action de groupe » aussi bien cette « action exercée dans l'intérêt d'un groupe indéterminé de consommateurs » (Jean CALAIS-AULOY (dir.), *rapport précit.*, p. 92), que l'« action exercée dans l'intérêt d'un groupe déterminé de consommateurs » (Jean CALAIS-AULOY (dir.), *rapport précit.*, p. 91) et qui, bien qu'étant alors inspirée des actions en substitution prévues par le code du travail, devint l'action en représentation conjointe fondée sur la technique du mandat. Finalement, l'action de groupe semble être définie moins à partir de son objet ou de ses spécificités procédurales que de son utilité en droit de la consommation, à savoir remédier à la non-indemnisation des préjudices individuels. Ce biais eut toutefois pour conséquence, comme le note Mme Clara Hervás-Hermida, de donner « une image fautive du mécanisme originaire » qui étaient présentés comme une source d'inspiration (Clara HERVAS-HERMIDA, *thèse précit.*, n° 46, p. 25).

³⁰⁰² Cf. *Infra* n° 1550-1553.

³⁰⁰³ Le « recours collectifs » y était alors défini comme « i) un mécanisme juridique garantissant la possibilité, pour plusieurs personnes physiques ou morales ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation, de demander collectivement la cessation d'un comportement illicite (recours collectif en cessation); ou ii) un mécanisme juridique garantissant la possibilité, pour plusieurs personnes physiques ou morales qui prétendent avoir subi un préjudice dans le cadre d'un préjudice de masse ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation, de demander collectivement réparation (recours collectif en réparation) » (a) de l'article 3) de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

³⁰⁰⁴ Avant le vote de la loi relative à la consommation, l'ancien article L. 421-2 du code de la consommation, trouvant son origine dans l'article 3 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, disposait que : « Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 et agissant dans les conditions précisées à cet art. peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite ».

³⁰⁰⁵ Avant le vote de la loi relative à la consommation, l'ancien article L. 421-2 du code de la consommation, trouvant pour sa part son origine dans l'article 6 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, disposait que : « Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 2009/22/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée. Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».

comme des *ersatz* d'actions de groupe au cours des débats³⁰⁰⁶. Elles n'étaient toutefois pas totalement complémentaires de l'action de groupe indemnitaire mise en place.

1224. Ainsi, seule l'action exercée sur le fondement de l'ancien article L. 421-2 du code de la consommation – dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées à l'article L. 621-2 – permettait d'obtenir, à titre incident, la cessation de l'ensemble des manquements susceptibles de constituer le fait générateur de responsabilité dans le cadre de l'action de groupe. En acceptant finalement que le manquement dont la cessation peut être demandée à l'occasion d'une action civile ne soit nécessairement constitutif d'un comportement infractionnel³⁰⁰⁷, la Cour de cassation a admis que la cessation de tout agissement portant préjudice directement ou indirectement à l'intérêt des consommateurs puisse être ainsi obtenu. En revanche, l'illicéité de l'agissement dont la cessation pouvait être demandée à titre principal sur le fondement de l'ancien article L. 421-6 du code de la consommation – dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 621-7 et L. 621-8 – demeurait définie par l'aune de quelques textes de droit dérivé protégeant l'intérêt des consommateurs³⁰⁰⁸. Pour obtenir à titre principal la cessation de pratiques anticoncurrentielles portant atteinte aux intérêts supra-personnels des consommateurs, c'est ainsi vers l'Autorité de la concurrence que les associations devaient – et doivent toujours – se tourner pour obtenir le prononcé d'une telle injonction, et encore il ne s'agit que d'une partie de ceux susceptibles d'être sanctionnés dans le cadre de l'action de groupe³⁰⁰⁹.

1225. En outre, ces actions s'avéraient alors lacunaires dans leur volet contractuel. En effet, la Cour de cassation n'acceptait de reconnaître qu'une fonction préventive à cette action dirigée contre un contrat ou type de contrat « proposé »³⁰¹⁰, considérant l'action fondée sur l'ancien article L. 421-6 du code de la

³⁰⁰⁶ Lors de la 1^{ère} lecture du texte à l'Assemblée nationale, la commission des affaires économiques présentait dans son avis l'action en cessation comme un dispositif équivalent à l'action de groupe

³⁰⁰⁷ Civ. 1, 25 mars 2010, *SA VGC distribution c. Association UFC 38*, n° 09-12.678. Même s'il est vrai, comme le relève Mme Karine Rodriguez, que c'est une conception large de l'infraction qui prévalait jusqu'alors pour l'exercice de l'action civile des associations de consommateurs puisqu'elle exigeait simplement dans ses arrêts en date du 30 janvier 1995 (Crim., 30 janvier 1995, n° 93-81.730) et du 27 octobre 1997 (Crim., 27 octobre 1997, n° 96-83.698) qu'elle portât atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs (Karine RODRIGUEZ, « Cessation d'agissement illicite : la faveur accordée aux associations de consommateurs agissant en justice », *JCP E*, 2010, 1722).

³⁰⁰⁸ Transposant la directive européenne 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, l'ordonnance n° 2001-421 du 23 août 2001 ajouta à l'article L. 421-6 un nouvel alinéa donnant la possibilité aux associations de défense des consommateurs, ainsi qu'à des organismes justifiant d'une inscription sur la liste publiée à l'époque au Journal officiel des Communautés européennes – dont par exemple la DGCCRF –, de demander à la juridiction civile de faire cesser ou d'interdire « tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1^{er} » de ladite directive, qui fut ensuite remplacée par la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009. Le champ d'intervention des groupements se trouve alors circonscrit aux domaines visés par ces différentes directives, à savoir la publicité trompeuse, le démarchage, le crédit, la télévision, les voyages à forfait, la publicité des médicaments à usage humain, les clauses abusives, la propriété à jouissance en temps partagé, les contrats à distance et la garantie des biens de consommation.

³⁰⁰⁹ En effet, l'article L. 462-5 du code de commerce ne donne pas une faculté de saisine, notamment, aux associations agréées de consommateurs pour toutes les pratiques au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, mais pour une partie d'entre elles seulement, en l'occurrence celles qui sont visées aux articles L. 421-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce.

³⁰¹⁰ La rédaction de l'article 3 de la loi n° 88-14 – codifiée ensuite dans l'ancien article L. 421-2 du code de la consommation et reprise en 2001 à l'ancien article L. 421-6 du même code – était susceptible de semer le doute (V. Geneviève VINEY, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs », *JCP G*, 1988, I, 3385 ; Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 256, p. 251).

consommation comme étant irrecevable lorsque les clauses litigieuses avaient disparu du type de contrat avant l'introduction de l'instance³⁰¹¹ ou dépourvue d'objet si cette modification était intervenue au cours de celle-ci³⁰¹², au grand désarroi des associations de consommateurs³⁰¹³ puisqu'il suffisait que la personne mise en cause modifiât ou fit disparaître les clauses litigieuses en cours d'instance pour échapper à toute condamnation. Alors que l'intégration de conclusions aux fins de cessation dans l'action de groupe aurait été l'occasion de lui imposer une portée curative, le législateur préféra répondre à cette demande - qui se faisait pressante³⁰¹⁴ - en modifiant les anciens articles L. 421-2 et L. 421-6 du code de la consommation pour donner la possibilité aux groupements de demander au juge, en sus plus de l'injonction de suppression de la clause litigieuse, « de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel [ou par « le défendeur ou le prévenu » dans le cadre de l'ancien article L. 421-2] avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés »³⁰¹⁵. Cela ne semblait toutefois pas suffisant pour imposer cette portée curative³⁰¹⁶ et le législateur décida donc de revoir sa copie en 2015³⁰¹⁷.

³⁰¹¹ Civ. 1, 1^{er} février 2005, n° 03-13.779 ; Civ.1, 1^{er} février 2005, n° 03-16.905.

³⁰¹² Civ. 1, 8 janvier 2009, n° 06-17.630.

³⁰¹³ Gaëlle PATETTA, « Les clauses abusives ont encore de beaux jours devant elles... », *RLDC*, mai 2009, p. 59.

³⁰¹⁴ Certes, il pouvait alors être avancée que la jurisprudence de la Cour de cassation ne contrevenait pas à celle de la Cour de justice qui, s'agissant des actions permettant d'obtenir la suppression des clauses abusives, avait souligné leur « nature préventive » et leur « objectif dissuasif » (CJCE, 24 janvier 2002, *Commission c. République Italienne*, aff. C-372/99, pt. 15) et qu'elle aurait dû suffire à contenter les associations de défense des consommateurs dans la mesure où l'introduction de cette action, ou même la simple menace de celle-ci, leur permettait d'obtenir la disparition des clauses abusives. Néanmoins, la perte d'objet de l'action principale affectait aussi le fondement de la demande en réparation du préjudice « direct ou indirect » à l'intérêt collectif des consommateurs que les associations peuvent exercer dans son cadre (Civ. 1, 1^{er} février 2005, n° 03-16.935). En outre, la suppression ou la modification des clauses abusives ainsi obtenue en cours d'instance valant pour l'avenir, elle ne profite pas aux consommateurs ayant souscrit les contrats les contenant, ce qui était de nature à mettre la jurisprudence de la Cour en cassation en porte-à-faux avec celle de la Cour de justice qui précisait désormais que « lorsque le caractère abusif d'une clause des conditions générales des contrats a été reconnu dans le cadre d'une telle procédure, les juridictions nationales sont tenues, également dans le futur, d'en tirer d'office toutes les conséquences qui sont prévues par le droit national, afin que ladite clause ne lie pas les consommateurs ayant conclu avec le professionnel concerné un contrat auquel s'appliquent les mêmes conditions générales » (CJUE, 26 avril 2012, *N. Fogysztóvédelmi Hatóság c. I. Távközlési Zrt.*, aff. C-472/10). La Cour de cassation n'était toutefois pas encline à faire évoluer sa jurisprudence (Civ. 1, 23 janvier 2013, n°s 10-21.177, 10-22.815).

³⁰¹⁵ Art. 81 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

³⁰¹⁶ Force est de constater que l'effet de cette demande en déclaration de nullité avec effet *erga omnes* demeurait incertain sur la jurisprudence de la Cour de cassation, et plus précisément sur les conditions recevabilité des actions en suppression dirigées contre des contrats qui ne sont plus proposés lorsque le juge est saisi ou statue. Ainsi, si M. Guy Raymond semble estimer que cette référence aux « contrats qui ne sont plus proposés » suffisait déjà pour garantir pleinement une portée curative à l'action en suppression (Guy RAYMOND, « Fasc. 820 : clauses abusives », *Jurisclasseurs Concurrence-Consommation*, § 83), MM. Mahasti Razavi et Charles Bouffier relevaient, à partir des interprétations contradictoires dont cette disposition fit l'objet au sein même de la cour d'appel de Paris quant à son applicabilité *ratione temporis* et sa portée (Mahasti RAZAVI, Charles BOUFFIER, « L'action en suppression de clauses illicites ou abusives au lendemain de la loi Macron. Retour sur le délicat passage d'une action préventive à une action curative », *CCC*, février 2016, étude 2), qu'il était aussi possible de considérer que la jurisprudence de la Cour de cassation sur la recevabilité n'était en réalité nullement affectée par cette modification et que la déclaration en nullité de clauses illicites ou abusives contenues dans des contrats n'étant plus proposés et continuant à recevoir application ne pouvait être obtenue qu'une fois que la suppression de clause de clauses abusives ou illicite identiques et actuellement proposés avait été elle obtenue.

³⁰¹⁷ L'article 40 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 modifia de nouveau les articles 421-2 et 421-6 du code de la consommation en supprimant la référence aux « contrats qui ne sont plus proposés » dans la partie relative à la déclaration en nullité, mais il ajouta qu'il est possible de demander sur leur fondement la suppression de clauses abusives ou illicites contenues dans un contrat ou type de contrat « en cours ou non », « proposé » ou encore - dans le cadre de l'article L. 421-6 - « destiné » au

1226. Finalement, en 2014, le législateur choisit plutôt de s'appuyer sur l'administration - et plus précisément sur la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (ci-après DGCCRF) - pour ce qui est de la défense de leur intérêt supra-personnel, montrant là encore que le recours aux groupements n'est pas systématique. En effet, en plus de la réforme de l'action principale en suppression des clauses abusives, la DGCCRF bénéficie d'un renforcement de ses pouvoirs d'enquête, d'action et, dans le cadre d'une politique raisonnée de dépenalisation, de la création de sanctions administratives³⁰¹⁸. Au niveau de ses pouvoirs d'action, ce renforcement s'est traduit par une extension du champ de son pouvoir d'injonction en matière de consommation³⁰¹⁹ et de concurrence³⁰²⁰, dont l'efficacité est en outre censée être garantie par des sanctions administratives³⁰²¹ ou le recours au juge civil s'agissant des contrats à distance³⁰²².

1227. Finalement, aux fins de garantir une meilleure protection des consommateurs, cette loi a assigné aux associations un rôle plus complémentaire que concurrent avec l'action de groupe indemnitaire³⁰²³.

consommateur. Il n'est toutefois pas certain que le législateur soit parvenu à la clarification escomptée puisque c'est en recourant aux travaux parlementaires que Mme Natacha Sauphanor-Brouillaud, par exemple, parvient à montrer que l'expression « contrat ou type de contrat en cours ou non » permettait d'inclure la catégorie des « contrats qui ne sont plus proposés » dans le champ de l'action en suppression (Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation », *Revue des contrats*, 2016, p. 97).

³⁰¹⁸ Certes, la création de sanctions administratives s'inscrit dans les préconisations du rapport *Coulon* sur la dépenalisation du droit des affaires. Elle se substitue d'ailleurs parfois à des sanctions pénales s'agissant de certains manquements aux règles en matière publicitaire ou aux exigences informatives auxquelles sont soumis les contrats conclus par démarchage. Toutefois, comme ce fut évoqué précédemment, ce même rapport rappelait les « contraintes éthiques » pesant sur le législateur et soulignait ainsi que la dépenalisation des comportements frauduleux était « légitimement impossible » eu égard au consensus existant chez les citoyens et les acteurs économiques (Jean-Marie COULON, *Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice. La dépenalisation de la vie des affaires*, Paris, La Doc. Fr., coll. Collections des rapports officiels, 2008, p. 21). Dans le même temps, le législateur a donc choisi de renforcer le caractère dissuasif de l'arsenal répressif en matière pénale existant en systématisant les peines complémentaires ou en alourdissant le montant des peines (Pour un exposé plus détaillé du volet pénal de la loi « Hamon », V. Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *Revue des contrats*, 2014, p. 471).

³⁰¹⁹ V. L'alinéa 1^{er} du VII de l'ancien article L. 141-1 du code de la consommation et l'ancien article L. 218-5-5 du code de la consommation, dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 521-1 et L. 521-2 dudit code ainsi que l'ancien article L. 141-1-1 du code de la consommation, créé par l'article 79 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 et aujourd'hui codifié à l'article L. 521-3 du code.

³⁰²⁰ L'article 121 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 a ainsi inséré dans le code de commerce un article L. 465 dont le I - dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées au I de l'article L. 470-1 du même code - dispose que, notamment les agents de la DGCCRF, qui sont « habilités, dans les conditions prévues au II de l'article L. 450-1 [du code de commerce], à rechercher et à constater les infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV du présent livre peuvent, après une procédure contradictoire, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite ».

³⁰²¹ V. le I de l'article L. 141-1-2 du code de la consommation et le second alinéa de l'ancien article L. 141-1 du code de la consommation dont les dispositions sont désormais codifiées à l'article L. 522-1 dudit code. Il en va de même s'agissant de l'injonction pouvant être prononcée sur le fondement de l'article L. 470-1 du code de commerce lorsque les manquements aux dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce ayant fait l'objet de l'injonction en cessation sont infractionnels ou eux-mêmes passibles d'une amende administrative (II de l'article L. 470-1 du code de commerce).

³⁰²² Le professionnel, qui n'est pas en mesure de respecter les obligations auxquelles il est astreint en matière de commerce électronique, peut se voir enjoindre de ne plus prendre de paiements tant qu'il n'aura pas exécuté ses obligations et d'informer les consommateurs de cette injonction. Dans l'hypothèse où il ne respecterait pas non plus cette injonction, les agents de la DGCCRF peuvent saisir la juridiction civile aux fins d'obtenir d'elle qu'elle ordonne, sous astreinte, la suspension des prises de paiements (ancien art. L. 141-1-1 du code de la consommation dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées à l'article L. 521-3).

³⁰²³ D'ailleurs, les pratiques dont la cessation peut être obtenue sur le fondement de l'article L. 470-1 du code de commerce par l'injonction administrative diffèrent des pratiques restrictives de concurrence dont les éventuelles conséquences préjudiciables pour les consommateurs peuvent être réparées dans le cadre de l'action de groupe.

Néanmoins, si elles peuvent avertir l'administration d'un manquement, il eût été peut opportun de leur donner au moins les moyens de pallier son éventuelle carence.

1228. Il convient toutefois de ne pas se focaliser sur les voies de droit permettant aux groupements de déposer des conclusions identiques en présence de manquements rentrant dans le champ d'application de l'action de groupe. Il faut aussi de tenir compte des voies de droit leur permettant de déposer des conclusions identiques en présence de tout manquement ou même d'obtenir simplement un effet équivalent. En tant qu'effet attaché à la fonction normative de la responsabilité civile, la cessation pourrait en réalité être déjà obtenue grâce à l'action de groupe en dépit de son objet exclusivement indemnitaire. À cet égard, lorsqu'elle évoquait les transferts de contentieux qui pourraient être provoqués par la mise en place de l'action de groupe, l'étude d'impact jointe au projet de loi mentionnait aussi bien les actions individuelles en réparation que les actions en cessation³⁰²⁴.

1229. Le choix opéré par le législateur à l'occasion de la loi relative à la consommation peut donc faire douter de l'utilité que présente, au moins pour les groupements, cette possibilité de déposer des conclusions aux fins de cessation du manquement dans le cadre de l'action de groupe lorsqu'ils peuvent déposer dans le même temps des conclusions aux fins d'indemnisation. C'est l'utilité même de l'action de groupe qui peut être ainsi mise en doute lorsque le législateur ne permet que de déposer des conclusions aux fins de cessation - comme ce fut le cas en matière de protection des données à caractère personnel jusqu'à l'adoption de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles -, ou même de ne déposer des conclusions aux fins d'indemnisation qu'à titre subsidiaire en limitant ensuite strictement le préjudice indemnisable comme c'est le cas dans les procédures spéciales d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations.

B- L'utilité de l'action de groupe au regard des mécanismes juridictionnels et non-juridictionnels existants

1230. L'utilité de ces conclusions aux fins de cessation n'est pas non plus évidente, eu égard aux effets incidents des actions en responsabilité que pouvaient déjà mener les groupements aux fins d'obtenir la réparation des préjudices aux intérêts collectifs supra-personnels qu'ils ont pour objet de défendre. Néanmoins, il pourrait alors être objecté que de telles actions ont vocation à disparaître ou, à tout le moins, que leurs conditions de recevabilité seront désormais plus strictement appréciées dans la mesure où la bienveillance des juridictions administratives et judiciaires à leur égard n'était en réalité qu'un lot de consolation en l'absence d'actions de groupe indemnitaires. Toutefois, ce sont moins les procédures juridictionnelles permettant aux groupements de déposer, à titre principal comme accessoire, des

³⁰²⁴ Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 15.

conclusions aux fins de cessation (1) que les procédures non-juridictionnelles (2) qui peuvent faire douter de l'utilité de l'action de groupe dans certains domaines où elle est applicable.

1- Les mécanismes juridictionnels permettant d'obtenir la cessation de l'illicite

1231. Compte tenu des limites et des conditions posées à l'exercice des voies de droit qui permettraient déjà de demander au juge, à titre principal (a) ou accessoire (b), de prononcer des injonctions aux fins de cessation, l'action de groupe en cessation semble présenter - au moins devant les juridictions administratives - une réelle utilité pour les groupements.

a- Les procédures juridictionnelles à objet principal similaire

1232. Pour obtenir le prononcé d'une injonction aux fins de faire cesser un manquement lésant un intérêt collectif, les groupements pouvaient déjà user des référés urgence du code de justice administrative³⁰²⁵ ou du référé organisé par le 1^{er} alinéa de l'ancien article 809 du code de procédure civile³⁰²⁶.

1233. Tandis que les mesures positives susceptibles d'être imposées par le juge dans le cadre de l'action de groupe ne sont *a priori* soumises qu'à une exigence d'adéquation³⁰²⁷, celles pouvant être ordonnées dans le cadre des référés, par un juge qui n'est pas saisi du principal, sont soumises à une exigence d'adéquation - qui est parfois formulée plus strictement³⁰²⁸ -, mais doivent aussi présenter un caractère

³⁰²⁵Ce dernier permet effectivement aussi d'obtenir du juge qu'il enjoigne à l'administration de prendre des mesures positives lorsqu'il est associé à un recours pour excès de pouvoir contre une décision de refus.

³⁰²⁶ Dont les dispositions sont aujourd'hui reprises au 1^{er} alinéa de l'article 835 du code de procédure civile qui a trait aux ordonnances de référé du président du tribunal judiciaire ou du juge du contentieux de la protection.

³⁰²⁷ Il est simplement précisé que le juge peut enjoindre au défendeur de prendre « toutes mesures utiles » aux fins de cesser ou de faire cesser le manquement.

³⁰²⁸ Ainsi, l'article L. 521-2 du code de justice administrative exige que les mesures ordonnées ne soient pas simplement utiles mais « nécessaires ». De même, les mesures « qui s'imposent » évoquées par les anciens articles 809 et 849 du code de procédure civile pour les anciens tribunaux de grande instance et d'instance et désormais par l'article 835 pour le tribunal judiciaire, elles doivent être regardées, à l'aune des dispositions de l'article 484 du code de procédure civile, comme des mesures « nécessaires », c'est-à-dire « qu'elle[s] soit adaptée[s] au but recherché et qu'elle[s] n'aille[nt] pas au-delà ». La Cour de cassation exerce même désormais un contrôle de proportionnalité de ces mesures pouvant être ordonnées sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 809 du code de procédure (Civ. 1, 30 septembre 2015, n° 14-16.273 ; Civ. 3, 22 octobre 2015, n° 14-11.776 ; Civ. 3, 17 décembre 2015, n° 14-22.095 ; Civ. 3, 21 janvier 2016, n° 15-10.566), dont l'intensité reste discutée (Nicolas CAYROL, « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », *RTD Civ.*, 2016, p. 449). Il semble bien qu'il faille faire la distinction entre la nécessité et l'utilité, au moins dans le langage courant. Ainsi, reprenant la définition que donne *Le Littré* de l'adjectif « nécessaire », à savoir ce « qui doit être pour que quelque chose soit fait ou se fasse », M. Olivier Le Bot estime que l'exigence de proportionnalité est plus stricte dans le cadre du référé-liberté que dans le cadre du référé mesures-utiles (Olivier LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du code de justice administrative*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. Collection des thèses, vol. 9, 2007, p. 474, n° 452). Effectivement, *Le Littré*, par exemple, définit ce qui est « utile » comme étant simplement ce « qui sert à quelque chose ». Toutefois, cette différence dans le langage courant n'est pas nécessairement significative puisque le droit positif et les juridictions semblent regarder parfois la nécessité et l'utilité comme étant synonymes. Par exemple, le Conseil constitutionnel n'a jamais censuré les dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique en ce qu'elles exigent que l'expropriation, en tout ou partie, d'immeubles ou de droits réels immobiliers ne puisse être prononcée qu'à la condition, notamment, qu'elle réponde à une « utilité publique » alors que l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 requiert, notamment, que cette privation soit fondée sur la « nécessité publique ».

provisoire³⁰²⁹ et répondre aux finalités de procédures censées permettre de mettre fin dans l'urgence à la lésion de l'intérêt défendu par le requérant. À ce titre, le Conseil d'Etat eut l'occasion de préciser qu'il n'appartenait pas aux juges du référé-liberté de prononcer des injonctions portant « sur des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en œuvre, et dès lors de porter effet, à très bref délai »³⁰³⁰. Certes, cette limitation doit être relativisée à l'aune de ce mouvement de « substantialisation »³⁰³¹ de l'office du juge des référés tant devant les juridictions administratives³⁰³² que judiciaires³⁰³³ et, s'agissant plus spécialement du référé-liberté, la période du confinement a montré qu'il n'était pas exclu d'obtenir le prononcé d'injonctions portant sur des « mesures structurelles » dans le cadre de cette voie droit³⁰³⁴. Néanmoins, même s'il est parfois réduit à son acception juridique, c'est-à-dire à l'absence d'autorité de la chose jugée, le caractère provisoire n'en reste pas moins insatisfaisant pour les requérants en ce qu'il peut être pour eux source d'insécurité juridique³⁰³⁵.

1234. L'avantage de l'action de groupe en cessation serait aussi à rechercher du côté des conditions d'intervention du juge. À la différence des juges des « référés urgence » organisés par le code de justice administrative, le juge de l'action de groupe n'est ni un juge de l'urgence, ni un juge « de

³⁰²⁹ Article 484 du code de procédure civile et article L. 511-1 du code de justice administrative. Dans le cadre de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, outre les limites tenant à leur « nature provisoire ou conservatoire » (CE, 29 avril 2002, *Capellari*, n° 240322), les mesures demandées ne doivent pas non plus souffrir d'une « contestation sérieuse » (CE, Sect., 18 juillet 2006, *Mme Elissondo Labat*, n° 283474), ni faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Plus largement, l'intervention du juge du référé mesures-utiles doit présenter un caractère subsidiaire par rapport à celles du juge du référés suspension ou liberté qui permet déjà d'obtenir, notamment, la suspension d'une décision administrative (CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 12 juillet 2017, n° 406327).

³⁰³⁰ CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 juillet 2017, *Section française de l'OIP*, n° 410677.

³⁰³¹ Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, p. 216. Phénomène que l'auteur observe aussi bien au niveau des conditions que des effets de l'intervention.

³⁰³² En dépit des termes de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, il n'est effectivement pas exclu que des mesures présentant *de facto* un caractère définitif soient ordonnées aussi bien dans le cadre du référé-suspension (CE, ord., 27 août 2013, *Société Mercedes-Benz France*, n° 370831), que du référé mesures-utiles (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 12 mai 2010, *Alberigo*, n° 333565) ou encore du référé liberté (CE, ord., 23 novembre 2015, *Ministre de l'intérieur et Commune de Calais*, n° 394540), quitte à ce que le juge du référé se comporte même comme un juge du fond (V. CE, Ass., 14 février 2014, *Mme Lambert*, n° 375081; CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme Lambert*, n° 375081; CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez*, n° 396848, pour une analyse plus approfondie de ce mouvement jurisprudentiel, V. Julia SCHMITZ, « Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond », *RFDA*, 2014, p. 502). S'agissant du référé mesures-utiles, le Conseil d'État demeure tout de même attaché à son caractère subsidiaire. Ainsi que le montrent les conclusions de M. Edouard Crépey sur l'arrêt *Section française de l'observatoire international des prisons* du 20 mars 2015, c'est plus le caractère subsidiaire qui fait obstacle à ce que l'édition de mesures réglementaires puisse être ordonnée dans ce cadre que la limite tenant au caractère provisoire des mesures dont le juge ne s'embarrasse pas dans le cadre du référé-liberté (CE, 6 juin 2013, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 368816) (Edouard CRÉPEY, « L'exclusion des actes réglementaires du champ du référé-mesures utiles », *RFDA*, 2015, p. 491).

³⁰³³ La Cour de cassation avait ainsi admis que les ordonnances de référés rendues sur le fondement de l'article 809 du code de procédure civile, quoiqu'étant en principe provisoires « *par nature* » (Roger PERROT, « Du « provisoire » au « définitif » », *Le juge entre deux millénaires, Mélanges Drui*, Paris, Dalloz, 2000, p. 447), pussent préjudicier au principal et présenter un caractère irréversible (Civ. 1, 18 janvier 1989, n° 87-12.901. Pour des exemples, V. Cyril BLOCH, *thèse.précit.*, p. 216).

³⁰³⁴ Xavier DUPRÉ de BOULOIS, « On nous change notre... référé-liberté » (obs. sous CE ord., 22 mars 2020, n°439674) », *RDLF*, 2020, chron. n°12.

³⁰³⁵ Devant les juridictions administratives, les décisions administratives individuelles dont le prononcé serait ainsi obtenu demeurent précaires. Néanmoins, cet inconvénient pourrait être ici relativisé dans la mesure où la satisfaction d'un intérêt collectif supra-personnel, qui constitue ici le but prioritaire de l'action, passe par l'édition d'un acte réglementaire qui n'est pas, en tout état de cause, créateur de droits susceptibles d'être acquis. La situation des demandeurs est en revanche plus périlleuse devant les juridictions judiciaires puisqu'ils s'exposent à voir leur responsabilité engagée de plein droit après avoir bénéficié, à titre provisoire, du caractère exécutoire de ces ordonnances de référé.

l'apparence et de la vraisemblance »³⁰³⁶. N'étant pas grevée par ces conditions, appréciées d'ailleurs plus ou moins strictement, l'action de groupe peut donc être plus accessible aux groupements que les référés d'urgence et, quoique la procédure l'organisant ne semble guère s'y prêter, elle pourrait même les concurrencer dans les situations d'urgence si la mise en demeure préalable obligatoire parvient à remplir sa fonction comminatoire.

1235. En revanche, l'intérêt de l'action de groupe est moins évident devant les juridictions judiciaires où ce mouvement de « substantialisation » affecte aussi les conditions d'intervention du juge des référés sur le fondement du premier alinéa de l'ancien article 809 du code de procédure civile et de l'actuel article 835. Il l'est encore moins en matière environnementale où le législateur a lui-même accompagné ce mouvement de substantialisation de l'action en cessation à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. En effet, il ne s'est pas contenté d'organiser l'action en réparation du préjudice écologique qui avait été consacrée par la Cour de cassation, mais il a aussi donné la possibilité aux mêmes attributaires de la qualité pour agir - dont une partie peuvent désormais aussi introduire une action de groupe en matière environnementale - de demander au juge, en sus mais aussi indépendamment de la réparation, de « prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage ». Or le dommage qui est à l'origine du préjudice écologique est au moins inclus dans celui qui est mentionné par les dispositions relatives à l'action de groupe et dont peuvent résulter les préjudices individuels que cette dernière permet notamment de réparer. Ainsi, bien que les dispositions du code civil ne visent que le dommage et non, comme le code de l'environnement, le manquement qui en est à l'origine - ce qui, en principe, permet pourtant de caractériser les actions en cessation -, l'effet correcteur de cette action en cessation est *in fine* identique à celui qui est escompté des actions de groupes en matière environnementale.

b- Les conclusions accessoires similaires

1236. L'introduction d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire assorti de conclusion aux fins d'injonction pouvait aussi apparaître comme un instrument suffisamment efficace à la disposition des groupements pour obtenir la cessation d'un manquement lésant les intérêts collectifs qu'ils ont pour objet de défendre, au moins devant les juridictions administratives. D'ailleurs, si le Conseil d'État proposait dans son rapport annuel que « l'action collective » contre le responsable du traitement des données personnelles ne puisse être exercée que devant le tribunal de grande instance à l'époque, c'est qu'il estimait que les voies de recours existantes devant le juge administratif - à savoir le référé liberté

³⁰³⁶ Selon le mot de M. Laurent Vallée dans ses conclusions sur l'arrêt *Communauté d'agglomération de Saint-Étienne c. Société Antona et autres* (Laurent VALLEE, « Conclusions sur CE, sect., 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Étienne c. Société Antona et autres*, n° 244727 », *BDCF*, 2/03 n° 28). Cette condition se retrouve dans le cadre du référé mesures utiles à travers « l'absence de contestation sérieuse ».

mais aussi le recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision refusant de mettre fin à un traitement illicite, assorti le cas échéant d'une demande d'injonction - étaient suffisantes pour faire cesser les manquements relatifs aux traitements de ces données dont il pouvait connaître³⁰³⁷.

1237. Les arguments avancés au soutien d'une telle exclusion n'étaient alors guère convaincants tant ils pouvaient sembler hors de propos³⁰³⁸ et surtout occultaient les faiblesses de ces différents instruments. En effet, si les injonctions pouvant être prononcées aux fins de faire exécuter une décision du juge de l'excès de pouvoir ne rencontrent pas les mêmes écueils que le référé-liberté, leur contenu reste tout de même tributaire, en raison de leur caractère accessoire, des motifs d'annulations. Face à cet impondérable, l'action de groupe, qui fait exception au principe selon lequel le juge administratif ne peut être saisi à titre principal de conclusions aux fins d'injonction, pouvait sembler être un instrument plus sûr pour les groupements. L'« édenisation » de l'office du juge de l'excès de pouvoir³⁰³⁹, auquel fut par ailleurs reconnu la possibilité de prescrire d'office les injonctions prévues aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative pour l'exécution de ses décisions³⁰⁴⁰, devrait néanmoins permettre de remédier à cet inconvénient.

1238. Si l'utilité de cette action - devant le juge administratif comme le juge judiciaire - mérite d'être appréciée au regard de l'ensemble des dispositifs existants, il ne faut pas omettre les modes de contrôle non juridictionnels.

2- Les mécanismes non-juridictionnels permettant d'obtenir la cessation de l'illicite

1239. S'agissant de l'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel en particulier, il est regrettable que ni l'étude du Conseil d'État, ni les débats parlementaires sur la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle n'aient mentionné la possibilité pour le président de la CNIL de saisir par la voie du référé la juridiction compétente en cas d'atteinte grave et immédiate à « l'identité humaine, aux droits de l'homme, à la vie privée, aux libertés individuelles ou publiques »³⁰⁴¹ ou même

³⁰³⁷ Conseil d'État, *Étude annuelle - Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2014., p. 285.

³⁰³⁸ Pour écarter la nécessité d'une telle action devant le juge administratif, le Conseil d'État semblait ne se concentrer que sur les effets des voies de droit, alors que ce sont les limites tenant aux conditions d'accès au juge qui en motivaient la création devant les anciens tribunaux de grande instance. Or, au regard des seules conditions d'accès au juge des groupements défendant des intérêts collectifs, de tels motifs étaient, de prime abord, parfaitement transposables devant le juge administratif. En présence de plusieurs décisions individuelles de refus, seules une série de requêtes individuelles est effectivement envisageable et les groupements ne peuvent alors agir en lieu et place de leurs destinataires que sur le fondement d'un mandat dont les limites ont été maintes fois démontrées. Néanmoins, à la réflexion, il est vrai que le caractère sériel des atteintes à des intérêts individuels peut laisser supposer que le manquement du responsable de traitement des données trouve son origine dans une disposition réglementaire ou dans une lacune de celle-ci. Les groupements peuvent alors toujours mettre en cause l'encadrement insuffisant auquel procèdent les dispositions réglementaires créant et mettant en œuvre le traitement automatisé des données à caractère personnel au moyen d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre elles ou la décision refusant de les abroger.

³⁰³⁹ Cf. *Supra*, n° 353-355.

³⁰⁴⁰ Art. 40 loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³⁰⁴¹ IV de l'article 21- anciennement 46 - de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

l'action de contrôle et de sanction de cette dernière autorité³⁰⁴², d'autant plus que ces pouvoirs étaient renforcés concomitamment par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique et le RGPD³⁰⁴³. En effet, l'intervention et le contrôle exercé par la CNIL, que le Conseil d'État a d'ailleurs qualifié de tribunal au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁰⁴⁴, permet déjà d'obtenir, un résultat au moins équivalent à celui de la procédure d'action de groupe en matière de protection des données personnelles, en présence des mêmes manquements et au terme d'une procédure plus souple ainsi que potentiellement plus ouverte.

1240. La commission et le juge qui sont saisis de l'action de groupe connaissent des mêmes manquements, à savoir une violation des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ou, désormais, du RGPD, ce manquement pouvant être imputable au responsable du traitement ou à son sous-traitant. D'ailleurs, dans cette dernière hypothèse, elle a bien précisé, en se fondant sur l'ancien article 35 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978³⁰⁴⁵, que le manquement imputable au sous-traitant n'exonère en rien le responsable du traitement, qui dispose d'un pouvoir d'instruction à l'égard de ce dernier, de l'obligation de veiller au respect des mesures de sécurité et de confidentialité³⁰⁴⁶.

1241. Bien que cela ne soit pas explicitement précisé à l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, le sous-traitant pourrait être défendeur dans l'action de groupe lorsque le manquement lui est imputable et, par là même, les conclusions aux fins de cessation directement être dirigées contre lui. *A priori*, pour les demandeurs à l'action, cela changerait seulement la juridiction compétente pour connaître de l'action de groupe lorsque le responsable du traitement est une personne morale de droit public gérant un service public administratif. Toutefois, leur tâche serait sans doute compliquée dès lors qu'ils devront eux-mêmes

³⁰⁴² Au titre de « l'état des lieux » pour l'action de groupe, l'étude d'impact de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle se contentait d'évoquer l'action juridictionnelle (Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 143-147). S'agissant plus précisément de l'action de groupe en matière de protection des données personnelles, l'étude d'impact se contentait de renvoyer à l'étude annuelle du Conseil d'État en date de 2014 (Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 142).

³⁰⁴³ C'est effectivement l'autre volet de la logique de responsabilisation des acteurs - s'il fallait trouver un terme français qui se rapproche le plus de « *accountability* » - promue par ce règlement (Émilie BRUNET, « Règlement général sur la protection des données à caractère personnel. Genèse de la réforme et présentation globale », *D. IP/IT*, 2016, p. 567). D'une part, il s'agit d'alléger - à défaut de les faire totalement disparaître - les formalités préalables auxquelles sont soumis les responsables de traitement et qui correspondent au système de contrôle *ex ante* des autorités compétentes, comme la CNIL, mises en place par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 et, avant elle, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. D'autre part, en contrepois, les autorités de contrôle, qui devront accompagner d'avantage les responsables de traitement dans la mise en œuvre de cette nouvelle forme de régulation, ont bénéficié d'un renforcement de leurs moyens de contrôle *ex post* et de sanction. Cela se traduit, par exemple, par la possibilité donnée à l'autorité compétente de prononcer des « amendes administratives » dont le montant peut s'élever jusqu'à 10 millions d'euros ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent (§4 de l'article 83 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données), voire, pour certains manquements, 20 millions d'euros et 4 % dudit chiffre d'affaires (§5 de l'article 83 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données).

³⁰⁴⁴ CE, ord., 19 février 2008, *Profil France*, n° 311974.

³⁰⁴⁵ Dont les dispositions ont été reprises en partie à l'article 122 de la même loi.

³⁰⁴⁶ CNIL, délibération n° 2013-091, 11 avril 2013, *Société Total Raffinage Marketing*.

identifier la source du manquement, ce qui n'est pas chose aisée en la matière. En interprétant l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 en combinaison avec les dispositions régissant le cadre commun de l'action de groupe devant les juridictions administratives³⁰⁴⁷ et judiciaires³⁰⁴⁸, il est possible de reconnaître aux demandeurs un droit d'option pour mettre en cause soit la personne à laquelle le manquement est directement imputable soit celle qui peut le faire cesser. Ainsi, dans le doute, il serait loisible aux groupements de toujours mettre en cause le responsable du traitement, quand bien même il ne serait effectivement pas directement à l'origine du manquement, dans la mesure où il peut faire cesser le manquement du sous-traitant.

1242. Enfin, pour imposer le respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ou du RGPD, la Commission dispose d'une palette plus large d'instruments que le juge saisi d'une action de groupe, et l'injonction n'est, et ne fut, jamais que l'un d'entre eux. Certes, lorsque fut adoptée la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, il ne s'agissait pas simplement d'une injonction de cesser le manquement, mais d'une injonction de faire cesser le traitement lorsque celui-ci est au soumis au régime déclaratif³⁰⁴⁹. Néanmoins, comme le montrent les rapports annuels d'activité de la CNIL, la mise en demeure, qui constitue le préalable au prononcé de telles mesures, suffit dans la plupart des cas pour convaincre le responsable de se conformer à ses obligations³⁰⁵⁰ et il y a fort à parier que cette tendance se confirmera dans le cadre du RGPD, le montant des sanctions pécuniaires susceptibles d'être prononcées renforçant encore plus son effet comminatoire.

1243. En outre, parmi les « mesures correctrices »³⁰⁵¹ envisageables, la Commission dispose désormais du pouvoir de prononcer, en sus d'un avertissement ou d'une mise en demeure, une injonction à l'endroit de n'importe quel responsable de traitement ou sous-traitant, aux fins d'obtenir qu'il mette son traitement en conformité avec ses obligations ou qu'il satisfasse « aux demandes présentées par la personne

³⁰⁴⁷ Art. L. 77-10-5 du code de justice administrative : « Préalablement à l'introduction de l'action de groupe, la personne ayant qualité pour agir met en demeure celle à l'encontre de laquelle elle envisage d'agir par la voie de l'action de groupe de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis ».

³⁰⁴⁸ Art. 64 de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : « Préalablement à l'introduction de l'action de groupe, la personne ayant qualité pour agir met en demeure celle à l'encontre de laquelle elle envisage d'agir par la voie de l'action de groupe de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis ».

³⁰⁴⁹ Bien que n'étant pas assorties d'une astreinte comme celles pouvant être prononcées dans le cadre de l'action de groupe ou du référé que le président de la CNIL pouvait alors exercer sur le fondement du III de l'article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dans sa version alors en vigueur, cette injonction, avec le retrait de l'autorisation qui pouvait quant à lui être prononcé dans le cadre régime d'autorisation applicable à certains traitements, apparaissait alors comme l'une des « sanctions » - pour reprendre les termes d'une ancienne version de l'article 45 - les « plus radicales à disposition de la formation restreinte » (Anne DEBET, Jean MASSOT, Nathalie METALLINOS, *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Paris, Lextenso-éditions, coll. Les intégrales, 2015, § 2163, p. 830), faisait ainsi l'objet d'un usage plus « parcimonieux ». Ainsi, la Commission n'aurait eu recours à l'injonction que deux fois : une fois pour un traitement de vidéosurveillance et autre fois pour le fichier d'une société de recouvrement (*Ibid.*) et c'est le simple avertissement et la sanction pécuniaire qui était alors privilégiés.

³⁰⁵⁰ Ainsi, en 2014, 68 % des mises en demeure avait donné lieu à une mise en conformité (CNIL, *Rapport d'activité. 2014*, Paris, La Doc.fr, p. 55) et 86 % en 2013 (CNIL, *Rapport d'activité. 2013*, Paris, La Doc.fr, p. 54) et, en dépit de l'explosion des plaintes en 2015, il n'y eut ainsi que 10 sanctions prononcées pour 93 mises en demeure (CNIL, *Rapport d'activité. 2015*, Paris, La Doc.fr, p. 66).

³⁰⁵¹ § 2 de l'article 58 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

concernée en vue d'exercer ses droits », injonction pouvant être elle aussi assortie d'une astreinte³⁰⁵². À cet égard, il importe peu qu'à la différence de celle pouvant être décidée dans le cadre de l'action de groupe, cette astreinte soit plafonnée. D'une part, cette injonction est prononcée au terme d'une procédure beaucoup moins rigide que celle applicable à l'action de groupe. D'autre part, le plafond de l'astreinte demeure relativement élevé³⁰⁵³ et le non-respect de cette injonction est susceptible d'entraîner le prononcer d'une amende administrative pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euros ou, s'il s'agit d'une entreprise, 4 % du chiffre d'affaires, le montant le plus élevé étant retenu³⁰⁵⁴. Tout au plus, l'action de groupe pourrait présenter une utilité dans l'hypothèse où cette astreinte et ces amendes administratives ne sont pas applicables, c'est-à-dire lorsque le traitement des données est assuré par l'État. Cela ne tient toutefois pas à la possibilité - qui est au mieux inutile et au pire inconstitutionnelle - qu'a alors le juge d'assortir son injonction d'une astreinte même lorsqu'elle est prononcée contre l'État³⁰⁵⁵, mais au risque financier que ferait peser de futures actions de groupe indemnitaires s'il ne daignait pas mettre fin au manquement.

1244. Il appert donc bien que seule la possibilité de déposer des conclusions indemnitaires donne à cette action de groupe une véritable valeur ajoutée et il était salutaire que la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 fût modifiée en ce sens. Dans une certaine mesure, l'avantage de la procédure d'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel, par rapport à la procédure de sanction devant la CNIL, pourrait toutefois aussi résider dans la possibilité qu'elle offre de pallier les carences éventuelles au niveau des recours individuels. En effet, dans le cadre de la loi, le législateur s'est contenté, parce que le RGPD et la directive le lui imposaient³⁰⁵⁶, d'étendre la technique du mandat³⁰⁵⁷. Il aurait été pourtant aussi possible de mettre en place, au moins dans le cadre du règlement³⁰⁵⁸, une forme d'action pour autrui devant la CNIL, qu'il ne semble toujours pas possible d'exercer au nom d'un groupe ou d'une personne déterminée³⁰⁵⁹.

³⁰⁵² 2° du III de l'article 20 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁰⁵³ Elle s'élève effectivement au maximum à 100 000 euros par jour de retard à compter de la date fixée par la formation restreinte.

³⁰⁵⁴ Exception faite, là encore, des hypothèses dans lesquelles le traitement est assuré par l'État (7° du III de l'article 20 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

³⁰⁵⁵ Cf, *Infra*, n° 1494-1496.

³⁰⁵⁶ L'article 55 de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 comme le §1 de l'article 80 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 visent aussi la « réclamation auprès d'une autorité de contrôle ».

³⁰⁵⁷ Ancien art. 43 *quater* et actuel art. 38 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁰⁵⁸ § 2 de l'article 80 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données : « les États membres peuvent prévoir que tout organisme, organisation ou association visé au paragraphe 1 du présent article, indépendamment de tout mandat confié par une personne concernée, a, dans l'État membre en question, le droit d'introduire une réclamation auprès de l'autorité de contrôle qui est compétente en vertu de l'article 77, et d'exercer les droits visés aux articles 78 et 79 s'il considère que les droits d'une personne concernée prévus dans le présent règlement ont été violés du fait du traitement ».

³⁰⁵⁹ Pourtant, de prime abord, dans les textes organisant les conditions dans lesquelles la CNIL peut être saisie d'une plainte, rien ne semble s'opposer à ce que d'un dispositif similaire à l'action de groupe soit mis en place dans le cadre de la procédure

1245. Certes, les conditions d'intervention de la CNIL permettent déjà de surmonter l'éventuelle inaction des personnes qui ont été affectées par le manquement du responsable du traitement. C'est ce que permet la faculté d'auto-saisine de la CNIL ou encore la saisine, pour une partie seulement des traitements de données, par une autorité exerçant des compétences analogues à la CNIL dans un autre État membre de l'Union européenne³⁰⁶⁰. Néanmoins, cette action de groupe, même handicapée par quelques rigidités procédurales, aurait tout de même le mérite de compléter l'action de la CNIL dont les moyens de contrôle demeurent limités même si son action peut apparaître, s'agissant des traitements dont elle à connaître, comme étant globalement efficace au regard des chiffres publiés dans ses rapports d'activité annuels³⁰⁶¹.

1246. L'action de groupe introduite par l'association UFC Que Choisir contre Google à la suite de la sanction que la CNIL a prononcée contre cette même société permet de voir comment ces différentes actions collectives - juridictionnelles et non juridictionnelles – pourraient s'articuler à l'avenir puisque la CNIL avait prononcé cette sanction après avoir été saisie, en application alors du §1 de l'article 80 du RGPD, de deux réclamations « collectives » des associations *None Of Your Business* et *La Quadrature du Net* qui étaient parvenues à regrouper, en tout, les réclamations de 9974 personnes contre la société Google.

C- L'action de groupe en cessation affectée par l'autolimitation du juge administratif

1247. L'action de groupe en cessation pourrait présenter un réel avantage si elle permettait aux groupements d'obtenir la sanction d'omissions législatives, qu'elles soient partielles ou totales³⁰⁶², à l'instar

répressive. Ni la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, ni les décrets pris pour son application, ni même le règlement intérieur de la commission ne réservent expressément cette faculté de saisine aux personnes ayant été personnellement affectées. Tout au plus, l'article 48 du règlement intérieur de la CNIL soumet la recevabilité de cette plainte, qui peut émaner d'une personne physique comme d'une personne morale (art. 47 du règlement intérieur de la CNIL), au respect de conditions de forme. À ce titre, il est seulement exigé que « le plaignant », et non la personne ayant été victime d'un manquement de la part du responsable du traitement, soit bien identifié dans la plainte (art. 48 du règlement intérieur de la CNIL). Toutefois, il ressort de l'article 49 du règlement intérieur que le plaignant et la victime du manquement sont bien une seule et même personne, au moins lorsque « la demande concerne l'exercice des droits d'accès, de rectification ou d'opposition » prévus par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Dès lors, dans cette dernière hypothèse, il ne serait pas envisageable qu'un groupement puisse saisir la CNIL au nom et pour le compte d'un groupe de personnes qui ne soient pas identifiées. Il ne serait même pas possible pour le groupement, qui serait personnellement victime d'un manquement, de faire bénéficier ce groupe de personnes de son action. En effet, seule une personne physique peut être qualifiée de « personne concernée » au sens et pour application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 comme du RGPD et, par là même, bénéficiaire des droits qu'ils garantissent. D'ailleurs, comme cela fut dit précédemment, les données des personnes morales sont en réalité regardées comme étant des données à caractère personnel de leur dirigeant (CNIL, délibération n° 84-28 du 3 juillet 1984).

³⁰⁶⁰ Art. 29 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁰⁶¹ Comme l'expliquent Mmes Anne Debet, Nathalie Metallinos et M. Jean Massot, « incontestablement les traitements qui violent la loi sont plus nombreux que la dizaine de sanctions ou la cinquantaine de mises en demeure annuelles, mais la longueur des procédures et les moyens humains de la commission ne lui permettent certainement guère d'aller au-delà face à des millions de traitements » (Anne DEBET, Jean MASSOT, Nathalie METALLINOS, *op.cit.*, § 2166, p. 833).

³⁰⁶² Par omission législative totale, il faut entendre ici l'absence totale de concrétisation législative d'une norme supra-législative. Quant à l'omission législative partielle, dont l'incompétence négative est une forme, elle désigne une concrétisation insuffisante.

des recours en carence existant dans certains pays³⁰⁶³. Un tel usage de l'action en cessation s'avèrerait particulièrement utile en matière de lutte contre les discriminations, notamment pour remédier à des inconstitutionnalités négatives que ne permettraient pas de traiter l'action en reconnaissance des droits si elle devait être cantonnée à la reconnaissance de droits pécuniaires et si le groupe d'intérêt susceptible d'être défendu devait coïncider avec le champ d'application personnel de normes réglementaires ou législatives ouvrant des droits ou imposant des charges. Plus largement, cette action de groupe aux fins de cessation, dans la plupart des champs qu'elle couvre³⁰⁶⁴, permettrait aux groupements d'obtenir devant les juridictions internes, sans être enserrés dans le champ de compétence du pouvoir réglementaire, l'application de directives dont l'effet direct ne serait pas reconnu ou de mettre à profit, comme cela est parfois possible avec le référé-liberté, l'effet horizontal des droits fondamentaux pour intervenir dans les rapports de droit public. Toutefois, en tant que simple « véhicule procédural », l'action de groupe reste tributaire du champ de compétence des juges qui en sont saisis. Dès lors, si elle n'est pas neutralisée en présence de tout manquement imputable au législateur³⁰⁶⁵, elle montre ses limites dans l'hypothèse où la cessation de ce manquement ne peut être obtenue que par l'adoption d'une loi ayant un contenu déterminé. En effet, la justiciabilité des omissions législatives par la voie de l'action de groupe suppose de reconnaître, d'une part, qu'une obligation de légiférer pèse sur les autorités participant à la procédure législative, et, d'autre part, que le juge saisi de cette action soit compétent pour en connaître. Or si le Conseil constitutionnel a discrètement posé les bases de l'injonction de légiférer (1), il est plus que douteux que les juges dits « ordinaires » - et plus particulièrement le Conseil d'État - acceptent de s'appuyer sur elles à l'occasion d'une action de groupe en cessation (2).

1- Des obstacles en passe d'être levés s'agissant du destinataire de l'injonction

1248. En s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les auteurs ne s'accordent pas sur la portée des injonctions dont le législateur pourrait être destinataire, tant il est vrai que la position du

³⁰⁶³ L'exemple portugais étant le plus connu. L'article 283.1 de la Constitution du 2 avril 1976 dispose ainsi que « La Cour constitutionnelle contrôle et constate l'inconstitutionnalité par omission des mesures législatives nécessaires à l'application des normes constitutionnelles, sur la saisine du Président de la République, du Médiateur de la République ou, lorsque les droits des régions autonomes sont remis en cause, des présidents des assemblées législatives des régions autonomes ». (Pour un panorama du traitement des omissions législatives partielles et totales par les Cours constitutionnelles étrangères, V. Didier RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *RBDC*, 1999, p. 237 ; Jordane ARLETTAZ, « L'incompétence négative à l'étranger », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, 2015, p. 55).

³⁰⁶⁴ Telles qu'élaborées en 2016, les conditions d'exercice de l'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel excluaient d'emblée qu'elle pût servir à remédier à d'éventuelle omission législative. Certes, *a priori*, rien dans les dispositions organisant cette action n'interdisait aux groupements de mettre en cause l'État à raison de l'exercice de sa fonction législative pour obtenir la cessation du manquement plutôt que le responsable de traitement des données ou même le sous-traitant auquel celui-ci serait directement imputable. Toutefois, il ressortait de la définition du manquement, modifiée par la suite, qu'une telle action ne permettait en réalité que de garantir l'effectivité d'une partie des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés alors que la sanction d'omissions législatives doit être fondée quant à elle sur des normes supra-législatives.

³⁰⁶⁵ Il reste effectivement possible de soulever une exception d'inconventionnalité ou une QPC à l'appui d'une action de groupe tendant à obtenir de l'administration qu'elle cesse d'appliquer une loi inconventionnelle ou inconstitutionnelle.

Conseil constitutionnel est assez ambiguë, voire contradictoire sur ce point. Ainsi, en 2009, Mme Alix Perrin estimait que seule serait envisageable, de la part du Conseil constitutionnel, une injonction préventive en cas de déclaration d'inconstitutionnalité partielle de loi. Selon l'auteure, il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que l'autorité procédant à cette injonction ne doit pas empiéter sur la « compétence propre » du destinataire³⁰⁶⁶, c'est-à-dire - semble-t-il - restreindre indûment la liberté de choix que la Constitution ménage au profit d'un organe dans une matière donnée³⁰⁶⁷. Ce pouvoir resterait donc « extrêmement limité »³⁰⁶⁸ puisqu'en réalité le juge constitutionnel se contenterait d'indiquer au « législateur » les moyens d'éviter une nouvelle censure mais ne le contraindrait pas dans l'usage de l'initiative législative³⁰⁶⁹. En revanche, six ans plus tard, M. Maxime Charité estime que le Conseil constitutionnel pourrait adresser au législateur des injonctions similaires à celles que le juge administratif peut adresser à l'administration sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative³⁰⁷⁰, et ce, à droit constitutionnel constant³⁰⁷¹. Dès lors, il serait possible de contraindre le « législateur » non seulement d'adopter une loi dans un sens déterminé, mais aussi d'user de son pouvoir normatif.

1249. Malheureusement, l'auteur n'explique pas vraiment pourquoi, en partant visiblement des mêmes prémisses que Mme Alix Perrin³⁰⁷² et en suivant un raisonnement similaire, il arrive finalement à une telle conclusion³⁰⁷³. À la réflexion, abstraction faite des problèmes d'ordre politique ou pratique non

³⁰⁶⁶ Alix PERRIN, *thèse précit.*, n° 677, p. 528.

³⁰⁶⁷ La notion de « compétence propre », telle qu'elle a pu être employée par le Conseil constitutionnel (CC, n° 70-41 DC du 30 décembre 1970, *Loi de finances rectificative pour 1970*, cons. n°1), pourrait ne renvoyer qu'à la titularité exclusive d'une prérogative dans un domaine donné. Néanmoins, il ne semble que cela soit ainsi qu'il faille entendre cette expression dans la mesure où l'auteure montre, dans le même temps, que l'injonction du législateur à l'égard du pouvoir réglementaire d'exécution des lois est admissible dans les domaines énumérés à l'article 34 de la Constitution.

³⁰⁶⁸ Alix PERRIN, *thèse précit.*, n° 719, p. 563

³⁰⁶⁹ Alix PERRIN, *thèse précit.*, n° 719-720, p. 563-566.

³⁰⁷⁰ C'est-à-dire que « lorsque sa décision implique nécessairement que le législateur prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le Conseil constitutionnel, saisi de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution » (Maxime CHARITE, *art. précit.*, p. 2256).

³⁰⁷¹ Pour ce faire, il serait simplement nécessaire de modifier une norme infra-constitutionnelle, en l'occurrence l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Le principal obstacle serait finalement d'ordre « pratique », voire politique, puisqu'il faudrait que le législateur accepte de se soumettre ainsi un peu plus au juge constitutionnel (*Ibid.*).

³⁰⁷² L'auteur retient effectivement la définition de Mme Alix Perrin, à savoir « un acte correctif qui « vise à corriger un comportement illégal » » (Maxime CHARITE, *art. précit.*, p. 2253). Il semble toutefois s'en écarter ensuite, ou du moins la resserrer, lorsqu'il définit les « injonctions prétorienne », en reprenant cette fois M. Christian Behrendt, comme des « habilitations de production normative dotées d'un caractère obligatoire qui sont accordées par le juge constitutionnel au législateur » (Christian BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, LGDJ, Bruylant, 2006, p. 255 cité par Maxime CHARITE, *art. précit.*, p. 2255). Or, il ne s'agirait pas d'une simple précision relative à l'auteur ou au destinataire de ces injonctions mais aussi d'une restriction quant à leur portée dans la mesure où M. Christian Behrendt postule que « le concept d'injonction implique l'existence d'une obligation juridique de légiférer » (Christian BEHRENDT, *thèse précit.*, n° 223, p. 285) et surtout d'un changement quant à leur nature puisque Mme Alix Perrin estime, pour sa part, que l'injonction ne serait pas une norme, plus exactement que l'injonction n'est pas à la norme ce que l'espèce est au genre (Alix PERRIN, *thèse précit.*, n° 346-439, p. 246-323). Tout en admettant la fonction correctrice, c'est la définition de M. Christian Behrendt qui sera retenue ici.

³⁰⁷³ Tout au plus, l'auteur met en avant une assimilation progressive de l'« injonction prétorienne » dans le cadre de la QPC et la juridictionnalisation plus affirmée du contrôle de la constitutionnalité des lois grâce à cette dernière (Maxime CHARITE, *art. précit.* p. 2225). Néanmoins, les « injonctions prétorienne » évoquées par l'auteur sont les mêmes que celles que Mme Alix Perrin citait aussi dans sa thèse, à savoir notamment la décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003 dont elle démontrait qu'elle ne constituait qu'une injonction préventive (Alix PERRIN, *thèse précit.*, n° 717-720, p. 562-564). Surtout, en appuyant sa démonstration sur la jurisprudence, il passe sous silence la décision postérieure dans laquelle le Conseil constitutionnel a

négligeables que de telles injonctions poseraient effectivement, de telles conclusions semblent tout à fait défendables du point de vue normativiste. D'ailleurs, après avoir neutralisé, dans le cadre de son contrôle des lois *a priori*, les obligations de légiférer aussitôt qu'il avait semblé les reconnaître (a), le Conseil constitutionnel semble enfin en passe de leur donner une portée effective dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* (b).

a- La neutralisation des obligations de légiférer dans le cadre du contrôle *a priori*

1250. Pour apprécier dans quelle mesure une telle immixtion d'une autorité juridictionnelle dans l'exercice de la fonction législative serait constitutionnellement admissible, il ne faut pas se contenter d'invoquer comme un dogme la prétendue souveraineté de la loi, ni même le respect de la séparation des pouvoirs, du moins en tant que tel. En partant du principe que le principe de la séparation des pouvoirs qui n'est qu'une technique libérale d'organisation des pouvoirs, un principe négatif de non cumul qui n'implique nécessairement ni la spécialisation des fonctions au sein de différents organes, ni l'indépendance entre eux, ni l'attribution à chacun d'eux de compétences exclusives et inconditionnées³⁰⁷⁴, la seule référence à ce principe ne renseigne effectivement pas sur les choix que le constituant a pu opérer pour répartir l'exercice de ces fonctions entre plusieurs organes, ni sur la façon dont il a organisé leurs possibles interactions. Il faudrait donc plutôt s'intéresser à la séparation des pouvoirs telle qu'organisée dans la Constitution du 4 octobre 1958. Surtout, si l'injonction doit prendre appui sur le constat d'un manquement à une obligation préexistante³⁰⁷⁵, il faut aussi s'intéresser aux conditions dans lesquelles la Constitution encadre l'exercice des activités normatrices associées à ces différentes fonctions.

décliné expressément sa compétence pour prononcer, de manière générale, de telles injonctions. M. Maxime Charité reconnaît ensuite que le Conseil constitutionnel émet surtout en réalité de « lignes directrices », c'est-à-dire, comme l'entend aussi M. Christian Behrendt, des « habilitations non obligatoires que le juge constitutionnel accorde au législateur pour la production de normes législatives futures », qui ne peuvent donc être une espèce du genre « injonction prétorienne » tel qu'il l'avait défini auparavant mais correspondent à une partie des injonctions préventives telles que définies par Mme Alix Perrin. Quant aux décisions d'abrogations différées que peut rendre le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC - et qui ne sont d'ailleurs pas si novatrices que cela en tant que technique de modulation des effets dans le temps d'une décision de non-conformité (V. CC, n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. n° 58) -, elles ne sont en elles-mêmes pas probantes et il convient de préciser le sens des injonctions que le Conseil accepte de prononcer à cette occasion (cf. *Infra*).

³⁰⁷⁴ Pour une appréciation critique de cette vision de la séparation des pouvoirs issue des travaux de Charles Eisenmann et de Michel Troper, V. Olivier BEAUD, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003, p. 149 ; Guillaume BACTO, « L'Esprit des lois. La séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann », *RDP*, 1992, p. 617. Ici, il s'agit toutefois d'avantage d'adopter une grille de lecture afin d'apprécier la conformité de cette injonction au regard de cette répartition et de cette organisation des compétences plutôt que de rentrer dans le débat sur la lecture qu'il convient d'avoir de l'œuvre de Montesquieu qui ne tenait pas plume en 1958 et n'est pas non plus l'auteur - au sens juridique - de la Constitution.

³⁰⁷⁵ « L'existence d'une norme préexistante et d'un manquement au droit sont deux conditions communes à toutes les injonctions. Pour qu'une injonction puisse être prononcée, il est indispensable que son destinataire soit déjà lié par une règle de droit préalable et qu'il ait, par son comportement, méconnu ses prescriptions » (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 438, p. 323). L'injonction est une mesure prise « par application » - au sens que Jean-Claude Vénézia donnait à cette expression (Jean-Claude VENEZIA, « Les mesures d'applications », *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 673) - et pour l'exécution de cette norme qui a été méconnue (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 440-475, p. 324-356), c'est-à-dire qu'elle vise sa concrétisation, ce que l'auteur entend simplement comme « la transcription dans les faits » de la norme (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 345, p. 245, ndbp n° 993).

1251. À ce titre, seule une obligation de légiférer, entendue comme une obligation à caractère juridique et ne consistant pas seulement pour le Parlement à devoir examiner un texte soumis à sa délibération mais à adopter un texte ayant un certain objet³⁰⁷⁶, serait susceptible de donner prise à une injonction identique à celle que le juge administratif peut prononcer sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative. À ce stade, il importe d'ailleurs peu ici de savoir s'il s'agit d'une obligation de moyen ou de résultat pour reprendre la terminologie civiliste. En effet, l'injonction tendant à obtenir la disparition d'une omission législative - totale ou partielle - suppose nécessairement qu'existe en amont une obligation de déposer un tel texte. Elle serait effectivement aussi adressée aux autorités auxquelles la Constitution confère l'initiative de la loi³⁰⁷⁷, ainsi qu'aux titulaires du droit d'amendement puisqu'il est aussi possible de faire cesser le manquement en adoptant une disposition législative introduite par voie d'amendement³⁰⁷⁸. Il ne faut donc pas seulement s'intéresser aux règles encadrant l'activité de l'organe qui est compétent pour adopter les lois, c'est-à-dire le Parlement³⁰⁷⁹, mais bien à l'ensemble des organes qui seraient sollicités pour exécuter une telle injonction³⁰⁸⁰.

³⁰⁷⁶ Jean-Marie GARRIGOU-LAGRANGE, « L'obligation de légiférer », *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 306.

³⁰⁷⁷ C'est-à-dire au Premier ministre ou aux membres du Parlement (art. 39 de la Constitution du 4 octobre 1958).

³⁰⁷⁸ C'est-à-dire - outre les membres du Parlement - le Gouvernement (art. 44 de la Constitution du 4 octobre 1958).

³⁰⁷⁹ Dès lors, lorsqu'il s'agit d'apprécier la possibilité pour le Conseil constitutionnel, par exemple, de prononcer de telles injonctions, il ne faut pas de se contenter de se référer à sa formule rituelle selon laquelle il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ». Ce serait occulter une partie des obstacles.

³⁰⁸⁰ Pour autant, cette injonction serait-elle adressée au seul « législateur », aux seuls organes législatifs ? Tout dépend de la définition qui est retenue du législateur et du statut attribué aux autorités ayant le pouvoir d'initiative de la loi. Ainsi il est possible de retenir, avec M. Christian Behrendt, une définition restrictive puisque par « législateur », il entend « toute autorité habilitée, au sein d'un ordre juridique donné, à édicter des normes qui ont force de loi, étant entendu que chaque ordre juridique détermine de manière souveraine lesquelles de ses normes possèdent cette force » (Christian BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 32, § 23). À ce titre, les autorités législatives en France seraient le Parlement et, depuis 1999, les autorités habilitées à édicter les lois du pays ayant force de loi aux termes de l'article 107 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie (Christian BEHRENDT, *thèse, précit.*, p. 44-46, § 31). Il est aussi possible de retenir, une définition extensive du législateur, en considérant que toute autorité participant d'une manière ou d'une autre à la fonction législative doit être regardée comme un organe législatif. Enfin, avec Charles Eisenmann, il est aussi possible d'adopter une conception intermédiaire en estimant que « seul le consentement à la règle législative constitue un élément de l'acte législatif, une attribution législative ». Dans cette perspective, qui sera celle adoptée ici, le « législateur » ou l'« organe législatif » serait l'ensemble des organes participant au « pouvoir d'édicter les règles législatives » (Charles EISENMANN, « « L'Esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1977, p. 166, ndbp n° 2), c'est-à-dire « les individus ou les corps dont la Constitution exige le consentement pour l'édition, c'est-à-dire l'entrée en vigueur, des règles législatives, mais aussi eux seuls » (*Ibid.*). Collectivement, ces organes peuvent ainsi être désignés sous l'expression « organe législatif complexe » et individuellement comme des « organes législatifs partiels ». Ainsi, l'initiative des lois ne constituerait pas nécessairement une intervention dans la procédure législative susceptible d'être regardée comme une participation au pouvoir législatif et conférant à son auteur la qualité de membres de l'organe législatif. En tant que titulaire du pouvoir d'initiative, le Gouvernement peut être aussi regardé comme un organe législatif partiel dès lors que son consentement est indispensable à la formation de la loi (Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 41^e édition, 2020-2021, n° 130, p. 141). Il en va ainsi lorsqu'il dispose du monopole de l'initiative législative. En revanche, il en irait autrement dans les domaines où l'initiative des lois est partagée. Nonobstant l'existence sous la Ve République de domaines dans lesquels l'initiative des lois est partagée, les auteurs estiment que la maîtrise de l'ordre du jour aboutit à une situation comparable à celle d'un monopole législatif (*Ibid.*). Toutefois, cette analyse mérite d'être discutée, surtout depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Sans doute, le partage égalitaire de l'ordre du jour peut sembler illusoire au regard, d'une part, des nombreuses priorités gouvernementales aménagées lors de la révision et, d'autre part, des liens existants entre le Gouvernement et sa majorité. Pour autant, il est inexact de considérer qu'en raison du fait majoritaire le Gouvernement, ou même le Président de la République, serait le seul bénéficiaire de cette révision constitutionnelle. En suivant une logique politique et non institutionnelle, le constat apparaît plus nuancé : le rééquilibrage institutionnel auquel a voulu procéder le constituant en 2008 a en réalité surtout bénéficié à la majorité

1252. Une telle analyse suppose alors d'admettre que l'exercice du pouvoir législatif n'est pas totalement inconditionné contrairement à ce qu'estimaient Raymond Carré de Malberg³⁰⁸¹, Charles Eisenmann³⁰⁸², M. Alain Bockel³⁰⁸³ ou, plus récemment encore, Mme Alix Perrin qui, s'appuyant sur ce dernier auteur ainsi que sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, affirme que « l'initiative de la loi appartient seule au législateur qui jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour décider d'utiliser ou non son pouvoir législatif »³⁰⁸⁴. Néanmoins, l'auteure ne semble tout de même pas condamner définitivement l'existence d'obligation de légiférer. S'interrogeant ensuite sur le point de savoir si une injonction du Conseil constitutionnel serait envisageable en dehors de cette hypothèse de l'injonction « préventive », elle rappelle que « l'injonction n'est possible que si, à l'issue de la décision du Conseil constitutionnel, d'une part, une obligation de faire pèse sur le législateur et d'autre part, que cette décision appelle une mesure d'exécution de sa part »³⁰⁸⁵. Or, à ce titre, elle rappelle le cas de la décision n° 2003-468 DC qui, aussi « exceptionnel » soit-il à ses yeux, devrait suffire à infirmer une condamnation absolue de l'injonction au législateur³⁰⁸⁶. En outre, Mme Alix Perrin reconnaît que certaines décisions de non-conformité partielle et sous réserve comme la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, font peser, selon ses termes, une « obligation de faire sur le législateur »³⁰⁸⁷. Toutefois l'expression employée est trompeuse puisqu'en cohérence avec sa position sur la marge de discrétionnarité reconnue au législateur, l'auteure estime que l'injonction que le Conseil constitutionnel adresserait ne pourrait consister qu'en la prévention d'une éventuelle inconstitutionnalité dans l'hypothèse où le législateur se déciderait d'intervenir³⁰⁸⁸.

1253. Il est pourtant possible de trouver des obligations d'agir à la charge des organes habilités à édicter des actes formellement infra-législatifs, mais aussi législatifs, et certaines d'entre elles furent même

parlementaire (Pierre AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *Pouvoirs*, n° 146, 2013, p. 9). Surtout, cela ne peut pas être assimilé à un monopole législatif.

³⁰⁸¹ Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t1, p. 361.

³⁰⁸² Charles EISENMANN, *op.cit.*, t. 2, p. 482.

³⁰⁸³ « D'une façon générale, il semble, à cet égard, que de fondamental ne distingue la loi du règlement. (...) Il en va cependant différemment des conditions de légalité interne. L'initiative d'utiliser son pouvoir, et surtout le choix du contenu des lois appartiennent au législateur ; nulle norme constitutionnelle ne lui dicte sa conduite à cet égard » (Alain BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 49).

³⁰⁸⁴ Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 719, p. 564.

³⁰⁸⁵ Alix PERRIN, *thèse.précit.* n° 720, p. 565.

³⁰⁸⁶ L'auteure évoque alors la décision du « 3 août 2003 ». Néanmoins, dans la mesure où le Conseil n'avait pas rendu de décision à cette date, il semble qu'il s'agisse d'une erreur de plume et que l'auteure fasse en réalité référence à la décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003 - qu'elle mentionne d'ailleurs dans ses développements précédents (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 717, p. 562) - dans laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas censuré les dispositions de la loi qui omettaient d'étendre à l'assemblée de Corse les règles de parité prévues pour les élections régionales afin de ne pas porter lui-même atteinte à l'objectif constitutionnel de parité, mais il a tout de même pris soin de préciser « qu'il appartiendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette inégalité ».

³⁰⁸⁷ *Ibid.*

³⁰⁸⁸ Finalement, en tempérant ainsi la portée de cette « obligation de faire », elle rejoint la position de M. Christian Behrendt qui, pour sa part, citait cette décision de 1983 parmi celles illustrant l'usage que le Conseil constitutionnel peut faire, non pas des injonctions au sens plus strict où il l'entend, mais des « lignes directrices déterminées » (Christian BEHRENDT, *thèse.précit.*, p. 197). C'est-à-dire des « habilitations de production normative dépourvues de caractère obligatoire, qui soumettent la validité de normes pouvant être produites en application de cette habilitation exclusivement à des conditions nécessaires et suffisantes » (Christian BEHRENDT, *thèse.précit.*, n° 133, p. 172-173). En revanche, ils se séparent bien sur la portée de la décision n° 2003-468 DC qui, à la différence de la décision n° 83-164 DC, pourrait effectivement être regardée comme imposant une obligation de légiférer mais contredirait alors la présentation que Mme Alix Perrin fait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

reconnues par le Conseil constitutionnel comme pouvant fonder des injonctions. Le Conseil constitutionnel a ainsi admis que le Parlement puisse contraindre le « Gouvernement », ou plutôt le Premier ministre qui est titulaire de cette prérogative, à user de son pouvoir réglementaire d'exécution des lois évoqué à l'article 21 de la Constitution³⁰⁸⁹. Outre l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, qui trouve son fondement dans cet article de la Constitution, et peut à ce titre fonder une injonction législative, d'autres sujétions pèsent sur l'administration comme l'obligation d'agir des autorités de police afin d'assurer l'exécution des décisions de justice et l'obligation de prendre des mesures de polices initiales. Cette obligation d'agir afin d'assurer l'exécution des décisions de justice trouverait son fondement - implicite - dans l'article 16 de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon le Conseil constitutionnel³⁰⁹⁰. En revanche, le fondement de l'obligation de prendre des mesures de polices initiales est plus incertain puisqu'il reste difficile de trouver un ancrage textuel explicite à de telles obligations comme le montrent les débats entourant le fondement des objectifs de valeur constitutionnelle en matière d'ordre public³⁰⁹¹. S'il fallait se contenter d'un fondement implicite, il faudrait plutôt le chercher du côté de l'obligation, qui s'impose à toutes les autorités normatives, de garantir l'effectivité des droits et libertés constitutionnellement garantis tel qu'il ressort de l'article 2 de la Déclaration de 1789³⁰⁹². Il est aussi possible de regarder du côté de cette « obligation de ne pas nuire », qui ressort de l'article 4 de la Déclaration de 1789, dont M. Théo Ducharme, cherchant le fondement juridique de la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles, estime qu'elle serait aussi opposable aux détenteurs de prérogatives de puissance publique³⁰⁹³, dont le législateur. Elle pourrait alors être violée tant par une restriction des droits et libertés que par l'absence de cadre normatif permettant de les exercer sereinement. Il y aurait ainsi une obligation pesant tant sur les organes habilités à exercer le pouvoir de police que sur les organes habilités à exercer le pouvoir législatif.

³⁰⁸⁹ CC, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. n° 17 à 22.

³⁰⁹⁰ CC, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. n° 46.

³⁰⁹¹ V. sur ce point, Pauline GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, t. 143, 2014, p. 31-33. Pour M. Fabrice Melleray, « ce n'est pas un texte mais bien davantage une situation de fait qui peut faire naître cette obligation. Autrement dit, on ne doit pas édicter une mesure de police uniquement afin de concrétiser une norme de niveau supérieur, mais surtout parce qu'un trouble à l'ordre public survient ou est susceptible de survenir » (Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, p. 71). Toutefois cette « situation de fait » relève davantage des conditions d'application de cette obligation, pour l'appréciation desquelles l'autorité de police dispose d'ailleurs d'une certaine marge d'appréciation dans son travail de qualification juridique, que de son fondement juridique proprement dit, c'est-à-dire de la règle juridique dont découle cette obligation. Quant à M. Didier Truchet, il présente cette obligation comme « une condition du respect de la loi, un corollaire de la continuité de l'État et, tout simplement une exigence de la vie en société » (Didier TRUCHET, « L'autorité de police est-elle libre d'agir ? », *AJDA*, 1999, n° spécial, p. 81).

³⁰⁹² En ce sens, pour M. Pierre de Montalivet, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, comme tant d'autres, constitue d'ailleurs une « obligation secondaire » par rapport à celui-ci (Pierre de MONTAVILET *thèse.précit.*, n° 648, p. 375). Certes, l'auteur parle à ce titre de « justification de l'obligation de réalisation des objectifs de valeur constitutionnelle » (Pierre de MONTAVILET *thèse.précit.*, n° 644, p. 373), ce qui renvoie au sens commun et général du « fondement » (V. Benoit CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 37, p. 37-38), mais non au sens juridique, tel qu'il est entendu et recherché ici.

³⁰⁹³ Théo DUCHARME, *thèse.précit.*, n° 813-846, p. 380-397.

1254. Il est encore possible de trouver dans la Constitution du 4 octobre 1958, ou dans d'autres normes supra-législatives, d'autres obligations moins générales - explicites ou implicites - de légiférer.

1255. Parmi les différentes normes constitutionnelles renvoyant au législateur³⁰⁹⁴, plusieurs d'entre elles pourraient être regardées comme lui imposant des obligations de légiférer. Outre l'article 47 et 47-1 de la Constitution qui imposent l'adoption d'une loi de finances et de financement de la sécurité sociale dans un délai déterminé, il serait possible, avec M. Jean-Marie Garrigou-Lagrange, de voir aussi une telle obligation dans le troisième alinéa du Préambule de 1946 - aux termes duquel « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » -, dont l'invocabilité est d'une utilité d'ailleurs plus flagrante dans le cadre des actions de groupe, en particulier dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Le droit international et le droit de l'Union européenne, relayés dans l'ordre juridique interne respectivement par les articles 55 et 88-1 de la Constitution, peuvent aussi être la source de telles d'obligations³⁰⁹⁵.

1256. Maniant la litote dans son arrêt d'assemblée *Dehaene*³⁰⁹⁶, le Conseil d'État semblait s'être lui aussi rangé à l'idée qu'existeraient de telles obligations de légiférer. Il en allait de même du Conseil constitutionnel dont le style était d'ailleurs plus direct³⁰⁹⁷. En outre, comme le montre Mme Ariane Vidal-Naquet³⁰⁹⁸, en recourant depuis sa décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 à la catégorie des « garanties légales des exigences constitutionnelles » que le législateur ne saurait faire disparaître lorsqu'il

³⁰⁹⁴ Tous les renvois opérés par la Constitution au législateur ordinaire ou au législateur organique ne sont effectivement pas synonymes d'obligation de légiférer. De manière générale, comme le rappelle M. Didier Ribes, il n'est pas non plus possible de s'appuyer sur la primauté de la Constitution pour conclure à l'existence d'une telle obligation, il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisantes pour imposer une obligation de légiférer (Didier RIBES, *art.précit.*).

³⁰⁹⁵ La plus évidente étant l'obligation de transposition des directives. Au nombre de ces obligations de légiférer d'origine externe, il serait aussi possible d'ajouter les obligations positives dans le système de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (V. s'agissant de cette technique des obligations positives la thèse - toutefois limitée aux obligations d'origine prétorienne - de Mme Colombine Madelaine : Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 133, 2014, 572 p.). Certes, il ne s'agit pas à proprement parler d'obligations de légiférer dans la mesure où le droit international comme le droit de l'Union européenne sont indifférents au mode d'organisation interne des États (V. Jean-Marie GARRIGOU-LAGRANGE, *op.cit.*, p. 308). Néanmoins, la Cour de Strasbourg - pour ce qui la concerne - n'hésite plus, au terme d'une appréciation relativement moins contextualisée et au travers d'une motivation plus précise de ses décisions, à viser le législateur de l'État pour assurer le respect de ces obligations positives (Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 394-407).

³⁰⁹⁶ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. Lebon p. 426 : « Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », l'assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ».

³⁰⁹⁷ À cet égard, M. Christian Behrendt relevait six décisions dont les motifs étaient rédigés d'une façon telle qu'elles pouvaient effectivement apparaître comme des obligations de légiférer, ou comme des habilitations obligatoires selon ses termes (Christian BEHRENDT, *thèse.précit.*, n° 280, p. 375). À cela, il faudrait aussi d'ajouter ses décisions consacrant des objectifs de valeur constitutionnelle, dont certains constituent aussi « des commandements de faire » adressés au législateur comme l'objectif de pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (CC, n° 84-181 DC, des 10-11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. n° 38), l'objectif de protection de la santé publique (CC, n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. n° 26) ou encore l'objectif de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (CC, n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, cons. n° 8) (V. Pierre de MONTALIVET, *Les objectifs de valeurs constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2006, p. 356-376).

³⁰⁹⁸ Ariane VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon Assas, coll. Thèses, 2007, p. 258-270.

use de sa compétence normative, le Conseil constitutionnel tendrait lui aussi à reconnaître, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme mais aussi du Conseil d'État³⁰⁹⁹, une fonction positive des droits fondamentaux. Or, le souci d'effectivité qui préside à la reconnaissance de cette fonction positive³¹⁰⁰ ne devrait pas simplement permettre au juge de s'assurer que le législateur ne glisse pas de la mise en œuvre à la mise en cause des droits et libertés lorsqu'il décide de faire usage de sa compétence normative en modifiant une législation existante, mais aussi, lorsque cela est nécessaire, de le contraindre de remédier à une omission partielle ou totale³¹⁰¹. Dès lors, rien ne semble justifier que le législateur puisse, en se soustrayant à de telles obligations, faire obstacle à la volonté du pouvoir constituant.

1257. Ce n'est toutefois pas l'interprétation qu'a retenue le Conseil constitutionnel dont la jurisprudence peut sembler finalement assez contradictoire puisqu'il veille dans le même temps à garantir une totale liberté de choix aux organes titulaires du droit d'initiative, comme en témoignent ses décisions censurant - ou déclarant comme ayant un « caractère inopérant »³¹⁰² - des dispositions législatives enjoignant au Gouvernement d'user de son pouvoir d'initiative des lois, notamment dans les domaines où il dispose d'une compétence exclusive. Si Mme Alix Perrin lie la prohibition de l'injonction dans les rapports entre

³⁰⁹⁹ CE, Ass., 1^{er} avril 1949, *Chavreau*, Rec. Lebon, p. 161, cité par Mme Ariane VIDAL-NAQUET, *thèse.précit.*, n° 483, p. 259, ndbp n° 139.

³¹⁰⁰ Pour sa part, Mme Ariane Vidal-Naquet estime que cette fonction positive pourrait être fondée sur l'article 34 de la Constitution en ce qu'il retient la compétence d'attribution du législateur pour fixer, notamment, les règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (Ariane VIDAL-NAQUET, *thèse.précit.*, n° 513, p. 275). Cette explication n'est toutefois pas satisfaisante, non en raison du fait qu'elle n'ait pas été, de l'aveu même de l'auteure, corroborée par le Conseil constitutionnel mais plutôt parce qu'elle semble affectée d'un biais. En effet, étudiant la catégorie des garanties légales des exigences constitutionnelles employée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il contrôle la constitutionnalité de la loi, l'auteure se tourne vers les dispositions constitutionnelles décrivant les compétences du législateur. Or, s'il y a effet positif des droits fondamentaux, ce ne peut être simplement l'affaire du législateur mais bien de l'ensemble des autorités normatives qui sont susceptibles d'en garantir l'exercice. Ainsi, dans la mesure où il permet aussi de maintenir un cadre propice à l'exercice serein de ces droits et libertés fondamentale et conditionne ainsi leur effectivité, l'exercice du pouvoir de police initiale par les autorités administratives est aussi commandé par cette fonction positive. Il semble donc préférable de se tourner vers l'article 2 de la Déclaration de 1789 qui n'aurait pas vocation à encadrer la seule compétence du législateur et manifesterait ce souci d'assurer l'effectivité des droits et libertés. Toutefois, s'il fallait aussi s'en tenir à la lettre de cet article de la Déclaration, la limitation ne se situerait alors pas au niveau des compétences normatives mais plutôt des droits et libertés que cette norme vise à garantir puisqu'il ne mentionne que « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ce qui, même si ces droits sont matriciels du point de vue intellectuel, reste assez restreint.

³¹⁰¹ Néanmoins, si Mme Ariane Vidal-Naquet estime dans sa thèse que l'usage de la catégorie des garanties légales des exigences constitutionnelles traduit bien la fonction positive des droits et libertés et encadre effectivement l'exercice de la compétence du législateur, elle ne considère pas pour autant que cela conduit à reconnaître des obligations de légiférer (Ariane VIDAL-NAQUET, *thèse.précit.*, p. 69-76). À ce titre, l'auteure ne se fondait pas simplement sur l'absence de recours en carence ou les difficultés inhérentes à l'application d'un tel mécanisme - ce qui reviendrait à confondre l'obligation et sa sanction -, mais, d'une part, sur l'absence d'obligations expresses dans le texte de la Constitution et, d'autre part, sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'injonction (Ariane VIDAL-NAQUET, *thèse.précit.*, p. 73-76). Néanmoins, ces décisions ne constituent pas, en elles-mêmes, des obstacles dirimants sauf à postuler que c'est le Conseil constitutionnel qui fixe le sens de la norme constitutionnelle et que sa jurisprudence est toujours cohérente. Quant à la lettre du texte constitutionnel, son interprétation est, comme cela a été évoquée précédemment, sujette à discussion. L'auteure semble d'ailleurs être revenue sur sa position dans des publications ultérieures puisqu'elle écrit, par exemple, que « bon nombre de dispositions constitutionnelles qui renvoient à l'adoption d'une loi organique, par exemple celle sur le référendum d'initiative partagée ou la procédure de destitution du Président de la République, sont privées d'effet tant que le législateur n'est pas intervenu ; de même, certaines dispositions constitutionnelles sont théoriquement susceptibles d'être paralysées par l'absence de dispositions législatives les concrétisant. Dans ces différentes hypothèses, le silence du législateur aboutit à des situations inconstitutionnelles, contrariant ainsi la volonté du pouvoir constituant tout autant que lorsqu'il agit de manière positive, par le biais d'une norme » (V. Ariane VIDAL-NAQUET, « Le droit du silence », *RDP*, 2012, p. 1089).

³¹⁰² CC, n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, cons. n° 8 à 10.

le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif au principe de séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel ne s'y est toutefois pas toujours référé, du moins explicitement, dans ses décisions. C'est à l'occasion de saisines sur le fondement de l'article 41 de la Constitution qu'il eut à connaître, pour la première fois, de telles injonctions à l'égard du Gouvernement³¹⁰³. Il s'était alors appuyé sur la compétence d'attribution du législateur pour protéger les compétences dévolues à l'organe exécutif que ce soit dans le cadre de l'exercice de son pouvoir réglementaire ou de sa participation à la procédure législative³¹⁰⁴. Cette motivation fut reprise ensuite dans le cadre du contrôle l'article 61 de la Constitution pour censurer des immixtions du Parlement dans l'exercice du pouvoir réglementaire³¹⁰⁵ ou du droit d'initiative législative du Gouvernement³¹⁰⁶, alors même que les saisines pouvaient faire référence à la séparation des pouvoirs³¹⁰⁷. Néanmoins, cette motivation du Conseil constitutionnel correspondrait en réalité à la lecture fonctionnelle qu'il retient de celle-ci, c'est-à-dire « qui consiste à cantonner les pouvoirs publics dans leurs fonctions respectives telles que définies par la Constitution » et le conduit à sanctionner « comme une atteinte à la séparation des pouvoirs toute intrusion, non prévue par la Constitution, d'un pouvoir dans l'exercice des compétences d'un autre »³¹⁰⁸. Outre l'existence d'une obligation pesant sur le Gouvernement dont elle permet d'assurer l'effectivité, ce qui rend admissible, aux yeux du Conseil constitutionnel, l'injonction que le législateur peut adresser au Gouvernement - ou plus précisément au

³¹⁰³ CC, n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, cons. n° 1 à 3 ; et plus explicitement : CC, n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966, *Proposition de loi de M Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer*, cons. n° 6.

³¹⁰⁴ Cela ne veut pas pour autant dire que, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la question de la séparation des pouvoirs doit être confondue avec celle de la répartition des compétences normatives organisée par les articles 34 et 37 de la Constitution. Auquel cas, la censure des injonctions du législateur à l'égard du Gouvernement pourrait être regardée comme une exception à la jurisprudence *Blocage des prix et revenus* (CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, cons. n° 11). En effet, comme le notait François Goguel lors de la séance du 17 janvier 1979, « il y a souvent, dans les interprétations données des décisions rendues sur les injonctions, une confusion entre la délimitation des compétences de la loi et du règlement et le fait que les injonctions sont, en réalité, ni du domaine de la loi ni de celui du règlement mais visent à modifier une répartition des pouvoirs entre les organes de l'État qui ne pourrait dépendre que de la Constitution elle-même » (Conseil constitutionnel, Séance du 17 janvier 1979, p. 13-14). C'est aussi en ces termes que le rapporteur de la décision n° 66-7 FNR aborda cette question (Conseil constitutionnel, Séance du 21 décembre 1966, p. 9). Certes, le Conseil constitutionnel a sanctionné de telles injonctions dans le cadre de l'article 41 de la Constitution. Toutefois, il fallut attendre 1979 pour qu'il circoncrive expressément le champ de cette irrecevabilité aux amendements et propositions de lois entrant soit dans le domaine du règlement délimité par la Constitution, soit dans le domaine de l'ordonnance délimité par une loi d'habilitation intervenue conformément à l'article 38 de la Constitution (CC, n° 79-10 FNR du 26 avril 1979, *Amendements au projet de loi relatif aux économies d'énergie*, cons. n° 5). Le dépassement de sa compétence d'attribution par le législateur ne signifie pas nécessairement un empiètement sur la compétence du pouvoir réglementaire mais elle implique aussi, et parfois seulement, un empiètement sur la compétence du pouvoir constituant. L'injonction législative adressée au Premier ministre dans l'exercice de son pouvoir réglementaire « autonome » constituerait simplement un empiètement sur la compétence du constituant, seule à même de réglementer l'exercice de ces prérogatives. En revanche, il faut reconnaître que dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel semble faire bien faire du respect de la répartition des compétences normatives, telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution, une condition nécessaire du respect de la séparation des pouvoirs. (CC, n° 2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, cons. n° 79 à 83).

³¹⁰⁵ CC, n° 70-41 DC du 30 décembre 1970, *Loi de finances pour 1970*, cons. n° 3.

³¹⁰⁶ CC, n° 76-73 DC du 28 décembre 1976, *Loi de finances pour 1977*, cons. n° 8 ; CC, n° 78-102 DC du 17 janvier 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIe Plan*, cons. n° 3.

³¹⁰⁷ V, par exemple, les termes de la saisine du Premier ministre à l'origine de la décision n° 70-41 DC du 30 décembre 1970.

³¹⁰⁸ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Le principe de la séparation des pouvoirs » in Michel VERPEAUX, Pierre DE MONTALIVET, Agnès ROBLOT-TROIZIER, Ariane VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Thémis, p. 118-119.

Premier ministre - pour user de son pouvoir réglementaire d'exécution des lois, c'est le fait qu'elle s'inscrive bien dans le champ de la compétence du législateur.

1258. Ces motifs de censure seraient alors, comme le souligne Mme Alix Perrin³¹⁰⁹, tout à fait transposables aux injonctions émanant du Conseil constitutionnel ou d'autres juridictions. Ainsi, pris au piège de cette logique de cantonnement qu'il a lui-même initié, c'est dans la lignée de ces décisions que le Conseil constitutionnel aurait expressément décliné sa compétence pour enjoindre le législateur à déposer et adopter un texte dans un sens déterminé³¹¹⁰, alors même qu'il semblait avoir reconnu des obligations de légiférer. Il n'estimait pas, d'une part, que le prononcé de telles injonction s'inscrivait dans le prolongement de sa fonction juridictionnelle, dans la mesure où la décision de non-conformité se suffirait en quelque sorte à elle-même dans le cadre du contrôle *a priori*, ni d'autre part, que l'exercice du pouvoir législatif serait conditionné par de telles obligations de légiférer.

1259. Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le contrôle de constitutionnalité *a priori* laisserait croire qu'il n'était possible de n'envisager qu'une injonction préventive ménageant la marge d'appréciation des titulaires du droit d'initiative, sa jurisprudence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* pourrait bien augurer un changement de position de sa part.

b- La reconnaissance timide d'obligations de légiférer dans le cadre de la QPC

1260. Il serait effectivement possible de voir un infléchissement dans la portée que le Conseil constitutionnel donne à ses décisions d'abrogation différée, ou du moins à certaines d'en elles. Certes, il peut choisir de procéder à une telle abrogation différée « afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité » laissant « au législateur une large marge d'intervention, y compris pour apprécier s'il y a lieu de légiférer pour remplacer les dispositions contraires à la Constitution »³¹¹¹ au motif, précisément, qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement »³¹¹².

³¹⁰⁹ Alix PERRIN, *thèse.précit.*, p. 546.

³¹¹⁰ CC, n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. n° 26. Le commentaire aux Cahiers ne pouvait d'ailleurs être plus explicite sur ce point (Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, p. 8) et M. Jean-Éric Schoettl, qui était alors le secrétaire général du Conseil, se permettait même d'ajouter dans sa note aux *Petites affiches* que le Conseil constitutionnel commettrait alors « une sorte de forfaiture institutionnelle » (Jean-Éric SCHOETTL, « L'examen par le Conseil constitutionnel de la loi portant réforme des retraites, *LPA*, 15 septembre 2003, p. 3).

³¹¹¹ Mathieu DISANT, « Le Conseil constitutionnel, « maître du temps » ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 76.

³¹¹² V. par., CC, n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.* [Pension de réversion des enfants], cons. n° 6. Ce n'est parfois qu'à la lecture des commentaires aux Cahiers qu'il est possible de classer, avec M. Samy Benzina (Samy BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 148, 2017, n° 815, p. 339), parmi les décisions laissant ainsi le choix au législateur d'intervenir, certaines décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel reporte les effets de l'inconstitutionnalité sans préciser qu'il s'agit de « permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité » (Par ex., CC, n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre* [Contribution prévue par l'article 1613 bis A du code général

1261. Néanmoins, cette volonté de ne « pas se substituer au Parlement » ne serait que l'un des motifs - au côté de la volonté d'éviter une abrogation immédiate entraînant « des conséquences manifestement excessives » ou ne permettant « pas de satisfaire aux exigences constitutionnelles qui ont été méconnues »³¹¹³ - que le Conseil constitutionnel intègre par renvoi au dispositif de sa décision pour justifier le choix d'une abrogation différée, et dont il use d'ailleurs avec parcimonie. Effectivement, dans la plupart des décisions d'abrogation différée, c'est une autre motivation qui est retenue par ce dernier et qui semble alors faire peu de cas de la marge d'appréciation des organes participant à la fonction législative. Partant de là, ses décisions semblent revêtir une portée différente, plus intrusives dans l'exercice du pouvoir législatif puisqu'elles n'encadreraient alors pas simplement le sens de la production normative future et éventuelle du législateur - exigeant même parfois qu'elles aient un effet rétroactif afin de préserver l'effet utile de la QPC -, mais le contraindraient bien à intervenir dans un délai déterminé. Dans le cadre de la QPC, il n'aurait pas simplement considéré que l'adoption d'une nouvelle loi serait une condition nécessaire pour l'exécution de ses décisions d'inconstitutionnalité mais aussi, nécessairement, reconnu l'existence d'obligations de légiférer pour fonder de telles injonctions dont la source n'est d'ailleurs pas évidente. L'obligation de légiférer, sur le fondement de laquelle il serait possible d'édicter l'ensemble de ces injonctions prononcées à l'occasion de décisions d'abrogation différée, semble d'ailleurs particulièrement large puisqu'elle consisterait finalement en une obligation du législateur de remédier aux situations dans lesquelles l'exercice effectif des droits et libertés constitutionnellement garantis est en cause.

1262. Il pourrait toutefois être objecté - avec raison - que cette typologie « officielle », aussi didactique soit-elle, est en réalité assez arbitraire³¹¹⁴ et qu'elle n'est pas à même de rendre compte de toutes les hypothèses d'abrogation différée³¹¹⁵ par une juridiction qui demeure en outre attachée à l'*imperatoria brevis*³¹¹⁶. Rien n'empêcherait alors de considérer que le motif relatif à la marge d'appréciation du législateur, bien que n'étant mentionné expressément par le Conseil constitutionnel qu'à titre subsidiaire³¹¹⁷, serait en réalité toujours sous-jacent dans ses décisions dont il ne faudrait alors pas

des impôts], cons. n° 16). Seul le commentaire aux Cahiers de la décision n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre [Contribution prévue par l'article 1613 bis A du code général des impôts]* précise ainsi que « Le Conseil constitutionnel a donc reporté au 1er janvier 2015 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité des mots « dites énergisantes ». Un tel report permet ainsi au législateur de tirer les conséquences de l'inconstitutionnalité, soit qu'il fasse le choix de ne pas modifier l'assiette de l'imposition telle qu'elle résulte des dispositions partiellement censurées, soit qu'il prévoit de nouvelles règles d'assiette respectant l'ensemble des exigences constitutionnelles » (Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, p. 11).

³¹¹³ S'il fallait retenir la typologie « officielle » du Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, « Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC », disponible en ligne à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc.142100.html>).

³¹¹⁴ Sur les autres typologies qui ont pu être élaborées par la doctrine, V. les références citées par M. Samy BENZINA, *thèse.précit.*, p. 323, ndbp n° 375.

³¹¹⁵ Le communiqué du Conseil constitutionnel sur les effets des décisions QPC lui-même prend soin de faire précéder la présentation de ces motifs d'abrogation différée d'un prudent « notamment ».

³¹¹⁶ Samy BENZINA, *thèse.précit.*, n° 790-791, p. 328-329.

³¹¹⁷ Le Conseil constitutionnel peut effectivement le mentionner en sus d'autres motifs (CC, n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, *Fédération environnement durable et autres [Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie - Schéma régional éolien]*, cons. n° 16).

surestimer la portée. Au soutien d'une telle lecture, il pourrait aussi être ajouté non pas qu'un éventuel défaut d'exécution n'est pas sanctionné³¹¹⁸ mais que, quels que soient les motifs expressément retenus pour reporter les effets dans le temps de la décision, le Conseil constitutionnel, qui fait finalement preuve de plus de pusillanimité que dans certaines décisions qu'il a pu rendre dans le contentieux *a priori*, n'emploie que le verbe « pouvoir »³¹¹⁹ pour désigner l'action future du législateur.

1263. Cela n'est toutefois pas non plus nécessairement concluant. D'une part, il arrive que le Conseil constitutionnel demeure silencieux sur ce point lorsqu'il procède à une abrogation différée³¹²⁰. D'autre part, il n'est pas possible de savoir s'il emploie ce verbe dans son acception déontique, ce qui tendrait alors à écarter l'idée d'une obligation de légiférer, ou s'il souligne simplement qu'il convient de laisser au législateur le temps adéquat pour exercer sa fonction normative sans préciser s'il exercerait alors une simple faculté ou s'acquitterait d'une obligation. Enfin, quoique formulée comme des permissions, il reste qu'une partie de ces décisions d'abrogation différée du Conseil constitutionnel - qui fait parfois preuve de plus hardiesse dans les commentaires aux *Cahiers* les accompagnant³¹²¹ - semble être effectivement perçue comme des obligations de légiférer par les organes intéressés³¹²².

³¹¹⁸ Comme le dit à juste titre M. Samy Benzina, répondant sur ce point à Mmes Marthe Fatin-Rouge Stéfanini et Karine Roudier (Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Karine ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité. Étude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité », in Laurence GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014, p. 354), cela reviendrait à confondre l'obligation et la sanction de l'obligation (Samy BENZINA, *thèse.précit.*, n° 813, p. 337-338, ndbp n° 458).

³¹¹⁹ Il s'agit alors pour le Conseil constitutionnel de « permettre au législateur de remédier » à l'inconstitutionnalité (V. par exemple CC, n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions], cons. n° 12) ou de « mettre fin à cette inconstitutionnalité » (V. par exemple CC, n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J.* [Composition du tribunal pour enfants], cons. n° 12) en procédant ainsi à une abrogation différée.

³¹²⁰ CC, n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement* [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement], cons. n° 10).

³¹²¹ Les commentaires aux *Cahiers* ne sont d'ailleurs pas toujours eux-mêmes éclairants. Par exemple, le commentaire de la décision n° 2014-395 QPC aux *Cahiers* précise que « le Conseil a rappelé qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ». Dès lors, le Conseil a jugé qu'« il y a lieu de reporter au 1er janvier 2015 la date de l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité » (cons. 16), reprenant ainsi une formulation déjà utilisée dans de précédentes QPC lorsque l'état du droit résultant de l'abrogation est susceptible de demeurer sans pour autant appeler nécessairement une nouvelle intervention du législateur » (Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2014-395 QPC, p. 15). Il reconnaît donc qu'il y a des hypothèses dans lesquelles la décision du Conseil appelle « nécessairement » l'adoption d'une loi. Néanmoins, en utilisant cet adverbe, le Conseil constitutionnel ne sort toujours pas de l'ambiguïté puisqu'au lieu de parler clairement d'obligation sur le mode déontique, il renvoie à une modalité aléthique, en l'occurrence la nécessité. Certes, il serait possible de considérer, avec M. Paul Amselek, que « l'obligation n'est jamais que la nécessité de faire », c'est-à-dire passer outre la distinction entre ces catégories modales déontiques et aléthiques en n'y voyant que des catégories du possible, toutefois leur l'usage - dans l'ordre des faits ou des « à-faire » de l'homme - n'en diffère pas moins (Paul AMSELEK, « Les fonctions normatives ou catégories modales », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2009, p. 59). Il faut en réalité remonter au commentaire de la décision n° 2010-108 QPC du 25 février 2011, décision dans laquelle cette formulation soulignant la marge d'appréciation du « Parlement » est apparue, pour trouver - au moins en filigrane et au terme d'un raisonnement *a contrario* - la formulation d'une obligation de légiférer : « la décision manifeste que, dès lors que cela lui apparaît compatible avec la nature de l'affaire, le Conseil constitutionnel laisse au législateur la plus grande marge d'appréciation pour décider non seulement quelle législation doit être adoptée mais encore s'il y a lieu de légiférer pour remplacer les dispositions déclarées contraires à la Constitution » (Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2010-108 QPC du 25 février 2011, p. 6).

³¹²² V. Guillaume DRAGO, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 6 [http://juspoliticum.com/art./L-influence-de-la-QPC-sur-le-Parlement-ou-la-loi-sous-la-dictée-du-Conseil-constitutionnel-379.html] et surtout Samy BENZINA, *thèse.précit.*, *spéc.* p. 364-379). Sur la période qu'il étudie, l'auteur relève

1264. Quand bien même le Conseil constitutionnel lèverait sans ambiguïté l'obstacle qui pourrait exister au niveau du destinataire de l'injonction, c'est-à-dire reconnaîtrait enfin expressément d'un tel conditionnement du pouvoir législatif, encore faudrait-il qu'à l'autre extrémité de la relation injonctive, les juridictions ordinaires acceptent de se saisir de ces obligations de légiférer, qu'elles s'estiment compétentes pour adresser de telles injonctions dans le cadre d'une action de groupe.

2- Les limites tenant aux auteurs de l'injonction

1265. Au niveau de l'auteur de l'injonction, c'est-à-dire du juge, le véritable obstacle ne réside pas dans une compétence exclusive du Conseil constitutionnel (a), mais plutôt dans l'autolimitation du juge ordinaire en présence d'un acte de gouvernement - en l'occurrence le refus de déposer un projet de loi - auquel il s'agirait de faire obstacle (b), contraignant ainsi les groupements à le contourner s'ils désirent parvenir au même résultat au moyen de l'action de groupe (c).

a- L'absence de compétence exclusive du Conseil constitutionnel

1266. Dans la mesure où ni les prérogatives dont le juge dispose à l'égard du texte contrôlé ni les modalités de sa saisine ne sont des critères retenus par les auteurs évoquant l'existence d'injonctions au législateur pour définir ce qu'est un juge constitutionnel³¹²³, leurs conclusions seraient transposables au juge ordinaire, au moins lorsqu'il est conduit à apprécier la conventionnalité de la loi et qu'il conclut à son inapplicabilité absolue³¹²⁴. En excipant ainsi de l'inconventionnalité de la loi, il ne ferait effectivement

ainsi que « l'analyse de la législation intervenue à la suite des trente décisions QPC imposant une intervention législative permet de constater que le législateur respecte le délai déterminé par le Conseil constitutionnel. En effet, parmi les vingt-huit décisions de référence seulement quatre décisions ne respectent pas ce délai, soit que le législateur n'est jamais intervenu, soit qu'il est intervenu postérieurement à la date butoir » (Samy BENZINA, *thèse.précit.*, n°873, p. 366).

³¹²³ Mme Alix Perrin opère la distinction entre « juge ordinaire » et « juge constitutionnel » « au regard de la nature distincte des actes soumis à leur contrôle » (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 694, p. 545). Les juridictions ordinaires seraient alors « compétentes pour connaître du contentieux des actes de l'Exécutif ». Il serait alors possible d'objecter que le juge administratif et le juge judiciaire sont des juges constitutionnels lorsqu'ils apprécient la conventionnalité de la loi. En réalité, elle ajoute ensuite un critère tenant à la norme de référence en rappelant que « le Conseil constitutionnel est seul compétent pour connaître de la constitutionnalité de la loi » (*Ibid.*). Quant à M. Maxime Charité, il adopte une définition similaire qui est toutefois plus restrictive, au moins expressément, dans la mesure où elle fait d'emblée entrer en ligne de compte les normes de référence du contrôle. Il reprend celle de M. Laurent Domingo pour qui le juge constitutionnel est celui « qui [a] pour mission, parmi d'autres la plupart du temps, de contrôler la constitutionnalité de la loi » (Laurent DOMINGO, *Leçons de contentieux constitutionnel*, Paris, Ellipses, coll. Leçons de droit, 2014, p. 11, cité par Maxime CHARITE, *art.précit.*, 2253). Pour y faire rentrer les juges ordinaires, il faudrait considérer qu'en tant que juges de droit commun de l'Union européenne ou que juge du droit commun du droit international, ils ne font finalement qu'assurer le respect des articles 88-1 et 55 de la Constitution.

³¹²⁴ C'est une éventualité qui n'est pas écartée malgré le développement d'un contrôle de conventionnalité « *in concreto* » de loi (V. en ce sens Nicolas BOULOUIS, « La double notion d'« inconventionnalité » de la loi. Conclusions sur CE, sect., 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n°s 314449 et 314580 », *RFDA*, 2011, p. 124).

que mettre « en évidence l'obligation dans laquelle se retrouve le législateur d'abroger la loi ou de la modifier afin de résorber les incompatibilités relevées »³¹²⁵.

1267. Certes, en dépit d'ailleurs de la définition qu'elle retient expressément, Mme Alix Perrin estime qu'il n'est pas possible de raisonner ainsi par analogie au profit du juge ordinaire, quand bien même celui-ci statuerait comme juge de la conventionnalité de la loi. Elle exclut que le législateur puisse être le destinataire d'injonctions juridictionnelles émanant du « juge ordinaire » et réserve bien cette prérogative au seul Conseil constitutionnel. Faisant de la séparation des pouvoirs le fondement - au sens apparemment de la justification - et la limite d'un pouvoir d'injonction, l'auteure estime que le pouvoir d'injonction juridictionnel ne serait justifié « que dans la mesure où il est lié à l'autorité de la chose jugée »³¹²⁶. La différence entre les prérogatives susceptibles d'être dévolues aux juges ordinaires et au juge constitutionnel résiderait donc dans la portée que leur décision respective peut avoir sur la production normative du législateur, eu égard à l'objet du litige qu'il s'agit d'exécuter ou à l'autorité des décisions. À la différence des juridictions ordinaires, qui ne pourraient pas se prévaloir des conséquences découlant de la chose jugée pour adresser des injonctions au législateur, le Conseil constitutionnel, fort de l'effet que l'article 62 de la Constitution attache à ses décisions³¹²⁷, pourrait influencer sur la future production normative du législateur en censurant une disposition législative inconstitutionnelle³¹²⁸.

1268. Toutefois, le respect dû à l'exécution de la chose jugée par ces juridictions ordinaires peut aussi constituer une contrainte juridique pesant sur l'activité normative future du législateur, au même titre qu'une déclaration d'inconstitutionnalité émanant du Conseil constitutionnel. Cela ne constitue pas un privilège de ce dernier puisque la Constitution et la jurisprudence constitutionnelle imposent au législateur la même déférence à l'égard des décisions des juges ordinaires. Au nom précisément du principe de séparation des pouvoirs évoquée par l'auteure, et plus précisément de l'indépendance des juridictions qui en constitue une modalité, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur ne pouvait « censurer » leurs décisions³¹²⁹ ni remettre en cause les droits acquis à la suite d'une décision juridictionnelle, du moins lorsqu'elle acquiert « force de chose jugée »³¹³⁰. Les décisions juridictionnelles des juges ordinaires sont

³¹²⁵ Jean-Marie GARRIGOU-LAGRANGE, « L'obligation de légiférer », *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 315.

³¹²⁶ Alix PERRIN, *thèse précit.*, n° 701, p. 548.

³¹²⁷ Alinéa 3 de l'article 62 de la Constitution : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

³¹²⁸ À ce titre, lorsque des dispositions d'une loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui de dispositions législatives ayant été déclarées contraires à la Constitution, elles peuvent être censurées à raison de la méconnaissance de l'autorité absolue de chose jugée dont sont revêtues les décisions du juge constitutionnel (CC, n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, cons. n° 13).

³¹²⁹ CC, n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. n° 6. M. Bertrand Mathieu voit d'ailleurs dans cette prohibition une constitutionnalisation du principe du respect de l'autorité de chose jugée (Bertrand MATHIEU, *Les « validations » législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1987, p. 224).

³¹³⁰ CC, n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, cons. n° 7.

donc aussi susceptibles de contraindre le législateur, d'être à la source d'une « interférence » - au sens que M. Christian Behrendt donne à cette notion³¹³¹ - avec sa production normative.

1269. En tout état de cause, l'idée même selon laquelle les injonctions émanant des juridictions devraient être liées à « l'autorité de la chose jugée » pour être constitutionnellement admissibles peut être discutée. Le juge administratif, par exemple, peut adresser des injonctions à l'administration dans le cadre d'ordonnances de référé qui ne sont revêtues que de l'autorité de chose ordonnée³¹³² sans que le Conseil constitutionnel, sur la jurisprudence duquel l'auteure s'appuie d'ailleurs, s'en soit ému³¹³³, bien au contraire³¹³⁴. Il serait donc plus judicieux de considérer que ce pouvoir d'injonction résultant de la fonction juridictionnelle contribue plus largement à l'effectivité du droit au recours, qui est constitutionnellement garanti et dont le droit à l'exécution des décisions de justice - qu'elles soient ou non revêtues de l'autorité de la chose jugée - n'est qu'une des composantes³¹³⁵. Cela permettrait d'ailleurs d'inclure aussi les « injonctions de procédure »³¹³⁶ qui, bien étant prononcées en amont de la décision pour les besoins de l'instruction³¹³⁷, participent aussi en un sens à l'effectivité de ce droit.

1270. Ce n'est pas non plus au niveau de l'objet du litige dont les juges ordinaires et le Conseil constitutionnel peuvent être saisis³¹³⁸ qu'existerait une différence de situation justifiant une différence de traitement quant aux mesures qu'est susceptibles d'impliquer l'exécution de leurs décisions respectives. Effectivement, si les juridictions ordinaires peuvent aussi apprécier la conformité de la loi à des normes supra-législatives, elles ne peuvent le faire que de manière incidente, par voie d'exception³¹³⁹. Elles ne sont

³¹³¹ « La notion d'interférence peut ainsi être définie comme une norme juridique, et plus précisément comme l'habilitation qui confère à son destinataire le pouvoir de produire à l'avenir des normes législatives dotés d'un certain contenu » (Christian BEHRENDT, *thèse.précit.*, n° 86, p. 122).

³¹³² CE, Sect., 5 novembre 2003, *Association Convention vie et nature pour une écologie radicale*, 259339.

³¹³³ Par ex., CC, n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. n° 103.

³¹³⁴ Il fait effectivement de la possibilité de contester les décisions administratives litigieuses, « y compris par voie de référé », une garantie du droit au recours (CC, n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], cons. n° 15 ; CC, n° 2015-524 QPC du 2 mars 2016, *M. Abdel Manane M. K.*, [Gel administratif des avoirs], cons. n° 10 ; CC, n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligne des droits de l'homme* [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence], cons. n° 14).

³¹³⁵ Mme Alix Perrin passe d'ailleurs elle-même du « respect » et « de l'effectivité des décisions de justice » au « respect de l'autorité de la chose jugée en tant que celui-ci constitue une composante du principe de séparation des pouvoirs » (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 700, p.547), la première semble pourtant plus large que la seconde puisque toutes les décisions de justice devant être respectées ne sont pas nécessairement revêtues de l'autorité de la chose jugée. En réalité, par « chose jugée » l'auteure semble entendre dans d'autres passages le « jugement « *negotium* » » (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 455, p. 339), ce qui correspond à ce que Franck Moderne, qu'elle cite, désignait comme « la solution même du litige soumis au juge, telle qu'elle est transcrite par le dispositif du jugement » (Franck MODERNE, « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction pourquoi le serait-elle ? », *RFDA*, 1990, p. 801, cité par Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 455, p. 339). L'autorité de cette « chose jugée » ne renverrait donc pas ici à l'attribut du jugement qu'elle désigne habituellement.

³¹³⁶ L'auteure mentionne d'ailleurs elle-même ces injonctions de procédure pour illustrer la « condition d'effectivité » qui est, selon elle, inhérente au recours à toute injonction (Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 513-517, p. 384-389).

³¹³⁷ CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Conseil de Mesnil*, Rec. Lebon, p. 485.

³¹³⁸ L'objet du litige étant délimité, notamment, par l'objet de la demande qui est entendu comme « la fin vers laquelle tend la demande en justice, le résultat qui est recherché » (Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, *op.cit.*, n° 519, p. 413), c'est-à-dire ici comme son but (cf. *Supra*, n° 49).

³¹³⁹ Se démarquant de la Cour de cassation sur ce point, le Conseil d'État estime d'ailleurs que la déclaration d'illégalité à l'occasion de l'examen d'une exception d'illégalité n'est revêtue que de l'autorité relative de chose jugée (CE, 1^{er} et 4^{es} sous-sections réunies, 3 juillet 1996, *société ABC Engineering*, n° 112171 ; pour une appréciation critique de la jurisprudence du Conseil d'État, V. René CHAPUS, *op.cit.*, n° 1211, p. 1096-1098 ; Bertrand SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Paris, Thèse dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1995, p. 727 et s.).

donc pas saisies d'un recours par voie d'action contre la loi tendant à ce que celle-ci soit abrogée, ce qui leur permettrait, en s'appuyant sur l'existence d'une obligation de légiférer dans la matière considérée, de présenter l'adoption d'une loi comme une conséquence nécessaire de leur décision, à l'instar de ce que fait parfois le juge administratif à la suite de l'annulation d'un acte administratif. Néanmoins, dans le cadre d'une action en cessation d'une omission législative, le litige dont il est saisi a alors précisément pour objet d'obtenir non pas simplement le constat d'une omission mais bien le prononcé d'une injonction afin d'y mettre fin³¹⁴⁰. Dans cette hypothèse, le juge ne serait pas non plus saisi par voie d'action d'une disposition législative, quelle que soit la nature de l'omission dont la cessation serait demandée. Compte tenu de l'obligation de mise en demeure pesant sur les requérants, il serait en réalité conduit à apprécier - et c'est d'ailleurs là où le bât blesse en réalité³¹⁴¹ - la constitutionnalité ou la conventionnalité du refus de déposer un projet de loi³¹⁴².

1271. Enfin, au niveau des normes constitutionnelles encadrant la compétence des différents ordres de juridictions, rien ne semble s'opposer à ce que les dispositions organisant les différentes actions de groupe aux fins de cessation soient interprétées comme permettant aux juges ordinaires d'adresser aussi des injonctions à l'État dans sa fonction législative. En effet, il ne saurait leur être opposé le respect de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel qui est limitée à l'appréciation d'un rapport de conformité entre des dispositions législatives - ordinaires ou organiques³¹⁴³ - et la Constitution³¹⁴⁴. Celle-

³¹⁴⁰ L'action de groupe en cessation serait ainsi un mécanisme plus efficace que certains recours en carence prévues dans des constitutions étrangères qui ne permettent que d'obtenir du juge constitutionnel le constat d'un manquement à l'obligation de légiférer. C'est le cas, par exemple, du fameux recours en carence portugais puisque le Tribunal constitutionnel se contente d'informer l'organe législatif compétent lorsqu'il constate une inconstitutionnalité par omission (art. 283.2 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976).

³¹⁴¹ Cf. *Infra*, n° 1274.

³¹⁴² L'obligation de mise en demeure et la décision implicite de rejet qu'elle est susceptible de provoquer permet ainsi de savoir à partir de quelle décision le contentieux serait lié devant le juge administratif.

³¹⁴³ Le Conseil constitutionnel estimant d'ailleurs que la Constitution ne lui confère le pouvoir que de contrôler les dispositions législatives adoptées par le Parlement (CC, n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* ; CC, n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie*, cons. n° 6 à 8), exception faite - ce qui est plus discutable - des lois constitutionnelles adoptées par le Parlement réuni en Congrès (CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, cons. n°1). Certes, il a pu s'autoriser quelques escapades en dehors des strictes limites de ses compétences d'attribution, aussi bien dans le cadre du contrôle des opérations référendaires, en acceptant finalement de pallier en partie l'incompétence du Conseil d'État en contrôlant les décrets de convocation des électeurs pour le référendum de l'article 89 de la Constitution (CC, n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000), ainsi que dans le contentieux du contrôle de la constitutionnalité des lois *a posteriori* en acceptant d'être saisi d'une QPC directement soulevée devant lui comme juge électoral alors même que la Constitution ne lui donne la compétence que pour statuer sur des questions renvoyées par le Conseil d'État ou la Cour de cassation (CC, n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, *Sénat, Loiret*). Toutefois, pour ce qui est de la sanction une omission législative totale, les conditions imposées pour sa saisine rendent encore plus hypothétiques un tel élargissement prétorien de ses compétences qui viserait à faire disparaître un angle mort du contrôle juridictionnel. En effet, les différents textes encadrant la compétence du Conseil constitutionnel n'envisagent que ce dernier puisse se prononcer qu'à la condition qu'existe soit une disposition législative qui a été promulguée (art. 61-1 de la Constitution), soit une loi qui a été adoptée par le Parlement (art. 61 de la Constitution) ou même une proposition de loi qui a été déposée (art. 11 et 61 de la Constitution ; art. 1^{er} de la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution).

³¹⁴⁴ Là encore, le Conseil constitutionnel s'est abrité derrière les limites de sa compétence d'attribution pour exclure les normes supra-législatives d'origine externe des normes de référence du contrôle qu'il exerce comme juge de la constitutionnalité des lois son contrôle d'autres normes de référence (CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. n° 1 à 5). (Sur cette jurisprudence - discutable dès l'origine - et ses inflexions en présence du droit de l'Union européenne, V. Agnès ROBLLOT-TROIZIER, « Les spécificités contentieuses du droit de l'Union européenne », *in* Pierre de

ci ne constitue pas un obstacle dirimant pour connaître d'une action de groupe tendant à la cessation d'une omission législative qu'elle soit totale ou même partielle. Si l'injonction adressée au législateur peut apparaître comme l'accessoire des décisions du le Conseil constitutionnel dans le cadre de sa compétence exclusive, elle ne constitue pas elle-même une compétence exclusive. Il serait même possible de considérer - aussi « administrativocentrée » qu'une telle position puisse paraître - que le Conseil constitutionnel a esquissé dans sa jurisprudence la reconnaissance d'une compétence exclusive de principe au profit du juge administratif en la matière.

1272. En effet, lorsqu'il s'était prononcé sur la constitutionnalité de l'article 59 de la loi organique relative aux lois de finances qui prévoit la possibilité pour les présidents des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances d'obtenir d'une juridiction la cessation sous astreinte des entraves qu'ils peuvent rencontrer dans leur mission de contrôle et d'évaluation de l'administration, le Conseil avait pris soin de préciser que, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs », « les dispositions de l'article 59 ne peuvent être comprises que comme permettant au juge administratif d'ordonner en référé à une personne morale investie de prérogatives de puissance publique la communication sous astreinte des documents ou renseignements susmentionnés »³¹⁴⁵. Ainsi, tout en renvoyant avec cette référence à la « conception française de la séparation des pouvoirs » à sa décision n° 86-224 DC dans laquelle il avait tracé les contours de la compétence exclusive de principe du juge administratif, il semble en élargir les termes³¹⁴⁶. D'une part, il ajoute aux conclusions aux fins d'annulation et de réformation celles aux fins de cessation. D'autre part, s'il fait toujours de l'exercice des prérogatives de puissance publique un critère de délimitation du champ de compétence, il ne mentionne plus - du moins explicitement - les autorités susceptibles de les exercer et la nature des actes pris grâce à elles. S'agissant des destinataires potentiels de ces injonctions émanant de la juridiction statuant en référé, il se contente effectivement de viser « une personne morale investie de prérogatives de puissance publique », ce qui pourrait très bien correspondre à l'État exerçant la fonction législative. Le juge administratif serait alors le seul compétent - en dehors néanmoins des « matières réservées par nature à l'autorité

MONTALIVET, Agnès ROBLOT-TROIZIER, Michel VERPEAUX, Ariane VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2e édition, 2017, p. 416-424).

³¹⁴⁵ CC, n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. n° 103. Il a ensuite repris cette réserve lorsqu'il fut saisi de la loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale qui contenait une disposition similaire (CC, n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, cons. n° 31).

³¹⁴⁶ Pour mémoire, la réserve constitutionnelle de compétence de la juridiction administrative était ainsi formulée dans la décision du 23 janvier 1987 : « Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » (CC, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. n° 15). Quant à cette référence à « la conception française de la séparation des pouvoirs », elle n'était d'ailleurs en réalité qu'un malheureux *obiter dictum* (Georges VEDEL « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 698).

judiciaire »³¹⁴⁷ - pour adresser des injonctions aux fins de cessation d'une omission législative. Il faudrait toutefois considérer que la loi ne constitue pas simplement l'une des sources possibles de ces prérogatives de puissance publique, mais que son adoption constitue aussi l'exercice de l'une d'elle. Tout dépend alors de la définition qui est retenue de cette notion « maîtresse »³¹⁴⁸ mais « innommée »³¹⁴⁹ du droit public qu'est la prérogative de puissance publique. Il serait possible d'y inclure l'exercice de la fonction législative en suivant les auteurs qui, retenant une conception large, insistent sur l'existence d'un « pouvoir de commandement unilatéral qui permet à l'État d'imposer ses décisions aux sujets de droit et d'en obtenir, le cas échéant, l'exécution par la contrainte »³¹⁵⁰ ou d'une « manifestation de procédés spécifiques de puissance publique visant la satisfaction de l'intérêt général dont le simple particulier ne bénéficie pas directement »³¹⁵¹. Surtout, il ne faut sans doute pas surestimer la portée de cette décision. Il est ainsi probable que le Conseil constitutionnel, en retenant une telle formulation pour désigner les destinataires de l'injonction, ait en réalité entendu viser seulement les administrations concernées par la mission de contrôle et d'évaluation et qu'il faille lire ce considérant à l'aune de celui présentant le dispositif examiné.

1273. L'omission législative partielle peut très bien être mise en cause au moyen d'une exception d'inconventionnalité ou, au besoin, d'une QPC, c'est-à-dire sans que le juge soit, en principe, conduit à apprécier directement la constitutionnalité de la loi. Quant à la sanction de l'omission législative totale, elle ne conduirait pas le juge saisi d'une action en cessation à se prononcer - par voie d'action ou même par voie d'exception - sur la constitutionnalité d'une norme dont le contrôle est réservé par la constitution au Conseil constitutionnel, sauf à considérer qu'il y ait effectivement - en dépit de l'absence de support formel - une norme législative implicite dont ce dernier serait seul compétent pour connaître³¹⁵².

³¹⁴⁷ Sur le sens de cette expression, V. Gweltaz EVEILLARD, « Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », *AJDA*, 2017, p. 101.

³¹⁴⁸ Jean RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, p. 280.

³¹⁴⁹ Charlotte DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 239, 2004, n° 3, p. 3.

³¹⁵⁰ Charlotte DENIZEAU, *thèse.précit.*, n° 5, p. 5.

³¹⁵¹ Aurélien ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2009, n° 18, p. 11 .

³¹⁵² Au sujet de l'objet du contrôle de ces omissions, M. Didier Ribes explique que la doctrine européenne se divise sur le point de savoir ce que l'organe juridictionnel compétent peut contrôler en présence d'un silence législatif. Pour les tenants de la thèse « obligationnelle » ou « volontariste », l'omission serait le non-accomplissement par le législateur d'une obligation de faire d'origine constitutionnelle et son contrôle s'apparenterait alors au contentieux de la responsabilité puisqu'il porterait alors sur un « fait législatif » et non sur une norme d'origine législative. En revanche, pour les tenants de la thèse dite « normativiste », l'objet du contrôle de l'omission législative serait une norme législative implicite qui serait inconstitutionnelle en tant qu'elle crée ou conserve une situation juridique contraire à la Constitution (Didier RIBES, *art.précit.*, p. 248-253). Ainsi exposées, ces deux thèses ne semblent pas totalement incompatibles mais plutôt complémentaires. En réalité, il semble que l'une d'elle ait trait à la qualification de l'omission comme manquement, c'est-à-dire comme non-accomplissement d'une obligation de faire, tandis que l'autre s'intéresse à la forme que revêt ce manquement, à savoir une norme légale implicite. En effet, en partant du principe qu'il y aurait effectivement une norme légale implicite, son inconstitutionnalité supposerait bien qu'une norme constitutionnelle, faisant peser une obligation d'agir sur le législateur, a été violée (Sur l'appréhension des différents comportements passifs de la puissance publique, l'analyse de l'« abstention » comme forme de « comportement volontairement passif » et son contrôle, V. aussi, Damien FALLON, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, coll. Collection des thèses de l'IFR, 2014, 536 p.).

b- La pérennité de la théorie de l'acte de gouvernement

1274. En présence d'une omission législative le juge ordinaire serait conduit à apprécier la conventionnalité ou constitutionnalité de l'abstention formalisée par le refus du destinataire de la mise en demeure. Or il est de jurisprudence constante que l'abstention ou le refus de déposer un projet de loi constitue un « acte de gouvernement »³¹⁵³. Saisie de conclusion à fin d'annulation d'actes émanant de l'exécutif et ayant trait à la procédure législative, le Conseil d'État a ainsi systématiquement décliné sa compétence³¹⁵⁴ et il ne pourrait pas être objecté que le fondement de cette incompétence n'a pas lieu d'être lorsque le juge est saisi de conclusion aux fins de cessation. Certes, il s'est jusqu'alors prononcé sur sa compétence alors qu'il était saisi de conclusions aux fins d'annulation de tels actes - éventuellement assorties de conclusions aux fins d'indemnisation de leurs conséquences préjudiciables³¹⁵⁵, mais il a tout de même pris soin de préciser que ces actes de gouvernement sont insusceptibles de faire l'objet de « toute action contentieuse »³¹⁵⁶.

1275. Alors que la place croissante du droit européen au sein des sources du droit administratif semblait annoncer une érosion de l'immunité juridictionnelle de ces actes de gouvernement³¹⁵⁷, le Conseil d'État a récemment réaffirmé son incompétence pour connaître du refus du Premier ministre de déposer un projet de loi ayant pour objet la transposition d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne³¹⁵⁸. Saisi dans une hypothèse de conflit négatif, le Tribunal des conflits a aussi étendu cette incompétence aux

³¹⁵³ Par ex., CE, 12 mars 1853, *Le prince de Wagram c. l'État*, Rec. Lebon p. 329 ; CE, 17 février 1888, *Prévost et autres*, Rec. Lebon p. 148 ; CE, 13 novembre 1896, *Jacquot*, Rec. Lebon p. 709 ; CE, Section, 18 juillet 1930, *Rouché*, Rec. Lebon p. 771 ; CE, 30 juillet 1949, *Laengy*, Rec. Lebon T. p. 621 ; CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. Lebon p. 607.

³¹⁵⁴ Par exemple, s'agissant du dépôt, du retrait de projets de lois et même du refus d'en déposer (CE, 14 janvier 1987, *Association des ingénieurs des télécommunications*, Rec. Lebon, p. 867).

³¹⁵⁵ Par ex., CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. Lebon p. 607.

³¹⁵⁶ CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, n^{os} 120437, 120737 ; CE, Ass., 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France*, n^o 171277.

³¹⁵⁷ Le droit européen est entendu ici au sens large, les auteurs se sont interrogés sur la pérennité de la théorie de l'acte de gouvernement au regard des exigences découlant du droit de l'Union européenne (V. par exemple pour une analyse comparatiste, Xavier DUPRÉ de BOULOIS, « La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDP*, 2000, p. 1791) et de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Par ex., pour une argumentation faisant plutôt appel aux exigences relatives au droit au recours tel que protégée par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Fabrice MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *RFD-A*, 2001, p. 1086). La décision *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse* (CE, Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, n^{os} 199622, 200124) semblait ainsi augurer une intervention croissante du juge administratif, en tant que juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, dans les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels (V. Fabrice MELLERAY, *art.précit.*) ou avec une organisation internationale (CE, Ass., 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres*, n^o 282920). Il en allait de même pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux articles 6§1 et 13 de la CESDHLF, qui pouvait même apparaître comme une meilleure alliée pour éradiquer ces actes (V. Fabrice MELLERAY, *art.précit.*). Toutefois, la Cour, qui du reste n'a jamais dit que les droits garantis par ces stipulations étaient absolus, n'est pas par principe hostile à l'existence d'actes injusticiables (V. CEDH, 14 décembre 2006, *Markovic et autres c. Italie*, n^o 1398/03).

³¹⁵⁸ CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 26 novembre 2012, *Krikorian*, n^o 350492.

juridictions judiciaires³¹⁵⁹. Que ce soit devant les juridictions judiciaires ou les juridictions administratives, l'action en cessation de tel manquement semble donc bien compromise.

1276. En un sens, il pourrait alors être avancé que c'est finalement bien la compétence exclusive du Conseil constitutionnel qui empêche le Conseil d'État ou même la Cour de cassation de connaître d'une telle action en reprenant les positions défendues par Louis Favoreu sur la théorie des actes de gouvernement³¹⁶⁰. L'auteur défendait l'idée selon laquelle l'injusticiabilité des actes de gouvernement ne serait que « conjoncturelle et non structurelle »³¹⁶¹, le résultat du caractère lacunaire du système de protection juridictionnelle. Ce serait faire preuve d'un « administrativo-centrisme » franco-français à courte vue de voir dans le Conseil d'État une juridiction universelle de droit public dont le champ de compétence serait la mesure de toute chose et, par là même, de considérer que ces actes de gouvernement sont par nature insusceptibles de recours devant lui. L'étude du droit comparé enseigne ainsi qu'une partie de ces actes que la doctrine classe parmi les actes de gouvernement sont effectivement susceptibles d'être contrôlés par les cours constitutionnelles dans le cadre de procédure de résolution des conflits. Il conviendrait donc de se débarrasser de cette notion - sans cohérence ni fondement - pour ne raisonner qu'en termes d'« actes injusticiables ». Parmi ces actes injusticiables, il faudrait ensuite faire le départ entre ceux qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des individus, qui devraient relever de la compétence du Conseil d'État pour garantir le droit au juge des individus, et les actes relevant « du droit constitutionnel des institutions » dont le Conseil constitutionnel devrait connaître en partie. Au nombre de ces actes « du droit constitutionnel des institutions » se trouveraient, notamment, le dépôt et le retrait de projets de lois³¹⁶², et par extension le refus de déposer.

³¹⁵⁹ TC, 6 juillet 2015, *K. et autres*, n° C 03995. À la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 26 novembre 2012, les requérants avaient saisi le juge des référés aux mêmes fins qui rejeta leurs demandes (TGI de Marseille ord., 3 juin 2013, *Krikorian et autres*, n° 13/01008), rejet qui fut confirmé en appel (CA d'Aix-en-Provence, 10 octobre 2013, *Krikorian et autres*, n° 2013/684) et, prenant acte de la décision du Tribunal des conflits, la Cour de cassation rejeta aussi leur pourvoi (Civ. 1, 12 novembre 2015, n° 14-21.309).

³¹⁶⁰ V. comme dernier développement de cette position défendue depuis sa thèse de doctorat, et qui sera utilisé ici, Louis FAVOREU, « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », *Mélanges en l'honneur du Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2007, p. 607. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, semble accepter de contrôler, par voie d'exception, la constitutionnalité externe du décret de présentation du projet de loi (CC, n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, cons. n° 1 à 3). L'examen auquel il s'est alors livré sur les conditions dans lesquelles ce décret fut signé apparaissait toutefois alors moins comme l'objet du contrôle que comme l'un des paramètres du contrôle de la constitutionnalité externe de la loi. En réalité, pour trouver un exemple d'une appréciation de la constitutionnalité, au moins externe, d'un acte de gouvernement, il faudrait plutôt se tourner vers les juridictions judiciaires et, plus précisément, la chambre criminelle de la Cour de cassation. Ainsi, lorsque la chambre criminelle avait été amenée à se prononcer par voie d'exception sur la légalité de la décision du 3 mai 1961 ayant institué, notamment, le tribunal militaire après que le général de Gaulle avait décidé de mettre en application l'article 16 de la Constitution par décision du 23 avril 1961, elle avait, avant de décliner sa compétence, pris soin de relever que le Conseil constitutionnel avait bien rendu un avis motivé énonçant que les conditions requises par l'article 16 étaient réunies (Crim., 21 août 1961, *Fobran*, Bull. crim., n° 363 ; Catherine TEITGEN-COLLY, « CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens ; CE, Ass. 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot* », in Thomas PERROUD, Jacques CAILLOSSE, Jacques CHEVALLIER, Danièle LOCHAK (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2019, n° 592, p. 342, ndbp n° 1056).

³¹⁶¹ Louis FAVOREU, *art.précit.*, p. 613.

³¹⁶² Louis FAVOREU, *art.précit.*, p. 614

1277. Toutefois, comme le montre M. Fabrice Melleray, cette distinction n'est guère opératoire³¹⁶³ et l'hypothèse évoquée ici - à savoir le refus de remédier à une omission législative - est d'ailleurs, à ce titre, assez illustrative. Le refus de déposer un projet de loi peut effectivement apparaître comme un acte « à connotation constitutionnelle »³¹⁶⁴, mais aussi concerner le « droit constitutionnel des libertés » lorsqu'il s'agit d'établir un cadre législatif indispensable à la pleine effectivité de ces derniers. Plus fondamentalement, il pourrait être reproché à la thèse de Louis Favoreu de buter sur les mêmes écueils que celles des tenants de la théorie des actes de gouvernement. Tout en démontrant qu'il n'y a pas d'injusticiabilité « par nature » de ces actes, il semble défendre une position tout aussi essentialisante après avoir raisonné par induction à partir des modèles étrangers lorsqu'il affirme - en usant, il est vrai, d'une formulation plus prudente - que certains actes « politiques » devrait relever « normalement » du seul Conseil constitutionnel. À l'injusticiabilité naturelle des actes succéderait ainsi la compétence naturelle des cours constitutionnelles dont ferait partie le Conseil constitutionnel. Enfin, en tout état de cause, il ne s'agissait ici que d'un raisonnement *de lege ferenda*. Le constituant - ou le Conseil constitutionnel lui-même - n'ayant pas encore procédé à cette extension de la compétence exclusive, il n'est pas aujourd'hui possible d'inférer de cette dernière l'incompétence du juge administratif.

1278. Pour que la procédure d'action de groupe aux fins de cessation soit applicable, il faudrait donc que le Conseil d'État accepte d'abandonner la théorie des actes de gouvernement ou au moins de sortir de cette catégorie le dépôt d'un projet de loi, ce qui, dans un cas comme dans l'autre, est peu probable³¹⁶⁵.

c- Les possibles voies de contournement

1279. En l'état actuel du droit public, ce n'est qu'en contournant le législateur ou en se plaçant sur le terrain indemnitaire qu'il semble possible d'obtenir la cessation de tels manquements au moyen de l'action de groupe.

1280. En premier lieu, il serait possible, tout en restant dans le cadre de l'action en cessation, de mettre en cause les autorités détentrices du pouvoir réglementaire devant les juridictions administratives. Il pourrait ainsi être mis fin à une omission législative partielle en enjoignant l'administration de retenir une interprétation conventionnellement ou constitutionnellement conforme de la loi litigieuse et ainsi étendre, par exemple, le champ d'application personnelle d'une législation. Certes, il demeurerait encore plus difficile d'obtenir par ce biais la disparition d'omissions législatives totales puisque cela supposerait

³¹⁶³ Fabrice MELLERAY, « En a-t-on fini avec la « théorie » des actes de gouvernement ? », *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1325.

³¹⁶⁴ Louis FAVOREU, *art.précit.*, p. 614.

³¹⁶⁵ A supposer que le Conseil d'État s'engage effectivement sur la voie d'une réduction de la catégorie des actes de gouvernement, le refus de déposer un projet de loi ferait partie du « noyau dur » de cette catégorie (Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 496) en ce que le contrôle juridictionnel de cet acte ne pourrait finalement « qu'épouser entièrement les contours du contrôle politique » que la Constitution organise entre les pouvoirs publics constitutionnels.

d'enjoindre au pouvoir réglementaire de suppléer la carence du législateur en intervenant dans des matières qui lui sont constitutionnellement réservés. Il faudrait alors que le Conseil d'État accepte, comme il le fit finalement dans l'arrêt *Debaene* lorsqu'il était ainsi confronté au caractère lacunaire de « l'état actuel de la législation » sur le droit de grève des agents publics, de produire de telles habilitations au profit du titulaire du pouvoir réglementaire. Ainsi que le note Mme Ariane Vidal-Naquet, le Conseil constitutionnel semble avoir lui aussi admis une telle « compétence de substitution » en acceptant de laisser subsister - il est vrai à titre provisoire - une incompétence négative dans sa décision « OGM »³¹⁶⁶.

1281. Plutôt que de profiter ainsi de la souplesse de l'action en cessation, qui permet de mettre en cause aussi bien la personne ou l'organe auquel le manquement est imputable que celui ou celle qui est simplement à même de le faire cesser, les groupements pourraient choisir de se placer sur le terrain indemnitaire. En effet, même circonscrite à la réparation des préjudices, qui peut apparaître comme « un mode de sanction moins intrusif dans la compétence reconnue au législateur »³¹⁶⁷, l'action de groupe indemnitaire permettrait d'obtenir la cessation de ces manquements grâce à l'effet comminatoire de la mise en demeure obligatoire ou, si cela n'est pas suffisant, à l'effet incident de la réparation. Il faudrait toutefois distinguer selon qu'il s'agit d'omission législative inconstitutionnelle ou inconstitutionnelle. En effet, si la jurisprudence *Gardedieu* permettrait déjà d'obtenir, en principe, la réparation des conséquences dommageables d'une omission législative partielle comme totale³¹⁶⁸, les arrêts rendu par le Conseil d'Etat le 24 décembre 2019 sur la responsabilité de l'Etat du fait de lois déclarées inconstitutionnelles ne permettent pas d'envisager, compte tenu des conditions requises pour mettre en œuvre cette action et en particulier l'existence d'une décision préalable du Conseil constitutionnel, la mise en cause de l'inaction du législateur lorsqu'elle prend la forme d'une omission totale³¹⁶⁹.

³¹⁶⁶ Ariane VIDAL-NAQUET, « Le droit du silence. « Les silences interdits ou la normes imposées » », *RDP*, 2012, p. 1102.

³¹⁶⁷ Mathieu DISANT, « La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle », *RFDA*, 2011, p. 1193.

³¹⁶⁸ Certes, en n'évoquant seulement « l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France » dans son arrêt *Gardedieu* (CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279222), le Conseil d'État semble limiter le fait générateur de ce régime de responsabilité. Toutefois, la jurisprudence *Franovich* de la Cour de justice reconnaît aussi la responsabilité de l'État pour les dommages résultant pour un particulier d'un défaut de transposition d'une directive communautaire (CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, aff. C-9/90, pt. 45). Pour être compatible avec cette dernière, la jurisprudence du Conseil d'État, dont les conditions d'application sont d'ailleurs, en un sens, moins restrictives dans la mesure où elle n'exige qu'une simple incompatibilité entre la loi et le droit international et supranational, devrait donc aussi faire de l'abstention du législateur un fait générateur susceptible d'engager la responsabilité de l'État législateur, au moins dans le champ du droit de l'Union européenne. En revanche, s'agissant des autres normes internationales, cette lecture plus extensive du fait générateur ne serait imposée au Conseil d'État que par le souci de préserver la cohérence interne de la jurisprudence *Gardedieu* qui ne fait pas le départ entre les différentes normes supra-législatives externes imposant à l'État des obligations dont le manquement est susceptible d'engager sa responsabilité.

³¹⁶⁹ CE, Ass., 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy et a.* n°s 425981, 425983, 428162. À cet égard, M. Mathieu Disant semble estimer que l'obstacle à une telle action réside surtout dans l'absence de recours en carence législative qui permettrait de faire préalablement constater au Conseil constitutionnel, comme au moyen d'une QPC lorsque fut adoptée une disposition législative violant les droits et libertés que la Constitution garantit, un manquement du législateur à raison de son inertie (Mathieu DISANT, *art.précit.*, p. 1192). Néanmoins, l'auteur part du principe que « la compétence du juge administratif est limitée aux questions d'inconstitutionnalité qui sont renvoyées au Conseil constitutionnel en raison des atteintes à un droit et seule une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil peut autoriser l'octroi d'une indemnisation » et que, par voie de conséquences, « les limites du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel se répercutent sur l'action en responsabilité » (*Ibid.*). Or, comme cela fut dit précédemment, il pourrait être objecté que l'appréciation de la constitutionnalité d'une carence du législateur n'est pas une « question d'inconstitutionnalité » ressortissant de la compétence

1282. Dans l'hypothèse où le Conseil d'État n'admettrait pas que la responsabilité de l'État puisse être mise en cause en raison de l'inaction du législateur, que ce soit dans le cadre d'une hypothétique responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou même dans le cadre de la jurisprudence *Gardedieu*, les groupements verraient à nouveau se dresser devant eux le régime contentieux des actes de gouvernement. En effet, ils se retrouveraient finalement dans la même situation que les requérants dans l'arrêt *Tallagrand* qui cherchaient à mettre en cause la responsabilité de l'État, du fait, notamment, de l'abstention du Gouvernement à déposer un projet de loi³¹⁷⁰. Néanmoins, l'obstacle qu'ils chercheraient à esquiver en se plaçant ainsi sur le plan indemnitaire, s'est quelque peu érodé depuis. À défaut d'être revenu sur la théorie des actes de gouvernement, le Conseil d'État serait en passe de revenir sur une partie de l'immunité juridictionnelle de ces actes. C'est la voie dans laquelle il semble s'être engagé dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle en passant par la responsabilité sans faute, ainsi que l'y invitait de longue date une partie de la doctrine³¹⁷¹. En l'occurrence, le Conseil d'État a laissé entendre qu'il serait possible de mettre en cause la responsabilité sans faute de l'État pour rupture d'égalité devant les charges publiques en raison de déclarations gouvernementales se rattachant à la conduite des relations entre la France et l'Algérie³¹⁷², reprenant ainsi sa jurisprudence sur la responsabilité sans faute de l'État du fait de conventions internationales. Rien ne semble alors s'opposer à ce qu'il fasse de même pour de tels actes intervenant dans les rapports entre le Gouvernement et le Parlement³¹⁷³ en appliquant alors la jurisprudence *La Fleurette*.

1283. Comme cela fut dit précédemment, la référence à un manquement à des obligations contractuelles ou légales n'empêcherait pas *a priori* d'introduire des actions de groupe indemnitaires fondées sur une telle cause juridique dans la mesure où, en réalité, les dispositions qui les organisent imposent seulement

exclusive du Conseil constitutionnel. Dès lors, l'obstacle résiderait plutôt dans l'interprétation que le juge administratif retient du champ de sa propre compétence.

³¹⁷⁰ En l'occurrence, était en cause l'absence d'une loi dont l'adoption était prévue non par une norme supra-législative, mais pas une autre loi. Toutefois, cette circonstance ne semble pas dirimante pour réfléchir par analogie.

³¹⁷¹ Par ex., René CHAPUS, *Droit administratif générale*, Paris, Montchrestien, coll. Précis Domat droit public, t. 1, 15^e édition, 2001, n° 1152, p. 949-948. Cette proposition n'est pas récente. Elle se retrouve, par exemple, sous la plume de Paul Duez dans son étude de référence sur les actes de gouvernement (Paul DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1930, réimp. 2006, p. 177-178) et il semble que la paternité de l'idée de limiter la théorie de l'acte de gouvernement au recours en annulation revienne à Léon Aucoc dans ses conclusions sur un arrêt du Conseil d'État du 9 mai 1867 (S, 67, 2, 124). En revanche, il semble que l'idée d'une action en responsabilité sans faute de l'État doive être attribuée à Gaston Jèze dans sa note sous les arrêts *Paulat* et *Cotte* du Conseil d'État (Gaston JÈZE, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1924, p. 592). En effet, il plaidait pour une extension de la jurisprudence *Couitéas* aux fins de réparer les conséquences dommageables des actes de gouvernement répondant ainsi à Maurice Hauriou qui ne proposait l'indemnisation de la seule dépossession définitive d'une propriété privée qui pourrait résulter de tels actes (Maurice HAURIOU, *Droit administratif*, Paris, Sirey Dalloz, 9^e édition, 1919, p. 490). (Sur cette question, V. Christophe GUETTIER, « Irresponsabilité de la puissance publique : régimes juridiques », *Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*, § 109).

³¹⁷² Plus communément appelés « accords d'Evian » (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 juin 2016, *Bernabé et a.*, n° 382319). Il était déjà possible de trouver dans la jurisprudence du Conseil d'État les prémices d'une telle dissociation entre le régime du recours pour excès de pouvoir et de l'action en responsabilité en présence d'actes de gouvernement. Ainsi, bien qu'il ait réaffirmé l'irresponsabilité de principe de l'État du fait d'opérations militaires à l'occasion de son arrêt *Société Touax* (CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 23 juillet 2010, *Société Touax*, n° 328757), le Conseil d'État a tout de même pris la peine de rejeter au fond la requête indemnitaire alors qu'il avait considéré qu'il n'était pas compétent pour se prononcer sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte à l'origine de l'engagement des forces françaises dans lesdites opérations (CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 5 juillet 2000, *Mégret et Mekbantar*, n° 206303).

³¹⁷³ Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, *art.précit.*, p. 496.

de ne pas qualifier le fait générateur de fautif³¹⁷⁴. Tout au plus, il faudrait adopter une conception plus large de la légalité. La rédaction des dispositions organisant les actions de groupe aurait même le mérite de percer le voile pudique que le juge jetterait sur le fait générateur en recourant ainsi à une cause juridique ne stigmatisant pas l'inaction de l'État dans l'exercice de sa fonction législative. Néanmoins, selon M. Benoît Camguilhem, en faisant le choix de prolonger ainsi les hypothèses de responsabilité du fait d'activités normatives, le Conseil d'État s'interdirait même d'apprécier l'existence d'un manquement à des obligations préexistantes³¹⁷⁵. En effet, ces hypothèses de responsabilité du fait d'activités normatives régulières ont pu être considérées comme étant en réalité des régimes de garantie dans la mesure où, précisément, ils ne seraient pas fondés juridiquement - au sens, variable, que M. Benoît Camguilhem donne finalement à ce terme³¹⁷⁶ - sur un manquement à des obligations préexistantes. Si elle devait effectivement passer par une extension de la jurisprudence *La Fleurette*, cette érosion du régime d'injusticiabilité des actes de gouvernement ne permettrait donc pas forcément aux groupements d'obtenir au moyen de l'action de groupe l'indemnisation des préjudices anormaux et spéciaux qu'auraient subis le groupe au nom duquel ils prétendraient agir du fait d'une omission législative totale ou partielle.

§3- La reconnaissance de droits individuels devant le juge administratif

1284. Comme cela fut dit précédemment lorsque son champ d'application fut abordé, le législateur a pris plus de soin à définir négativement cette action en reconnaissance de droits, en excluant expressément la reconnaissance de préjudice, qu'à préciser ce qu'elle recouvrait exactement et il semble qu'il faille considérer que cette action a pour objet la reconnaissance de droits individuels pécuniaires ou non. Il ne sera donc pas question de procéder ici à des redites en tentant d'isoler l'objet de cette action, mais de poursuivre la réflexion sur les potentialités de ces nouvelles actions collectives en recherchant dans quelle mesure, même en retenant l'interprétation la plus souple des dispositions l'encadrant, l'action en reconnaissance de droits pourrait être neutralisée tant en raison de la réserve de juges susceptibles d'intervenir dans cette procédure (A) que de la rédaction des dispositions relatives à son champ d'application personnelle (B).

A- Les limites tenant à la marge d'appréciation du pouvoir réglementaire et du législateur

1285. La dissociation du groupe d'intérêt défendable et de la catégorie des destinataires d'une norme ayant pour objet d'imposer une charge ou d'habiliter à reconnaître des droits individuels permettrait d'envisager la défense de personnes se voyant refuser un avantage au motif qu'ils n'appartiennent à la

³¹⁷⁴ Cf. *Supra*, n° 1184.

³¹⁷⁵ Benoît CAMGUILHEM, *thèse.précit.*, n° 450-467, p. 397-410).

³¹⁷⁶ Cf. *Supra* ndbp n° 2941.

catégorie des bénéficiaires de ladite norme. Autrement dit, elle ouvre la voie à des actions en reconnaissance de droits tendant à obtenir l'extension d'un dispositif au profit d'une catégorie qui en était jusqu'alors exclue sur le fondement de critères discriminatoires. Il reste néanmoins plusieurs obstacles, et non des moindres, à surmonter pour parvenir à un tel résultat.

1286. En effet, encore faut-il, d'une part, que celui-ci soit ne soit pas rebuté par une telle action et fasse ainsi usage de son pouvoir - qui fit d'ailleurs à cette occasion l'objet de sa première consécration législative³¹⁷⁷ - de modulation dans le temps des effets de ses décisions s'il estime que « la reconnaissance de ces droits emporte des conséquences manifestement excessives pour les divers intérêts publics ou privés en présence »³¹⁷⁸.

1287. En outre, il faut tenir compte de la déférence du juge envers l'autorité normative qui a tracé le champ d'application personnelle du dispositif litigieux, question qui se pose avec encore plus d'acuité lorsque ledit dispositif est d'origine législative. En effet, pour que l'action en reconnaissance de droits mettant en cause le caractère discriminatoire d'un dispositif profite effectivement au groupe pour le compte duquel elle est introduite, il faut qu'elle se solde par une égalisation « par le haut ». Or, lorsqu'il constate par exemple le caractère discriminatoire d'un dispositif réglementaire, le juge administratif refuse en principe de procéder ainsi, s'il ne peut s'autoriser de la « prédétermination »³¹⁷⁹ par une norme supérieure³¹⁸⁰, estimant qu'en son absence il est tout aussi loisible à l'autorité compétente de procéder à une égalisation « par le bas »³¹⁸¹, de supprimer tout bonnement l'avantage qu'elle avait jusqu'alors indument réservé à une catégorie³¹⁸². Ainsi brossé, le tableau de cette jurisprudence n'offre *a priori* pas de perspectives très réjouissantes pour les groupements. Quelques touches d'audaces viennent toutefois le nuancer³¹⁸³.

³¹⁷⁷ Olga MAMOUDY, *art.précit.*, p. 2269.

³¹⁷⁸ Art. L. 77-12-3 du code de justice administrative. Sur l'appréciation de ces « conséquences manifestement excessives » V. Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 99-163.

³¹⁷⁹ Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Le juge, la gomme et le crayon », *AJDA*, 2005, p. 1002.

³¹⁸⁰ Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Méconnaissance du principe d'égalité et choix du mode d'alignement », *AJDA*, 2004, p. 1923

³¹⁸¹ Comme le résume M. Gilles Pellissier : « Toute méconnaissance du principe d'égalité est une erreur dans la répartition de droits ou d'obligations, lesquels découlent soit de la norme contestée, soit d'une norme supérieure. Il s'agit donc toujours d'une question de détermination du champ d'application de la norme. Toutefois, le champ d'application d'une norme est étroitement lié à son objet. L'égalité rompue du fait d'une mauvaise répartition d'un droit ou d'une obligation peut toujours être rétablie de deux manières : en supprimant le droit ou l'obligation créé ou en l'étendant aux personnes qui en ont été illégalement exclues » (Gilles PELLISSIER, « Le principe général d'égalité, principe de régulation du pouvoir normatif de l'Administration », *RJEP*, n° 696, avril 2012, comm. 22, p. 42)

³¹⁸² Par ex., CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 21 octobre 2011, *Société Auto-Bilan France*, n° 342498.

³¹⁸³ En revanche, il ne semble pas qu'il faille considérer comme une égalisation hétérodoxe l'arrêt *Sadin* du Conseil d'État (CE, Sect., 11 juin 1999, *Sadin*, n° 167498) dont la portée ne fit d'ailleurs pas l'unanimité au sein même de l'institution. Ainsi, tandis que les responsables du Centre de documentation du Conseil d'État faisaient de cette décision, à l'instar de l'arrêt *Vassilikiotis*, un exemple d'égalisation par le haut commandée par la prédétermination d'une norme supérieure (Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Le juge, la gomme et le crayon », *AJDA*, 2005, p. 1002), M. Francis Donnat, dans ses conclusions sur l'arrêt *Le Roy*, estimaient qu'il fallait isoler cet arrêt en ce que l'égalisation par le haut avait été alors commandée « par les circonstances de l'espèce » (Francis DONNAT, « Principe d'égalité et règle de non-cumul des indemnités d'éloignement allouées aux fonctionnaires mariés de l'État. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 15 juillet 2004, M. et Mme Leroy », *RFDA*, 2004, p. 908). En l'espèce, était en cause la différence de traitement entre les anciens élèves de l'École de l'air et de l'École navale. Alors

1288. Le Conseil d'État a effectivement pu imposer des égalisations par le haut après avoir constaté une rupture d'égalité ou même après avoir procédé à des interprétations neutralisantes, y compris de textes de lois³¹⁸⁴, en s'appuyant alors éventuellement sur la volonté du législateur³¹⁸⁵ ou après avoir constaté l'existence d'une discrimination³¹⁸⁶. Comme l'explique M. Gilles Pellissier³¹⁸⁷, si le juge administratif accepte ainsi d'étendre le champ d'application personnelle d'un dispositif, c'est aux fins d'éviter de compromettre une règle générale dont le maintien s'impose³¹⁸⁸ ou de perpétuer une inégalité. Effectivement, seule une égalisation par le haut permet de remédier - au moins temporairement - à une inégalité sans la perpétuer lorsque demeure en vigueur le dispositif qui réservait indument des avantages à une catégorie. C'est du reste aussi la position de principe de la Cour de justice s'agissant des conséquences à tirer de discriminations contraires au droit de l'Union³¹⁸⁹ puisque, tout en ménageant la marge d'appréciation des États membres quant au choix du mode d'alignement permettant d'y remédier pour l'avenir, elle impose un alignement par le haut pour traiter des discriminations « encourues dans le passé »³¹⁹⁰.

que les conditions de scolarité avaient été alignées, l'article R. 10 du code des pensions civiles et militaires de retraite n'allouait toujours qu'aux seuls officiers provenant de l'École navale un an à titre de bénéficiaires d'études préliminaires en sus du temps passé dans cette école en tant qu'élève pour le calcul de leur pension de retraite, omettant totalement les officiers provenant de l'École de l'air. C'est par le haut que le Conseil d'État décida de mettre fin à cette différence de traitement qui existait entre des situations devenues identiques. Il est vrai qu'il le fit alors de manière implicite, en se contentant d'annuler, notamment, la décision de refus qui avait été opposée à une demande de revalorisation de pension comme étant dépourvue de base légale alors qu'il s'agissait d'un litige de plein contentieux, ce qui laissait un goût d'inachevé et semblait trahir une certaine gêne de sa part. Pourtant, il pouvait s'autoriser des termes du 2° de l'article L. 11 du code des pensions civiles et militaires de retraites qui, pour la liquidation des pensions des militaires, imposaient bien de prendre en compte, notamment, « les bénéficiaires d'études préliminaires attribués aux militaires et assimilés ». Il n'y avait donc pas lieu de priver les autres officiers de cette bonification en procédant à une égalisation par le bas. En revanche, à aucun moment, les « circonstances de l'espèce » qu'évoquait M. Francis Donnat ne transparaissent dans les motifs de l'arrêt. Si des circonstances sont prises en compte c'est, tout au plus, au titre du changement des circonstances de droit, de l'alignement des scolarités, qui a provoqué la rupture d'égalité. Elles n'ont alors rien d'« espèce ».

³¹⁸⁴ CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 17 mai 1999, *Le Briquair*, n° 123952.

³¹⁸⁵ CE, Sect., 6 novembre 1992 *Mme Perrault*, n° 93734.

³¹⁸⁶ CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 5 juin 2002, *Choukroun*, n° 202667 ; CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 29 juillet 2002, *Griesmar*, n° 141112.

³¹⁸⁷ Gilles PELLISSIER, *art.précit.*, p. 42-43.

³¹⁸⁸ À ce titre, l'auteur donne l'exemple de l'arrêt *Société SMP Technologie* du Conseil d'État (CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 3 décembre 2010, *Société SMP Technologie*, n° 332540) dans lequel une société commercialisant des pistolets à impulsion électrique contestait la légalité de l'arrêté interministériel classant ses produits en armes de 4^e catégorie au motif notamment qu'il avait omis de faire de même s'agissant des produits commercialisés par ses concurrents qui présentaient les mêmes caractéristiques. Constatant qu'il y avait effectivement une rupture d'égalité mais conscient des exigences relatives à la sauvegarde de l'ordre public, le Conseil d'État annula partiellement l'arrêté en précisant que cela impliquait alors « nécessairement que les ministres compétents [prissent], dans un délai raisonnable qui ne saurait être supérieur à quatre mois à compter de la date de lecture de la présente décision, les mesures ayant pour objet de classer les armes aux caractéristiques équivalentes ».

³¹⁸⁹ Il est effectivement de jurisprudence constante que « dès lors qu'une discrimination, contraire au droit de l'Union, a été constatée et aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées, le respect du principe d'égalité ne saurait être assuré que par l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée, régime qui, à défaut de l'application correcte du droit de l'Union, reste le seul système de référence valable » (V. CJUE, 22 juin 2011, *Landtova*, aff. C-399/09 ; CJUE, 11 avril 2013, *Soukupová*, aff. C-401/11, pt. 35 ; CJUE, 28 janvier 2015, *ÖBB Personenverkehr*, aff. C-417/13, pt. 46 ; CJUE, 9 mars 2017, *Petya Milkova*, aff. C-406/15, pt. 66). Il va d'ailleurs sans dire que lorsque la catégorie désavantagée aurait dû obtenir plus que la catégorie privilégiée, ce n'est pas un alignement mais un dépassement qui seul permet de remédier à cette inégalité (CJCE, 4 février 1988, *Mary Murphy et autres c. An Bord Telecom Eireann*, aff. C-157/86).

³¹⁹⁰ Conclusions de M. Walter VAN GERVEN, sur les affaires C-109/91, C-110/91, C-152/91 et C-200/91, pt. 60.

1289. En revanche, le Conseil constitutionnel, qui pourrait être sollicité si une QPC était soulevée à l'appui d'une action en reconnaissance de droits, peut sembler plus rétif dès lors qu'il s'agit de remédier à une rupture d'égalité. Sans doute, il a lui-même pu, ponctuellement, y mettre fin en modifiant le champ d'application d'une disposition législative grâce à une réserve d'interprétation neutralisante³¹⁹¹ ou l'abrogation d'une condition d'octroi discriminatoire³¹⁹² immédiatement applicable à tous les contentieux pendants³¹⁹³. Néanmoins, confronté à une omission législative partielle portant atteinte du principe d'égalité, il semble plus enclin à user de la technique de l'abrogation différée qui permet d'éviter de « compromettre » les garanties légales d'une exigence constitutionnelle, de « perpétuer » une inconstitutionnalité mais aussi de préserver la marge d'appréciation du législateur. Or, si la portée de telles décisions s'avère assez ambiguë lorsque ces deux premiers motifs de modulation sont invoqués, il ne fait guère de doute que le Conseil constitutionnel refuse d'imposer un mode d'alignement lorsqu'il renvoie au pouvoir général d'appréciation du « Parlement »³¹⁹⁴. À moins que le Conseil constitutionnel n'accepte d'assortir systématiquement ses décisions d'abrogation différée de réserves transitoires³¹⁹⁵ qui permettraient de régler les litiges relatifs aux discriminations encourues par le passé sans attendre l'intervention du législateur, une telle démarche peut donc sembler plus longue et hasardeuse pour les groupements.

1290. En pareille circonstance, les groupements auraient plutôt intérêt à mobiliser, dans la mesure toutefois où ils le peuvent, le droit de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, le juge saisi de l'action en reconnaissance de droits serait tenu d'écarter toute disposition discriminatoire, sans qu'il ait à

³¹⁹¹ CC, n° 2010-57 QPC du 18 octobre 2010, *SITA FD SA et autres* [Taxe générale sur les activités polluantes]; CC, n° 2010-101 QPC du 11 février 2011, *Mme Monique P. et a.* [Professionnels libéraux soumis à une procédure collective].

³¹⁹² CC, n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Labcène A.* [Carte du combattant]; CC, n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité* [Allocation de reconnaissance]; CC, n° 2017-690 QPC du 8 février 2018, *M. Abdelkader K.* [Condition de nationalité française pour le bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou de tout autre acte de violence en relation avec les événements de la guerre d'Algérie].

³¹⁹³ Ce que M. Xavier Magnon appelle « l'applicabilité immédiate contentieuse » (Xavier MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 762).

³¹⁹⁴ Toutefois, comme le montre la première décision QPC qu'il rendit à propos de la cristallisation des pensions, il peut procéder ainsi sans recourir à une telle motivation. En l'espèce, en reportant sa décision d'abrogation au 1^{er} janvier 2011, le Conseil constitutionnel avait refusé d'imposer au législateur le principe d'une égalisation par le haut ainsi que les modalités de cette dernière, rappelant même que s'« il ne pouvait établir, au regard de l'objet de la loi, de différence selon la nationalité entre titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite payée sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et résidant dans un même pays étranger », il pouvait toujours, par exemple, « fonder une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat » (CC, n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts. L.*, cons. n° 9) (V. Laurence GAY, « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *RDSS*, 2010, p. 1061).

³¹⁹⁵ Ce qu'il peut accepter de faire désormais afin de préserver l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité (CC, n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La Quadrature du Net et autres* [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne]; CC, n° 2015-506 QPC du 4 octobre 2015, *M. Gilbert A.* [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]; CC, n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D.* [Composition du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire]; CC, n°s 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]; CC, n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre* [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]; CC, n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* [Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice]; CC, n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés]).

demander ou à attendre son élimination, et « d'appliquer aux membres du groupe défavorisé le même régime que celui dont bénéficient les personnes de l'autre catégorie »³¹⁹⁶. En outre, le gardien vigilant des deniers publics qu'est le juge administratif ne pourrait alors faire usage de son pouvoir de modulation que sous le regard non moins vigilant de la Cour de justice³¹⁹⁷ qui, pour sa part, retient des conditions permettant de justifier le maintien provisoire d'une norme nationale contraire au droit de l'Union européenne plus strictes que le juge national³¹⁹⁸. Il reste toutefois que le juge administratif français ne daigne toujours pas reconnaître clairement l'encadrement de son pouvoir d'appréciation en présence d'un manquement au droit de l'Union européenne³¹⁹⁹.

1291. En tout état de cause, pour espérer obtenir ainsi une égalisation par le haut, encore faut-il que les groupements puissent, d'une part, se placer dans le champ du droit de l'Union européenne et, d'autre part, qu'existe bien une catégorie privilégiée dont le régime juridique constitue « un système de référence valable » sur lequel s'aligner. Or, cela n'est pas nécessairement le cas lorsqu'il s'avère que le dispositif discriminatoire a potentiellement affecté l'ensemble du groupe au sein duquel une catégorie s'estime désavantagée, rendant ainsi difficile, si ce n'est impossible, l'identification d'une catégorie favorisée³²⁰⁰.

³¹⁹⁶ CJCE, 21 juin 2007, *Jonkman e.a.*, aff. C-231/06, pt 39.

³¹⁹⁷ CJUE, (G.C.), 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, aff. C-409/06, pt. 67 ; CJUE, (G.C.), 28 février 2012, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, aff. C-41/11, pt 63.

³¹⁹⁸ V. sur ce point, Olga MAMOUDY, *thèse.précit.*, n° 393-427, p. 212-225, V. de la même auteure, « Encadrement de la possibilité pour le juge national de la possibilité de maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union », *AJDA*, 2016, p. 2239.

³¹⁹⁹ À cet égard et afin de respecter au mieux la jurisprudence de la Cour de justice, Mme Olga Mamoudy proposait que le juge administratif interrogeât systématiquement cette dernière par la voie d'une question préjudicielle dans l'hypothèse où elle envisagerait de maintenir provisoirement une norme contraire au droit de l'Union européenne (Olga MAMOUDY, *thèse.précit.*, p. 224-225 ; V. aussi, Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony », *AJDA*, 2014, p. 501).

³²⁰⁰ CJUE, 19 juin 2014, *Specht et a.*, aff. C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12, pt. 95-96 ; CJUE, 9 septembre 2015, *Unland*, aff. C-20/13. Dans l'arrêt *Specht et a.*, dont les circonstances étaient proches de celles de l'arrêt *Unland*, la Cour de justice de l'Union européenne était saisie de plusieurs questions préjudicielles qui portaient, entre autres, sur le point de savoir si l'ancienne réglementation applicable à la rémunération des fonctionnaires du *Land* de Berlin était incompatible avec la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 prohibant notamment les discriminations fondées sur l'âge. Dans le cadre de cet ancien système de rémunération, le traitement de base des agents était, en principe, calculé par échelons et leur classement initial à un échelon de l'échelle du traitement dépendait d'un « âge de référence » qui n'était autre que leur âge réel au moment de leur recrutement. Leur avancement dans les échelons était ensuite fonction de leur mérite mais aussi de cet « âge de référence ». Dès lors, comme le relevait la Cour au point 42 de son arrêt, « le traitement de base attribué à deux fonctionnaires recrutés le même jour dans le même grade, qui disposent d'une expérience professionnelle égale ou équivalente mais qui sont d'âges différents, sera différent en fonction de l'âge qui est le leur au moment de ce recrutement », ce qui constitue une différence de traitement fondée sur le critère tiré de l'âge incompatible avec la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000. Pour autant, la Cour a refusé d'imposer une égalisation rétroactive des rémunérations par le haut qui aurait consisté en l'octroi aux fonctionnaires discriminés d'un montant correspondant à la différence entre la rémunération qu'ils ont effectivement perçue et celle correspondant à l'échelon le plus élevé de leur grade. Elle arguait ainsi que la législation incriminée s'étant appliquée à tous les fonctionnaires lors de leur recrutement, tous avaient été potentiellement affectés par ses aspects discriminatoires (pt. 96). L'avocat général M. Yves Bot ne s'était néanmoins pas prononcé en ce sens dans ses conclusions, preuve qu'une telle solution n'était peut-être pas si évidente que cela. S'il concédait qu'il n'était guère évident d'identifier des catégories homogènes de fonctionnaires favorisés et défavorisés ni opportun de procéder au classement rétroactif des personnes discriminées dans l'échelon le plus élevé de leur grade pour rétablir l'égalité de traitement, il ne renonçait toutefois à plaider en faveur du principe de l'égalisation par le haut tel que rappelé par l'arrêt *Landtová*. Rappelant qu'à expérience équivalente, ce sont les agents les plus jeunes qui ont été défavorisés et qu'il existe ainsi autant de catégories à comparer que « de personnes d'âges différents ayant une expérience professionnelle équivalente » (Conclusions de l'avocat général M. Yves BOT sur les arrêts CJUE, 19 juin 2014, *Specht et a.*, aff. C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12, pt 103), il estimait qu'il était possible de rétablir une égalité de traitement en assurant aux fonctionnaires qui avaient pu pâtir de la discrimination un « classement dans le même échelon que celui dans lequel [avait] été classé un fonctionnaire plus âgé qui

B- L'action en reconnaissance de droits potentiellement neutralisées par les conditions relatives à la délimitation du groupe défendu

1292. Quand bien même la condition relative à la délimitation du groupe d'intérêt serait entendue de manière à permettre l'introduction d'une action en reconnaissance de droits pour le compte d'un groupe exclu du champ d'application personnelle d'une norme habilitant à reconnaître des droits individuels, force est de constater que sa formulation demeure handicapante.

1293. En effet, le code n'exige pas seulement que le groupe soit délimité par la même personne morale, ce qui se justifierait pour garantir l'homogénéité du groupe, mais par la personne morale « mise en cause », c'est-à-dire celle à laquelle est rattachée « l'autorité » dont la décision de refus est censée permettre de lier le contentieux et qui est présentée comme étant « compétente » pour reconnaître les droits individuels litigieux. Autrement dit, l'acte ayant permis de délimiter le groupement en le lésant et les décisions individuelles ayant pour objet de reconnaître des droits doivent être imputables à la même personne morale. Or, les dispositions du code omettent ainsi l'hypothèse dans laquelle un groupement chercherait à obtenir d'une personne morale qu'elle reconnaisse des droits individuels au profit de membres d'un groupe d'intérêt qui aurait été délimité par une autre. En effet, la personne morale lésant un groupe en l'excluant de la catégorie des bénéficiaires d'une norme, n'est pas nécessairement celle qui est compétente pour l'appliquer et reconnaître des droits à titre individuel. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'une collectivité territoriale est habilitée à reconnaître des droits individuels en application d'une loi ou règlement national dont les conditions d'application sont discriminatoires. Dans une telle configuration, le groupe d'intérêt ne peut être regardé comme ayant été délimité par la personne mise en cause dès lors qu'elle ne fait en réalité que reprendre le champ d'application d'une norme imputable à une autre personne morale pour refuser le bénéfice de droits individuels. En fin de compte, l'action en reconnaissance de droits ne permettrait de remettre en cause le caractère discriminatoire de règlements ou de lois en en étendant le bénéfice au profit d'un groupe que dans les hypothèses où une administration de l'État est compétente pour reconnaître des droits individuels.

1294. Pour que cette action conserve un intérêt, il faudrait donc qu'elle permette d'exiger d'une personne morale qu'elle étende le champ d'application personnel du dispositif sur le fondement duquel

présent[ait] une expérience professionnelle équivalente » (pt. 106). Comme le reconnaissait l'avocat général, cette solution alternative pouvait néanmoins avoir ses limites. En effet, sa mise en œuvre impliquait finalement de trouver, au cas par cas, un système de référence sur lequel s'aligner, c'est-à-dire pour chaque fonctionnaire ayant pâti de cette discrimination un fonctionnaire qui, bien qu'ayant un profil équivalent, avait bénéficié de conditions de recrutement plus avantageuses simplement parce qu'il était plus âgé. Or, rien ne garantissait qu'il fût toujours possible de trouver un fonctionnaire ayant un profil équivalent à celui du fonctionnaire défavorisé. Dans cette dernière hypothèse, l'avocat général laissait au juge national le soin de « décider en toute équité de la solution la plus à même, selon lui, de parvenir à une prise en compte la plus juste possible de la carrière d'un tel fonctionnaire » (pt. 107).

des droits individuels peuvent être reconnus et qu'elle reconnaisse par voie de conséquence ces droits individuels. À cette fin, il faudrait s'aider du pluriel qui est employé dans le code de justice administrative lorsqu'il envisage qu'une pluralité de personnes morales peut être mise en cause³²⁰¹ et que le contentieux soit lié à partir de plusieurs décisions émanant d'autorités différentes³²⁰². Toutefois, le pluriel - qui sied finalement peut être mieux aux conclusions aux fins de réparation qu'aux conclusions aux fins de déclaration de droits - n'est ici d'aucun secours. Son utilisation se ferait ici contre la lettre du texte puisque cela supposerait d'étendre la notion d'autorité « compétente » afin d'y inclure celle qui n'a fait qu'édicter le dispositif reconnaissant des droits individuels mais qui n'est pas compétente pour les reconnaître, et surtout de neutraliser la référence à la délimitation du groupe d'intérêt pour y inclure la personne morale qui n'est compétente que pour appliquer la norme qui a été édictée par une autre. En tout état de cause, il est plus qu'improbable que le juge administratif admette, lorsque le dispositif litigieux est d'origine législative, que le groupement puisse ainsi lier le contentieux à partir, notamment, d'un refus de déposer un projet de loi qui en étendrait le champ d'application.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

1295. Incontestablement, ces nouvelles actions collectives constituent un progrès du point de vue de la défense des intérêts collectifs, ne serait-ce qu'en permettant de contourner - voire parfois surmonter³²⁰³ - l'obstacle que constituait l'encadrement des actions dont le but prioritaire est la défense des intérêts personnels d'autrui. Néanmoins, ces voies de droit ne permettent pas de défendre exclusivement ce type d'intérêts et n'en demeurent pas moins de simples véhicules procéduraux qui ne sont pas d'un grand secours lorsque les groupements sont confrontés à des omissions législatives partielles ou totales. De ce point de vue, c'est le volet indemnitaire des actions de groupe qui pourrait représenter le moyen de pression le plus efficace pour obtenir du législateur qu'il mette fin à son inertie ou à une discrimination. Néanmoins, il eût été préférable que le législateur, au lieu de donner la possibilité aux groupements de déposer des conclusions au fins de cessation dont l'utilité est incertaine au regard des mécanismes déjà existants, ait fait parfois preuve de moins de pusillanimité et de plus de rigueur lorsqu'il a défini les contours de l'action en reconnaissance de droits et du volet indemnitaire des actions de groupe. Ces dernières portent en effet les stigmates des coups qu'assénèrent ses traditionnels adversaires sur les textes encore en discussion et qui, s'ils ne furent pas mortels cette fois-ci, risquent bien de les handicaper

³²⁰¹ Deuxième alinéa de l'article L. 77-12-1 du code de justice administrative.

³²⁰² Troisième alinéa de l'article R. 77-12-4 du code de justice administrative.

³²⁰³ Comme cela sera démontré par la suite, en principe, les procédures d'actions de groupe comme l'action en reconnaissance de droit ne permettent effectivement que d'introduire des demandes dont le but prioritaire est la défense de l'intérêt collectif d'un groupe qui est indéterminé, c'est-à-dire un intérêt collectif supra-personnel, c'est-à-dire qu'elles ne rentrent pas dans le champ d'application de l'obligation d'accord préalable précédemment évoqué. Il en va toutefois autrement dans le cadre de la procédure simplifiée en matière de consommation et de concurrence.

lourdement à l'avenir, en particulier en matière de consommation et de lutte contre les discriminations imputables à un employeur privé ou public.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

1296. S'il est appréciable que le législateur, qui jusqu'alors pratiquait une politique des « petits pas » en matière d'action de groupe, ait soudainement accéléré sa foulée avec la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, il est en revanche regrettable qu'il ait, au passage, parfois piétiné la cohérence et quelque peu égratigné l'attrait de ces nouvelles procédures pour les groupements. Il apparaît donc d'ores et déjà que ces nouvelles actions collectives ne répondent qu'imparfaitement aux besoins qui avaient pu motiver leur mise en place dans les différents domaines où elles trouvent à s'appliquer. Les débats autour du périmètre des préjudices indemnifiables dans le cadre des différentes actions de groupe permettent aussi de voir dans quelles mesure la volonté de rationaliser le traitement de litiges individuels au travers d'actions collectives et la prise en compte des singularités des membres des groupes défendu peuvent se télescoper. Il est ainsi à craindre que ces actions, ou à tout le moins une partie d'entre elles, ne prennent la poussière à côté des actions en représentation conjointe. L'étude des règles encadrant la mise en œuvre de ces procédures ne permet pas d'être plus optimiste.

CONCLUSION DU TITRE 1

1297. Le champ d'application de ces nouvelles actions collectives s'est ainsi étendu à une partie importante des rapports de droit public dont sont susceptibles de connaître les juridictions depuis 2014. Force est toutefois de constater que ces nouveaux instruments sont considérablement émoussés par la prudence tant du législateur qui les a mis en place que des juridictions qui peuvent en être saisis. En outre, en dépit du relatif effort de rationalisation et d'innovation dont elles témoignent, l'organisation même de leur procédure peut faire douter que ce soit grâce à elles que l'effectivité du droit au recours parvienne enfin à se réconcilier avec l'exigence de bonne administration de la justice.

TITRE 2 : Les procédures des nouvelles actions collectives : la rupture dans la continuité

1298. Pour organiser ces nouvelles actions collectives, le législateur ne devait pas seulement tenir compte des obligations supra-législatives pesant sur lui et des contraintes d'ordre managérial pesant sur les juridictions. Le précédent échec de l'action en représentation conjointe l'obligeait aussi à innover. À ce titre, sa démarche ne fut d'ailleurs pas la même pour l'action en reconnaissance de droits et l'action de groupe. Tandis qu'il se contenta, aiguillé en ce sens par le Conseil d'État, de reprendre une bonne partie des propositions du rapport *Bélaival* pour organiser la première, il fit preuve de plus de créativité s'agissant de la seconde en se détachant des travaux précédents dès la loi relative à la consommation. Il ne reprit pas non plus tels quels les modèles étrangers pour ouvrir la voie à une « action de groupe à la française », sillon qu'il continua de creuser ensuite avec les lois de modernisation de notre système de santé et de modernisation de la justice du XXI^e siècle, mais qui ne demeura pas longtemps rectiligne. Ce pari de l'innovation a été réussi puisque le législateur est finalement parvenu, avec l'aval du Conseil constitutionnel, à mettre en place des procédures qui permettent enfin aux groupements de défendre des intérêts collectifs pluri-personnels sans que leurs titulaires ne puissent en aucune façon freiner l'engagement de leurs actions. Avant de voir comment le Conseil constitutionnel put valider de tels dispositifs, nonobstant l'obligation d'accord préalable qui se dégageait jusqu'alors de sa jurisprudence, il convient évidemment de les présenter et, pour ce faire, de voir au-delà des nombreuses différences qui existent entre l'action en reconnaissance de droits et l'action de groupe voire, sur certains points, entre les actions de groupe elles-mêmes. Il appert effectivement qu'elles partagent quelques traits saillants. Toutefois, l'analyse révèle que cet air de famille témoigne moins d'une hérédité intellectuelle clairement établie, que de nombreuses incohérences pourraient d'ailleurs faire oublier, que de l'existence d'un ensemble de malformations congénitales semblables causées par les inquiétudes ou les fantasmes qui polluèrent les débats parlementaires lorsque ces deux actions étaient encore en gestation. C'est la crainte de voir un flot de nouvelles requêtes, y compris fondées, s'abattre sur des juridictions déjà saturées qui transparait dans les choix opérés par le législateur. Il fit de ces deux nouvelles actions des actions attitrées, transforma la qualité pour agir en un privilège dont il n'a ensuite gratifié que quelques groupements privés sans que cela garantisse vraiment une protection efficace de l'intérêt des personnes appartenant aux groupes défendus (Chapitre 1). Censées, comme les autres formes d'actions collectives, réconcilier l'objectif de bonne administration de la justice et protection du droit au recours effectif, ces nouvelles actions, élaborées en principe à droit supra-législatif constant, ne paraissent en outre pas à même de satisfaire pleinement l'une et l'autre de ces exigences (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : Des procédures réservées à quelques groupements privés

1299. Les groupements privés défendant des intérêts collectifs n'ont pas échappé, dans le cadre des nouvelles actions collectives, à la volonté du législateur de parvenir à une protection équilibrée des intérêts collectifs que ces procédures permettent de défendre. L'efficacité des mécanismes procéduraux permettant d'agir pour le compte d'un tiers qui n'est lui-même pas en mesure de défendre ses propres intérêts implique de toute façon une surveillance particulière des requérants admis à l'utiliser. En effet, ce filtrage ne doit pas simplement permettre de veiller à ce que le recours ne soit pas abusif, ce qui est finalement un risque inhérent à toute action juridictionnelle, mais de s'assurer que le requérant puisse défendre au mieux un intérêt en lieu et place de son titulaire qui est dans l'incapacité de le faire. Cela suppose, tout d'abord, qu'il soit lui-même capable de supporter, tant sur le plan matériel que financier, le transfert de la charge contentieuse qu'implique une telle action. En outre, il ne suffit pas d'avoir les moyens d'introduire et de conduire une action. Encore faut-il qu'elle soit menée dans la bonne direction. Il convient donc de s'assurer aussi que le requérant défende cet intérêt, qui lui est *a priori* étranger, aussi bien que s'il s'agissait du sien. Cette capacité peut alors être appréciée de diverses manières qui, comme le montre l'action en représentation conjointe, peuvent très bien être combinées. D'une part, elle peut donner lieu à une appréciation non-contextualisée à travers une qualité pour agir attitrée à une poignée de personnes qui seraient - à tort ou à raison - perçues comme étant capables de surmonter l'ensemble de ces obstacles juridiques ou matériels sur lesquels les requérants ordinaires buttent trop souvent et, compte tenu de leur raison d'être ou d'une prétendue convergence d'intérêts avec les personnes défendues, au fait de ce que recouvre la défense optimale de l'intérêt d'autrui. D'autre part, elle peut être appréciée de façon contextualisée par le juge saisi de l'action ou même directement par la personne pour le compte de laquelle elle est exercée. En effet, ce consentement éclairé et révocable de la personne concernée, qui est obligatoire afin de garantir le respect de sa liberté personnelle, constitue aussi un moyen pour elle de filtrer, de sélectionner à, ses risques et périls, le tiers dont elle estime qui est le mieux à même d'assurer une défense optimale de ses intérêts, ou du moins qu'il estime comme telle. L'ensemble de ces questions se posent avec encore plus d'acuité s'agissant de ces nouvelles actions collectives en raison précisément de leur dimension collective, les transferts de charges financières et matérielles qu'elles impliquent se trouvent démultipliés et il est plus difficile d'assurer le contrôle constant des personnes concernées sans alourdir le fonctionnement des procédures et finalement compromettre leur succès. Plutôt que de faire le choix d'une action largement ouverte *a priori*, quitte à exiger ensuite que la capacité du requérant soit soumise au contrôle de juge à l'occasion d'une phase de certification, le législateur français a fait des nouvelles actions collectives des actions attitrées dont sont exclues les autorités publiques et les personnes physiques (Section 1) et réservées à certains groupements privés filtrés à partir d'exigences encore trop disparates (Section 2).

SECTION 1 : Des procédures réservées aux groupements privés défendant des intérêts collectifs

1300. Ce sont moins les vertus prêtées aux actions associatives ou syndicales que les risques - tout aussi réels ou supposés - d'abus de la part d'autres requérants privés qui semblent avoir justifié la reconnaissance d'un monopole légal au profit de certains groupements privés (§1), excluant du même coup, sans raison vraiment valable, les autorités publiques qui auraient pu aussi trouver dans ces nouvelles actions collectives un moyen de défendre les intérêts collectifs dont elles ont la charge (§2).

§1- La mise à l'écart d'autres requérants privés

1301. La faiblesse des arguments avancés pour justifier l'attribution exclusive de la qualité pour agir aux groupements privés trahit la volonté réelle d'un législateur pusillanime qui, refusant l'option d'une phase de recevabilité, cherchait avant tout à éviter les risques d'abus qui se seraient engouffrés dans une qualité pour agir ouverte à tous, quitte à provoquer l'ire des professionnels du droit se trouvant ainsi amalgamés avec des requérants ordinaires soupçonnés de ne voir dans cette réforme qu'une nouvelle source de profit (A). À l'analyse, ce texte n'est toutefois pas plus « associanophile » qu'« avocatphobe » (B).

A- Le risque d'abus comme prétexte

1302. Lors de la mise en place de la première action de groupe, l'argument qui avait été avancé par l'étude d'impact pour ne réserver la qualité pour agir qu'à certains groupements n'était alors guère convaincant. En effet, elle évoquait « le statut et l'objet social des associations de consommateurs agréées » qui leur permet, « d'un point de vue procédural », « de répondre aux exigences de légitimité quant à l'intérêt pour agir et leur confèrent la qualité pour représenter le groupe des consommateurs en tant que tel sans qu'il soit besoin d'identifier au préalable les victimes »³²⁰⁴. Autrement dit, elle évoquait leur qualité pour agir en défense d'un intérêt collectif supra-personnel.

1303. Non seulement, cela peut sembler hors de propos dès lors qu'il s'agit de mettre en place une action qui était censée permettre de défendre, notamment, des intérêts personnels homogènes. Surtout, cela n'est pas suffisant pour justifier un monopole légal au profit de ces requérants puisque la défense des intérêts collectifs supra-personnels est ouverte à d'autres personnes, qu'il s'agisse de personnes publiques voire, dans certaines circonstances, de personnes privées. Par la suite, cette justification a légèrement évolué puisque l'étude d'impact de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle explique que si les groupements privés - associations et syndicats - ont été retenus comme seuls attributaires de la qualité

³²⁰⁴ Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 9.

pour agir dans l'ensemble des actions de groupe et dans l'action en reconnaissance de droits individuels, c'est au motif qu'ils seraient, « de par leur objet social », « déjà sensibilisées aux problématiques posées par les actions de groupe à mener » et, « en principe » les premiers informés des dysfonctionnements et dommages subis³²⁰⁵. C'est peu ou prou la même justification qui fut, entre autres, avancée par le groupe de travail sur l'action collective au soutien de sa proposition que le législateur s'est aussi contenté de reprendre sans discussion sur ce point. Pour évincer les personnes physiques, le rapport du groupe de travail - qui ne peut toutefois être regardé comme faisant partie des travaux préparatoires de la loi - expliquait notamment³²⁰⁶ qu'une telle possibilité « ne faciliterait pas une bonne appréhension par le requérant de l'identité d'une situation juridique constitutive d'un groupe d'intérêt »³²⁰⁷. Cela aurait alors justifié d'ouvrir l'action à tous les groupements privés, quitte à les soutenir ensuite financièrement pour leur permettre de mettre à profit leur expertise dans le cadre de ces actions de groupe. Il n'en fut toutefois rien, du moins s'agissant des procédures d'action de groupe. Ce qui laisse bien à penser qu'il ne s'agissait en réalité que d'une première étape dans le filtrage des requérants.

1304. Tout en cherchant à renforcer les actions de personnes privées avec l'introduction de cette procédure d'action de groupe, le législateur n'était pas pour autant prêt à laisser cet instrument entre les mains de tous, c'est-à-dire potentiellement de n'importe qui. Pour écarter une telle solution dans l'étude d'impact du projet de loi, il mettait en avant les risques d'abus³²⁰⁸ qui lui seraient inhérents. Au détour de quelques passages de l'étude d'impact, il apparaît que les avocats étaient plus particulièrement visés, le Gouvernement semblant craindre, instruit croyait-il de l'expérience nord-américaine, que leurs cabinets ne se transformassent en repaire de chasseurs de primes - ou de « chasseur d'ambulances »³²⁰⁹ - simplement animés par le seul goût du lucre³²¹⁰. Le Conseil national des barreaux, en dépit de son

³²⁰⁵ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 159.

³²⁰⁶ Le groupe de travail estimait aussi que l'hypothèse d'une représentation par une personne physique était « contraire à l'idée même d'action collective » (Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 21). Cet argument peut toutefois souffrir de reproches similaires à ceux qui pouvaient être formulés à l'égard de l'étude impact de 2014. S'il fallait tracer les contours de cette « idée » à partir de la définition plus précise qu'en donnait le groupe de travail, c'est-à-dire une « procédure permettant à une personne qui aurait seule la qualité de requérant, d'exercer, au nom d'un groupe ayant les mêmes intérêts, une action en reconnaissance de droits individuels en faveur des membres de ce groupe » (Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 14, pour une définition plus sommaire V. Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 1), il apparaît que le droit positif donnait déjà la possibilité à des personnes physiques d'introduire des actions ayant des effets équivalents. D'ailleurs, exception faite de l'action en représentation conjointe, aucun des « palliatifs » qui étaient présentés dans ce même rapport ne reposait sur l'attribution exclusive de la qualité pour agir à des groupements privés.

³²⁰⁷ Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 21.

³²⁰⁸ Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013. Les précédents travaux sur lesquels le Gouvernement a pu s'appuyer pour élaborer son projet de loi faisaient le même lien entre l'attribution exclusive de la qualité pour agir aux seuls groupements - ou du moins certains d'entre eux - et la prévention des recours abusifs (V. en ce sens, Guillaume CERUTTI, Marc GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, 16 décembre 2005, p. 34).

³²⁰⁹ L'« *ambulance chasing* » désigne, de manière péjorative, la pratique des avocats américains qui suivent les ambulances pour attendre leurs futurs clients à la sortie de l'hôpital (Daniel MAINGUY, *A propos de l'introduction de la class action en droit français*, D., 2005, p. 1282).

³²¹⁰ Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 7, p. 13. Le rapport *Béval* faisait aussi allusion au risque de susciter des « dérives déontologiques de la part d'avocats qui chercheraient à faire du démarchage pour tenter de telles actions » (Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 22). Étrangement toutefois, il n'évoquait pas ce risque, qui devrait d'ailleurs être désormais apprécié différemment compte tenu des évolutions intervenues depuis lors en matière de « communication commerciale » pour cette profession, pour écarter la possibilité d'ouvrir l'action à toute personne physique mais seulement celle de l'ouvrir à des « groupements de fait » qui seraient représentés par un avocat.

activisme ensuite auprès du législateur³²¹¹, n'est pas parvenu à venir à bout de cette défiance qui n'avait pourtant *a priori* pas lieu d'être compte tenu des règles déontologiques encadrant la rémunération des avocats et notamment de la prohibition en principe du pacte de *quota litis*³²¹² qui les place dans une situation nettement différente de leurs confrères américains.

1305. L'idée d'une action de groupe plus largement ouverte fut de nouveau évoquée, en vain, lors de la présentation de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle³²¹³, en des termes toutefois différents puisqu'il ne s'agissait pas de créer une action populaire qui fût ouverte à tous, mais de donner la possibilité d'exercer une action de groupe à toute personne qui estimerait faire partie d'un groupe de victimes.

1306. Là encore, le risque d'abus fut mis en avant pour écarter cette option, ainsi que celui de voir se multiplier les procédures - qui ne sont d'ailleurs pas forcément abusives - et de reporter, *in fine*, la charge de l'action de groupe sur l'État, par le biais de l'aide juridictionnelle, et sur la juridiction qui devrait elle-même constituer le groupe³²¹⁴. Ces deux derniers arguments sont toutefois assez surprenants. D'une part, le Gouvernement semblait alors affirmer que les groupements privés, par essence, auraient les capacités financières suffisantes pour mener de telles actions sans avoir besoin de recourir à l'aide

³²¹¹ V. La « contre-proposition de loi » que le Conseil national des barreaux a adoptée lors de son assemblée générale des 24 et 25 mai 2013 et diffusée aux parlementaires au moment des débats sur le projet de loi relative à consommation. Estimant que le monopole dévolu aux associations agréées de consommateurs porterait atteinte au libre accès à la justice et à la liberté d'association et constituait une marque de défiance à l'égard de la profession d'avocat (Conseil national des barreaux, *Résolution du Conseil national des barreaux relative à l'action de groupe*, p. 1), le Conseil proposait que soit inséré dans le code civil un article 2190 dont le premier alinéa aurait disposé que : « L'action de groupe permet à une ou plusieurs victimes, personnes physiques ou morales, d'agir en réparation pour le compte d'un groupe de victimes, personnes physiques ou morales, ayant subi des préjudices qui ont pour origine commune un fait imputable à une même personne physique ou morale » (Conseil national des barreaux, *résolution précit.*, p. 9).

³²¹² Art. 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : « Toute fixation d'honoraires qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu ». Du reste, dans sa contre-proposition, le Conseil national des barreaux prenait aussi soin de rappeler les règles encadrant la conclusion des conventions d'honoraires (Conseil national des barreaux, *résolution précit.*, p. 17). La partie de l'étude d'impact consacrée au droit comparé donnait pourtant aussi des exemples de pays - comme la Suède - dans lesquels la qualité pour agir n'est pas réservée aux groupements et où la rémunération des avocats était présentée comme étant fixée sur une base horaire (V. Annexe 1 de l'Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 122-130). En réalité, comme le montrait déjà le rapport sur l'action de groupe de 2005, la situation est un peu plus nuancée puisque la Suède peut être rattachée aux pays admettant le système des « *conditional fees* », c'est-à-dire que, tout en excluant que la rémunération puisse représenter un pourcentage des dommages et intérêts obtenus, la loi admet la conclusion d'une convention aux termes de laquelle l'honoraire de l'avocat varie selon le résultat du litige (Guillaume CERUTTI, Marc GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, 16 décembre 2005, p. 15). Il eût toutefois été peut-être opportun de se défaire du magnétisme que semble exercer la *class action* américaine et s'intéresser à ce modèle qui - sans être parfait (V. en ce sens « Annexe B-Suède : des actions dans l'ombre de la médiation » in Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : une volonté européenne*) - pouvait donner une idée plus précise des risques d'abus en France. Il reste toutefois que cette prohibition du pacte de *quota litis* pouvait apparaître comme une garantie un peu fragile, d'autant plus qu'une réflexion s'est engagée au sein de la profession pour la remettre en cause en ce qu'elle lèserait les avocats français confrontés à la concurrence des plateformes en ligne proposant des services juridiques. À ceux qui verraient dans cette réforme une incitation à la quérulence, Me Didier Adjedj, président de la commission « Exercice du droit » du CNB à l'origine du pré-rapport proposant la levée de cette prohibition, objectait « qu'on m'explique pourquoi un avocat qui n'est pas rémunéré à la procédure mais au résultat de celle-ci déciderait de lancer des actions inutiles qui ne lui seront pas payées ? » (Faut-il lever la prohibition du pacte de *quota litis* ? Entretien avec Didier Adjedj, président de la commission Exercice du droit du CNB, Propos recueillis par Olivia Dufour, *Gaz. Pal.*, 17 octobre 2017, p. 11).

³²¹³ Elle avait été totalement ignorée dans le cadre de la loi de modernisation de notre système de santé, l'action de groupe étant alors simplement présentée comme s'inscrivant dans la continuité de celle en matière de consommation et de concurrence (Étude d'impact du projet de loi relatif à la santé, 14 octobre 2014, p. 174).

³²¹⁴ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 158.

juridictionnelle³²¹⁵, alors même que le rapport d'information sur l'application de l'action de groupe en matière de consommation démontrait le contraire³²¹⁶, ou même qu'ils ne pourraient pas être bénéficiaires de l'aide juridictionnelle. D'autre part, il feignait d'ignorer le rôle central qu'il donnait déjà au juge dans la procédure qu'il souhaitait mettre en place, notamment, pour tracer les contours du groupe des victimes dans l'action de groupe avec un objet indemnitaire.

B- Les auxiliaires de justice ménagés

1307. Bien que ce refus d'attribuer la qualité pour agir à des personnes physiques avait pour but d'évincer les avocats afin de ne pas reproduire les errements de la *class action* américaine, ces derniers n'ont pas été pour autant totalement exclus de la procédure. Le recours à un avocat n'est toutefois pas obligatoire pour engager toutes les actions collectives ni, lorsque cela est le cas, à tous les stades de la procédure.

1308. Au stade de l'introduction de l'action, il convient de distinguer selon que l'action est engagée devant le juge civil ou le juge administratif. Dans la première hypothèse, le législateur avait imposé, indirectement, aux groupements la représentation par un avocat en attribuant alors au seul tribunal de grande instance la compétence pour connaître de cette action, la procédure restant soumise aux règles régissant la représentation et l'assistance en justice des parties devant ce dernier³²¹⁷. Toutefois, depuis lors, la situation semble avoir évolué avec l'absorption des tribunaux de grande instance au sein des « tribunaux judiciaires »³²¹⁸ et, ce qui peut paraître surprenant mais se comprend avec le jeu des renvois, le pouvoir règlementaire semble avoir défait l'œuvre du législateur. En effet, alors même qu'il étend les cas de représentation obligatoire en matière civile, le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 a, en recodifiant la partie du code relative à l'action de groupe formée devant le tribunal judiciaire, envisagé l'hypothèse dans laquelle la représentation par un avocat ne serait pas obligatoire pour ces actions³²¹⁹. Il reste néanmoins qu'il est difficile de voir dans quelle mesure les actions de groupe, ressortissants désormais de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires³²²⁰, pourraient bénéficier des exceptions au principe de

³²¹⁵ Pour sa part, le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif estimait plutôt qu'il convenait d'évincer les personnes physiques parce qu'une telle action « pourrait avoir pour effet de [leur] faire supporter illégitimement les frais de la procédure » (Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 21).

³²¹⁶ Damien ABAD, Philippe KEMEL, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 alinéa 1 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation n° 4139*, déposé le 19 octobre 2016, p. 19.

³²¹⁷ En effet, l'ancien article 751 du code de procédure civile posait le principe de la constitution obligatoire d'avocat en matière contentieuse devant le tribunal de grande instance.

³²¹⁸ Art. 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³²¹⁹ Les dispositions relatives aux mentions contenues obligatoirement dans l'assignation du groupement ne furent effectivement pas recodifiées à droit constant. L'article 849-1 fait désormais référence aux « mentions prescrites aux articles 752 ou 753 selon les cas », c'est-à-dire, respectivement, aux hypothèses dans lesquelles la représentation par avocat est obligatoire devant le tribunal judiciaire et celles dans lesquelles elle ne l'est pas (comp. ancien art. 826-4 du code de procédure civile).

³²²⁰ Article L. 211-9-2 du code de l'organisation judiciaire.

la représentation obligatoire prévues à l'article 761 du code de procédure civile. S'agissant des actions de groupe et de l'action en reconnaissance de droits dont peuvent être saisies les juridictions administratives, le législateur ne s'était en revanche pas soucié de garantir - même indirectement - aux avocats une obligation équivalente et c'est au pouvoir réglementaire qu'il est donc revenu de trancher cette question de la représentation. Or, si ce dernier n'a pas réservé aux groupements un traitement aussi favorable que dans le cadre de l'action en représentation conjointe en matière d'environnement³²²¹, il n'était pas non plus disposé à leur imposer une obligation absolue de représentation par un avocat. Plutôt que de renvoyer au droit commun applicable devant les juridictions administratives inférieures et le Conseil d'État qui pose un principe de représentation obligatoire par un avocat ou un avocat aux Conseils tout en ménageant des exceptions qui ne seraient en tout état de cause pas toutes applicables à ces actions collectives, le décret a fait le choix d'introduire des dispositions spéciales³²²² qui posent elles aussi un principe de représentation obligatoire tout en reprenant une partie - et non des moindres³²²³ - des dispenses prévues par le cadre commun.

1309. Variable au stade de l'engagement de l'action, cette obligation de représentation disparaît dans l'ensemble des nouvelles actions collectives lors de la phase d'exécution du jugement, c'est-à-dire lorsque les membres du groupe se manifestent pour bénéficier individuellement de la condamnation. Elle est ainsi explicitement écartée dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits³²²⁴ et implicitement dans le cadre des différentes actions de groupe lorsque la victime décide d'adhérer au groupe auprès de

³²²¹ Art. R. 431-5 du code de justice administrative.

³²²² En soi, le choix de recourir à des dispositions spéciales peut se justifier, au moins pour une partie de ces actions collectives. En effet, compte tenu des termes employés à l'article R. 431-2 du code de justice administrative pour déterminer le champ de l'obligation de représentation par un avocat devant les tribunaux administratifs, une part significative des actions collectives portée devant ces juridictions semblait en être *a contrario* exclues. En effet, il dispose que « les requêtes et les mémoires doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés soit par un avocat, soit par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, lorsque les conclusions de la demande tendent au paiement d'une somme d'argent, à la décharge ou à la réduction de sommes dont le paiement est réclamé au requérant ou à la solution d'un litige né de l'exécution d'un contrat ». Or, en s'en tenant au critère des conclusions de la demande, seules les actions en reconnaissance de droits seraient concernées, voire une partie d'entre elles seulement s'il convient de distinguer les requêtes tendant « au bénéfice d'une somme d'argent légalement due ou à la décharge d'une somme d'argent illégalement réclamée » et celles tendant « à la reconnaissance de droits individuels résultant de l'application de la loi ou du règlement ». Du reste, lorsque le groupement introduit une action tendant à la décharge de sommes d'argent qui ont été illégalement réclamées aux membres du groupe dont il a pour objet de défendre les intérêts, il ne s'agit pas à proprement parler de conclusions tendant « à la décharge ou à la réduction de sommes dont le paiement est réclamé au requérant ». En revanche, ce seul critère des conclusions permettrait d'exempter l'ensemble des actions de groupe de cette obligation de représentation, y compris celles qui sont dites « indemnitaires » puisque la requête introduire par le groupement ne tend alors pas directement au « paiement d'une somme d'argent » mais à la reconnaissance de la responsabilité du défendeur. Les actions de groupes indemnitaires ou aux fins de cessation ne rentreraient finalement dans le champ de l'article R. 431-2 du code de justice que lorsqu'elles permettent de sanctionner un manquement à des obligations contractuelles, les conclusions seraient alors regardées comme tendant « à la solution d'un litige né de l'exécution d'un contrat ».

³²²³ Ainsi, les dispositions applicables aux actions de groupe et en reconnaissance de droits portées devant un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel statuant en premier et dernier ressort réservent, à l'instar du 5° de l'article R. 431-3 du code de justice administrative, l'hypothèse dans laquelle le défendeur est une collectivité territoriale, un établissement public qui en relève ou un établissement public de santé (art. R. 77-10-6 et R. 77-12-7 du code de justice administrative). En revanche, il peut sembler plus surprenant que le pouvoir réglementaire ait décidé de reprendre les dispenses dont bénéficie l'État devant les tribunaux administratifs et le Conseil d'État, alors que sa qualité pour agir n'a pas été reconnue dans ces deux procédures. Cela se comprend toutefois dès lors que l'État peut être mis en cause ou décider d'intervenir dans le cadre de ces procédures.

³²²⁴ Art. R. 77-12-17 du code de justice administrative.

l'association ou du syndicat dans la mesure où celui-ci reçoit alors un « mandat »³²²⁵ de sa part qui vaut notamment « aux fins de représentation en justice »³²²⁶, c'est-à-dire « pouvoir d'accomplir au nom de celui-ci tous actes de procédure et diligences en vue d'obtenir la réparation du préjudice individuel subi par lui et entrant dans le champ de l'action de groupe introduite par cette association, notamment pour l'exercice des voies de recours »³²²⁷.

1310. Tout au plus, le législateur leur a donné la possibilité de revenir au cours de la procédure en permettant aux groupements, mais seulement dans le cadre des actions de groupe en matière de consommation³²²⁸ et de santé³²²⁹, de s'adjoindre, après autorisation du juge, les services d'un tiers qui s'acquittera d'une mission d'assistance, dont les contours sont tracés avec plus ou moins de précision³²³⁰ et que le pouvoir réglementaire a ensuite réservé aux avocats, mais aussi aux huissiers de justice³²³¹. Etrangement, cette disposition ne fut pas reprise dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle alors même que cette assistance par tiers qualifié et soumis à des obligations déontologiques serait tout aussi bienvenue dans le cadre des autres actions de groupe avec un objet indemnitaire. Néanmoins, le législateur, qui ne pouvait alors avoir omis ce dispositif³²³², semble être parti du principe qu'une telle précision était en réalité superfétatoire et que les groupements pourraient y recourir *praeter legem*.

1311. Il est toutefois douteux que les groupements soient enclins à recourir à leur service. Non seulement, cela représente un coût supplémentaire pour eux puisque le législateur n'a pas repris dans le cadre commun la possibilité pour le juge de condamner la personne dont la responsabilité a été reconnue au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association, « y compris » ceux afférents à cette assistance³²³³ et, eu égard à la concession qui fut faite aux avocats à

³²²⁵ Art. L. 623-9 du code de la consommation ; art. 69 et 72 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-10 et L. 77-10-13 du code de justice administrative.

³²²⁶ Art. 69 et 72 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-10 et L. 77-10-13 du code de justice administrative.

³²²⁷ Art. R. 623-20 du code de la consommation ; art. 849-17 du code de procédure civile ; art. R. 77-10-19 du code de justice administrative. Ces dispositions doivent donc être regardées comme dérogeant implicitement à celles du code de procédure civile ou de justice administrative imposant la représentation par un avocat. Ainsi, il importe finalement peu qu'à la différence des dispositions organisant le cadre commun, la partie législative du code de la consommation ne précise pas explicitement, que le mandat vaut « aux fins de représentation en justice », les dispositions réglementaires, qui reprennent en partie les termes de l'article 411 du code de procédure civile, sont suffisamment claires ce point.

³²²⁸ Art. L. 623-13 du code de la consommation.

³²²⁹ Art. L. 1143-12 du code de la santé publique.

³²³⁰ Tandis que les dispositions du code de la consommation précisent qu'il s'agit pour ce tiers d'« assister » l'association, « notamment afin qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement afin qu'elle représente les consommateurs lésés auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation », celles du code de la santé publique, plus laconiques, se contentent de dire qu'elle consiste à « assister » l'association.

³²³¹ Art. R. 623-5 du code de la consommation et R. 1143-2 du code de la santé publique. Dans sa version initiale, le texte de loi donnait la possibilité au groupement de s'adjoindre « toute personne pour l'assister », puis, lors de la première lecture à l'Assemblée nationale, la liste de ces personnes fut circonscrite par un amendement de la commission des lois à toutes celles « appartenant à une profession judiciaire réglementée, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État ». Evoqués aussi lors des débats (Razzy HAMMADI, Annick LE LOCH, *Rapport n° 1156 fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la consommation*, p. 86), les experts comptables ne furent finalement pas retenus sur cette liste.

³²³² A l'occasion du vote de la loi, il a effectivement harmonisé la rédaction des dispositions du code de la consommation relatives aux conséquences de cette assistance par un avocat, avec celles de dispositions applicables aux actions de groupe relevant du cadre commun.

³²³³ Art. L. 623-12 du code de la consommation.

l'occasion du vote de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques - dite loi « Macron », elle peut aussi représenter une perte pour les membres du groupe défendu.

1312. En effet, à l'initiative des parlementaires³²³⁴ le texte fut amendé afin de permettre aux associations de consommateurs de déposer les sommes destinées à l'indemnisation des victimes sur un compte à caisse des règlements pécuniaires des avocats (ci-après « CARPA ») du barreau dont dépend l'avocat auquel il serait fait appel lors de la phase d'exécution du jugement, plutôt que sur le compte dépôt qu'elles sont tenues d'ouvrir à la Caisse des dépôts et consignations³²³⁵. Jusqu'alors, ces sommes semblaient ne pouvoir que transiter par ce compte CARPA lorsqu'un avocat intervenait dans la mise en œuvre de la procédure³²³⁶. Contrairement à ce qu'avançait l'un des rapporteurs du projet de loi, cette concession s'est toutefois faite au détriment des victimes. En effet, alors que le dépôt sur un compte rémunéré à la Caisse des dépôts et consignations permet d'éviter que les victimes soient pénalisées par l'immobilisation, pour une durée plus ou moins longues, des sommes qui leur sont destinées, le dépôt sur compte ouvert par cet avocat auprès de la caisse des règlements pécuniaires des avocats n'est censé profiter qu'au « financement des services d'intérêt collectif de la profession », à « la couverture des dépenses de fonctionnement du service de l'aide juridictionnelle et au financement de l'aide à l'accès au droit » auxquels le produit des fonds est exclusivement affecté³²³⁷. Dans cette optique, l'association était donc amenée à choisir entre, d'une part, l'intérêt des personnes qu'elles entendent protéger et, d'autre part, son propre intérêt, dans la mesure où l'ouverture d'un compte à la Caisse des dépôts et consignations implique l'acquiescement de frais de gestion de sa part, et l'intérêt de tous puisqu'elle peut ainsi participer, indirectement, à l'amélioration de l'accessibilité au droit de chacun.

1313. Contrairement à ce qu'auraient pu laisser penser les circonstances dans lesquelles il fut adopté³²³⁸, ce dispositif fut ensuite étendu à l'action de groupe en matière de santé³²³⁹, puis à l'ensemble des actions

³²³⁴ Même s'il semble qu'en réalité les arbitrages en faveur d'une telle mesure avaient alors déjà été arrêtés au niveau ministériel (Maria José AZAR-BAUD, « L'action de groupe au service des consommateurs : Enjeux de la réforme », *LPA*, 2014, n° 128, p. 29).

³²³⁵ Ex-art. L. 423-6 du code de la consommation tel que modifié par l'article 42 de loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

³²³⁶ Ce n'est effectivement que par le truchement de ce compte que l'avocat peut manier des fonds pour le compte de son client.

³²³⁷ Art. 235-1 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

³²³⁸ En effet, au soutien de l'amendement parlementaire, le ministre de l'économie expliquait alors que « le geste favorable aux avocats sera bien accueilli par la profession et facilitera la compréhension d'autres dispositions prévues par le présent projet de loi » (Richard FERRAND, Christophe CASTANER, Laurent GRANDGUILLAUME, Denys ROBILIARD, Gilles SAVARY, Alain TOURRET, Stéphane TRAVERT, Cécile UNTERMAIER, Clotilde VALTER, *Rapport n° 2498, fait au nom de la commission spéciale, Volume 1*, déposé le 19 janvier 2015, p. 324). Cette concession ne pouvait donc se comprendre qu'aux regards des équilibres de la loi « Macron », ce qui expliquerait pourquoi le législateur n'a pas pensé à la reprendre lors des débats sur la loi de modernisation de notre système de santé qui, dans le cadre de l'action de groupe en matière de santé, donnait pourtant aussi aux associations la possibilité de recourir aux services d'un avocat lors de la phase de mise en œuvre du jugement.

³²³⁹ En l'occurrence, le pouvoir réglementaire semblait avoir rattrapé l'omission du législateur à l'occasion du vote de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016. En effet, alors que la rédaction du second alinéa de l'article L. 1143-11 du code de la santé publique, dans la version issue de cette dernière, était calquée sur celle de la première version de l'article L. 423-6 du code de la consommation en disposant que « toute somme reçue par l'association au titre de l'indemnisation des usagers est

de groupe relevant du cadre commun, ce qui peut sembler plus surprenant dans la mesure où la possibilité de recourir au service d'un avocat n'est pas expressément prévu par les différents textes les organisant³²⁴⁰. Surtout, la liberté de choix qui avait été reconnue initialement aux groupements n'est pas sortie indemne de ces différentes extensions compte tenu des légers - mais décisifs - changements rédactionnels opérés au niveau législatif et réglementaire. Désormais, les sommes ne peuvent être versées sur le compte ouvert à la Caisse des consignations et des dépôts que « sous réserve » des dispositions législatives et réglementaires imposant aux avocats de recourir à ce compte CARPA - dans le cadre l'ensemble des actions de groupe³²⁴¹, y compris celle applicable en matière de consommation³²⁴². De la sorte, lorsqu'il décide de recourir aux services d'un avocat, le groupement n'est plus en mesure de choisir l'affectation des sommes reçues lors de la phase d'exécution du jugement³²⁴³, contrairement à ce qu'affirmaient les sénateurs³²⁴⁴. Il n'est dès lors pas garanti que les groupements acceptent de s'adjoindre leur service, après avoir pesé les avantages et les inconvénients d'une telle décision. D'un côté, ils peuvent éviter d'avoir à

immédiatement versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations », l'article R. 1143-11 du code de la santé publique, créé par le décret n° 2016-1249 du 26 septembre 2016 relatif à l'action de groupe en matière de santé, réserve l'hypothèse dans laquelle l'association s'est « adjointe un avocat pour l'assister ».

³²⁴⁰ En ce sens, le législateur admettrait implicitement qu'il n'est pas besoin de préciser dans la loi que les groupements peuvent recourir à cette assistance.

³²⁴¹ Il en va ainsi pour les actions de groupe relevant du cadre commun applicable devant les juridictions judiciaires (art. 74 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et art. 849-20 du code de procédure civile) et administratives (art. L. 77-10-15 et R. 77-10-21 du code de justice administrative).

³²⁴² Comme cela fut dit précédemment, le législateur en a profité pour harmoniser la rédaction des dispositions applicables en matière de consommation et a donc modifié non pas l'article L. 423-6 du code de la consommation mais, en prévision de l'entrée en vigueur le 10 juillet 2016 de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, l'article L. 623-10 dudit code qui reprenait ses dispositions (II de l'article 84 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle). En revanche, la rédaction de l'article R. 623-23 du code de la consommation, pris pour application de l'article L. 623-10 du même code, ne fut pas harmonisée avec celle des dispositions réglementaires applicables aux autres actions de groupe par le décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui pourtant prend soin d'abroger l'article R. 1143-11 du code de la santé publique précédemment évoqué. Ainsi, à la différence des articles 849-20 du code de procédure civile et R. 77-10-21 du code de justice administrative qui précisent les modalités de gestion des fonds reçus, cet article ne prévoit pas que les associations agréées de défense des consommateurs sont tenues d'ouvrir un compte à la Caisse des dépôts et consignations et d'y verser les sommes obtenues « sous réserve de l'article 240 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 », c'est-à-dire des dispositions qui prévoient que l'avocat est tenu de déposer certaines des sommes qu'il reçoit sur un compte. Ainsi, en se contentant de renvoyer à son article L. 623-10 aux « dispositions législatives relatives au maniement des fonds des professions judiciaires réglementées », le code de la consommation ne fait finalement qu'allusion aux dispositions du 9^o de l'article 53 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques qui évoquent « les conditions des garanties, les modalités du contrôle et les conditions dans lesquelles les avocats reçoivent des fonds, effets ou valeurs pour le compte de leurs clients, les déposent, sauf lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaire, dans une caisse créée obligatoirement à cette fin par chaque barreau ou en commun par plusieurs barreaux et en effectuent le règlement », mais il omet ensuite de renvoyer aux dispositions qui en fixent les conditions d'application.

³²⁴³ Bernard BEIGNIER, Jean VILLACEQUE, *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Paris, Lextenso-éditions-Gazette du Palais, 2016, n° 578, p. 423 ; *contra* Aziber SEID ALGADI, « Loi Macron : les incidences des nouvelles dispositions sur la profession d'avocat », *Lexbase La lettre juridique*, n° 623, 3 septembre 2015.

³²⁴⁴ Alors qu'ils voulaient préserver explicitement la liberté de choix des groupements qu'ils estimaient menacée dans la version initiale du projet de loi (Yves DÉTRAIGNE, *Rapport n° 121 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois*, déposé le 28 octobre 2015, p. 105-106), ils se sont finalement ralliés, avant la lecture définitive du texte par l'Assemblée nationale, à la version qui avait les faveurs du Gouvernement et de l'Assemblée nationale. Ils estimaient alors que « l'Assemblée nationale [était] revenue à une rédaction plus proche du texte initial » et que « celle-ci ne présent[ait] que des différences d'ordre rédactionnel avec le texte issu des travaux du Sénat » (Yves DÉTRAIGNE, *Rapport n° 839 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois*, déposé le 21 septembre 2016, p. 123). Force est toutefois de constater que sur ce point la rédaction de l'article n'était pas « proche » mais bien identique à celle du projet de loi dans sa version initiale et qu'elle visait précisément à éviter que les fonds ne fassent que transiter par la CARPA.

ouvrir un compte à la Caisse des dépôts et consignations et de s'acquitter des frais de gestion que cela implique³²⁴⁵, de l'autre, ils peuvent garantir aux victimes que les sommes immobilisées ne seront rémunérées qu'à leur seul profit, sans qu'il soit même possible, au moins dans les actions de groupe relevant du cadre commun³²⁴⁶, d'en retrancher les frais de gestion perçus par la Caisse³²⁴⁷.

1314. Il n'est finalement pas étonnant qu'en dépit de ces quelques concessions qui lui ont été faites, la profession ne soit pas décidée à abandonner ainsi aux groupements la gestion des litiges de masse. D'autant plus que tout en leur fermant l'accès à l'action de groupe, la loi « Hamon » leur offrit la possibilité, qui fit à l'époque cruellement défaut aux groupements dans le cadre des actions conjointes, de recourir à la « sollicitation personnalisée »³²⁴⁸. C'est dans cette optique que l'ordre des avocats au barreau de Paris, par exemple, s'est résolu à user des mêmes armes que ceux qui sont parfois désignés comme des « braconniers du droit »³²⁴⁹ en lançant une plateforme en ligne destinée à mettre en contact

³²⁴⁵ Il faut toutefois noter qu'à la différence des anciennes dispositions de l'article R. 1143-11 du code de la santé publique, qui semblaient déjà remettre en cause la liberté de choix des groupements en la matière, les nouvelles dispositions législatives et réglementaires applicables à la gestion des fonds par les groupements ne les dispensent pas expressément d'ouvrir un compte à la Caisse des dépôts et consignations lorsqu'ils font appel à un avocat, mais simplement d'y verser les sommes reçues.

³²⁴⁶ Art. 849-20 du code de procédure civile et art. R. 77-10-21 du code de justice administrative.

³²⁴⁷ En revanche, le pouvoir réglementaire a aussi omis d'harmoniser en ce sens les dispositions de l'article R. 623-23 et R. 623-24 du code de la consommation.

³²⁴⁸ Art. 3 *bis* et 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques tels que modifiés respectivement par les articles 13 et 130 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. De prime abord, une telle concession de la part du législateur a de quoi surprendre compte tenu de la méfiance dont il fit preuve à l'égard des avocats dans la même loi en les évinçant de la liste des attributaires de la qualité pour agir. En réalité, il ne faisait alors que mettre en conformité le droit français avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui avait estimé que « l'article 24, paragraphe 1 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, doit être interprétée en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui interdit totalement aux membres d'une profession réglementée, telle que la profession d'expert-comptable, d'effectuer des actes de démarchage » (CJUE, (G.C.), 5 avril 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable contre Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, aff. C-119/09). A la suite de cette décision rendue sur une question préjudicielle portant sur les règles déontologiques applicables aux experts-comptables, le Conseil d'État avait d'ailleurs annulé, notamment, le refus d'abroger certaines dispositions de l'article 15 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat en tant qu'elles conduisaient à prohiber toute activité de démarchage ou offre personnalisée de services juridiques de la part des avocats et celles du décret n° 72-785 du 25 août 1972 relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques en tant qu'elles interdisaient aux avocats de recourir à la publicité par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer leur assistance en matière juridique et permettaient de sanctionner le démarchage de leur part (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 13 décembre 2013, n° 361593). À la suite de l'adoption de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, l'article 15 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 et 5 du décret n° 72-785 du 25 août 1972 furent modifiés par le décret n° 2014-1251 du 28 octobre 2014 relatif aux modes de communication des avocats. En outre, cette « sollicitation personnalisée », que l'article 10 du règlement intérieur national de la profession d'avocat définit comme « toute forme de communication directe ou indirecte, dépassant la simple information, destinée à promouvoir les services d'un avocat à l'attention d'une personne physique ou morale déterminée », demeure tout de même encadrée tant dans son contenu que dans sa forme. D'une part, comme toute forme de publicité, elle doit procurer une information sincère sur la nature des prestations de services proposées, respecter les principes essentiels de la profession dans sa mise en œuvre et ne peut contenir d'éléments comparatifs ou dénigrants et doit aussi préciser les modalités de détermination du coût de la prestation en vue de l'établissement d'une convention d'honoraires. D'autre part, cette sollicitation personnalisée, dont le décret précise qu'elle peut prendre la forme d'un envoi postal ou d'un courrier électronique, ne peut se faire au moyen de « message textuel envoyé sur un terminal téléphonique mobile », c'est-à-dire de « SMS ». Sans grande surprise, le Conseil d'État a par la suite estimé que ces restrictions étaient compatibles avec la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006 (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 9 novembre 2015, n° 386296 ; CE, 6^e sous-sections jugeant seule, 26 février 2016, n° 386483), mais aussi annulé - là encore sans grande surprise - les dispositions appliquant aux avocats l'interdiction de recourir à la publicité en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer une assistance en matière juridique par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées (CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 9 novembre 2015, n° 386296).

³²⁴⁹ Bernard CERVEAU « L'uberisation de l'accès au droit », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 244, p. 3.

des justiciables et des avocats et piloter, sous le contrôle d'un comité *ad hoc* de l'ordre chargé de veiller au respect des règles déontologiques, une « action conjointe »³²⁵⁰, entendue comme « action en justice classique, regroupant autour d'un ou plusieurs avocats, un nombre important de victimes d'un fait dommageable quelle que soit la nature de leur préjudice et son origine (délictuelle ou contractuelle) »³²⁵¹. S'appuyant sur la technique finalement classique du mandat prévue par les dispositions du code de procédure civile et loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, mais dont la collecte et la gestion devraient désormais être rationalisées et allégées grâce à l'outil informatique, ces actions conjointes - qui se sont aussi développées hors de l'orbite du barreau parisien³²⁵² - se présentent comme des alternatives pour les victimes de dommages de masse qui se heurteraient aux limites de l'action de groupe³²⁵³, suscitant cette fois-ci l'ire d'une partie des groupements auxquels la qualité pour agir a été reconnue³²⁵⁴. L'ordre des avocats au barreau de Paris rapporte ainsi que sa tentative de reconquête « des parts de marchés sur le terrain du contentieux de masse »³²⁵⁵ fut perçue par l'association UFC-Que Choisir comme de la « concurrence déloyale »³²⁵⁶ et lors des auditions conduites en vue de l'établissement du premier bilan d'application de loi « Hamon », ces associations regrettaient que l'action de groupe fût « décrédibilisée et concurrencée par d'autres types de procédures, avec lesquelles une confusion paraît sciemment entretenue », en l'occurrence les « actions conjointes menées par des avocats »³²⁵⁷.

§2- La mise à l'écart des autorités publiques

1315. Quand bien même la mise en place de telles actions est censée participer à un renforcement des actions privées permettant de pallier les carences des modes institutionnels de défense des intérêts collectifs, il eût été concevable et opportun, eu égard à la nature des intérêts que ces actions de groupe permettent de défendre, de reconnaître aussi la qualité pour agir d'autorités publiques, au moins pour obtenir la cessation des manquements à l'origine des préjudices individuels.

³²⁵⁰ Sur cette initiative, V. Olivia DUFOUR, « Actions de groupe : la riposte du barreau de Paris », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 332, p. 3 ; Caroline FLEURIOT, « Actions de masse sur internet : les avocats veulent gagner du terrain », *Dalloz actualité*, 30 novembre 2015.

³²⁵¹ Ordre des avocats au barreau de Paris, *Rapport sur le site avocats actions conjointes.com*, 4 décembre 2016, p. 2-3 (consultable en ligne à l'adresse : http://www.avocatparis.org/system/files/publications/rapport_sur_le_site_avocats_actions_conjointes.pdf).

³²⁵² Pour d'autres exemples d'actions conjointes réalisées à l'aide de plateformes en ligne V. : <https://www.village-justice.com/art/avocats-actions-defense,20754.html#nh2>

³²⁵³ Il en irait ainsi en cas d'inertie des groupements auxquels la qualité pour agir a été attribuée ou dans l'hypothèse où les victimes ne seraient pas satisfaites pas l'offre de représentation mise à leur disposition ou encore, tout simplement, dans l'hypothèse où leurs intérêts individuels ne seraient pas réparables au moyen des actions de groupe existantes.

³²⁵⁴ Le MEDEF, aussi, s'en est apparemment ému auprès de la DGCCRF et de la chancellerie (Anne PORTMANN, « Le MEDEF saisit la DGCCRF à propos du site avocats-actions-conjointes.com », *Dalloz actualité*, 9 décembre 2015)

³²⁵⁵ Ordre des avocats au barreau de Paris, *rapport.précit.*, p. 1.

³²⁵⁶ Ordre des avocats au barreau de Paris, *rapport.précit.*, p. 2.

³²⁵⁷ Damien ABAD, Philippe KEMEL, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 alinéa 1 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation n° 4139*, déposé le 19 octobre 2016, p. 19.

1316. Tout en prévenant les risques d'abus, l'attribution de la qualité pour agir à certaines autorités publiques auraient permis de pallier les éventuelles carences des groupements privés, tout comme ces derniers sont d'ailleurs censés pallier les leurs en exerçant ces actions de groupe. Cette option avait été envisagée par la Commission européenne dans sa recommandation³²⁵⁸ ainsi que dans certains projets d'action de groupe au profit du ministère public³²⁵⁹ ou du Défenseur des droits³²⁶⁰ - qui n'y était pas forcément favorable, arguant de la neutralité de sa mission³²⁶¹ -, mais aussi dans la version initiale du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

1317. S'inspirant vraisemblablement du rapport *Pécaut-Rivolier*, le Gouvernement avait prévu que le procureur de la République pourrait exercer l'action de groupe aux fins de cessation devant le juge judiciaire ou intervenir lorsque celle-ci a un objet indemnitaire. Néanmoins, estimant qu'il y avait peut-être là - comme l'avancé d'ailleurs le Gouvernement lui-même dans l'étude d'impact³²⁶² - un risque de confusion entre la défense d'intérêt individuels ou collectifs privés et celle de l'intérêt général et que l'intervention du ministère public risquerait de porter atteinte à l'égalité des armes dans le cadre d'un procès civil, le Sénat a voté la suppression de cette disposition en première lecture³²⁶³, ce qui ne fut pas remis en cause ensuite. En guise de compensation, la Commission des lois du Sénat proposa, mais seulement en matière de lutte contre les discriminations, de donner la possibilité au Ministère public, qui ne peut agir par voie de l'action pénale que contre les discriminations intentionnelles, d'agir directement par la voie civile aux fins de faire cesser toute discrimination mais en dehors de la procédure d'action de groupe. Toutefois, le rapporteur du projet de loi, avec le soutien du Président de cette même commission,

³²⁵⁸ Art. 7 de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union : « En complément ou en remplacement, les États membres devraient habiliter des autorités publiques à agir en représentation ».

³²⁵⁹ Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.*, p. 115.

³²⁶⁰ C'est d'ailleurs au cours des débats sur la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits qu'eut lieu la première tentative d'introduction en droit positif de « l'action collective en droit administratif » (V. art. 24 *bis* du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, modifié en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 18 janvier 2011). Les députés avaient alors repris les propositions du rapport *Bélaval* en réservant néanmoins la qualité pour agir au seul Défenseur des droits. À l'époque, la frilosité des sénateurs l'emporta, le rapport de la Commission des lois arguant même que l'attribution exclusive de la qualité pour agir à cette entité pouvait laisser craindre une multiplication des actions individuelles de la part des groupements privés qui étaient ainsi écartés du nouveau dispositif (Patrice GELARD, *Rapport n° 258 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique et sur le projet de loi, modifiés par l'Assemblée nationale, relatifs au Défenseur des droits*, déposé le 26 janvier 2011, p. 22). La reconnaissance de la qualité pour agir au Défenseur des droits avait été aussi évoquée mais rapidement écartée dans l'étude d'impact du projet de loi relative à la consommation. En effet, si le Défenseur des droits était aussi mentionné parmi les possibles attributaires de la qualité pour agir, il était mis sur un pied d'égalité avec « les associations constituées *ad hoc* », « les avocats » ou « tout consommateur », et semblait donc présenter un risque « d'abus » au même titre que ces derniers (Étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 13).

³²⁶¹ Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.*, p. 96. Sur un plan plus technique, une telle extension de ses missions à l'occasion du vote de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle posait aussi un problème en ce qu'elle relevait de la compétence du législateur organique. En effet, aux termes du troisième alinéa de l'article 71-1 de la Constitution, c'est une loi organique qui « définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits ». Le législateur ne pouvait donc, à cette occasion, se contenter de modifier la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

³²⁶² Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 158.

³²⁶³ Yves DÉTRAIGNE, *Rapport n° 121 fait au nom de la commission des lois*, déposé le 28 octobre 2015, p. 96-97.

obtient ensuite en séance publique la suppression de cette disposition³²⁶⁴ avançant, là encore, le risque d'atteinte à l'égalité des armes qui serait inhérent à une telle action.

1318. Néanmoins, comme le laissait entendre le projet de loi dans sa version initiale, lorsqu'elle tend à la cessation d'un manquement - et même à la réparation de préjudices³²⁶⁵ - l'action de groupe peut aussi être regardée comme une demande en défense d'un intérêt collectif supra-personnel qui est parfois proche de l'intérêt général que ces mêmes autorités publiques peuvent être amenées à défendre au moyen d'autres voies de droit et il importe alors peu que leurs actions puissent bénéficier indirectement à des intérêts personnels. Ainsi, il n'y a pas vraiment de différence entre l'intérêt collectif supra-personnel que les associations peuvent défendre dans le cadre d'une action en cessation en matière d'environnement, et celui que peuvent défendre notamment l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics lorsqu'ils demandent, en sus de la réparation, la cessation du dommage à l'origine d'un préjudice écologique³²⁶⁶.

1319. De manière générale, l'ensemble des actions de groupe en cessation pourrait être analysé comme des actions exercées directement en défense d'un intérêt général, en l'occurrence le respect de la légalité³²⁶⁷. Finalement, ce mélange des genres précédemment évoqué entre les intérêts privés et les intérêts publics n'a semblé rédhibitoire que pour les autorités publiques dont le monopole dans la défense de l'intérêt général fut de nouveau éclaboussé par l'onction législative qu'ont reçue les groupements privés.

³²⁶⁴ Sénat, Séance du 5 novembre 2015, p. 10473-10475.

³²⁶⁵ Cf. *Infra*, n° 1536-1553.

³²⁶⁶ Art. 1252 du code civil. C'est la même volonté d'éviter la confusion entre la défense des intérêts individuels et celle de l'intérêt général qui a conduit la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe à écarter la proposition d'étendre la qualité pour agir à la DGCCRF dans le cadre de l'action de groupe en matière de consommation, du moins en partie car cela n'était de toute façon pas le souhait de la direction qui estimait qu'elle « était d'abord une autorité de contrôle qui avait pour objectif de veiller à la bonne application des règles, alors que l'action de groupe en matière de consommation avait d'abord été pensée comme une action en réparation » (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 46). L'extension de la qualité pour agir à des personnes morales de droit public dans le cadre d'autres actions qui permettent d'obtenir la cessation de manquements ne fut ensuite pas discutée. En effet, si la mission propose de « permettre aux personnes morales de droit privé et de droit public, à l'exclusion de l'État, d'intenter, par l'intermédiaire d'une association, une action de groupe », c'est, au moyen d'une rédaction sans doute un peu maladroite, afin d'inclure les personnes morales – et notamment une partie des personnes morales de droit public – parmi les personnes dont l'intérêt personnel peut être protégé au moyens d'une action de groupe (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *rapport.précit.*, p. 46). En revanche, elle semble bien reconnaître, en contradiction donc avec la position qu'elle adopte s'agissant de la DGCCRF, cette porosité des intérêts lorsqu'elle propose de « prévoir la communication obligatoire au ministère public de toute procédure d'action de groupe, afin qu'il puisse y intervenir comme partie jointe » (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *rapport.précit.*, p. 63).

³²⁶⁷ Pour une discussion sur ce point, V. Soraya AMRANI-MEKKI, « Les actions de groupe sont-elles d'intérêt général ? », in Gilles J. GUGLIELMI (dir.) *L'intérêt général dans les pays de Common law et de droit civil*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 2017, p. 181.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

1320. Si la distribution de la qualité pour agir dans le cadre des nouvelles actions collectives peut, de prime abord, passer pour une consécration de l'activité contentieuse des groupements privés, elle est en réalité le résultat d'un compromis bancal auquel est parvenu un législateur sous pression et au détriment des autorités publiques en charge de la protection des intérêts collectifs supra-personnels impliqués dans le cadre de telles procédures mais aussi, et surtout, des personnes qu'elles sont censées permettre de défendre.

SECTION 2 : Des procédures réservées à certains groupements privés

1321. L'exclusion des personnes physiques n'était pas suffisante aux yeux du législateur pour prévenir d'éventuels abus et s'assurer que les requérants aient la capacité - au moins financière - de conduire ces actions, il a donc pris soin de n'attribuer la qualité pour agir qu'à certains groupements privés³²⁶⁸, du moins pour les procédures d'actions de groupe. En effet, il n'a en revanche pas eu les mêmes préventions s'agissant de l'action en reconnaissance de droits individuels. En reprenant au mot près la proposition qui avait été formulée dans le rapport *Béval*³²⁶⁹, il a ouvert l'action à toute association et tout syndicat professionnel, dès lors que l'association est seulement régulièrement déclarée ou que le syndicat est régulièrement constitué, dégageant ainsi les groupes de l'emprise des groupements préexistants en leur donnant la possibilité de constituer des groupements *ad hoc*. Il est vrai que les litiges dont il est question sont moins propices, du moins de prime abord, aux « mises en cause injustifiées qui pourraient fragiliser l'activité économique »³²⁷⁰. Il est alors regrettable que les dispositions applicables aux différentes actions de groupe ouvertes devant le juge administratif aient été contaminées par cette méfiance. L'effet miroir obtenu en reprenant les dispositions applicables devant le juge judiciaire est finalement plus esthétique que pertinent. En outre, si les nouvelles actions collectives se rejoignent au moins sur l'exigence de personnalité juridique des groupements requérants ainsi que sur les exigences qui furent déjà identifiées comme communes aux différentes voies de droit permettant aux groupements de défendre les intérêts collectifs visés par leur statut, les critères de filtrage employés pour ces nouvelles actions collectives s'avèrent tout de même extrêmement hétérogènes. En effet, s'agissant des seules actions de groupe, le législateur a décidé de recourir à des critères différents en fonction de leur domaine d'intervention, sans qu'ils apparaissent d'ailleurs comme étant toujours justifiés par les spécificités de ces actions et les charges

³²⁶⁸ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

³²⁶⁹ Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 39.

³²⁷⁰ Exposé des motifs de loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

qu'elles peuvent impliquer pour les requérants notamment en matière indemnitaire (§1). En outre, s'agissant de cette exigence commune d'adéquation, qui demeure, avec l'obtention de la personnalité morale, une exigence commune à l'ensemble des nouvelles actions collectives, l'analyse des textes montre qu'elle est en réalité imposée avec plus ou moins de rigueur selon les actions de groupe (§2).

§1- Les exigences de filtrages propres aux actions de groupe

1322. Les dispositions relatives au cadre commun de l'action de groupe traduisent bien cette volonté de filtrage des groupements privés puisqu'elles ne mentionnent comme attributaires potentiels de la qualité pour agir que les « associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins »³²⁷¹, sans d'ailleurs préciser la date à partir de laquelle cette durée doit être appréciée. Cela ne reflète toutefois qu'imparfaitement les choix opérés par le législateur dans les différentes procédures d'actions de groupe, y compris celles relevant de ce cadre commun. En effet, les critères retenus pour sélectionner les groupements attributaires de la qualité pour agir ne sont ni toujours très cohérents (A), ni toujours à mêmes de garantir l'efficacité du dispositif (B).

A- L'hétérogénéité des critères de filtrages

1323. Le législateur s'est en réalité contenté parfois de reprendre des dispositions qui encadraient déjà les actions collectives des groupements dans les différents domaines couverts par les actions de groupe, sans nécessairement permettre une articulation de ces différentes procédures. Ainsi, en sus des conditions de déclaration préalable et de licéité, la représentativité présumée des groupements peut tenir tantôt - et

³²⁷¹ Article 63 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; article L. 77-10-4 du code de justice administrative.

parfois au sein d'une même procédure d'action de groupe - à l'obtention d'un agrément³²⁷²(1), uniquement à leur ancienneté³²⁷³(2) ou à la référence à une représentativité légalement reconnue³²⁷⁴(3).

1- L'obtention d'un agrément

1324. Parmi l'ensemble des critères permettant de filtrer les attributaires de la qualité pour agir, c'est l'agrément qui a eu les faveurs du législateur.

1325. En effet, dès l'adoption de la loi relative à l'action de groupe en matière de consommation, c'est le seul critère qui fut retenu puisqu'il fit le choix de n'attribuer la qualité pour agir qu'aux associations de défense des consommateurs agréées et représentatives au niveau national. Il en va de même pour l'action de groupe en matière de santé qui est réservée aux associations d'usagers du système de santé agréées. Le législateur n'a toutefois pas estimé que cet agrément suffirait pour garantir une défense optimale des intérêts des victimes dans le cadre de l'action de groupe puisqu'il a rajouté une condition d'indépendance en exigeant que ces associations n'aient pas pour activité annexe la commercialisation de l'un des produits dont l'utilisation serait susceptibles d'avoir provoqué les préjudices dont l'action de groupe a vocation à obtenir l'indemnisation, alors même que seul l'agrément est requis pour intervenir, après accord de la victime, en défense de l'intérêt collectif des usagers du système de santé lorsque l'action publique a été mise en mouvement³²⁷⁵. De prime abord, une telle condition peut sembler plus redondante qu'incohérente au regard de la condition d'« indépendance » que les associations doivent déjà remplir pour être agréées. En effet, l'indépendance de l'association sur le plan financier doit être garantie, notamment, à l'égard des « des producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé »³²⁷⁶, ce qui

³²⁷² C'est le cas dans l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence (article L. 623-1 du code de la consommation), en matière de santé - où est d'ailleurs rajoutée une condition d'indépendance - (article L. 1114-2 du code de la santé publique), d'environnement (IV de l'article L. 142-3 du code de l'environnement) et pour certains groupements dans le cadre de l'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel (2° du IV de l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

³²⁷³ C'est ce critère qui est retenu par les dispositions relatives au cadre de commun (article 63 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; article L. 77-10-4 du code de justice administrative), mais aussi pour une partie des groupements pouvant introduire les différentes actions de groupe en matière de discrimination (I de l'article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; article L. 1134-7 du code du travail ; article L. 77-11-2 du code de justice administrative) et en matière de protection des données personnelles (1° du IV de de l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés). Cette condition peut être imposée aussi indirectement en ce qu'elle constitue pour les groupements l'une des conditions pour obtenir la qualité à laquelle le législateur s'est référé en leur ouvrant l'action de groupement. Indirectement, une condition d'ancienneté est, par exemple, requise pour les syndicats représentatifs dans la fonction publique puisqu'il est notamment exigé d'eux qu'ils soient « légalement constituées depuis au moins deux ans à compter de la date de dépôt légal des statuts » pour pouvoir se présenter aux élections professionnelles qui permettent d'attester de leur représentativité au sens du III de l'article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (1° de l'article 9 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

³²⁷⁴ Il en va ainsi pour certains groupements admis à exercer l'action de groupe en matière de protection de données à caractère personnel (3° du IV de l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail (article L. 1134-7 du code du travail) et si celle-ci est imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative (article L. 77-11-2 du code de justice administrative).

³²⁷⁵ Art. L. 1114-2 du code de la santé publique.

³²⁷⁶ Art. R. 1114-4 du code de la santé publique.

ne semble pas être le cas si elle entretient avec eux des relations commerciales. Toutefois, toute relation commerciale n'implique pas nécessairement une situation de dépendance sur plan financier et la Commission nationale d'agrément a encore rappelé que le seul financement par un laboratoire n'était pas rédhibitoire pour obtenir l'agrément mais que ses conséquences sur l'indépendance de l'association devaient s'apprécier de façon circonstanciée³²⁷⁷. En écartant tout risque de conflits d'intérêts, le législateur aurait donc renforcé cette exigence d'indépendance dans le cadre de l'action de groupe, quitte à compromettre l'articulation des voies de recours.

1326. L'agrément est aussi le seul critère qui a été retenu en matière environnementale puisque sont visées les associations de protection de l'environnement agréées en application de l'article L. 141-1 du code de l'environnement, qui peuvent déjà exercer l'action en représentation conjointe ou défendre directement un intérêt collectif supra-personnel identiques dans le cadre des actions organisées par le code de l'environnement et le code civil, ainsi que les associations dont l'objet statutaire comporte « la défense des victimes de dommages corporels » ou la défense « des intérêts économiques de leurs membres » qui bénéficient d'un agrément créé pour l'occasion³²⁷⁸. En revanche, alors même que l'action de groupe en cessation permet de défendre directement un intérêt identique à celui susceptible d'être défendu dans le cadre des actions organisée par les articles L. 142-1 et L. 142-2 du code de l'environnement et 1252 du code civil, la qualité pour agir n'a pas été reconnue aux autres groupements visés par ces dernières dispositions, quand bien même ils seraient eux-mêmes agréés³²⁷⁹ ou rempliraient une condition d'ancienneté³²⁸⁰ qui est suffisante dans le cadre d'autres actions de groupe.

1327. S'agissant de cet agrément *ad hoc*, dont le législateur ne voulait pourtant pas en matière de protection des données à caractère personnel et de lutte contre les discriminations³²⁸¹, il a vocation à s'appliquer à des associations dont l'objet statutaire n'a pas la même portée. Certaines pourront défendre

³²⁷⁷ Commission nationale d'agrément direction générale de la santé des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2016*, p. 9 : « La CNA [Commission nationale d'agrément] estime que le financement d'une association par un organisme privé à but lucratif, notamment un laboratoire, ne suffit pas à lui seul à justifier d'un refus d'agrément. Elle s'efforce de déterminer si la subvention est de nature à porter atteinte à l'indépendance de cette association. Tel est le cas lorsque la subvention atteint un niveau tel que sa suppression mettrait en péril la continuité du mandat social. Par exemple lorsque le pourcentage atteint 15 à 25 % du budget. Ce pourcentage peut cependant être dépassé lorsque plusieurs entreprises concourent au financement mais sans que ce type de financement devienne prépondérant (examen *in concreto*). Toutefois, même dans le cas où cette première condition est satisfaite, il y a lieu de procéder à un examen des "contreparties" exigées par l'organisme privé ».

³²⁷⁸ A l'origine, lorsque l'action de groupe en matière environnementale fut insérée dans le texte de loi, c'est une simple condition d'ancienneté qui était requise pour ces associations mais, à l'initiative du Gouvernement, elle fut remplacée par une condition d'agrément au cours des débats, sans être remise en cause dans le cadre d'autres actions de groupe.

³²⁷⁹ Il en va ainsi des fédérations départementales des associations agréées de pêche et de protection du milieu aquatique et des associations agréées de pêcheurs professionnels mentionnées à l'article L142-1 du code de l'environnement et indirectement aux articles L. 142-2 du code de l'environnement et 1252 du code civil.

³²⁸⁰ C'est le cas des associations de défense de l'environnement régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à compter à la date d'introduction de l'instance (art. 1248 du code civil) ou du fait dommageable (art. L 142-2 du code de l'environnement).

³²⁸¹ Auparavant, le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif avait mis en garde contre le choix d'une telle option pour filtrer les attributaires de la qualité pour agir qui « serait, sans nul doute, le plus sûr moyen de « tuer dans l'œuf » une telle initiative » (Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 21). En matière environnementale, il resterait toutefois possible de compter, au moins, sur les associations qui sont déjà agréées pour la protection de l'environnement, si tant est qu'elles ne soient pas rebutées par les autres conditions de mise en œuvre de l'action de groupe et la charge qu'elle représente.

les intérêts d'un cercle de personnes plus large que celui de leurs adhérents tandis que d'autres resteront cantonnées à la défense des intérêts individuels de ces derniers, et plus précisément leurs « intérêts économiques ». Or, de telles associations ont un objet statutaire finalement assez proche de celles admises à ester en justice devant les juridictions civiles dans le cadre de la jurisprudence des « ligues de défense ». Bien que le pouvoir réglementaire ait laissé entendre que le législateur avait autonomisé cette notion³²⁸², il semble qu'il faille entendre, de manière somme toute classique, la lésion de ces intérêts comme un synonyme du préjudice patrimonial³²⁸³. Le dispositif de l'action de groupe pourrait apparaître excessivement rigoureux pour ces associations qui leur permettrait, tout au plus, de faire bénéficier de leur action des personnes extérieures au cercle de leurs adhérents en déposant des conclusions aux fins d'injonction et donc contredire leur vocation initiale³²⁸⁴. D'autant plus que ces « ligues de défense » peuvent être des associations *ad hoc*³²⁸⁵ là où le code de l'environnement exige, entre autres, des associations demandant l'agrément qu'elles justifient à la date de leur demande d'une activité effective depuis trois ans au moins à compter de leur déclaration³²⁸⁶.

1328. Pour l'application de cette disposition législative évoquant des associations « agréées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État », le pouvoir réglementaire ne s'est d'ailleurs pas contenté de mettre en place un nouvel agrément, il a aussi étendu la liste des associations « réputées agréées pour exercer l'action de groupe en matière environnementale » aux associations agréées de consommateurs pouvant déjà exercer l'action de groupe en matière de consommation, et aux associations pouvant exercer les droits de la partie civile sur le fondement de l'article 2-15 du code de procédure pénale, c'est-à-dire les associations agréées ayant pour objet statutaire la défense des victimes d'accidents collectifs, mais aussi potentiellement les fédérations d'associations ayant le même objet qui sont régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et inscrites auprès du ministre de la justice et les fondations reconnue d'utilité publique qui, aux termes de l'article 2-15 du code de procédure pénale, peuvent « exercer les droits reconnus à la partie civile dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves ». Dans la mesure où l'article R. 142-11 se réfère aux « associations agréées », l'inclusion de ces fédérations et fondations peut toutefois être discutée puisque les premières ne bénéficient pas d'un agrément mais d'une inscription sur une liste et les secondes n'ont même pas la forme associative.

³²⁸² L'article R. 142-11 du code de l'environnement parle effectivement des « intérêts économiques » « au sens et pour application de l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement ».

³²⁸³ C'est en substance la définition que retenaient, par exemple, le rapport du groupe de travail présidé par Mme Yvonne Lambert-Faivre (Yvonne LAMBERT FAIVRE (dir.), *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, Ministère de la justice, 2003, p. 11-13) et, à sa suite, celui du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels qui était présidé par Jean-Pierre Dintilhac (Jean-Pierre DINTILHAC, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Ministère de la justice, 2006, p. 30).

³²⁸⁴ En empruntant cette nouvelle voie de droit qui leur permet de demander la cessation du manquement en sus de la réparation des préjudices qui en résulteraient, elles passeraient effectivement de la défense d'un intérêt collectif « égoïste » à celle d'un intérêt collectif « altruiste » pour reprendre la terminologie employée par M. Louis Boré dans sa thèse.

³²⁸⁵ Civ. 1, 27 mai 1975, Bull. civ I, n° 174.

³²⁸⁶ Art. R. 142-11 du code de l'environnement.

1329. Une telle extension soulève un certain nombre de questions. D'une part, sauf à considérer que le pouvoir réglementaire a outrepassé le cadre de son habilitation en leur ouvrant l'action, l'une comme l'autre de ces associations doivent être regardées comme des sortes d'associations « dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres » au sens et pour application du 1^o du IV de l'article L. 142-3-1 de l'environnement. Or, il ressort de la lecture des statuts des différentes associations auxquelles l'action a été ainsi étendue que les intérêts qu'elles ont pour objet de défendre peuvent être bien plus larges tant sur le plan matériel que personnel. D'autre part, pour chacune de ces deux formes de groupements, les conditions d'agrément n'ont pas été fixées par un décret en Conseil d'État. En effet, les conditions d'agrément des associations de défense des victimes d'accidents collectifs sont fixées par un décret simple³²⁸⁷. Quant aux fédérations, si elles devaient être effectivement incluses parmi les attributaires, elles ne sont pas à proprement parler agréées mais « inscrites » sur une liste « dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ». Il faudrait alors considérer que l'équivalence d'agrément admise par le décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 vaut comme un agrément « dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ».

1330. Enfin, l'agrément est aussi utilisé pour sélectionner une partie des groupements attributaires de la qualité pour agir dans l'action de groupe en matière de protection de données à caractère personnel. Reprenant sur ce point la proposition formulée par le Conseil d'État en 2014³²⁸⁸, le législateur l'a aussi ouverte, notamment, aux associations agréées de défense des consommateurs représentatives au niveau national.

1331. Dans ces différentes actions de groupe recourant à la condition d'agrément, le nombre de groupements susceptibles d'exercer l'action de groupe peut être plus ou moins important. Ainsi, s'agissant des associations agréées de consommateurs, il est regrettable que depuis la loi consommation, le législateur n'ait systématiquement attribué la qualité pour agir qu'à celles dont la représentativité a été reconnue au niveau national, laissant ainsi à une poignée de groupements le soin de défendre les intérêts individuels des consommateurs dans le cadre d'actions de groupe. Pourtant, en acceptant d'ouvrir l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence à certaines associations locales de défense des consommateurs dans une partie des collectivités d'outre-mer³²⁸⁹, il a lui-même reconnu qu'une telle restriction n'était pas pertinente³²⁹⁰, au moins au regard de la réalité du tissu associatif ultra-marin. Ces

³²⁸⁷ En l'occurrence le décret n° 2016-1455 du 28 octobre 2016 portant renforcement des garanties de la procédure pénale et relatif à l'application des peines en matière de terrorisme.

³²⁸⁸ Conseil d'État, *Étude annuelle - Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2014, p. 340.

³²⁸⁹ Art. L. 652-1 du code de la consommation : « dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et des îles Wallis et Futuna, les associations de consommateurs représentatives au niveau local peuvent également agir, dans les mêmes conditions que les associations mentionnées à l'article L. 623-1 ».

³²⁹⁰ Pour un panorama des critiques qui ont pu être adressées à ce texte : V. Louis-Julien ALEMAN, « Fin du monopole des associations nationales : vers une action de groupe démocratique ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, avril 2016, étude 4. Toutefois, la plupart des critiques répertoriées par l'auteur ne portent pas tant sur le choix de n'ouvrir l'action qu'aux

dispositions introduites par la loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer ne restreignent d'ailleurs pas expressément l'accès au juge aux seules associations agréées puisqu'elles visent « les associations de consommateurs représentatives au niveau local », ce qui ne renvoie finalement qu'à l'une des conditions nécessaires pour obtenir l'agrément³²⁹¹. Néanmoins, si l'auteur de l'amendement n'était guère plus précis lors des débats parlementaires, la rapporteure du texte le présenta tout de même comme n'ayant vocation qu'à viser les associations locales régulièrement agréées sur le fondement des dispositions du code de la consommation avant d'émettre l'avis favorable qui précéda son adoption³²⁹².

2- La condition d'ancienneté

1332. Après l'agrément, le critère de l'ancienneté est le plus utilisé par le législateur pour filtrer les attributaires de la qualité pour agir dans les procédures d'action de groupe. Il s'agit du seul critère employé dans la procédure de droit commun en matière de discrimination qui n'est ouverte qu'aux associations régulièrement déclarées depuis cinq ans dont l'objet statutaire comporte la défense d'un intérêt lésé par la discrimination en cause³²⁹³.

1333. C'est aussi l'un des critères employés pour filtrer les groupements dans l'action de groupe en matière de données à caractère personnel qui est ouverte notamment aux associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel³²⁹⁴ ainsi que dans les actions de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail et de discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative, qui sont ouvertes notamment aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans « intervenant » dans la lutte contre les discriminations ou « œuvrant » dans le domaine du handicap³²⁹⁵. Dans ces deux dernières procédures, en faisant le choix de ne pas se référer à l'objet statutaire - comme c'est pourtant le cas dans l'action de groupe de droit commun en matière de discrimination - la loi semble d'ailleurs imposer en réalité une condition d'activité effective.

1334. Pour retenir dans le cadre commun et l'ensemble de ces procédures cette durée de cinq ans à compter de la déclaration, le législateur semble s'être inspiré des dispositions régissant l'exercice de l'action civile par les groupements qui, lorsqu'elles l'encadrent avec une condition d'ancienneté,

associations dont la représentativité a été reconnue au niveau national mais plutôt sur le choix même d'un monopole associatif dans l'attribution de la qualité pour agir.

³²⁹¹ Là où d'autres dispositions du code de la consommation s'appliquant aux associations agréées de consommateurs, comme celles organisant la procédure d'action de groupe, évoquent les « association[s] de défense des consommateurs représentative[s] au niveau national et agréée[s] » (nous soulignons).

³²⁹² Amendement n° 5 adopté, 1^{ère} lecture du projet de loi d'actualisation du droit des outre-mer n° 2949, deuxième séance du jeudi 16 juillet 2015, Assemblée nationale.

³²⁹³ I de l'article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

³²⁹⁴ 1° du IV de l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³²⁹⁵ Art. 1134-7 du code du travail et L. 77-11-2 du code de justice administrative.

retiennent cette durée dans leur majorité³²⁹⁶. Il est toutefois regrettable qu'il ait aussi reproduit les lacunes d'une partie d'entre elles en omettant d'indiquer si le respect de cette durée doit être apprécié au jour du manquement ou de l'introduction de l'action.

3- Le recours indirect au critère de l'audience électorale

1335. A l'occasion de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, le législateur a élargi l'action de groupe à d'autres formes de groupements privés que les associations. En effet, il n'était pas envisageable que les syndicats fussent écartés des actions de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail et de discriminations imputables à un employeur et portées devant la juridiction administrative, qui sont d'ailleurs aménagées de telle sorte à ce que soit mis en avant le dialogue social avec l'employeur. Ainsi, sans aller jusqu'à reconnaître la qualité pour agir de toutes les organisations syndicales, comme c'est le cas pourtant dans d'autres actions en défense de l'intérêt collectif de la profession³²⁹⁷, le législateur a attribué la qualité pour agir aux seuls syndicats de salariés, de fonctionnaires et de magistrats de l'ordre judiciaire remplissant les critères légaux de représentativité³²⁹⁸.

1336. Ces mêmes organisations syndicales se voient aussi reconnaître la possibilité d'exercer l'action de groupe en matière de données à caractère personnel. Sur ce point, le législateur s'est encore inspiré de l'étude Conseil d'État qui, bien que cela ne ressorte pas de la proposition telle qu'elle est formulée à la fin de l'étude³²⁹⁹, incluait aussi les syndicats dans ses développements dès lors qu'étaient en cause les traitements des données de salariés mis en œuvre par l'employeur³³⁰⁰. Il ne l'a toutefois suivi qu'en partie puisque l'étude du Conseil d'État ne précisait même pas que ces syndicats devaient être représentatifs, estimant peut-être que la forme syndicale constituait déjà en soi une forme de représentativité reconnue par la loi³³⁰¹.

1337. Finalement, le législateur a réservé l'action à des groupements dont le trait commun est d'avoir fait la preuve, notamment, d'une certaine audience électorale auprès des personnes dont ils se sont donnés

³²⁹⁶ V. art. 2-1, 2-2, 2-3, 2-4, 2-5, 2-6, 2-8, 2-9, 2-10, 2-11, 2-12, 2-13, 2-15, 2-16, 2-17, 2-18, 2-19, 2-20, 2-22, 2-23 du code pénal ; art. L. 2223-1, L. 3515-7, L. 3355-1 du code de la santé publique ; art. L. 480-4 du code de l'urbanisme ; l'article L. 142-2 du code de l'environnement ; art. 48-1, 48-2, 48-3, 48-4, 48-5, 48-6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

³²⁹⁷ Art. L. 2132-3 du code du travail.

³²⁹⁸ Art. L. 1134 du code du travail ; art. L. 77-11-2 du code de justice administrative ; 3^o du IV de l'article 37 de la loi n^o 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³²⁹⁹ Conseil d'État, *Étude annuelle - Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2014, p. 340.

³³⁰⁰ Conseil d'État, *rapport.précit.*, p. 284, ndbp n^o 483.

³³⁰¹ Dans le même ordre d'idées, en se fondant sur le sixième et le huitième alinéa du préambule de 1946, le Conseil constitutionnel a présenté ces organisations syndicales comme ayant une « vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs » (CC, n^o 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, cons. n^o 8).

pour objet de défendre les intérêts³³⁰². Aussi louable que ce choix puisse apparaître, en ce qu'il permet notamment de s'assurer que la revendication de représentativité du groupement reçoive bien un écho auprès du groupe concerné, il conduit à limiter drastiquement le nombre de groupements habilités à agir.

B- Les limites des critères employés

1338. Alors même qu'il s'était contenté de vanter l'expertise - voire la sensibilité - particulière que les groupements privés auraient à l'égard des problèmes structurels pour disqualifier les personnes physiques, le législateur était tout de même bien conscient qu'il ne suffisait pas de réserver la qualité pour agir aux groupements d'intérêt collectif, ou même à certains d'entre eux, pour écarter tout risque d'abus ou éviter que cette nouvelle procédure ne connaisse le même sort que l'action en représentation conjointe. Sur ce point, les critères retenus pour sélectionner les groupements (1), et les maigres garanties obtenues de la part du législateur (2) n'incitent pas vraiment à l'optimisme.

1- La pertinence des critères retenus au regard des contraintes matérielles et financières

1339. Du point de vue des victimes, la restriction - parfois drastique - des groupements admis à agir n'est admissible que si elle permet de s'assurer qu'ils disposeront d'« une capacité suffisante, sur le plan des ressources financières, des ressources humaines et de l'expertise juridique, pour représenter plusieurs demandeurs au mieux de leurs intérêts »³³⁰³, pour reprendre les termes de la recommandation de la Commission. À cela, il conviendrait d'ajouter l'indépendance du groupement, qui est une condition que la recommandation n'évoque que de façon indirecte lorsqu'elle traite de l'absence de conflits d'intérêts en cas de financement par une tierce partie³³⁰⁴. Or, il est douteux que les différents critères de filtrage employés dans les procédures d'action de groupe permettent à eux seuls de satisfaire l'ensemble de ces exigences.

1340. Pour ce qui est de l'indépendance, elle n'est expressément requise que pour une poignée de groupements attributaires de la qualité pour agir³³⁰⁵ alors que les dispositions de la loi de modernisation du système de santé semblaient témoigner de l'importance que le législateur lui accordait. Elle peut

³³⁰² 5° de l'article L. 2121-1 du code du travail ; III de l'article 8 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; II de l'article 10-1 ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

³³⁰³ c) de l'article 4 de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

³³⁰⁴ Considérant n° 19 et a) de l'article 15 de de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

³³⁰⁵ Il s'agit en l'occurrence des seules associations agréées de défense des usagers du système de santé (art. L. 1143-1 et R. du code de la santé publique) et des organisations syndicales représentatives (2° de l'article 2121-1 du code du travail).

toutefois être regardée comme étant aussi garantie au travers de la condition, qui n'est pas imposée qu'à ces derniers groupements, tenant à l'existence d'un nombre suffisant - chiffrée ou non - de membres cotisants³³⁰⁶, en ce que celle-ci peut dénoter aussi bien la légitimité de la revendication de représentativité pour le groupe concerné qu'une certaine indépendance sur le plan financier.

1341. Il reste toutefois que cette condition ne constitue qu'un indice puisque rien n'indique la part que représente cette source de financement dans le budget du groupement. Le législateur a lui-même pu estimer, à tort à raison, que l'activité contentieuse de tels groupements n'était pas à l'abri de tout conflits d'intérêts. Ainsi, lors des débats parlementaires sur la loi égalité et citoyenneté, et avant que la jurisprudence civile ne commence à exclure l'applicabilité de l'action de groupe en matière de consommation au rapport locatif, la Commission spéciale de l'Assemblée nationale estimait qu'il était nécessaire de revenir sur le monopole accordée aux associations agréées et représentatives au niveau national dans la mesure où il constituait « un frein à l'introduction d'une action de groupe à l'égard d'un bailleur social ayant manqué à ses obligations légales, en raison de l'étroitesse des liens pouvant exister entre les bailleurs et les associations de défense des locataires »³³⁰⁷. Ainsi, avec la bénédiction du Gouvernement, qui en profitait pourtant pour souligner que « les premières actions de groupe qui ont abouti ont été lancées dans le logement social »³³⁰⁸, elle souhaitait que les locataires pussent contourner ces associations agréées dans les litiges relatifs au logement locatif social, ce qu'elle obtint lors de la première lecture du texte à l'Assemblée nationale mais elle ne parvint pas emporter ensuite l'adhésion du Sénat. S'agissant des groupements qui ne sont soumis directement qu'à une condition d'ancienneté, rien ne permet toutefois d'attester d'une telle indépendance, puisque ce critère ne permet même pas de rendre compte d'une quelconque acceptation et reconnaissance d'indépendance de la revendication de représentativité formulée par le groupement requérant par le groupe défendu.

1342. En revanche, cette condition d'ancienneté, qui est plus ou moins longue³³⁰⁹ et à laquelle presque tous ces groupements sont soumis directement ou indirectement, devraient permettre de remplir les

³³⁰⁶ C'est le cas des associations agréées de défense des consommateurs (3° de l'article R. 811-1 code de la consommation), des usagers du système de santé (art. R. 1114-3 du code de la santé publique), de l'environnement (2° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement et celles dont « l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres » (2° de l'article R. 142-11 du code de l'environnement) et des organisations syndicales représentatives (7° de l'article L. 2121-1 du code du travail).

³³⁰⁷ Marie-Anne CHAPDELAIN, Valérie CORRE, Razy HAMMADI, Philippe BIES, *Rapport n° 3851 fait au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 juin 2016, p. 527.

³³⁰⁸ *Ibid.* En réalité, la première action de groupe, qui fut celle du syndicat du logement et de la consommation de la confédération syndicale des familles (SLC-CSF) contre Paris Habitat-OPH au sujet de facturation de charges litigieuses, n'avait pas abouti à une condamnation mais à un règlement amiable (V. <http://www.capital.fr/economie-politique/succes-en-demi-teinte-pour-une-des-premieres-class-actions-a-la-francaise-1039658>).

³³⁰⁹ La durée d'existence à compter de la déclaration qui est exigée - directement ou indirectement - pour exercer l'action de groupe va ainsi de un an, pour les associations de défense des consommateur désirant être agréées, à cinq ans pour fédérations d'associations de victimes d'accidents collectifs, les associations ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel, intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap ou encore dont l'objet statutaire comporte la défense d'un intérêt lésé qui aurait été par une discrimination. Toutefois, tandis qu'il est précisé que le respect de cette condition d'ancienneté s'apprécie au jour de la demande d'agrément

exigences en termes d'expertise juridique. Certes, elle permet avant tout d'éviter toute instrumentalisation de la structure associative ou syndicale³³¹⁰ mais elle peut être aussi perçue comme un gage d'expérience, et par là même d'expertise, notamment sur le plan juridique, *a fortiori* lorsqu'il est exigé qu'ils rendent en plus compte d'une activité effective en faveur du groupe dont ils prétendent défendre les intérêts³³¹¹. En tout état de cause, l'obligation de représentation par un avocat a au moins l'avantage de pallier un éventuel déficit d'expertise en matière juridique. Cela est toutefois synonyme de frais supplémentaires pour des groupements dont rien n'indiquait qu'ils fussent déjà à même de supporter les contraintes d'ordre financier et matériel qu'implique la conduite de cette procédure.

1343. En effet, ces contraintes ne semblent avoir été prises en compte, et en partie seulement, que par l'attribution de la qualité pour agir à des groupements devant rendre compte d'un nombre suffisant - chiffrée ou non - de membres cotisants, puisque cela correspond finalement à un niveau suffisant de ressources financières. Néanmoins, comme pour l'indépendance, le respect de cette condition n'est en lui-même pas forcément probant pour apprécier le respect de cette exigence car les différents textes qui l'emploient ne préjugent pas, par exemple, du montant de ces cotisations. Du reste, l'expérience montre qu'il n'est pas toujours suffisant. En effet, dans le cadre de l'action en représentation conjointe, la qualité pour agir a déjà été reconnue à une partie de ces groupements qui avait alors tout de même pu être rebutée, notamment, par les contraintes organisationnelles de cette procédure. Cela s'est confirmé dans le cadre l'action de groupe indemnitaire qui, bien que permettant de faire l'économie de mandats pour engager l'action n'en reste pas moins potentiellement onéreuse et peut impliquer des contraintes organisationnelles, ne serait-ce que pour faire face aux adhésions dans l'hypothèse où une condamnation serait prononcée. Alors mêmes que les associations agréées de défense des consommateurs représentatives au niveau national peuvent apparaître comme les groupements présentant les meilleures

pour les associations de défense des consommateurs ou d'inscription pour les fédérations d'associations de victimes d'accidents collectifs, les textes sont muets sur ce point s'agissant des associations qui y sont soumises directement.

³³¹⁰ Finalement, les seuls groupements qui n'ont pas à rendre compte d'une telle condition sont les syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dont la représentativité n'est appréciée qu'à l'aune de leur audience électorale (II de l'article 10-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature) et les associations de défense des victimes d'accidents collectifs. En outre, elle peut aussi être neutralisée s'agissant des organisations syndicales d'agents publics qui n'ont pas à remplir cette condition d'ancienneté pour se présenter aux élections professionnelles lorsqu'elles sont affiliées à une union syndicale remplissant elle-même cette condition (2° de l'article 9 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires). Toutefois, dans l'ensemble de ces hypothèses, le risque de voir se constituer un groupement *ad hoc* au service d'une action de groupe abusive demeure plus qu'hypothétique puisque ces groupements doivent, en tout état de cause, obtenir un agrément ou participer à processus électoral pour gagner le droit d'exercer cette action.

³³¹¹ Il en va ainsi pour les associations agréées de défense des consommateurs (2° de l'article R. 811-1 code de la consommation), des usagers du système de santé (art. R. 1114-1 et R. 1114-2 du code de la santé publique), de l'environnement (1° de l'article R. 141-2 du code de l'environnement et celles dont « l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres » (1° de l'article R. 142-11 du code de l'environnement), les fédérations d'associations dont l'objet statutaire est la défense des victimes d'accidents collectifs visées à l'article 2-15 du code de procédure pénale (a) du I de l'article R1-1 du code de procédure pénale). C'est aussi le cas des organisations syndicales représentatives au titre de la condition « d'influence » (6° de l'article L. 2121-1 du code du travail), mais aussi des associations de défense des victimes d'accidents collectifs admises à exercer l'action de groupe en matière environnementale, bien qu'en évoquant des « garanties suffisantes d'une activité effective en vue de la défense des victimes de l'infraction, notamment par l'intervention d'un avocat », le 2° du I de l'article D. 1 du code de procédure pénale fasse plutôt référence à des activités futures de l'association.

garanties financières au regard de ce critère des membres cotisants³³¹², le rapport d'information de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale destinée à établir un premier bilan de la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation révélait que « seules deux d'entre elles disposent de moyens et d'une notoriété suffisants pour prendre en charge une telle procédure de manière efficace »³³¹³.

1344. En soi, il ne saurait être reproché au législateur de ne pas avoir décidé de reconnaître la qualité pour agir des seuls groupements à même de conduire cette action, en particulier dans son volet indemnitaire. Au reste, la recommandation de la Commission envisage elle-même que l'action puisse être financée par un tiers. Tout au plus, il est regrettable de relever que subsiste une partie des obstacles à l'action en justice que le législateur prétendait éviter en réservant la qualité pour agir aux groupements, révélant la faiblesse des arguments qui avait été avancés à l'époque pour évincer les personnes physiques. Il serait même discutable pour sélectionner ainsi les attributaires de la qualité pour agir, de sacrifier sur l'autel de l'efficacité l'idée d'une action « démocratique » au profit d'une action de groupe « oligarchique ». C'est toutefois devenu *de facto* le cas. En effet, si le législateur décide de ne pas retenir ce critère pour reconnaître la qualité pour agir, encore faut-il assurer dans le même temps que ces groupements disposent d'un soutien matériel et financier, à l'instar de ce que le législateur et le pouvoir réglementaire firent pour garantir l'expertise juridique en imposant, au moins en principe, la présence d'un professionnel du droit pour introduire l'action. Or, ce soutien se fait toujours attendre sur le plan matériel et financier.

2- La limitation des garanties

1345. Tout en louant l'action des groupements, ou même d'une partie d'entre eux, le législateur était lui-même bien conscient que le filtrage qu'il opérait ne suffirait pas à garantir la capacité effective de ces requérants, ni même nécessairement leur sérieux. Ainsi, il a veillé, en premier lieu, à ce que ces quelques groupements soient aussi encadrés lorsqu'ils manient les fonds reçus au titre de l'indemnisation des membres du groupement que ce soit par l'ouverture d'un compte à la Caisse des dépôts et consignations ou par l'intermédiaire du compte CARPA de l'avocat auquel ils feraient appel.

1346. En outre, pour ce qui est de la capacité matérielle et financière de ces groupements, le législateur a envisagé leur défaillance éventuelle en mettant en place un mécanisme de substitution permettant à un

³³¹² Pour obtenir un agrément au niveau national, ces associations doivent effectivement attester d'un nombre de membres cotisant individuellement au moins égal à 10 000, à moins qu'elles ne livrent « à des activités de recherche et d'analyse de caractère scientifique » (a) du 3° de l'article R. 811-1 du code de la consommation).

³³¹³ Damien ABAD, Philippe KEMEL, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 alinéa 1 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation n° 4139*, déposé le 19 octobre 2016, p. 19.

autre groupement, qui aurait aussi eu qualité pour agir, de demander au juge de reprendre l'action et de se substituer dans les droits d'un groupement défaillant³³¹⁴, ce qui suppose toutefois qu'il en ait été averti.

1347. Dans le même ordre d'idées, fut créé dans la loi relative à l'égalité et la citoyenneté un fonds de participation au financement de l'action de groupe, sur le modèle du fonds d'aide au recours collectif québécois. Toutefois, ce dispositif, issu d'un amendement parlementaire et promu par le Défenseur des droits³³¹⁵, n'a pas survécu au contrôle du Conseil constitutionnel³³¹⁶. En effet, le fonds devait être financé grâce à une majoration des amendes qui auraient été prononcées contre l'auteur du dommage par les juridictions pénales saisies d'action de groupe. Le jour où ces dispositions auraient été applicables³³¹⁷, elles auraient donc créé une différence de traitement injustifiée entre les défendeurs puisque le prononcé de la sanction aurait été en réalité tributaire du choix de la partie civile d'introduire l'action de groupe devant une juridiction civile ou pénale³³¹⁸.

1348. En sus de ces différents critères de filtrage, ces groupements doivent, en principe, remplir une condition d'adéquation, tant sur le plan matériel que territorial, entre l'intérêt visé par leur statut et le groupe de personnes auxquels le manquement a porté atteinte, que ce soit dans l'action en reconnaissance de droits individuels ou dans les différentes actions de groupe.

§2- L'ambivalence des finalités assignées à l'exigence d'adéquation

1349. Avant l'adoption de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, la condition d'adéquation n'avait été mise en œuvre qu'implicitement sur le plan matériel et imparfaitement sur le plan territorial

³³¹⁴Art. L. 623-31 du code de la consommation ; art. 81 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; art. L. 77-10-22 du code justice administrative.

³³¹⁵V. en ce sens la recommandation n° 5 formulée dans l'avis du Défenseur des droits n°15-23 du 28 octobre 2015, p. 6.

³³¹⁶CC, n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, cons. n° 129 à 134.

³³¹⁷L'action de groupe ne peut effectivement pas être exercée devant le juge pénal.

³³¹⁸Constatant que l'obstacle financier a pu effectivement constituer un frein au développement de l'action de groupe, la mission d'information sur le « bilan et les perspectives des actions de groupe » a néanmoins écarté cette idée de fonds de soutien au motif que son financement pourrait, comme l'augmentation des subventions à destination des associations habilitées à agir, heurter « l'objectif de maîtrise des dépenses publiques ». Il eût été pourtant intéressant d'envisager, par exemple, la mise en place d'un fonds abondé par une partie des recettes générées par les sanctions pécuniaires que certaines autorités non-juridictionnelles peuvent prononcer lorsqu'elles constatent un manquement rentrant dans le champ des différentes actions groupe, comme, par exemple, la CNIL en matière de protection des données personnelles. Néanmoins, pour sa part, la mission estime préférable de modifier l'article 700 du code de procédure civile afin d'« obliger les juridictions, lorsqu'elles allouent des indemnités à la partie gagnante au titre de l'article 700 du code de procédure civile, à prendre en considération les sommes réellement engagées par celle-ci, qu'il s'agisse notamment des honoraires d'avocat ou des coûts internes afférents à la procédure » (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration général de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 57). Outre le fait qu'elle omet alors les actions pouvant être engagées devant les juridictions administratives et qui peuvent s'avérer tout aussi onéreuses pour les groupements, la mission d'information ne propose pas vraiment de faire disparaître l'obstacle financier qui tient aussi, pour les requérants, à la part d'incertitude entourant l'issue de leur action et, le cas échéant, l'usage que le juge peut faire de la marge d'appréciation qui lui est dévolue par l'article 700 du code de procédure civile. Certes, la mission propose ensuite – ce qui ne semble alors pas pour elle contrevenir à l'objectif de maîtrise des dépenses publiques - d'« ajouter une disposition spécifique relative aux actions de groupe à l'article 696 du code de procédure civile tendant à faire supporter les dépens au Trésor public, en cas d'échec d'une action de ce type, lorsque celle-ci a été engagée sur des bases sérieuses ». Toutefois, il reste encore à déterminer ce que sont ces « bases sérieuses » et, en tout état de cause, cela ne concerne qu'une partie des frais dont les groupements déboutés risquent de s'acquitter.

dans le cadre des actions de groupe en matière de consommation et de santé. En effet, sur le plan territorial, elle est, par la force des choses, en partie neutralisée dans le cadre de l'action de groupe en matière de consommation puisque seules les associations représentatives au niveau national peuvent défendre les consommateurs en France métropolitaine et elle n'était pas évoquée en matière de santé, le législateur s'étant alors contenté de reprendre la formulation introduite par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 alors que cette nouvelle procédure était quant à elle ouverte à des groupements pouvant bénéficier d'agrément délivrés à des échelons territoriaux différents. Cette exigence d'adéquation est mentionnée explicitement par les dispositions régissant l'action en reconnaissance de droits individuels et le cadre commun des actions de groupe, dont relève désormais l'action de groupe en matière de santé.

1350. Dans la mesure où, dans le cadre de ces procédures d'actions de groupe, le législateur a décidé en amont de filtrer l'offre de représentation à la disposition des victimes, au point peut-être de la tarir, il faudrait attendre du juge qu'il fasse preuve de bienveillance au moment d'apprécier cette exigence d'adéquation. Néanmoins, il pourrait être reproché au législateur d'avoir fait preuve d'une rigueur sélective en traduisant cette exigence d'adéquation dans les dispositions organisant les actions de groupe relevant du cadre commun. En réalité, tout dépend de la question de savoir comment il convient d'interpréter les silences ponctuels de ces dispositions spéciales au sujet de cette exigence, c'est-à-dire comme un renvoi aux dispositions générales du cadre commun ou comme une éviction de ces dernières. Autrement dit, il s'agit de savoir s'il faut interpréter ces silences comme des antinomies conditionnant l'application de la règle de résolution des conflits que le législateur a lui-même fixée. Face aux laconismes des travaux préparatoires sur ce point, c'est encore le choix d'une interprétation fonctionnelle qui devrait l'emporter.

1351. À ce propos, la neutralisation de l'exigence d'adéquation peut certes apparaître de prime abord comme un formidable moyen d'accroître les possibilités d'action des groupements et de compenser le filtrage que le législateur a opéré. Force est toutefois de reconnaître qu'en dépit de ce premier écrémage des requérants visant à empêcher la constitution d'associations *ad hoc*, l'application de l'exigence d'adéquation ne devrait pas laisser sur le côté de la procédure une partie des bénéficiaires des normes dont elle permet d'obtenir la sanction dans la mesure où le législateur a tout de même veillé à ouvrir l'action à des groupements dont l'objet social est suffisamment général. En tout état de cause, ce n'est pas une telle interprétation qui permettrait de contenter les victimes ne se retrouvant pas dans l'offre de représentation à leur disposition. Surtout, elle serait aussi dans une certaine mesure regrettable puisque l'exigence d'adéquation n'est pas simplement une garantie pour les personnes qui pourraient être mises en cause par les groupements mais aussi pour celles dont ils aspirent à défendre les intérêts. En effet, elle

ne permet pas simplement de contenir les hypothétiques velléités de certains d'entre eux, mais aussi de garantir une meilleure défense des intérêts des membres du groupe qu'ils prétendent représenter³³¹⁹.

1352. Cette mention ponctuelle de l'exigence d'adéquation montre que le législateur a été en réalité plus soucieux de ménager le pré carré de certains groupements, en se servant d'elle pour leur reconnaître un champ d'intervention exclusif. Ainsi, au sein des procédures d'action de groupe relevant du cadre commun une ligne de fracture apparaît sur ce point entre celles faisant intervenir notamment les organisations syndicales représentatives et celles ne les faisant pas intervenir. Dans le premier cas, la condition d'adéquation est dévoyée (A) et, dans le second, elle est - au moins en apparence - négligée (B).

A- L'exigence d'adéquation dévoyée

1353. S'il était compréhensible que les syndicats se vissent reconnaître la qualité pour agir lorsque les intérêts des personnes qu'ils ont pour mission de défendre sont spécialement lésés par un manquement, rien n'imposait que ce fût à titre exclusif. Or, que ce soit dans le cadre des procédures spéciales en matière de discrimination (1) ou en matière de protection des données à caractère personnel (2), l'exigence d'adéquation a été aménagée de telle façon que les groupements spécialisés soient neutralisés au profit des seuls syndicats et, potentiellement, au détriment des personnes auxquelles elles sont pourtant censées bénéficier.

1- L'exigence d'adéquation dans les procédures spéciales d'action de groupe en matière de discrimination

1354. L'exigence d'adéquation apparaît clairement comme un moyen de ménager la susceptibilité des organisations syndicales dans les procédures spéciales d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations. Ainsi, dans l'actions de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail, les syndicats représentatifs sont les seuls compétents pour défendre les salariés ou les candidats à une période de formation en entreprise, comme les syndicats représentatifs de fonctionnaires et de magistrats de l'ordre judiciaire s'agissant des agents publics et des candidats à une période de formation dans le cadre de l'action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative. Lorsqu'elles prirent part aux réflexions sur l'introduction d'action collective en la matière, ces organisations syndicales ne semblaient guère favorables à une action

³³¹⁹ En raison de l'intégration de l'action de groupe en matière de santé au cadre commun applicable devant les juridictions administratives et judiciaires, il ne devrait donc plus y avoir de doute sur le point de savoir si cette exigence d'adéquation s'applique aussi sur le plan territorial, du moins s'il n'y a pas d'éviction des dispositions générale sur ce point.

concurrente des associations de lutte contre les discriminations³³²⁰. La reconnaissance d'une qualité pour agir exclusive était alors justifiée par la connaissance de l'entreprise, ou de l'administration, que requerrait la défense des salariés ou des agents publics contre les discriminations³³²¹.

1355. Il faut toutefois noter que le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique en départageant ensuite le champ d'intervention respectif de ces différentes organisations syndicales pour défendre les salariés et agents publics, ce qui laisserait entendre qu'il ne leur est pas interdit de défendre des personnels qui ne sont pas visés par leur statut et, par là même, élargirait le champ d'application personnel de l'action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative. La priorité était alors semble-t-il bien de les distinguer d'autres formes de groupements qui disposeraient pourtant aussi d'une forme d'expertise en la matière. Néanmoins, il eût été envisageable de leur ouvrir aussi la défense des salariés et agents publics, au moins pour pallier l'éventuelle carence des organisations syndicales en matière, ce que le Défenseur des droits craignait³³²² et que le rapport *Pécaut-Rivolier* envisageait d'ailleurs lui-même en recommandant d'ouvrir l'action au ministère public.

1356. Dans la mesure où cette dernière option ne fut finalement pas retenue, la qualité pour agir en faveur de ces groupes pouvait très bien être aussi attribuée à certaines associations, au moins celles qui peuvent déjà exercer une action de substitution pour le compte, notamment, d'un salarié c'est-à-dire les

³³²⁰ Une forme de méfiance de la part des organisations syndicales s'exprimait lors des auditions par la mission conduite sous l'égide Mme Laurence Pécaut-Rivolier. Pour la Confédération française démocratique du travail (CFDT), par exemple, la *class action* en matière de discrimination collective risquait de représenter « un marché offert aux associations qui n'agiront que sur le terrain indemnitare » (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.*, p. 150). De même, la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC), qui soulignait au passage que la mise en place d'une action de groupe en matière de discrimination n'était que le fruit d'un « lobbying » associatif, estimait qu'il y avait un risque, en permettant à des associations de lutte contre les discriminations d'agir, de voir proliférer les « chasseurs de discriminations » (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.* p. 161). C'était toutefois plus les associations *ad hoc* qui étaient alors stigmatisées. Parmi les organisations syndicales auditionnées, seule la Confédération française de l'encadrement (CFE) et la Confédération générale des cadres (CGC) ne semblaient pas farouchement hostiles à l'intervention de ces organisations extérieures à l'entreprise pourvu toutefois qu'elles travaillaient en synergie avec les organisations syndicales (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.* p. 145-146).

³³²¹ C'est pour ce motif que le rapport *Pécaut-Rivolier* avait, en son temps, exclu les associations de lutte contre les discriminations de la liste des attributaires potentiels de la qualité pour agir dans sa proposition d'action collective. Actives dans le domaine de la lutte contre les discriminations, elles risqueraient d'introduire des actions « sans nécessairement prendre en compte les actions internes déjà initiées par l'entreprise » ainsi que « la volonté collective des salariés » (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.* p. 102). Finalement, le rapport ne mentionnait parmi les attributaires potentiels de la qualité pour agir que les organisations syndicales représentatives, auxquelles il a pu d'ailleurs être reproché de ne pas non plus prendre nécessairement en compte cette « volonté collective » des salariés, et le procureur de la République qui pourrait pallier la carence éventuelle de ces dernières (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.* p. 103). Toutefois, il faut reconnaître que leur légitimité est renforcée par « les nouvelles règles de représentativité qui reposent désormais sur une procédure électorale », ainsi que le soulignait le rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise qui, pour sa part, n'entendait pas pour autant exclure les associations de la procédure (Jean-Christophe SCIBERRAS, Philippe BARBEZIEUX, *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Paris, Ministère du travail, de l'emploi et du dialogue social, mai 2015, p. 22). Bien que les auteurs du rapport n'aient eu alors en tête que les syndicats de salariés, leur remarque était tout à fait transposable aux organisations syndicales d'agents publics depuis la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique. Pour autant, comme en attestent les propositions formulées dans ce dernier rapport, la reconnaissance d'une telle expertise et d'une telle légitimité n'empêche pas d'admettre que l'action d'associations spécialisées peut constituer un complément appréciable.

³³²² Il avait effectivement mis en cause, à plusieurs reprises, leur faible intérêt pour les discriminations autres que syndicales (avis n°15-13 du 2 juin 2015 du Défenseur des droits, p. 2 ; avis n°15-23 du 28 octobre 2015 du Défenseur des droits, p. 5 ; avis n° 16-10 du 7 avril 2016 du Défenseur des droits, p. 4).

« associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap ». Le risque de carence, qui ne serait d'ailleurs pas nécessairement causé par un désintéret réel ou supposé des organisations syndicales pour ces questions, aurait été ainsi réduit sans que celui d'abus, qui est associé aux associations *ad hoc*, s'en trouvât dans le même temps augmenté. Cela pourrait même paraître encore excessif pour ce qui concerne l'action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant le juge administratif compte tenu des conditions posées à l'exercice de l'action en reconnaissance de droits qui s'en trouve par là même valorisée. Tout en respectant strictement l'exigence d'adéquation, rien n'exclurait que dans le cadre de cette dernière, des agents publics se constituent en association *ad hoc* pour mettre en cause leur employeur et obtenir la reconnaissance de droits individuels qui leur seraient refusée pour des motifs discriminatoires par exemple. Ils obtiendraient même un résultat plus satisfaisant que celui d'une action de groupe, qui est d'ailleurs ici tournée en priorité vers la cessation du manquement, au terme d'une procédure plus simple et plus rapide. Certes, ils ne pourraient alors obtenir la réparation de préjudices mais les restrictions matérielles comme temporelles du préjudice indemnisable réduisent finalement la valeur ajoutée qui pourrait être reconnue à la procédure d'action de groupe.

1357. Si les associations de lutte contre les discriminations ont finalement obtenu la reconnaissance de leur qualité pour agir dans ces deux procédures d'action de groupe, ce ne fut qu'à titre résiduel et non-exclusif pour défendre les candidats à un emploi, à un stage ou une période de formation³³²³. À l'égard des groupes dont la défense est confiée à la seule vigilance de leur défenseurs dits « naturels », la loi « Egalité et citoyenneté », qui fut amendée à l'initiative du Gouvernement alors même que l'encre sur le décret de promulgation de la loi de modernisation de la justice n'avait pas fini de sécher, leur a simplement reconnu la possibilité d'« aider » les organisations syndicales représentatives³³²⁴ si jamais elles en font la

³³²³ Ce faisant, la loi se rapproche plus sur ce point de la proposition n° 17 qui avait été formulée par le groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations dans l'entreprise dans son rapport (Jean-Christophe SCIBERRAS, Philippe BARBEZIEUX, *rapport.précit.*, p. 24) qui était moins hostile à l'intervention d'associations luttant contre les discriminations, peut-être parce qu'il était justement composé de certaines d'entre elles (V. « Annexe 1-composition du groupe de dialogue »). Ici, le législateur n'a visiblement pas estimé que le manque d'implantation au sein de l'entreprise ou de l'administration constituait un obstacle dirimant pour admettre leur action. Or, il pouvait alors être objecté que, comme pour la défense des salariés dans le déroulement de leur carrière, l'introduction d'une telle action suppose aussi une connaissance de mesures internes à l'entreprise, de ses politiques de recrutement par exemple. Il ne se serait alors pas simplement agi de pallier une éventuelle carence des organisations syndicales, ni même de garantir une forme de cohérence avec les dispositions leurs ouvrant la possibilité d'exercer des actions de substitution mais aussi de garantir la conventionnalité du dispositif. À cet égard, l'avis du 7 avril 2016 du Défenseur des droits - qui était visiblement plus sensible aux revendications émanant des milieux associatifs - sonnait comme un avertissement puisqu'il estimait qu'il n'était pas exclu que la procédure d'action de groupe fût regardée comme rentrant dans le champ du second paragraphe de l'article 9 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et que la Cour de justice de l'Union européenne « considér[ât] que ces dispositions imposent de permettre à ces associations d'engager des actions de groupe dans le domaine de l'emploi, dès lors qu'une telle action est prévue par la législation d'un État membre » (avis n° 16-10 du 7 avril 2016 du Défenseur des droits, p. 4). Toutefois, ces directives, qui n'ont pas trait au traitement de litiges collectifs, avaient déjà fait l'objet d'une transposition et ces nouvelles dispositions n'avaient ni pour objet ni pour effet d'empêcher les associations d'exercer les actions qui leur avaient été précédemment ouvertes. Preuve sans doute de sa fragilité, cet argument d'inconventionnalité est absent de l'avis n° 20-01 qu'il rendit le 5 février 2020 après son audition par la mission d'information de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le bilan et les perspectives des actions de groupe.

³³²⁴ Art. 212 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

demande - ce qui semble peu probable compte tenu des réticences qu'une partie d'entre elles auraient manifestées à cette seule idée³³²⁵ - et uniquement dans le cadre de l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail³³²⁶.

1358. Pour ce qui concerne les associations admises à exercer l'action de groupe dans ces domaines, le législateur n'a pas même pris la peine de préciser leur condition d'action à l'égard des groupes dont elles peuvent défendre l'intérêt. En soi, cela importe peu s'agissant des associations intervenant dans la lutte contre les discriminations puisqu'eu égard à leur objet social, c'est-à-dire la défense des victimes de discrimination, l'exigence d'adéquation serait, en partie, implicitement réalisée. En revanche, s'agissant des associations « œuvrant dans le domaine du handicap », le législateur a réussi l'exploit, grâce à une rédaction aussi lacunaire, de leur offrir un champ d'intervention qui est, *a priori*, à la fois trop restreint et potentiellement trop large par rapport à leur objet social. En effet, alors qu'il leur est interdit d'agir au profit de salariés ou d'agents publics discriminés en raison de leur handicap, ces groupements pourraient très bien agir au profit de candidats à un emploi qui auraient subis une discrimination fondée sur un autre motif. Dans le cas contraire, qui est le plus plausible au terme d'une interprétation fonctionnelle, la compétence de ces dernières ne serait que résiduelle - et partagée - par rapport à celle des associations intervenant dans la lutte contre toutes les discriminations.

1359. Même si la répartition des champs d'intervention des différents groupements admis à agir apparaît relativement plus lisible en matière de protection des données personnelles, l'usage qui est fait de la condition d'adéquation pour organiser l'exercice de cette action de groupe est tout aussi discutable.

2- L'exigence d'adéquation dans la procédure d'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel

1360. Dans le cadre de l'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel, les organisations syndicales représentatives « peuvent seules » agir lorsque le manquement « affecte les intérêts des personnes que les statuts de ces organisations les chargent de défendre »³³²⁷. Telle qu'elle est formulée ici, l'exigence d'adéquation permet donc de délimiter aussi plus clairement le champ d'action des différentes organisations syndicales. Il faut déduire de la combinaison avec les dispositions renvoyant à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 que seuls les fonctionnaires civils peuvent bénéficier de l'action de groupe et que, parmi ces derniers, les agents publics soumis à un statut autonome - exception faite des

³³²⁵ V en ce sens l'intervention de M. Razzy Hammadi lors de la séance du 23 novembre 2016 (Assemblée nationale, *Compte rendu intégral de la 1^{ère} séance du 23 novembre 2016*, JORF, p. 7800).

³³²⁶ Finalement, tout ce que parvient à faire une telle disposition, qui contrairement à ce qu'avancait le rapport de la Commission spéciale du Sénat ne permet pas aux associations « d'initier une action de groupe dans le monde de l'entreprise » (Dominique ESTROSI SASSONE, Françoise GATEL, *Rapport n° 187 (2016-2017) fait au nom de la commission spéciale*, déposé le 6 décembre 2016, p. 27), c'est briser l'effet miroir qui existait entre les dispositions du code du travail et celles du code de justice administrative organisant les procédures spéciales d'actions de groupe en matière de discrimination.

³³²⁷ 3° du IV de l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

magistrats de l'ordre judiciaire - sont exclus. Par mimétisme, le législateur a aussi réservé, au moyen d'une formulation similaire, un champ d'intervention exclusif aux associations agréées de défense des consommateurs qui « peuvent seules » exercer l'action « lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs »³³²⁸. En dépit de cet effort du législateur pour délimiter le champ d'intervention des différents groupements admis à agir, il n'est pas évident de voir dans quelles hypothèses les salariées et agents publics ainsi que les consommateurs pourraient être regardées comme étant spécialement et exclusivement affectés par un manquement aux règles encadrant le traitement des données personnelles.

1361. En premier lieu, les personnes physiques pourraient être regardées comme étant affectées en tant que consommateurs ou travailleurs - au sens large - lorsque les données personnelles traitées sont simplement relatives à ces deux activités³³²⁹. Il n'est alors pas à exclure qu'une même opération de traitement concernent ces deux types de données personnelles³³³⁰, ce qui permettrait à ces deux types de groupements, dont les champs d'intervention sont présentés comme étant exclusifs par le législateur, d'intervenir concurremment. Surtout, à proprement parler, le manquement aux règles encadrant le traitement des données personnelles n'affecte alors pas nécessairement les conditions dans lesquelles ces personnes exercent les activités permettant de les classer dans ces différents groupes d'intérêt, c'est-à-dire l'exercice d'une profession ou un acte de consommation. En revanche, elles pourraient l'être lorsque le traitement des données personnelles est en lien précisément avec ces activités censées les caractériser³³³¹. Cela voudrait alors dire que le législateur, comme dans les actions spéciales en matière de discrimination ou l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence, a entendu réserver la possibilité aux seules organisations syndicales représentatives de mettre en cause les manquements d'un employeur public ou privé en tant que responsable d'un traitement de données - ou de son sous-traitant - ayant affecté des salariés ou des agents publics, et à certaines associations agréées de défense des consommateurs ceux qui sont imputables à un professionnel agissant comme responsable de traitement des données - ou à son sous-traitant - ayant affecté ses clients. Cette dernière option apparaît en outre comme étant la seule viable pour envisager la reconnaissance d'un champ d'intervention exclusif à l'un et l'autre de ces types groupements. Enfin, cela irait dans le sens de la proposition qu'avait faite le Conseil d'État dans son rapport annuel puisqu'il envisageait que les organisations syndicales puissent agir - sans

³³²⁸ 2° du IV de l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³³²⁹ Il en irait ainsi, par exemple, d'une enquête d'opinion recueillant des informations sur la profession exercée par les personnes sondées qui seraient elles-mêmes susceptibles d'être identifiées par le recoupement d'autres informations.

³³³⁰ Ce serait le cas, par exemple, d'une enquête sur des habitudes de consommation prenant en compte comme paramètre la profession des personnes interrogées.

³³³¹ La gestion des ressources humaines ou la tenue d'un fichier client implique effectivement un traitement de données personnelles.

préciser d'ailleurs si cela devait être ou non à titre exclusif - « s'agissant des traitements de données des salariés mises en œuvre par les employeurs »³³³².

1362. Quant aux associations auxquelles l'action fut aussi ouverte, en l'occurrence celles ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel, elles n'ont finalement qu'un champ d'intervention résiduel. Comme pour les associations de lutte contre les discriminations dans le cadre des actions spéciales en matière de lutte contre les discriminations, la reconnaissance aux profits de ces associations d'une compétence générale, et au moins concurrente s'agissant de certains manquements, aurait donc été plus en phase avec, d'une part, leur propre objet social mais aussi, d'autre part, l'intérêt des victimes. En effet, il eût peut-être été préférable de reconnaître un champ d'intervention général à ces groupements dans la mesure où ce n'est pas tant la qualité distinguant des victimes du manquement qui justifie la reconnaissance de leur qualité pour agir ni même celle de la personne auquel il est imputable, mais bien le manquement lui-même, sa technicité et l'objet des normes dont il s'agit d'obtenir la sanction. Certes, là encore, il pouvait être avancé que les syndicats, en raison de leur connaissance du fonctionnement interne de l'entreprise ou de l'administration, sont les mieux informés des mesures prises par un employeur en matière de traitement des données personnelles. Toutefois, là encore, cela n'empêchait pas d'envisager une synergie entre les organisations syndicales et les associations, sauf à voir dans ces derniers groupements, qui sont aussi soumis à une condition d'ancienneté censée attester de leur sérieux, des éléments perturbateurs pour le fonctionnement interne de l'entreprise ou de l'administration. D'autant plus que les arguments avancés au soutien du monopole syndical en matière de lutte contre les discriminations ne sont pas nécessairement transposables en matière de protection des données dans la mesure où le manquement qu'il s'agit de détecter et de faire sanctionner peut très bien être externalisé lorsqu'il est en réalité imputable non pas à l'employeur responsable du traitement des données mais à son sous-traitant. Enfin, rien ne justifiait que le législateur appliquât la même logique d'éviction s'agissant de la défense des consommateurs, en réduisant d'ailleurs au passage considérablement l'offre de représentation à la disposition de ces derniers.

B- L'exigence d'adéquation négligée

1363. Le problème se pose en termes similaires dans le cadre de la procédure générale d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations qui fait intervenir en partie les mêmes groupements puisqu'en sus d'une partie des associations luttant contre les discriminations et œuvrant dans le domaine du handicap, il a été estimé qu'il était ici nécessaire d'ouvrir l'action à d'autres associations défendant l'intérêt d'un groupe en particulier. L'exigence d'adéquation n'est alors pas non plus imposée explicitement aux

³³³² Conseil d'État, *Étude annuelle - Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2014, p. 284. Il était, en revanche, muet quant aux conditions d'intervention des associations agréées de consommateurs.

deux premières mais seulement aux groupements qui, sans avoir nécessairement pour objet la lutte contre les discriminations, verraient l'un des intérêts qu'elles ont pour objet de défendre, lésé par une pratique discriminatoire en particulier. Dans l'éventualité où un groupe de victimes caractérisé par le motif discriminatoire ne trouverait pas un groupement ayant pour objet de défendre son intérêt en particulier, il devrait alors, compte tenu de la condition d'ancienneté empêchant la constitution de groupement *ad hoc*, compter sur l'activisme des groupements spécialisés dans la lutte contre les discriminations.

1364. Dans cette hypothèse, comme cela fut dit s'agissant des procédures spéciales, il subsisterait tout de même une forme d'adéquation entre l'objet du groupement et l'intérêt lésé puisque ce qui caractérise alors le groupe défendu ce ne serait pas tant le motif de discrimination que la qualité de victime d'une pratique discriminatoire. Le motif de la pratique discriminatoire important peu, rien n'interdirait alors à ces associations de lutte contre les discriminations de défendre les intérêts de personnes victimes de discriminations à raison de leur appartenance syndicale qui - hypothèse d'école - ne seraient pas le fait de leur employeur sans que leur propre syndicat ne puisse intervenir puisqu'en matière de lutte contre les discriminations, le législateur a cantonné leur intervention en se référant à un type particulier de relation sans considération aucune pour les motifs discriminatoires³³³³.

1365. S'agissant des associations « œuvrant dans le domaine du handicap », l'absence éventuelle d'une exigence expresse d'adéquation matérielle poserait alors le même problème que dans le cadre des procédures spéciales d'actions de groupe en matière de lutte contre les discriminations, à ceci près que si elle trouvait à s'appliquer ici, il faudrait en plus s'interroger sur l'intérêt qu'il y avait à leur réserver un traitement spécial. La mention de ces groupements, qui semblaient justifiée par la volonté d'assurer un semblant de cohérence avec les dispositions du code du travail organisant l'action de substitution en matière de lutte contre les discriminations, se révélerait effectivement superfétatoire dans la mesure où leur capacité d'intervention serait identique à celle de ces associations, dont elles ne sont finalement qu'une espèce, qui sont soumises à la même condition d'ancienneté et qui doivent démontrer que l'un des intérêts qu'elles défendent a été lésé par une discrimination affectant un groupe de personnes en particulier.

1366. C'est en matière environnementale, où les organisations syndicales n'interviennent pas non plus, que le législateur et le pouvoir réglementaire ont finalement fait preuve du plus de relâchement. Reprenant la même structure que l'article 37 - anciennement 43 *ter* - de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement liste les groupements qui sont les seuls admis à exercer l'action sans toutefois préciser, dans un cas comme dans l'autre, s'il convient de tenir compte de la consistance du groupe défendu ou du type de relation unissant les victimes et la personne mise en cause. Quant aux articles R. 142-10 et R. 142-11 du code de l'environnement, ils ne sont guère plus éclairants sur ce point.

³³³³ La forme syndicale de ce groupement, qui serait pourtant lui-même indirectement affecté par de cette discrimination, jouerait alors contre lui puisqu'il ne saurait être regardé comme une « association » dont l'un des intérêts serait lésé.

Par exemple, les dispositions ouvrant l'action notamment à certaines associations agréées de défense des consommateurs ne précisent pas, à l'instar de celles du 2° du IV de l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, qu'elles ne peuvent agir que dans l'hypothèse où le dommage environnemental a affecté des consommateurs. Plus largement, le législateur n'a pas précisé les conditions dans lesquelles les « associations, agréées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres » peuvent agir, sans qu'il soit d'ailleurs possible de savoir exactement à quel genre de groupements - ceux « dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels » ou ceux dont l'objet comporte « la défense des intérêts économiques de leurs membres » - les associations agréées de consommateurs peuvent être rattachées.

1367. Or, dans l'hypothèse où l'exigence d'adéquation devrait être effectivement appliquée, il est à craindre que ces derniers groupements ne puissent, compte tenu des termes employés pour désigner leur objet statutaire, exploiter tout le potentiel indemnitaire de cette procédure et qu'il y ait une dispersion des procédures indemnitaires en présence d'un même dommage environnemental. En effet, alors qu'il serait possible pour une association de protection de l'environnement d'obtenir la réparation de l'ensemble des préjudices résultant de dommages corporels comme matériels résultant d'un dommage environnemental, une partie de ces groupements ne pourrait agir que pour défendre les personnes physiques victimes de dommages corporels, tandis que les autres ne pourraient agir que comme des « ligues de défense » à objet réduit, c'est-à-dire en défense des « intérêts économiques » de leurs membres. Autrement dit, en appliquant cette exigence d'adéquation en matière environnementale, l'action de groupe permettrait, dans un cas, d'obtenir la réparation de l'ensemble des préjudices résultant des seuls dommages corporels et, dans l'autre cas, uniquement de préjudices patrimoniaux sans considération pour le dommage dont ils résulteraient, pourvu toutefois que les personnes ayant été affectées soient membres du groupement requérant. À cela il faudrait ajouter, en interprétant l'article R. 142-10 du code de l'environnement à la lumière des dispositions organisant le cadre commun devant les juridictions administratives et judiciaires, une restriction quant à la qualité des personnes dont les intérêts ont été lésés lorsque l'action est engagée par une association agréée de défense des consommateurs. Quant aux victimes ayant éventuellement subis des préjudices extrapatrimoniaux résultant de dommages matériels consécutifs à un dommage environnemental, elles ne seraient pas totalement laissées à l'abandon puisqu'elles devraient pouvoir compter sur les associations agréées de protection de l'environnement.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

1368. L'analyse des exigences de filtrage directes applicables aux nouvelles actions collectives permet finalement d'observer à une échelle réduite le même phénomène que lors de l'analyse des différentes

exigences de filtrages applicables aux formes d'actions collectives préexistantes, à savoir un amoncellement d'exigences disparates et parfois incohérentes qui est ici d'autant plus surprenant - et regrettable - qu'il s'agit de formes d'action collectives similaires et de textes qui furent adoptés à quelques années d'écart, voire concomitamment pour certains. Il apparaît à nouveau que la volonté affichée du législateur de garantir une protection optimale des intérêts collectifs peut servir de paravent à d'autres intérêts et s'avérer en réalité préjudiciable à leur garantie effective.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

1369. Comme s'il ne lui suffisait pas d'avoir en partie neutralisé ces nouvelles actions en définissant leur objet et leur champ d'application, le législateur a considérablement réduit le vivier des requérants admis à s'en servir sans d'ailleurs que cela ne se justifie nécessairement eu égard tant à la nature des intérêts que ces procédures permettent de défendre qu'aux critères retenus pour les sélectionner³³³⁴. Finalement, les seuls bénéficiaires d'une telle limitation sont les groupements attributaires de la qualité pour agir dont le statut de représentants légitimes de certains intérêts collectifs s'est trouvé conforté, les débats autour de l'attribution de la qualité pour agir dans le cadre de ces nouvelles actions collectives illustrant bien les enjeux de pouvoir dont le jurislature tient compte dans la formulation de revendications de représentativité.

³³³⁴ La mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe a d'ailleurs pu constater qu'il s'agissait de l'un des freins aux développements des actions de groupe. C'est pourquoi, sans remettre en cause le monopole des groupements dans l'exercice de ces nouvelles actions collectives, elle souhaite, dans le cadre de la refonte du régime de l'action de groupe qu'elle propose, ouvrir l'action aux « aux associations dont l'objet social inclut celui du litige et ayant au moins deux ans d'existence » ainsi qu' « aux associations *ad hoc* composées d'au moins cinquante personnes physiques ou d'au moins dix entreprises constituées sous la forme de personnes morales et ayant au moins deux ans d'existence » (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 46). Néanmoins, les propositions qu'elle fait, dans le même temps, sur le financement des actions de groupe ne permettent pas de garantir que ces groupements, plus nombreux, soient bien en mesure d'introduire et de conduire de telles actions (cf. *Supra*, n° 1347).

CHAPITRE 2 : Les nouvelles actions collectives à l'épreuve du cadre supra-législatif de l'action collective

1370. Comme les autres formes d'actions collectives, celles mises en place par le législateur à compter de 2014 se trouvent mises au service d'un objectif de bonne administration de la justice ou, plus précisément, de régulation des flux contentieux. C'est ce que montre l'étude du déroulé de leurs procédures qui sont toujours découpées en plusieurs phases, dont deux au moins sont extra juridictionnelles, et desquelles émerge la figure d'un juge planificateur dont l'intervention est censée demeurer subsidiaire tant pour les groupements que pour les membres du groupe défendu (Section 1). Sans être parvenu à satisfaire pleinement cet objectif, le législateur a néanmoins réussi, en innovant, à se mouvoir dans le cadre supra-législatif garantissant les droits des personnes défendus comme de celles susceptibles de se trouver en position défendeur, du moins selon le Conseil constitutionnel qui en a quelque peu ajusté les contours à l'occasion du contrôle des lois instaurant ces nouvelles actions collectives (Section 2).

SECTION 1 : Les nouvelles actions collectives mises au service de la bonne administration de la justice

1371. Même s'il ne lui revient pas d'apprécier de façon contextualisée la « représentativité » des requérants et d'autoriser l'action au terme d'une phase de certification, le juge n'en n'occupe pas moins un rôle prépondérant dans les nouvelles procédures d'action collective. Le législateur français ne déroge ainsi pas à ce qui semble être, comme le montre l'observation des modèles étrangers, une loi universelle qui s'impose aux procédures permettant de défendre des intérêts personnels homogènes et apparaît comme l'une des garanties de l'impératif d'efficacité présidant à leur création. En effet, la complexité des litiges qu'elles permettent de résoudre impose un effort de gestion supplémentaire au juge. Le législateur en a ainsi fait le rouage essentiel de ces procédures dont il permet d'articuler les différentes phases. Il faut néanmoins veiller à ne pas trop l'user car ces nouvelles actions collectives trahiraient une partie de leurs promesses si elles devaient contribuer à l'engorgement des prétoires et attirer à elles le peu de temps et de moyens dont disposent les juridictions. Rien n'est toutefois moins sûr s'agissant de procédures qui, dans certaines matières, sont aussi censées permettre de surmonter la passivité des victimes dont aucun contentieux, ou si peu, émergeait jusqu'alors. Cela explique que le législateur ait, tant en amont qu'en aval de l'introduction de l'instance, ménagé des périodes de discussion aux parties pour régler amiablement leur litige hors de l'arène juridictionnelle. Cela ne fait toutefois pas hors du contrôle du juge puisque ce dernier, auquel il n'est pourtant pas permis de discuter l'aptitude des groupements pour défendre les intérêts collectifs impliqués, doit alors jouer alors un rôle de garant pour les victimes absentes. De toutes les façons, quand bien même cette nouvelle charge serait supportable, le législateur ne voulait pas que ce

nouveau dispositif servît d'exutoire à l'esprit de chicane, qu'il instillât dans les rapports sociaux le poison de la « judiciarisation »³³³⁵ qui infusait néanmoins déjà depuis longtemps³³³⁶. Il ne s'est ainsi pas contenté d'adapter la saisine du juge à la nature collective du litige, il l'a rendue subsidiaire (§1). Toujours dans le même esprit, en aval de la décision faisant droit à l'action, il a privilégié une exécution extra-juridictionnelle sous la responsabilité du juge qui endosse l'habit du chef d'orchestre et du compositeur puisqu'il ne doit en principe intervenir que pour faire taire les éventuelles fausses notes qui se feraient entendre lors l'exécution d'une partition qu'il a, en partie, écrite (§2).

§1- L'adaptation et la subsidiarisation de la saisine du juge

1372. Craignant visiblement aussi un afflux de requêtes qui ne seraient pas abusives, le législateur préféra miser sur un hypothétique effet dissuasif de ces nouvelles actions collectives et s'employa à inciter, voire à contraindre, les groupements à ne pas saisir le juge (A). En outre, cette saisine a été en partie adaptée, par le législateur et le pouvoir réglementaire, à la dimension collective des litiges (B).

A- Les alternatives au règlement juridictionnel du litige collectif

1373. Le premier levier mis en place pour parer à tout risque de judiciarisation des rapports sociaux fut l'adaptation à l'action de groupe d'un mode de règlement amiable existant, en l'occurrence la médiation - entendue comme tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par « le juge saisi du litige »³³³⁷ ou « la juridiction »³³³⁸ - qui peut être utilisée aussi bien avant la saisine du juge³³³⁹ - sauf semble-t-il en

³³³⁵ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 157.

³³³⁶ Sans remonter jusqu'au discours de Thibaudeau sur les risques qu'entraînerait la mise en place du jury constitutionnaire proposée par Sieyès, il suffit pour s'en convaincre de relire la contribution de Jean Foyer aux *Mélanges François Terré* qui, déjà en 1999, fustigeait « la judiciarisation en délire » de la société française (Jean FOYER, « La judiciarisation en délire ou de l'abus de droit en un nouveau sens », *Mélanges François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 749).

³³³⁷ C'est à cette définition, reprise dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative à l'occasion de la transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, que renvoient les différents articles prévoyant la médiation dans le cadre de l'action de groupe devant le juge judiciaire, mais aussi devant le juge administratif s'agissant de l'action de groupe en matière de santé.

³³³⁸ Tout en s'inspirant aussi de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, la définition à laquelle renvoient les dispositions du code de justice administrative applicables aux actions de groupe relevant du cadre commun - hors action de groupe en matière de santé - diffère sur ce point de celle retenue à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

³³³⁹ C'est-à-dire qu'elle pourrait avoir lieu avant comme après la mise en demeure préalable qui est imposée dans certaines procédures d'action de groupe (cf. *Infra*, n° 1383-1388), mis à part dans les actions de groupes spéciales en matière de discrimination lorsqu'elles n'ont pas pour objet d'obtenir la réparation des préjudices subis par les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation. En partant du principe que le champ de l'accord négociable est similaire à celui de l'action indemnitaire, la médiation ne pourrait avoir lieu qu'après cette mise en demeure compte tenu la limitation *ratione temporis* du préjudice indemnisable. En effet, lorsqu'elle ne vise pas à défendre les intérêts individuels de candidats à un emploi, à un stage

matière de santé³³⁴⁰ - qu'en cours d'instance³³⁴¹. C'est là le seul mode règlement amiable qui est prévu expressément pour l'ensemble des actions de groupe³³⁴², du moins dès lors qu'elles ont un objet indemnitaire³³⁴³. Effectivement, le législateur a mis en place cette médiation adaptée dans la première action de groupe en matière de consommation, répondant à la recommandation de la Commission et aux aspirations des praticiens qui l'avait déjà devancée³³⁴⁴. Elle fut ensuite reprise - avec quelques aménagements - par la loi de modernisation de notre système de santé ainsi que par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui par ailleurs promeut - voire impose - l'usage des modes alternatifs de règlement des litiges tant devant les juridictions judiciaires qu'administratives³³⁴⁵ (1). Afin d'exorciser le spectre de la « judiciarisation »³³⁴⁶ des rapports sociaux, le législateur s'est aussi montré plus directif à partir de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle en imposant directement aux groupements de demandeurs de former une réclamation auprès du défendeur potentiel à peine d'irrecevabilité de leur demande formée dans le cadre des actions de groupe relevant du cadre commun ou de l'action en reconnaissance de droits (2).

ou à une période de formation, l'action en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail et celle en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative ne permettent d'obtenir la réparation que des préjudices nés après la réception de la « demande ».

³³⁴⁰ La rédaction de l'article L. 1143-6 du code de la santé publique suggèrent effectivement que cette médiation aménagée ne puisse être mise en œuvre qu'une fois l'action de groupe engagée puisque ces dispositions ne mentionnent que l'initiative du « juge saisi de l'action » et n'évoque que l'indemnisation amiable des « dommages qui font l'objet de l'action ».

³³⁴¹ Toutefois, comme le soulignait la circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, une telle médiation présente tout de même plus d'intérêt si elle intervient avant le jugement statuant sur la responsabilité et fixant le cadre de l'indemnisation (circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 21). Postérieurement à ce jugement, elle se trouve d'ailleurs concurrencée dans certaines actions de groupe par la procédure collective de liquidation des préjudices (cf. *Infra*, n° 1498 et s.).

³³⁴² Il n'est toutefois pas possible d'en inférer qu'il serait exclu de faire usage d'autres modes alternatifs de règlement des litiges comme la conciliation ou l'arbitrage, ni même que l'action en reconnaissance de droits ne puisse donner lieu à une médiation, dont le champ a d'ailleurs étendue en matière administrative. Simplement, dans l'un comme dans l'autre cas, les parties ne bénéficieront pas d'un cadre législatif adapté à la dimension collective du litige.

³³⁴³ Comme les dispositions du code de la consommation et du code de la santé publique avant elles, celles prévoyant la médiation collective pour les actions de groupe relevant du cadre de commun ne lui assigne comme objet que l'obtention de « la réparation des préjudices individuels » (article 75 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; article L. 77-10-16 du code de justice administrative). Par voie de conséquences, elle ne pouvait être mise en œuvre en lieu et place ou en complément d'une action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel lorsque son objet exclusif était d'obtenir la cessation d'un manquement.

³³⁴⁴ V. en ce sens le dispositif de « médiation collective » qui avait été mis en place par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris.

³³⁴⁵ La réforme de la médiation – qui se présente elle aussi comme un levier de régulation des flux contentieux – a d'ailleurs été l'autre apport principal de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle devant les juridictions administratives avec le développement des actions de groupe ainsi que la création de l'action en reconnaissance de droits. Sur cette réforme - notamment du point de vue lexical - de la médiation, V. Xavier DOMINO, « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFD-A*, 2017, p. 19 ; Florian POULET, « La médiation en droit public », *Archive de philosophie du droit*, « La médiation », t. 61, 2019, p. 55.

³³⁴⁶ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 157.

1- La mise en place d'une médiation adaptée à l'action de groupe

1374. La médiation collective ne permet pas simplement, à l'instar de l'action de groupe, de régler de manière cohérente des litiges sériels de faible valeur pécuniaire sans risquer d'encombrer le prétoire des juridictions. Elle est aussi censée offrir aux parties un cadre plus souple et plus rapide de règlement du litige. C'est bien là que semble résider le seul intérêt pour les parties puisque la personne mise en cause, par exemple, ne peut en escompter une forme de confidentialité eu égard aux aménagements qu'impose la dimension collective du litige³³⁴⁷. Il faut effectivement que l'accord obtenu puisse être porté à la connaissance des membres du groupe. Ce faisant, la mise en place de cette médiation collective sonne comme un aveu de lenteur et de complexité de la procédure d'action de groupe de la part du législateur. Celle-ci n'apparaît que comme une arme de dissuasion, comme un moyen d'inciter le défendeur potentiel à recourir à cette médiation aménagée. Si la médiation collective doit l'emporter ainsi *de facto* sur l'action de groupe, il convient de s'assurer que les membres du groupe défendu ne perdent pas au change, que la garantie de leurs droits ne s'en trouve pas diminuée. C'est semble-t-il l'un des objectifs que le législateur a tant bien que mal poursuivis en aménageant la médiation puisqu'en sus - ou parfois en dérogation - des garanties prévues pour les textes organisant la médiation individuelle auxquels il renvoie, il a pris en compte la dimension collective du litige (a) et parfois la nature du préjudice indemnisable (b) pour adapter la médiation dans le domaine des actions de groupe.

a- La médiation de droit commun applicable aux procédures d'action de groupe

1375. La dimension collective de la médiation impliquait de garantir les intérêts des membres potentiels du groupe lésé. Reprenant la recommandation de la Commission européenne sur ce point³³⁴⁸, le législateur a imposé que l'accord éventuellement obtenu soit homologué par le juge - ce qui n'est que facultatif dans le cadre de la médiation individuelle³³⁴⁹ - afin que ce dernier apprécie notamment si les intérêts des membres du groupe sont préservés. Comme dans la procédure juridictionnelle, la présence du juge apparaît ainsi comme la meilleure garantie pour ces derniers³³⁵⁰.

³³⁴⁷ Au reste, le règlement sur la médiation collective qui avait été édicté par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) écarte aussi le principe de la confidentialité (article 7. 7 du règlement de médiation collective en matière de consommation, consultable en ligne à l'adresse : <http://www.cmap.fr/le-cmap/reglement-de-meditation-collective-en-matiere-de-consommation/?lang=en>).

³³⁴⁸ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 (28)

³³⁴⁹ Art. 21-5 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

³³⁵⁰ Dès lors, il ne saurait être reproché au législateur de vouloir totalement esquiver le juge en promouvant ainsi la médiation.

1376. Dérogeant à ce principe fondamental de la médiation qu'est la confidentialité, le législateur impose aussi la publicité de l'accord³³⁵¹ afin que les membres du groupe puissent, comme à la suite du jugement statuant sur la responsabilité, éventuellement adhérer au groupe dans les délais et selon les modalités qu'il aura prévus et qui pourraient être éventuellement aussi contrôlées par lui au moment de l'homologation. Dans le cadre de la médiation, il n'est en revanche pas envisagé que les mesures de publicité prévues par l'accord soient entièrement à la charge de la personne mise en cause, ce qui semble étendre la marge de négociation des parties.

1377. Enfin, comme l'avait suggéré notamment la Commission dans sa recommandation de 2013³³⁵², la mise en œuvre de la médiation avant la saisine du juge ne devait pas simplement préserver les possibilités d'agir en justice des parties en cas d'échec, mais aussi celles des membres du groupe qui sont encore à ce stade tiers à l'instance. Toutefois, force est de constater que les différentes dispositions sont assez ambiguës sur ce point. En effet, si l'homologation obligatoire est bien mentionnée, à côté de l'expiration des délais des voies de recours ordinaires et de cassation, comme cause de reprise des délais de forclusion et de prescription des actions individuelles, seule « l'action de groupe » est présentée comme la cause de suspension ou d'interruption de ces délais. Il n'y a pas, pour les membres potentiels du groupe défendu, de dispositions équivalentes à celles se trouvant au premier alinéa de l'article 2238 du code civil et de L. 213-6 du code de justice administrative³³⁵³.

1378. Le législateur pourrait ainsi n'avoir visé que les accords obtenus à l'occasion d'une médiation intervenue en cours d'instance ou avoir retenu une acception large de « l'action de groupe ». En tout état de cause, il n'envisage pas qu'une médiation puisse se solder par un échec et que le groupement renonce ensuite à introduire une action ou décide de se désister de l'instance.

b- La médiation spéciale prévue en matière de santé

1379. Lors de la mise en place de l'action de groupe en matière de santé, le législateur ne s'est pas contenté de transposer les dispositions sur la médiation dans l'action de groupe en matière de consommation eu égard - semble-t-il³³⁵⁴ - à la nature des préjudices indemnifiables en matière de santé. Pourtant, il n'a pas jugé bon d'étendre ce dispositif lorsqu'il a ensuite mis en place, dans le cadre de la loi

³³⁵¹ Art. L. 623-23 du code de la consommation ; art. 76 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-17 du code de justice administrative.

³³⁵² Considérant n° 27 de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013.

³³⁵³ Ces articles disposant respectivement en leur premier alinéa que « la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation » et que « les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ».

³³⁵⁴ Le Gouvernement n'a pas vraiment pris la peine d'explicitier ce choix au cours des débats alors même qu'il ne semblait pas évident pour tous les parlementaires. C'est toutefois la possibilité d'obtenir la réparation de préjudices résultant de dommages corporels - qui apparaissait alors comme une véritable innovation dans le cadre de l'action de groupe - qui semble être l'explication la plus plausible.

de modernisation de la justice du XXI^e siècle, des actions permettant d'obtenir la réparation de préjudices similaires.

1380. La spécificité de cette médiation, qui se trouve donc cantonnée au domaine de la santé, appert à la lecture du texte. Les dispositions propres à l'action de groupe sont effectivement beaucoup plus nombreuses qu'en matière de consommation ou dans le cadre commun tandis que le renvoi aux dispositions régissant la médiation individuelle est limité aux dispositions générales prévues dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Quoiqu'il ne renvoie pas aux dispositions de cette loi régissant « la médiation judiciaire », le législateur ne semble pas avoir mis en place une médiation conventionnelle mais une médiation qui est exclusivement judiciaire, ou plutôt exclusivement initiée par le juge³³⁵⁵, organisées par des dispositions se substituant à celles de la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

1381. Ainsi, en lieu et place de cette dernière, le code de la santé publique fixe la durée de la médiation à trois mois maximum renouvelables une fois mais à la seule demande du médiateur et sans prévoir que le juge puisse l'interrompre prématurément. De même, il prévoit les conditions dans lesquelles le juge peut, sans que ses décisions soient non plus susceptibles de recours, décider de proposer la médiation ou nommer le médiateur. Sur ce dernier point, afin semble-t-il de tenir compte de la technicité de ces litiges en matière de santé, les dispositions du code de la santé publique se démarquent du droit commun en renvoyant à une nouvelle liste de médiateurs pouvant d'ailleurs être assistés d'une commission de médiation dans l'exercice de leur mission³³⁵⁶. Enfin, si elles reprennent les aménagements imposés par la dimension collective du litige comme l'homologation obligatoire³³⁵⁷ et la publicité de ce dernier³³⁵⁸, les dispositions du code de la santé publique se démarquent tout de même de celles applicables en matière de consommation - et par là même au cadre de commun de l'action de groupe - s'agissant des conditions d'homologation de l'accord et de son contenu. Ainsi, en cas de pluralité de défendeurs, elles n'exigent pas qu'il ait été accepté par l'ensemble des personnes mises en cause par l'action pour être homologué.

1382. Ces dispositions spéciales dressent aussi une liste plus complète, mais non exhaustive, des éléments devant être mentionnés dans cet accord dont il est toutefois précisé qu'il ne comporte pas nécessairement la détermination de responsabilité³³⁵⁹. Certains de ces éléments semblent tenir à la nature et à l'origine des préjudices indemnisables. Ainsi, outre les conditions de publicité et d'adhésion au groupe, l'accord précise notamment « les modalités d'expertise individuelle contradictoire » et les conditions dans lesquelles les personnes mises en cause la prennent en charge. En revanche, la nature et l'origine des préjudices indemnisables n'expliquent pas que le législateur se soit démarqué des dispositions

³³⁵⁵ En effet, la médiation peut aussi être proposée par le juge administratif qui peut être saisi d'une action de groupe en matière de santé. Ce faisant, même après la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, la médiation devant les juridictions administratives demeure en partie régie par des dispositions se trouvant hors du code de justice administrative.

³³⁵⁶ Art. L. 1143-7 du code de la santé publique.

³³⁵⁷ Art. L. 1143-9 du code de la santé publique. Il n'est toutefois pas précisé que le juge doit apprécier si l'accord est conforme aux intérêts des membres du groupe.

³³⁵⁸ 7° de l'article L. 1143-8 du code de la santé publique.

³³⁵⁹ Ce qui semble, de prime abord, contredire la vocation punitive que le législateur semblait avoir donné au dispositif en la matière.

applicables en matière de consommation en imposant aussi que l'accord précise - éventuellement - les dommages à l'origine des préjudices indemnifiables, les conditions de présentation des transactions individuelles, ou encore les modalités de suivi du dispositif.

2- La réclamation pré-juridictionnelle obligatoire

1383. L'obligation de formuler une réclamation pré-juridictionnelle se matérialise de deux façons dans les nouvelles actions collectives. Dans le cadre des actions de groupe, comme le suggérait le rapport *Pécaut-Rivolier* s'agissant de l'action collective en matière de lutte contre les discriminations collectives au travail, il a contraint les groupements et les personnes mises en cause à envisager une résolution amiable avant l'introduction d'une éventuelle action de groupe, que celle-ci ait d'ailleurs pour objet d'indemniser des préjudices individuels ou seulement d'obtenir la cessation d'un manquement. À peine de se voir opposer une irrecevabilité, qui peut être soulevée d'office et qui n'est pas régularisable en cours d'instance, le requérant est tenu de mettre en demeure la personne à l'encontre de laquelle il envisage d'agir par la voie de l'action de groupe de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis et d'attendre l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la réception de cette mise en demeure. Cette obligation de mise en demeure ne fut en revanche étendue ni à l'action de groupe en matière de consommation, ni même en matière de santé alors qu'elle relève pourtant du cadre commun³³⁶⁰. Dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits individuels, elle est remplacée - comme d'ailleurs dans l'action de groupe en matière de santé lorsqu'elle est exercée devant le juge administratif - par l'obligation d'exercer un recours administratif afin de lier le contentieux par une décision préalable³³⁶¹. Il semble d'ailleurs qu'il faille considérer que la mise en demeure vaille liaison du contentieux devant le juge administratif³³⁶², sauf à ajouter encore une possibilité de règlement amiable qui serait superfétatoire. Il n'est toutefois pas précisé, comme dans l'action en reconnaissance de droits, que le silence gardé pendant quatre mois sur la mise en demeure vaut décision de rejet³³⁶³ pour l'application de l'article R. 421-1 du code de justice administrative et le pouvoir réglementaire semble même avoir écarté l'obligation de décision préalable en exigeant que la requête mentionne, notamment, « la personne morale de droit public

³³⁶⁰ Cela ne veut bien évidemment pas dire que le règlement amiable du litige n'est pas envisagé dans ces deux actions de groupes puisqu'il est aussi possible de recourir à la médiation.

³³⁶¹ Article R. 77-12-4 du code de justice administrative.

³³⁶² En effet, aucune des dispositions applicables aux actions de groupe devant les juridictions administratives n'écartent expressément l'obligation de décision préalable qui est posée à l'article R. 421-1 du code de justice administrative et qui fut d'ailleurs renforcée par le décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 portant réforme du code de justice administrative dans les contentieux pécuniaires et indemnitaires puisque l'article R. 421-1 dispose depuis lors que « lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle », le Conseil d'Etat ayant néanmoins précisé que si le juge est tenu de soulever d'office cette cause d'irrecevabilité, celle-ci, s'appréciant au jour où il statue, peut être régularisée par l'intervention d'une décision en cours d'instance (CE, avis, Sect., 27 mars 2019, *Consorts Rollet*, n° 426472).

³³⁶³ En tout hypothèse, le principe selon lequel le silence de l'administration vaut acceptation ne trouverait pas à s'appliquer eu égard à l'objet de la mise en demeure (article L. 231-4 du code des relations entre le public et l'administration).

ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public visé par l'action, la nature du manquement et des dommages invoqués »³³⁶⁴, c'est-à-dire des informations que permettrait d'obtenir la décision préalable. La mise en œuvre de cette obligation de réclamation préalable ne permet toutefois pas toujours d'obtenir l'espace de dialogue que souhaitait le législateur (a), voire peut constituer une cause de rigidité procédurale pour ces nouvelles actions collectives (b).

a- Un aménagement limité

1384. L'obligation de mise en demeure a été aménagée dans les actions de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail ou en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant les juridictions administratives afin de mettre en valeur, comme le suggérait le rapport *Pécaut-Rivolier*, le dialogue social.

1385. Dans ce cadre, son aspect comminatoire est d'ailleurs gommé puisqu'elle est rebaptisée « demande »³³⁶⁵ et elle ne tend plus qu'à la « cessation » de la situation de discrimination, omettant ainsi la vocation indemnitaire de ces actions de groupe qui, bien que subsidiaire, a tout de même le mérite d'exister³³⁶⁶. Surtout le délai minimum devant séparer la demande et l'introduction de l'action de groupe est plus long. Il est de six mois à compter, soit, devant le juge administratif, « de la réception » par « l'autorité compétente »³³⁶⁷ de la « demande tendant à faire cesser la situation de discrimination »³³⁶⁸ ou - ce qui est assez imprécis - « de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination collective » devant le juge judiciaire³³⁶⁹, soit, devant le juge administratif comme le juge judiciaire, « de la notification par l'employeur du rejet de la demande ». L'action de groupe semble ainsi être un moyen pour des

³³⁶⁴ Article R. 77-10-5 du code de justice administrative.

³³⁶⁵ L'article R. 77-11-2 du code de justice administrative utilise même le terme de « réclamation ».

³³⁶⁶ En effet, lorsqu'est en cause une discrimination affectant des candidats à un emploi, à un stage ou à une formation, l'action de groupe permet aussi d'obtenir la réparation des préjudices trouvant leur source dans un fait générateur antérieur à la réception de la demande.

³³⁶⁷ Il ne s'agit donc pas nécessairement de l'employeur et, s'il s'avère que ce dernier n'est pas compétent pour prendre la mesure permettant de faire cesser la discrimination alléguée, il informe l'auteur de la demande de sa transmission à l'autorité compétente et de la date de sa réception par celle-ci (art. R. 77-11-2 du code de justice administrative), ce qui rallonge donc d'autant le délai à l'expiration duquel le groupement peut saisir la juridiction administrative. Il en irait ainsi, par exemple, lorsque la discrimination dont souffriraient des agents d'une collectivité locale trouverait sa source dans une disposition réglementaire édictée au niveau national.

³³⁶⁸ Art. L. 77-11-4 du code de justice administrative.

³³⁶⁹ En effet, il peut s'agir aussi bien de l'envoi que de la réception de cette demande. Dans le cadre de l'affaire *Fédération de la métallurgie CGT contre Safran Aircraft Engines*, le délai de 6 mois, quel que soit son point de départ, fut de toute façon largement dépassé puisque 10 mois et 4 jours se sont écoulés entre la mise en demeure de la société par voie d'huissier, le 23 mai 2017, et la signification de l'assignation, le 27 mars 2018, sachant qu'en l'espèce, sur cette période, en réalité 9 mois et 7 jours avaient été réellement consacrés à la négociation, si l'on retient comme date de départ le 9 juin 2017, c'est-à-dire celle du courrier par lequel le syndicat invitait la société à ouvrir des négociations collectives, et comme date de fin le 16 mars 2018, c'est-à-dire celle du courrier dans lequel le syndicat informe la société qu'aucune discussion n'est pour lui possible. Le Défenseur des droits mentionne pour sa part une durée de « 9 mois et 20 jours » dans ses observations sans préciser néanmoins quel est pour lui la date de début des négociations, s'il s'agit éventuellement pour lui de celle de la mise en demeure, c'est-à-dire le 23 mai 2017, sachant que 9 mois et 24 jours se sont écoulés entre le 23 mai 2017 et le 16 mars 2018, ni même la date de fin, c'est-à-dire s'il s'agit alors de la date de signification de l'assignation, sachant que ce sont alors 9 mois et 18 jours qui se sont écoulés entre le 9 juin 2017 et le 27 mars 2018.

groupements extérieurs à l'entreprise ou à l'administration - comme les associations - de s'immiscer dans le dialogue social ou, à tout le moins, de le déclencher.

1386. La mise en demeure - ou plutôt la « demande » - n'a toutefois pas tout à fait la même portée dans ces deux actions de groupe si l'employeur ou l'autorité compétente accepte d'y donner suite. Ainsi, dans le domaine des discriminations dans les relations relevant du code du travail, l'employeur est seulement tenu, dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande, d'informer l'instance ou les instances représentatives du personnel ainsi que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise³³⁷⁰ et ce n'est qu'à la demande de ces dernières qu'il engage une discussion sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée, ce qui pourrait alors se matérialiser par un accord d'entreprise. En revanche, s'il s'agit de discriminations imputables à un employeur et dont le juge administratif est seul compétent pour connaître, l'autorité compétente est tenue, dans un délai de quatre mois à compter de la réception de la demande, non pas simplement d'informer mais bien de consulter l'organisme consultatif compétent pour se prononcer sur le projet de mesure permettant de faire cesser la situation de discrimination alléguée.

1387. Si le dialogue permettant d'aboutir à la cessation de la situation litigieuse n'est enfermé dans aucun délai, l'expiration du délai de six mois au terme duquel l'action de groupe peut être introduite devant la juridiction semble tout de même être une contrainte de fait³³⁷¹, alors même que la cessation du manquement peut s'avérer particulièrement complexe³³⁷². Au reste, lorsque ne sont pas en cause des candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, l'employeur ou l'autorité compétente a tout intérêt à accélérer les discussions pour éviter l'introduction d'une action de groupe indemnitaire puisque sont alors réparables les préjudices dont le fait générateur est postérieur à la réception de la demande de cessation.

1388. Il est néanmoins surprenant que l'obligation de liaison du contentieux applicable à l'action en reconnaissance de droits n'ait pas fait l'objet d'un aménagement similaire lorsqu'elle tend à imposer à un employeur public de reconnaître les droits individuels de ses agents, et ce, alors même que la reconnaissance desdits droits peut passer par la cessation d'une situation de discrimination collective. Il eût été alors opportun, ou au moins cohérent, de ménager aussi un temps au dialogue social, même si l'accord susceptible d'être obtenu, comme dans l'action de groupe spéciale en matière de discriminations imputable à un employeur, ne saurait avoir une quelconque valeur contraignante devant le juge.

³³⁷⁰ Alors même qu'elles sont déjà représentées au sein du comité d'entreprise et du comité social et économique.

³³⁷¹ *De facto*, si l'employeur ou l'autorité compétente exécute son obligation d'information ou de consultation au dernier moment, le délai imparti pour négocier est de cinq mois dans le cadre de l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail et de deux mois dans le cadre de l'action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant le juge administratif.

³³⁷² Comme le relevait le Défenseur des droits dans son avis du 7 avril 2016 « mettre fin à des discriminations salariales nécessite le plus souvent, par exemple, d'accorder des augmentations individuelles aux salariés lésés, ce qui implique d'examiner leurs situations individuelles » (DD, avis n°16-10 du 7 avril 2016, p. 7).

b- Les inconvénients de la réclamation préalable

1389. Partant d'une bonne intention pour le fonctionnement des juridictions, cette obligation de réclamation préalable peut toutefois apparaître comme un facteur de rigidité propre à détourner les victimes (i) comme les groupements (ii) de l'usage de l'action de groupe mais pas de la voie juridictionnelle.

- i- La neutralisation de l'effet processuel de l'action de groupe devant les juridictions administratives

1390. Cette obligation de mise en demeure et la condition de délai posent inmanquablement la question du respect du droit au recours pour les groupements, mais aussi de l'articulation de l'action de groupe avec les actions individuelles, en particulier devant les juridictions administratives où les délais de forclusion sont relativement courts.

1391. En partant du principe que l'action de groupe n'a pas été exemptée de l'obligation de décision préalable et que la mise en demeure vaut liaison du contentieux, c'est donc *in extremis* que le juge administratif serait saisi d'une action de groupe si la personne mise en cause a gardé le silence pendant les quatre mois, à moins que le requérant n'exerce un recours administratif contre la décision implicite de rejet alors que la mise en demeure est toujours pendante ou de considérer que les dispositions relatives à la mise en demeure déroge implicitement aux dispositions générales. Elle pourrait même être neutralisée dans le cadre de l'action relative à une discrimination imputable à un employeur public puisque l'article L. 77-11-4 du code de justice administrative impose « l'expiration d'un délai de six mois à compter de la réception par l'autorité compétente d'une demande tendant à faire cesser la situation de discrimination ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande » - ce qui est au passage une rédaction un peu équivoque puisqu'elle laisse entendre que le groupement requérant devrait attendre aussi l'expiration d'un tel délai lorsqu'il se voit opposer une décision explicite de rejet³³⁷³ - et que l'article R. 77-11-2 du même code laisse à l'autorité compétente un délai de quatre mois à compter de la réception de la « demande » pour saisir l'organisme consultatif compétent pour se prononcer sur le projet de mesure permettant de faire cesser la situation de discrimination alléguée. Dès lors, sauf à considérer que législateur a entendu mettre en place un délai différent de naissance d'une décision implicite de rejet ou même le

³³⁷³ C'est cette lecture que défendit d'ailleurs la ville de Lyon dans l'affaire qui donna lieu au jugement du 29 avril 2019. En effet elle soutenait que l'action du syndicat requérant, qui lui avait adressé une demande le 19 mars 2018 qu'elle avait rejetée expressément par un courrier notifié le 5 juillet 2018, était prématurée puisqu'elle avait été introduite le 21 août 2018.

pouvoir réglementaire en imposant ce délai de quatre mois³³⁷⁴, le groupement devrait là aussi exercer un recours administratif contre la décision implicite de rejet pour éviter la forclusion avant même que l'autorité compétente ait pu décider ou non de consulter les organes compétents³³⁷⁵. C'est toutefois l'hypothèse de la dérogation législative qui fut retenue par la rapporteure publique dans ses conclusions sur le jugement du tribunal administratif de Lyon du 29 avril 2019 puisqu'elle considéra que le délai de six mois mentionné à l'article L. 77-11-4 du code de justice administrative devait être regardé comme un délai d'instruction de la demande et que le délai de forclusion ne court donc qu'à compter de cette date³³⁷⁶, une telle lecture pouvant d'ailleurs être étendue aux dispositions du cadre commun prévoyant un délai de quatre mois.

1392. Il reste toutefois que cette obligation de mise en demeure pourrait détourner les personnes défendues de la procédure d'action de groupe. En effet, si le législateur a entendu préserver l'effet utile de la procédure d'action de groupe pour les membres du groupe en prévoyant que « toute clause ayant pour objet ou pour effet d'interdire à une personne de participer à une action de groupe » est réputée non écrite³³⁷⁷ et surtout la « suspension » des délais de prescription³³⁷⁸, et même de forclusion devant le juge administratif³³⁷⁹, il n'a retenu que l'introduction de l'action de groupe comme cause de cette dernière, y compris dans les hypothèses où la mise en demeure est obligatoire. Il en va de même dans l'action en reconnaissance de droits où seule la « présentation » de la requête a un effet interruptif³³⁸⁰ sur les délais de prescription et de forclusion³³⁸¹, mais il est alors possible pour le groupement de saisir le juge avant l'écoulement du délai de quatre mois au terme duquel le silence gardé par l'administration vaut décision

³³⁷⁴ Comme le permet l'article L. 231-6 du code des relations entre le public et l'administration « lorsque l'urgence ou la complexité de la procédure le justifie ». Certes, le décret n° 2017-888 du 6 mai 2017, pris en Conseil d'État, vise « le code des relations entre le public et l'administration, notamment ses articles L. 231-4 et L. 231-6 ». Toutefois, cela ne semble alors valoir que pour l'action en reconnaissance de droits dans le cadre de laquelle est expressément mis en place un délai différent d'acquisition de la décision implicite de rejet.

³³⁷⁵ Il ne lui est effectivement pas possible de bénéficier de l'exception visée au 1° de l'article R. 421-3 du code de justice administrative qui réserve au seul « contentieux de l'excès de pouvoir » l'hypothèse dans laquelle « la mesure sollicitée ne peut être prise que par décision ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux ».

³³⁷⁶ Elisabeth de LACOSTE LAREYMONDIE, « Action de groupe devant le juge administratif : recevabilité et champ d'application de la loi », *AJDA*, 2019, p. 1537.

³³⁷⁷ Art. L. 623-32 du code de la consommation ; art. 82 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-23 du code de justice administrative.

³³⁷⁸ Ces délais recommencent à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois s'agissant de la prescription, à compter de la date à laquelle le jugement n'est plus susceptible de faire l'objet d'un recours ordinaire ou d'un pourvoi en cassation ou à compter de la date de l'homologation de l'accord si une médiation a eu lieu (Art. L. 623-7 du code de la consommation ; art. 77 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; art. L. 77-10-18 du code de justice administrative). Il en va de même pour l'action en reconnaissance de droits, à ceci près que le code de justice administrative ne mentionne que la « décision statuant sur l'action collective passée en force de chose jugée » et « sa publication » comme évènement à compter duquel les délais interrompus recommencent à courir (art. L. 77-12-2 du code de justice administrative).

³³⁷⁹ La différence de traitement entre les actions de groupe devant le juge judiciaire et le juge administratif sur ce point étant justifiée par la brièveté des délais de forclusion devant le second.

³³⁸⁰ Là encore, sans grand souci de cohérence entre les dispositions relatives à l'action de groupe devant le juge administratif et celles relatives à l'action en reconnaissance de droit, le législateur s'est contenté de reprendre la proposition du rapport *Béval* qui avait opté pour un mécanisme interruptif, qui semblait correspondre « davantage au droit de commun de la gestion des délais de prescription et de forclusion », pour préserver le droit au recours des membres du groupe (Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 27).

³³⁸¹ Art. L. 77-12-2 du code de justice administrative.

implicite de rejet³³⁸² et éventuellement dans le cadre fixé par l'avis contentieux du 27 mars 2019 même s'il est vrai qu'il ne s'agit pas à proprement parler, même lorsque ce sont des droits individuels pécuniaires qui sont en jeu, d'une requête tendant au paiement d'une somme d'argent. En revanche, ce délai de quatre ou six mois³³⁸³ imposé avant l'introduction de l'action de groupe peut contredire cette volonté de préserver le droit au recours des membres du groupe, au moins devant les juridictions administratives eu égard à la brièveté des délais de recours dans lesquels sont enfermés les membres du groupe.

1393. Certes, le législateur a conféré un effet suspensif à la réception de la mise en demeure dans l'action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant le juge administratif. Toutefois, il l'a alors limité au délai de prescription³³⁸⁴, rien ne semblant d'ailleurs justifier qu'une telle cause de suspension n'ait pas été étendue à l'action devant le juge judiciaire. Au reste, lorsque le projet de loi fut adopté par le Sénat en première lecture, la mise en demeure constituait aussi une cause de suspension dans l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail. En effet, il s'agissait, pour le Sénat, de compenser la suppression de la vocation indemnitaire de la procédure d'action de groupe en permettant aux victimes d'attendre le résultat de l'action en cessation avant d'engager une action individuelle³³⁸⁵. Après avoir rétabli l'objet indemnitaire de ces deux actions de groupe, l'Assemblée nationale a estimé qu'une telle cause de suspension n'avait donc plus lieu d'être³³⁸⁶, mais elle a alors oublié de la supprimer pour l'action de groupe en matière de discrimination relevant du juge administratif.

1394. En réalité, ce n'est pas cette incohérence qui est le plus regrettable mais, plus fondamentalement, la suppression de cette cause de suspension devant le juge judiciaire. En effet, compte tenu des conditions dans lesquelles la vocation indemnitaire de ces actions de groupe a été rétablie lorsqu'est en cause une discrimination affectant les salariés, il n'aurait pas été inutile de la conserver, au moins dans cette hypothèse.

ii- La remise en cause de la valeur ajoutée de l'action de groupe en cessation

1395. Cette obligation de réclamation pré-juridictionnelle, et plus précisément - compte tenu du délai imposé au requérant pour saisir la juridiction - l'obligation de mise en demeure, limite aussi l'intérêt que peut représenter l'action de groupe par rapport à des procédures permettant d'obtenir un résultat

³³⁸² Art. R. 77-12-4 du code de justice administrative.

³³⁸³ Voir plus lorsqu'il s'avère que l'employeur n'est pas l'autorité compétente dans l'action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur public.

³³⁸⁴ Art. L. 77-11-5 du code de justice administrative.

³³⁸⁵ Yves DÉTRAIGNE, *Rapport n° 121 fait au nom de la commission des lois*, déposé le 28 octobre 2015, p. 120. Il semble d'ailleurs que ce soit sa volonté d'assurer la cohérence entre les deux ordres juridictions au travers d'une disposition miroir, plutôt qu'avec les dispositions relatives aux effets de l'introduction d'une action de groupe propre à chacun, qui l'ait conduit à oublier de faire de la réception de la mise en demeure aussi une cause de suspension de la forclusion devant le juge administratif.

³³⁸⁶ Jean-Michel CLÉMENT, Jean-Yves LE BOUILLONNEC, *Rapport n° 3726, fait au nom de la commission des lois*, déposé le 6 mai 2016, p. 318-319.

équivalent. La comparaison entre la procédure d'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel et la procédure répressive devant la CNIL montre bien à quel point l'obligation de mise en demeure et ce délai de quatre mois qui sont imposés au requérant peuvent se révéler totalement inadaptés.

1396. Pourtant, de prime abord, la procédure répressive devant la CNIL et la procédure applicable dans le cadre de l'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel peuvent sembler similaires, surtout en considérant les conditions dans lesquelles la première était organisée lorsque la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle fut adoptée. En effet, dans les deux cas, les mesures ayant pour objet la cessation d'un manquement devaient être prononcées dans le respect des droits issus du principe de la contradiction et, surtout, après que le responsable du traitement des données a été mis en demeure de faire cesser le manquement à ses obligations en matière de protection des données personnelles³³⁸⁷. La comparaison s'arrête toutefois là et, si certaines différences entre ces deux procédures ne sont pas significatives³³⁸⁸, d'autres montrent bien l'inadaptation et la rigidité de l'action de groupe par rapport à la procédure répressive devant la CNIL qui, en plus, a évolué depuis lors. La souplesse de cette dernière se manifeste tant au niveau de l'obligation de mise en demeure elle-même que du délai qui sépare la réception de cette mise en demeure du prononcé de la mesure permettant d'obtenir la cessation du manquement.

1397. En premier lieu, l'obligation de mise en demeure préalable n'a cessé d'être assouplie dans le cadre de la procédure répressive devant la CNIL. Avant la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, il n'était possible de passer outre - tout en continuant à respecter les droits issus du principe de la contradiction - que dans le cadre de la « procédure d'urgence », c'est-à-dire lorsque la mise en œuvre d'un traitement ou l'exploitation des données traitées entraîne une violation de « l'identité humaine, des droits de l'homme, de la vie privée, des libertés individuelles ou publiques »³³⁸⁹. La gamme

³³⁸⁷ En effet, aux termes du I de l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, qui reprend sur ce point le I de l'article 43 *ter* introduit en 2016, l'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel rentre dans le champ d'application du cadre commun applicable devant le juge judiciaire et dans celui du cadre commun applicable devant le juge administratif. Ainsi, à peine d'irrecevabilité pouvant être soulevée d'office par le juge, ce n'est qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la réception de la mise en demeure par le responsable de traitement des données à caractère personnel que l'action peut être introduite devant le juge judiciaire (art. 64 de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle) et le juge administratif (art. L. 77-10-5 du code de justice administrative). Du côté de la procédure répressive devant la CNIL, telle qu'elle était alors organisée par les articles 45 et suivant de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, l'injonction mentionnée au 3° du I de l'article 45 faisait partie des « sanctions » ne pouvant être prononcées qu'à la suite d'une mise en demeure. Comme cela sera vu par la suite, depuis les modifications auxquelles la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles a procédé, la portée de l'obligation de mise en demeure n'est pas évidente à apprécier dans cette procédure répressive qui est aujourd'hui organisée, notamment, par les articles 20 à 23 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

³³⁸⁸ Par exemple, il importe peu que dans un cas, la mise en demeure émane du groupement ayant qualité pour agir et, dans l'autre, du président de la CNIL pouvant saisir la formation restreinte. En effet, l'effet recherché par la mise en demeure ne tient pas à la qualité de son auteur, mais bien au risque de déclenchement de la procédure subséquente. En revanche, il faut relever qu'à la différence de la mise en demeure émanant du groupement, celle émanant du Président de la CNIL, qui n'est pas qualifiée de mesure préparatoire, peut voir sa légalité contestée devant le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, ord. 5 septembre 2008, *Société Direct annonces*, n° 319071).

³³⁸⁹ II de l'ancien article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dont le contenu est aujourd'hui repris à l'article 21.

des sanctions à la disposition de la formation restreinte était alors - et est d'ailleurs toujours - plus limitée puisqu'il n'était pas possible pour la Commission de prononcer une injonction, ou du moins de la prononcer elle-même³³⁹⁰, ni même une sanction pécuniaire³³⁹¹. La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 introduisit ensuite la possibilité pour le président de la CNIL, « lorsque le manquement constaté ne peut faire l'objet d'une mise en conformité dans le cadre d'une mise en demeure »³³⁹², de passer outre cette obligation en décidant de saisir directement la formation restreinte pour qu'elle prononce les sanctions prévues dans le cadre de la « procédure ordinaire », y compris les injonctions en cessation du traitement. Profitant de la marge de manœuvre laissée par le « RGPD », la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, qui introduisit par ailleurs l'injonction parmi les mesures pouvant être prononcées dans le cadre de la procédure d'urgence³³⁹³, maintint l'existence de cette mise en demeure prononcée par le président en opérant néanmoins des modifications rédactionnelles dont la portée est incertaine.

1398. En effet, à la lecture de la loi, il n'est pas facile de savoir si la mise en demeure constitue toujours un préalable obligatoire à la saisine de la formation restreinte s'agissant des manquements susceptibles de donner lieu à une mise en conformité ou, ce qui romprait avec la logique de gradation et de pédagogie qui avait prévalu jusqu'alors, s'il ne s'agit que d'une faculté pour le Président³³⁹⁴, y compris en présence de ces manquements susceptibles de donner lieu à une mise en conformité, qui pourrait même saisir la

³³⁹⁰ Cette injonction peut être prononcée par la juridiction compétente lorsqu'elle est saisie par la voie du référé par le président de la Commission. Toutefois, il ne s'agit pas de n'importe quelle violation des droits et libertés mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, qui justifierait le déclenchement de la procédure répressive d'urgence devant la CNIL, mais d'une « atteinte grave immédiate ».

³³⁹¹ L'étude d'impact du projet de loi pour une République numérique allait même jusqu'à affirmer que la formation restreinte de la CNIL ne pouvait prononcer « qu'un avertissement, le cas échéant public » « lorsque la situation est particulièrement urgente ou que le manquement n'appelle plus de correction » (Étude d'impact du projet de loi pour une République numérique, 9 décembre 2015, p. 114). Cela revenait toutefois à occulter le reste des mesures alors énumérées au II de l'article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Néanmoins, il semble que ce n'était pas la possibilité de prononcer, sans mise en demeure préalable, l'ensemble des mesures prévues dans le cadre de procédure répressive ordinaire qui était alors recherchée. Comme le montre l'intitulé de la partie contenant ce développement dans l'étude d'impact, le Gouvernement n'avait en tête que le prononcé des sanctions pécuniaires. En réalité, au travers de ce type de mesures, il ne viserait que les situations dans lesquelles la seule mesure envisageable, possible, est la sanction pécuniaire. Précisément, parce que dans de telles situations le manquement n'appelle plus de corrections dans le cadre d'une mise en demeure. À ce titre, l'étude d'impact donnait l'exemple d'une « faille de sécurité ponctuelle qui n'appelle plus de mise en conformité - donc de mise en demeure - mais qui, pour autant, a effectivement causé un préjudice ». Néanmoins, une chose est de considérer qu'en présence de certains manquements, lorsque la situation est particulièrement urgente, l'obligation de mise en demeure préalable constitue un obstacle à une protection effective, une autre est de considérer que cette mise en demeure est inutile au regard des manquements constatés. Si cette procédure répressive allégée a bien vocation à s'appliquer aussi en cas d'urgence, il faudra voir dans quelle mesure elle s'articule avec la procédure répressive d'urgence et la procédure de référé qui subsistent aux I et IV de l'article 21 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (anciennement II et III de l'article 45).

³³⁹² I de l'ancien article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés tel que modifié par l'article 64 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 repris au II de l'article 20.

³³⁹³ I de l'ancien article 46 tel que modifié par l'article 7 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 et dont les dispositions sont aujourd'hui reprises au I de l'article 21.

³³⁹⁴ Le II de l'ancien article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 fut modifié pour prévoir que « lorsque le responsable de traitement ou son sous-traitant ne respecte pas les obligations résultant du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité ou de la présente loi, le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut, si le manquement constaté est susceptible de faire l'objet d'une mise en conformité, prononcer à son égard une mise en demeure, dans le délai qu'il fixe » (nous soulignons).

formation restreinte concomitamment à son prononcé³³⁹⁵. C'est le choix de la continuité qui était défendu par les sénateurs à l'origine de cette nouvelle rédaction, ceux-ci refusant précisément la rédaction initiale du projet de loi qui tendait à ne faire de la mise en demeure qu'une faculté³³⁹⁶. En séance publique, la garde des sceaux s'est ralliée à cette rédaction - qui était censée être plus pédagogique et plus claire - en précisant toutefois que « la mise en demeure prononcée par la CNIL doit demeurer une faculté (...) et ne pas se transformer en une formalité préalable obligatoire »³³⁹⁷. Néanmoins, pour préserver l'effet utile des dispositions de ce même article qui imposent de laisser un délai minimum de mise en conformité aux destinataires de la mise en demeure, ce sont bien les vues sénatoriales qui devraient l'emporter. Comme cela fut déjà évoqué précédemment, le législateur modifia aussi à cette fin la procédure d'urgence tant au niveau de ses conditions d'engagement, dans la mesure où il est désormais précisé que l'urgence doit être aussi appréciée par le Président³³⁹⁸, que des mesures qu'il est possible de prendre dans son cadre puisqu'en les adaptant au nouveau mode de régulation mis en place en matière de protection des données personnelles par le « RGPD »³³⁹⁹, il les a étoffées en y intégrant cette nouvelle injonction de mise en conformité.

1399. En outre, quand bien même cette mise en demeure serait toujours obligatoire pour une partie des manquements, la procédure répressive devant la CNIL fait aussi montre de plus de souplesse s'agissant du délai devant la séparer du prononcé de mesures censées mettre fin au manquement.

1400. En effet, dans le cadre de la « procédure ordinaire », le président de la Commission peut tenir compte des circonstances de l'espèce pour fixer le délai dans lequel le responsable de traitement doit se mettre en conformité avec ses obligations. En principe, le président peut faire varier ce délai entre six

³³⁹⁵ Alors que l'ancienne version de l'article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ne laissait pas de place au doute sur ce point, son III, à la suite des modifications apportées par la loi de 2018, disposait que « lorsque le responsable de traitement ou son sous-traitant ne respecte pas les obligations résultant du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité ou de la présente loi, le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut également, le cas échéant après lui avoir adressé l'avertissement prévu au I du présent article ou, le cas échéant en complément d'une mise en demeure prévue au II, saisir la formation restreinte de la commission en vue du prononcé, après procédure contradictoire, de l'une ou de plusieurs des mesures suivantes ». Ainsi, alors qu'il se contente de la préposition « après » s'agissant de l'avertissement, le législateur fait le choix d'employer une locution prépositive pour introduire la mise en demeure qui ne permet pas de la situer chronologiquement par rapport à la saisine de la formation restreinte. Cette ambiguïté rédactionnelle demeure aujourd'hui à l'article 20.

³³⁹⁶ Sophie JOISSAINS, *Rapport n° 350 fait au nom de la commission des lois*, déposé le 14 mars 2018, p. 58.

³³⁹⁷ Sénat, Séance du 20 mars 2018, *JORF*, p. 2842. Il s'agissait toutefois déjà d'une mesure - et non d'une « formalité » - obligatoire en présence de certains manquements.

³³⁹⁸ I de l'article 46 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 repris au I de l'article 21. La violation des droits et libertés ne doit donc plus être automatiquement regardée comme une « urgence » imposant au président de saisir la commission restreinte contrairement à ce que laissait entendre la précédente version du II de l'article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui indiquait les conditions de recours à cette procédure d'urgence.

³³⁹⁹ Dans le cadre de la procédure d'urgence, il est désormais possible pour la procédure restreinte de décider la suspension provisoire de la certification délivrée au responsable de traitement ou à son sous-traitant (3° du I de l'article 21 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) ou de l'agrément délivré à un organisme de certification ou un organisme chargé du respect d'un code de conduite (4° du I de l'article 21 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

mois et dix jours³⁴⁰⁰, voire vingt-quatre heures « en cas d'extrême urgence »³⁴⁰¹. En revanche, il est vrai que l'absence de réponse ou la simple mise en conformité partielle à la suite de la mise en demeure n'implique pas nécessairement la désignation immédiate d'un rapporteur et l'engagement de la procédure de sanction. À cet égard, ni les modalités concrètes de la saisine de la formation restreinte, ni le délai dans lequel le rapporteur est désigné ne sont encadrés par les textes³⁴⁰². Il reste qu'en comparaison, la procédure d'action de groupe apparaît totalement inadaptée aux situations d'urgence.

1401. Cette obligation de mise en demeure préalable et ce délai de quatre mois imposés dans la procédure d'action de groupe ne sont d'ailleurs pas seulement handicapants dans les hypothèses où l'urgence justifie une réponse immédiate. Dans certaines situations, ce délai de quatre mois peut aussi sembler trop court. Par exemple, devant la CNIL, lorsque la complexité de l'affaire le justifie le délai maximal de six mois peut très bien être renouvelé une fois³⁴⁰³. Cela n'est pas possible dans le cadre de l'action de groupe alors que le juge peut être amené à connaître de litiges dont la complexité est équivalente. Sans doute, dans cette dernière hypothèse, le responsable parviendra à faire cesser le manquement, de son propre chef, une fois le juge saisi. C'est toutefois l'utilité de cette mise en demeure et du délai laissé au défendeur pour faire cesser le manquement qui est alors remise en cause.

1402. Compte tenu de ses rigidités procédurales, l'action de groupe ne serait donc calibrée que pour des litiges sériels qui ne requièrent pas un traitement rapide et ne sont pas non plus d'une complexité telle qu'ils nécessiteraient que le responsable de traitement des données ait besoin de plus de quatre mois pour se mettre en conformité avec ses obligations³⁴⁰⁴.

B- Les conditions de saisine de la juridiction compétente

1403. Eu égard à la dimension collective du litige que ces nouvelles actions permettent de traiter, le législateur et le pouvoir réglementaire ont parfois estimé qu'il était nécessaire de se départir du droit

³⁴⁰⁰ Art. 38 du décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁴⁰¹ II de l'article 20 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Il est difficile de savoir ce que recouvre exactement cette situation « d'extrême urgence ». En effet, il semble qu'elle doit être distinguée tant des conditions requises pour prononcer les sanctions énumérées au II du même article sans mise en demeure préalable que de celles permettant de déclencher la procédure dite « d'urgence » visée au I de l'article 21 et enfin de celles évoquées au IV de ce dernier article pour que le président de la Commission puisse saisir la juridiction compétente par la voie du référé.

³⁴⁰² Anne DEBET, Jean MASSOT, Nathalie METALLINOS, *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Paris, Lextenso-éditions, coll. Les intégrales, 2015, § 2186, p. 840-841.

³⁴⁰³ Art. 38 du décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁴⁰⁴ Après avoir constaté, au cours de ses auditions, que cette obligation de mise en demeure faisait l'unanimité contre elle, la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe a d'ailleurs proposé, dans son rapport de juin 2019, de la supprimer purement et simplement pour l'ensemble des procédures d'actions de groupe dans lesquelles elle avait été imposée (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 61).

commun pour aménager les conditions d'introduction de l'instance (1) et organiser d'éventuels concours d'actions collectives ou individuelles (2), sans que cela ne soit toujours suffisant ni même pertinent.

1- L'aménagement partiel des conditions d'introduction de l'instance

1404. C'est moins leur caractère dérogatoire que leur hétérogénéité qui caractérisent les règles de forme (a) et de compétence (b) prévues pour ces nouvelles actions collectives. Rien ne garantit toutefois que cette complexité, qui est déjà en elle-même regrettable, soit bien nécessaire pour rationaliser le traitement des litiges collectifs.

a- L'adaptation partielle du formalisme de la demande

1405. Pour introduire ces nouvelles actions collectives, les groupements sont tenus de respecter, en sus des dispositions de droit commun applicables à l'assignation devant le tribunal judiciaire³⁴⁰⁵ ou à la requête devant les juridictions administratives, des règles de forme qui, sans que cela ne soit toujours justifiable, varient aussi bien en fonction de l'objet de leur demande (i) que de l'ordre juridictionnel qui s'en trouve saisi (ii).

i- La variation des règles de forme selon l'objet des nouvelles actions collectives

1406. Parmi les différentes actions collectives pouvant être portées devant les juridictions administratives et judiciaires, seule l'action de groupe indemnitaire doit être, à peine d'irrecevabilité, expressément motivée par l'atteinte à des intérêts personnels homogènes, motivation qui se matérialise par la présentation de « cas individuels » lors de l'introduction de l'action³⁴⁰⁶, sans que la possibilité d'identifier ses bénéficiaires potentiels ne semble alors suffisante pour remplir cette condition de recevabilité³⁴⁰⁷.

1407. La rédaction des dispositions applicables au cadre commun peut faire douter du champ d'application exacte de cette obligation de motivation. En effet, elles ne font apparemment pas varier les conditions d'introduction de l'instance en fonction de l'objet de l'action et les dispositions applicables aux différentes actions de groupe sectorielles permettant d'obtenir la réparation de préjudices individuels ou seulement la cessation d'un manquement, dans leur version issue de la loi n° 2016-1547 du 18

³⁴⁰⁵ Art. 54, 56, 752, 753 du code de procédure civile.

³⁴⁰⁶ Art. R. 623-3 du code de la consommation ; art. 849-1 du code de procédure civile ; art. R. 77-10-5 du code de justice administrative.

³⁴⁰⁷ Tel était du moins l'opinion de Mme Elisabeth de Lacoste Lareymondie dans ses conclusions sur le jugement du tribunal administratif de Lyon du 29 avril 2019 puisque le syndicat requérant n'avait présenté aucun cas individuel au soutien de sa requête. L'action fut toutefois rejetée sur un autre fondement et cette cause d'irrecevabilité, qui n'avait d'ailleurs même pas été relevée en défense, ne fut alors pas sanctionnée.

novembre 2016, sont muettes sur ce point. Il faut néanmoins relever que c'est à l'occasion de l'ouverture d'un volet indemnitaire pour l'action de groupe en matière de protection des données personnelles que le législateur a pris soin de modifier l'ancien article 43 *ter* de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 pour imposer expressément cette obligation de présentation aux groupements demandeurs. Ainsi, bien que les termes de l'ancien article 43 *ter* - repris actuellement à l'article 37 - laissent aussi à penser que cette obligation de présentation de cas individuels s'applique aussi lorsque l'action de groupe a seulement pour objet la cessation d'un manquement, il semble qu'elle soit en réalité bien réservée aux conclusions indemnitaires. Pourtant, il n'aurait pas été absurde d'exiger aussi des groupements une telle motivation de leur requête lorsqu'ils exercent une action tendant seulement à obtenir la cessation d'un manquement ou la reconnaissance d'autres droits individuels devant le juge administratif. Il n'est évidemment pas exclu que de tels cas individuels soient alors évoqués, mais ils le seront alors seulement au cours des débats.

1408. Rien n'est dit sur le nombre de « cas » qui doivent être ainsi présentés au soutien de l'action, ni même sur les qualités qu'ils doivent présenter. Tout au plus, il est permis de déduire de l'usage du pluriel qu'ils doivent être au minimum deux et, de l'économie du texte, qu'ils sont censés illustrer les lésions individuelles subies par les membres du groupe potentiel de victimes qui résultent d'un même manquement. En tout état de cause, le contrôle du respect de cette exigence s'annonce assez formel au moins devant les juridictions judiciaires. La Cour de cassation, qui eut à se prononcer seulement sur point dans le cadre de l'affaire CLCV contre AXA-AGIPI, a ainsi précisé qu'il n'appartient pas au juge de la mise en état d'apprécier la « pertinence » des cas individuels exposés dans l'assignation, de vérifier s'ils sont effectivement représentatifs du groupe défendu³⁴⁰⁸.

- ii- La variation des règles de forme selon l'ordre juridictionnel saisi des nouvelles actions collectives

1409. Les règles de forme imposées au groupement ne sont pas non plus identiques selon les juridictions saisies. Certaines de ces différences sont tout à fait compréhensibles eu égard aux dispositions de droit commun régissant l'introduction de l'instance dans les différents ordres juridictionnels. Il est ainsi compréhensible que le code de procédure civile, à la différence du code de justice administrative, n'impose pas que l'acte introductif d'instance précise l'identité de la personne visée par l'action ou encore « la nature du manquement et des dommages invoqués » dans la mesure où il s'agit d'une assignation, c'est-à-dire d'un acte adressé au défendeur qui, en 2017, devait notamment contenir « l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit »³⁴⁰⁹, ce que le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile n'a ensuite pas remis en cause³⁴¹⁰. Il pourrait tout au plus

³⁴⁰⁸ Civ. 1, 27 juin 2018, n° 17-10.891.

³⁴⁰⁹ Ancien art. 56 du code de procédure civile.

³⁴¹⁰ V. désormais art. 54 et 56 du code de procédure civile.

être reproché au pouvoir réglementaire d'avoir ajouté ici des précisions superfétatoires dans le code de justice administrative. En effet, sauf à considérer que l'action de groupe n'est pas soumise à l'obligation de décision préalable à la différence de l'action en reconnaissance de droits, l'identité de « la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public visé par l'action » peut déjà être connue à travers l'auteur de la décision attaquée. Quant à « la nature du manquement et des dommages invoqués », l'obligation de motivation pesant sur les requérants permettait déjà de les retrouver dans la requête, même si cette dernière n'est que sommaire puisque, ainsi que le rappelait René Chapus, celle-ci « ne signifie pas requête abstraite ou indigente »³⁴¹¹.

1410. D'autres différences au niveau des règles de forme sont en revanche plus difficilement justifiables. Ainsi, seul le code de la consommation impose que l'assignation contienne la copie de l'agrément de l'association exerçant l'action. Pourtant, cette obligation, qui permet de s'assurer que la condition de recevabilité relative à la qualité pour agir du groupement est bien remplie, aurait très bien pu être étendue aux autres procédures d'actions de groupe, y compris d'ailleurs celles dans lesquelles la qualité pour agir n'est pas attribuée à des associations agréées, d'ailleurs potentiellement plus nombreuses que celles de défense des consommateurs représentatives au niveau national.

1411. Dans le même ordre d'idées, le pouvoir réglementaire, s'inspirant vraisemblablement des dispositions applicables aux référés d'urgence³⁴¹², a imposé devant les seules juridictions administratives que les requêtes déposées dans le cadre d'actions de groupe ou en reconnaissance de droits soient identifiées comme telles en portant la mention « action de groupe »³⁴¹³ ou « action en reconnaissance de droits »³⁴¹⁴. En elle-même, l'idée est intéressante du point de vue de la bonne administration de la justice puisque cette obligation, même si elle n'est pas sanctionnée, permet, comme pour les référés d'urgence, d'attirer l'attention du greffe de la juridiction sur la particularité de cette requête et éventuellement d'accélérer son traitement. Dans le cadre de ces procédures, cela permettrait de prévenir un potentiel afflux de requêtes individuelles liées au litige collectif sur lequel elle porte. Là encore, il eût donc été opportun de prévoir une obligation similaire devant les juridictions judiciaires pour attirer aussi l'attention du greffe lors de l'enrôlement de l'acte introductif d'instance. Il est vrai toutefois que l'effet préventif précédemment évoqué ne peut être obtenu que si cette obligation pesant sur les demandeurs est, comme devant les juridictions administratives, combinée à la publicité des actions de groupe qui viennent d'être introduites.

1412. La même conclusion pourrait être faite à propos d'une autre obligation de forme propres aux nouvelles actions collectives portées devant les juridictions administratives, dont la violation est susceptible cette fois-ci de constituer une cause d'irrecevabilité s'il n'y a pas de régularisation dans le délai

³⁴¹¹ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éditions, 2008, n° 610, p. 512.

³⁴¹² Art. R. 522-3 du code de justice administrative.

³⁴¹³ Art. R. 77-10-4 du code de justice administrative.

³⁴¹⁴ Art. R. 77-12-5 du code de justice administrative.

de recours. En effet, rien ne justifie non plus que seules les dispositions du code de justice administrative imposent aux groupements de préciser dans leur requête « les éléments permettant d'apprécier la similarité des situations des personnes en faveur desquelles l'action est présentée ». Il est alors probable qu'en imposant une telle obligation le pouvoir réglementaire ait voulu aligner les dispositions applicables à l'action de groupe devant les juridictions administratives sur celles qu'il avait reprises du rapport *Bélaval*³⁴¹⁵ pour régir la forme des requêtes tendant à la reconnaissance de droits. En effet, lorsqu'elle est introduite dans ce cadre, la requête doit aussi, à peine d'irrecevabilité, préciser « les éléments de fait et de droit qui caractérisent le groupe d'intérêt en faveur duquel elle est présentée »³⁴¹⁶. Si la rédaction n'est pas totalement identique, l'idée n'en demeure pas moins substantiellement la même. La référence aux éléments « de fait » peut d'ailleurs surprendre puisque l'article L. 77-12-1 du code de justice administrative présente « le groupe d'intérêt en faveur duquel l'action est présentée » comme étant « caractérisé » seulement « par l'identité de la situation juridique de ses membres ». En tout état de cause, il est regrettable que le pouvoir réglementaire ne soit pas allé au bout de cette logique d'harmonisation en faisant peser une obligation de motivation similaire sur les groupements utilisant les actions de groupe devant le juge judiciaire.

b- La détermination de la juridiction compétente dans l'ordre judiciaire et dans l'ordre administratif

1413. Alors que la désignation de la juridiction territorialement compétente devant le juge judiciaire est simple et prévisible (i), elle apparaît plus complexe et aléatoire pour les groupements dans l'ordre administratif (ii).

i- La détermination de la juridiction compétente dans l'ordre judiciaire

1414. Depuis la loi relative à la consommation, l'ensemble des dispositions organisant l'action de groupe devant le juge judiciaire ne retiennent que la compétence du tribunal de grande instance³⁴¹⁷ et, désormais, du tribunal judiciaire. Il peut être reproché au législateur de ne pas avoir fait le choix de la cohérence avec des dispositions antérieures pour déterminer la juridiction matériellement compétente en reprenant, par exemple, les règles de spécialisation en matière de concurrence³⁴¹⁸ ou en réservant la compétence des

³⁴¹⁵ Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 42.

³⁴¹⁶ Art. R. 77-12-6 du code de justice administrative.

³⁴¹⁷ Pour l'action de groupe en matière de données à caractère personnel, le législateur s'est donc aussi écarté de l'étude annuelle du Conseil d'État sur ce point puisque celle-ci proposait que l'action fût « exercée devant le tribunal d'instance » (Conseil d'État, *Étude annuelle - Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents, Conseil d'État, 2014, p. 341).

³⁴¹⁸ À l'origine, le projet de loi en matière de consommation prévoyait d'ailleurs une spécialisation de certains tribunaux de grande instance pour connaître des actions de groupe en la matière.

prud'hommes en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail³⁴¹⁹, plutôt qu'attribuer ainsi une compétence de principe aux tribunaux de grande instance puis aux tribunaux judiciaires³⁴²⁰. Il lui saura toutefois gré d'avoir fait le choix de la simplicité pour déterminer la compétence territoriale.

1415. En effet, il s'agit toujours du tribunal judiciaire du domicile du défendeur ou celui de Paris lorsque le défendeur n'a pas de résidence ou de domicile connu ou qu'il demeure à l'étranger³⁴²¹. Certes, ces dispositions laissent en suspens l'hypothèse dans laquelle il y aurait une pluralité de défendeurs. Si tant est que cela soit toujours possible dans le cadre de l'action de groupe³⁴²², il suffit néanmoins de se référer au droit commun en la matière et plus précisément au second alinéa de l'article 42 du code procédure civile qui laisse le choix au demandeur.

1416. Les règles permettant de déterminer la juridiction territorialement compétente dans l'ordre administratif, tant pour l'action de groupe que pour l'action en reconnaissance de droits individuels, sont autrement plus complexes et discutables.

³⁴¹⁹ Dans la proposition du rapport Pécaut-Rivolier, le tribunal de grande instance était aussi le seul compétent pour connaître de l'« action collective » aux fins de constatation et de cessation des discriminations au sein de l'entreprise, dont le rapport proposait la mise en place, en raison du caractère « collectif » du litige (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.*, p. 103). Il est vrai que l'ancien tribunal de grande instance était déjà compétent pour connaître, par exemple, des actions aux fins d'exécutions des conventions et accords collectifs des syndicats. En revanche, la compétence prudhomme était préservée s'agissant des actions en indemnisation que chacun des salariés pourrait ensuite exercer (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.*, p. 115), ce qui risquait alors de constituer un facteur de complexité supplémentaire. Au reste, lors de leur audition, les organisations syndicales, comme FO ou la CGE qui ne semblaient pas hostiles à la mise en place d'une telle action, n'étaient pas opposées à ce que ce que le tribunal de grande instance se vît reconnaître une compétence exclusive pour connaître d'une « action de type collectif » pourvu qu'elle fût bien circonscrite afin de ne pas à « assécher » la compétence des conseils de prud'hommes (Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.*, p. 141).

³⁴²⁰ Ce choix est toutefois aujourd'hui remis en cause. Ainsi la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe s'est prononcée en faveur d'une spécialisation des juridictions en proposant de « donner une compétence exclusive à certains tribunaux judiciaires et à des juridictions administratives spécialisées ». Toutefois, dans son rapport, elle semble moins considérer les domaines dans lesquels les actions de groupes sont exercées que la charge de travail qu'implique leur traitement pour justifier « de réserver la compétence en matière d'action de groupe à un nombre limité de tribunaux spécialisés de taille suffisante (comme Paris, Marseille, Bordeaux et Lille...) dont la liste serait fixée par décret » (Philippe GOSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 62-63).

³⁴²¹ Article 849 du code de procédure civile. Sous réserve évidemment des règles du droit de l'Union européenne et du droit international, comme le règlement n° 1215/2012 « Bruxelles I bis » du 12 décembre 2015, dont seule la circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation fait d'ailleurs mention au détour d'une note de bas de page (Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 6, ndbp n° 1).

³⁴²² Après tout, comme cela fut précédemment souligné, une telle hypothèse n'est effectivement expressément envisagée que pour la procédure normale d'action de groupe en matière de consommation et de concurrence.

ii- La détermination de la juridiction compétente dans l'ordre administratif

1417. Les dispositions relatives au cadre commun devant les juridictions administratives³⁴²³ et à l'action en reconnaissance de droits³⁴²⁴, qui reprennent - en partie - la proposition formulée dans le rapport *Bélaval*, donnent une solution de principe difficilement compréhensible et organisent une procédure de désignation assez aléatoire.

1418. Là où les dispositions proposées par le rapport s'appuyaient sur le champ de l'intérêt défendu pour déterminer la juridiction compétente³⁴²⁵, celles introduites dans le code de justice administrative disposent qu'en principe, la juridiction administrative compétente pour connaître de l'action de groupe ou de l'action en reconnaissance de droits est celle qui, aux termes des dispositions législatives et réglementaires de ce code fixant les règles de compétence de premier ressort, aurait été seule compétente pour connaître des requêtes individuelles émanant des membres du groupe. En revanche, c'est le Conseil d'État qui doit en être saisi dans l'hypothèse où plusieurs juridictions auraient été compétentes pour en connaître, ce qui permet d'accroître l'effet jurisprudentiel de la décision mais prive les requérants de l'exercice de voies de recours. Il en irait ainsi, par exemple, lorsque l'action de groupe indemnitaire, ne trouvant pas sa cause dans un manquement à un contrat ou à un quasi-contrat, a pour objet de réparer

³⁴²³ Art. R. 77-10-2 du code de justice administrative : « Lorsque les requêtes individuelles qu'auraient pu introduire les personnes auxquelles l'action de groupe est susceptible de bénéficier auraient relevé, en application des règles de compétences définies par le titre Ier du livre III du présent code, de la compétence d'une seule juridiction, cette juridiction est compétente pour connaître de cette action. Lorsqu'elles auraient relevé de la compétence de plusieurs juridictions, l'action de groupe est adressée au Conseil d'État. À défaut, le président de la juridiction saisie transmet le dossier au Conseil d'État. Le président de la section du contentieux du Conseil d'État désigne la juridiction compétente pour connaître de cette action et assure l'information des autres juridictions. Les actions de groupe ayant le même objet sont présentées par le demandeur à l'action ou transmises directement par les juridictions saisies à la juridiction ainsi désignée. Dans l'hypothèse prévue à l'alinéa précédent, le président de la section du contentieux du Conseil d'État peut renvoyer le jugement de l'affaire à une cour administrative d'appel déjà saisie d'une requête dirigée contre un jugement rendu par un tribunal administratif sur une action de groupe ayant le même objet. La cour administrative d'appel statue alors sur cette affaire en premier et dernier ressort ».

³⁴²⁴ Art. R. 77-12-2 du code de justice administrative : « Lorsque les requêtes individuelles qu'auraient pu introduire les membres du groupe d'intérêt en faveur duquel l'action en reconnaissance de droits est présentée auraient relevé, en application des règles de compétences définies par le titre Ier du livre III du présent code, de la compétence d'une seule juridiction, cette juridiction est compétente pour connaître de cette action. Lorsqu'elles auraient relevé de la compétence de plusieurs juridictions, l'action en reconnaissance de droits est adressée au Conseil d'État. À défaut, le président de la juridiction saisie transmet le dossier au Conseil d'État. Le président de la section du contentieux du Conseil d'État désigne la juridiction compétente pour connaître de cette action et assure l'information des autres juridictions. Les actions en reconnaissance de droits ayant le même objet sont présentées par le demandeur à l'action ou transmises directement par les juridictions saisies à la juridiction ainsi désignée. Dans l'hypothèse prévue à l'alinéa précédent, le président de la section du contentieux du Conseil d'État peut renvoyer le jugement de l'affaire à une cour administrative d'appel déjà saisie d'une requête dirigée contre un jugement rendu par un tribunal administratif sur une action en reconnaissance de droits ayant le même objet. La cour administrative d'appel statue alors sur cette affaire en premier et dernier ressort ».

³⁴²⁵ Il était alors proposé d'insérer dans le code de justice administrative un article R. 782-1 qui aurait disposé que : « lorsque l'intérêt en faveur duquel l'action collective est présentée relève du ressort d'un seul tribunal administratif, en application des dispositions des articles R. 312-1 à R. 312-17 du présent code, ce tribunal est compétent pour connaître de cette action. Lorsque l'intérêt en faveur duquel l'action collective est présentée dépasse ou est susceptible de dépasser le ressort d'un seul tribunal administratif, la requête est adressée au Conseil d'État » (Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 40-41).

les préjudices de victimes dont le lieu de résidence relève du ressort de plusieurs tribunaux et lorsque les dommages invoqués ne sont ni imputable à une décision qui a fait ou aurait pu faire l'objet d'un recours en annulation devant un tribunal administratif, ni des dommages de travaux publics ou imputables à un accident de la circulation, à un fait ou à un agissement administratif³⁴²⁶ et, dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits, lorsque le litige a trait à la reconnaissance d'une qualité³⁴²⁷ ou encore, dans certaines circonstances, au versement de pensions autres que celles d'agents d'une collectivité locale³⁴²⁸.

1419. Toutefois, cette référence aux « requêtes individuelles qu'auraient pu introduire les membres du groupe d'intérêt » semble inappropriée, en particulier dans le cadre des actions de groupe. En effet, la consistance de ce groupe n'est pas connue au moment où l'action de groupe est introduite devant le juge administratif³⁴²⁹. Il est donc difficile de déterminer la juridiction compétente lorsque c'est le lieu de résidence du demandeur qui permet d'apprécier la juridiction compétente pour connaître des requêtes individuelles comme dans les exemples précédemment évoqués en matière de responsabilité extracontractuelle et de reconnaissance de droits. Certes, comme le laissent entendre les expressions « personnes auxquelles l'action de groupe est susceptible de bénéficier » et « groupe d'intérêt en faveur duquel l'action en reconnaissance de droits est présentée », il faut prendre comme référence non pas le groupe qui sera effectivement bénéficiaire de l'action mais le groupe potentiel. Cela peut toutefois sembler un peu fictif dans la mesure où il n'est pas exclu que le périmètre du groupe effectivement bénéficiaire s'avère plus restreint que celui du groupe potentiel et il sera finalement aisé pour les groupements de détourner ces règles de compétences, de prétendre défendre le groupe le plus large possible pour tenter d'atteindre plus rapidement le Conseil d'État. Le doute devrait toutefois profiter au Conseil d'État afin d'offrir à toutes les juridictions une décision, une tête de série, permettant de statuer par ordonnance sur les requêtes individuelles qui seraient introduites concomitamment ou postérieurement devant différents tribunaux administratifs par des personnes susceptibles d'appartenir au groupe, au moins dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits dans la mesure où les litiges individuels concernés sont peut-être plus adaptées à l'utilisation d'un tel instrument que les litiges indemnitaires. Dans le cas contraire, la décision rendue par le tribunal administratif sur l'action collective ne serait effectivement d'aucune utilité

³⁴²⁶ Autrement dit, il s'agit de l'hypothèse – rare il faut toutefois le reconnaître – visée au 3° de l'article R. 312-14 du code de justice administrative qui dispose qu'à défaut le tribunal administratif compétent pour connaître de cette demande indemnitaire est celui dans le ressort duquel « se trouvait, au moment de l'introduction de la demande, la résidence de l'auteur ou du premier des auteurs de cette demande, s'il est une personne physique, ou son siège, s'il est une personne morale ». L'indétermination – et tout simplement l'absence – des victimes lors de la première phase du jugement rend d'ailleurs inapplicable le critère chronologique à partir duquel sont censés être départagés les tribunaux administratifs potentiellement compétents en cas de pluralités de demandeurs dont le lieu de résidence ou le siège social relève du ressort de plusieurs juridictions.

³⁴²⁷ Art. R. 312-6 du code de justice administrative.

³⁴²⁸ Art. R. 312-13 du code de justice administrative.

³⁴²⁹ Evidemment, il en va autrement lorsqu'il est fait usage de la procédure simplifiée en matière de consommation. Toutefois, cette procédure, dont la mise en place avait pu être envisagée en matière de lutte contre les discriminations (art. 6 *bis* de la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de lutte contre les discriminations, adoptée en 1ère lecture par l'Assemblée nationale le 10 juin 2015), n'est applicable qu'à une action de groupe relevant de la compétence exclusive du juge judiciaire.

pour les autres tribunaux administratifs³⁴³⁰. Néanmoins, la révélation de l'existence de telles requêtes devrait conduire le président de la juridiction à mettre en œuvre l'obligation de transmission évoquée au deuxième alinéa des articles R. 77-10-2 et R. 77-12-2 du code de justice administrative.

1420. En effet, après avoir posé le principe de la compétence du Conseil d'État pour connaître de certaines actions de groupe et en reconnaissance de droits, le code de justice administrative ajoute immédiatement qu'« à défaut, le président de la juridiction saisie transmet le dossier au Conseil d'État » et que le « président de la section du contentieux du Conseil d'État désigne la juridiction compétente pour connaître de cette action et assure l'information des autres juridictions ». Avec l'emploi de la locution « à défaut », le code semble ainsi viser l'hypothèse dans laquelle le demandeur aurait dû saisir directement le Conseil d'État pour le priver finalement - sans réelle justification - de sa compétence au terme d'une procédure de renvoi semblable à celle qui est prévu à son article R. 351-8³⁴³¹. Il est alors précisé que le président de la section du contentieux « peut » renvoyer le jugement de l'affaire à une cour administrative d'appel, statuant alors en premier et dernier ressort, qui est déjà saisie d'une requête dirigée contre un jugement rendu par un tribunal administratif sur une action de groupe ayant le même objet. Or, si la similarité d'objet ici évoquée correspond à celle de la matière litigieuse, il y a lieu de penser que ledit jugement n'a pas non plus été rendu par une juridiction qui était compétente pour en connaître.

2- Le concours des actions

1421. Le concours d'actions, aussi bien entre actions collectives³⁴³² qu'entre actions collectives et individuelles, n'a été que partiellement organisé devant le juge administratif (a) et entièrement renvoyé au droit commun devant le juge judiciaire (b).

³⁴³⁰ V. toutefois le dispositif *ad hoc* prévu en cas de rejet de l'action collective : cf. *Infra* ndbp n° 3437.

³⁴³¹ Art. R. 351-8 du code de justice administrative : « lorsque des considérations de bonne administration de la justice l'imposent, le président de la section du contentieux du Conseil d'État, de sa propre initiative ou sur la demande d'un président de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel, attribue, par une ordonnance motivée qui n'est pas susceptible de recours, le jugement d'une ou plusieurs affaires à la juridiction qu'il désigne ». Pour l'instant, les deux seules nouvelles actions collectives qui furent portée directement devant le Conseil d'Etat, en l'occurrence l'action de groupe de l'association promotion de défense des étudiants et l'action en reconnaissance de droits de L'association de défense des droits constitutionnels des actionnaires, furent transmises au tribunal administratif de Bordeaux et au tribunal administratif de Cergy-Pontoise.

³⁴³² Cette hypothèse avait été envisagée - mais non organisée - dès la première action de groupe en matière de consommation (art. R. 623-7, R. 623-13, R. 623-18 du code de la consommation). En revanche, les dispositions relatives au cadre commun applicable devant les juges administratifs et judiciaires n'évoquent cette possible « pluralité de demandeurs » que pour la mise en œuvre de la procédure individuelle de réparation des préjudices, qui n'est pas applicable dans toutes les actions de groupe (art. R. 77-10-17 du code justice administrative ; art. 849-15 du code de procédure civile).

a- Le concours entre action collective et actions individuelles devant le juge administratif

1422. Le code de justice administrative organise de la même façon le concours entre actions individuelles et actions de groupe et entre actions individuelles et action en reconnaissance de droits. Il permet déjà de les prévenir en imposant d'indiquer sur le site internet du Conseil d'État les actions de groupe³⁴³³ et les actions en reconnaissance de droits³⁴³⁴ en cours et les éléments permettant au public d'apprécier s'ils peuvent appartenir ou non au groupe défendu³⁴³⁵. Dans l'hypothèse où le requérant aurait tout de même décidé d'introduire une requête ou bien ignorerait l'existence de cette action collective, les articles R. 77-10-3 - pour l'action de groupe - et R. 77-12-3 - pour l'action en reconnaissance de droits - du code de justice administrative prévoient qu'il peut toujours en être informé par le président de la formation de jugement, lorsque ce dernier en prend connaissance lui-même ou grâce à l'une des parties, ainsi que de son droit de former une intervention à son soutien. Le président de la formation de jugement le met aussi en demeure de confirmer - dans un délai d'un mois minimum - s'il désire poursuivre l'instance et en lui précisant qu'à défaut d'une telle confirmation dans le délai imparti il sera réputé s'être désisté d'office, mais qu'il pourra aussi se prévaloir de la décision rendue sur l'action en responsabilité ou l'action en reconnaissance de droits qui sera aussi publiée sur le site internet du Conseil d'État.

1423. S'il désire malgré tout maintenir sa requête, le requérant est alors informé par tout moyen qu'il est sursis à statuer sur ses conclusions jusqu'à ce que la décision rendue sur l'action de groupe ou en reconnaissance de droits soit devenue « irrévocable ». À la différence des autres membres du groupe, il devra donc attendre l'irrévocabilité du jugement pour tirer profit de l'action collective. Cette référence à l'irrévocabilité permet alors d'envisager le traitement de cette requête individuelle par ordonnance, de la rejeter ainsi en cas d'échec de l'action collective si elle présente des moyens identiques à ceux qui ont été tranchés et même des moyens nouveaux manifestement infondés³⁴³⁶, ce qui constitue une extension par

³⁴³³ Art. R. 77-10-10 du code de justice administrative.

³⁴³⁴ Art. R. 77-12-11 du code de justice administrative.

³⁴³⁵ Il est regrettable qu'un dispositif équivalent n'ait pas été prévu pour les actions de groupe devant les juridictions judiciaires, ce qui faciliterait la tâche des chercheurs mais aussi, et surtout, des justiciables (Maria José AZAR-BAUD, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives. Revue de presse », *JCP E*, n° 50, 13 Décembre 2018, n° 1637). A ce titre, la mission d'information sur le « bilan et les perspectives des actions de groupe » a au moins proposé la mise en place d'« un registre des actions de groupe pourrait être concurremment tenu par l'administration, le ministère de la Justice, et par la société civile, le Conseil national des barreaux », la formulation de sa proposition finale n'évoquant toutefois que le ministère et le Conseil national des barreaux (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration général de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 50). Néanmoins encore faut-il qu'un tel registre soit mis à jour régulièrement. Par exemple, dans sa version datée du mardi 10 mars 2020, le tableau de suivi de l'action en reconnaissance de droits fourni par le site internet du Conseil d'État ne mentionnait pas une action devant le tribunal administratif de Dijon qui avait été pourtant enregistrée le 20 décembre 2019.

³⁴³⁶ 2° des articles R. 77-10-12 (action de groupe) et R. 77-12-20 (action en reconnaissance des droits) du code de justice administrative.

rapport aux dispositions relatives aux têtes de séries³⁴³⁷. Ce sursis n'est toutefois pas automatique et il reste possible pour le requérant de faire valoir, notamment, la singularité de sa situation, comme l'urgence par exemple, puisque « sa situation » ou même un « intérêt public » peut s'y opposer. Le requérant peut aussi voir sa requête - sur laquelle il aura été sursis à statuer - transmise à une autre juridiction en application de l'article R. 351-8 du code de justice administrative, des considérations de bonne administration de la justice imposant qu'elle soit jugée par la juridiction qui est saisie de l'action collective. L'ensemble de ces dispositions ne s'applique toutefois pas au traitement de la question prioritaire de constitutionnalité que les requérants soulèveraient au soutien de leur requête individuelle, les juridictions du fond ayant estimé qu'elles devaient toujours, même lorsque la QPC est l'accessoire d'une requête concurrente à une autre déposée dans le cadre d'une action de groupe ou d'une action en reconnaissance de droits, appliquer les dispositions de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, c'est-à-dire statuer « sans délai » sur elle et se prononcer « en priorité » sur sa transmission³⁴³⁸.

1424. Le concours entre plusieurs actions collectives n'a été, pour sa part, que partiellement organisé par le code de justice administrative. Tout au plus est évoquée la possibilité pour le président de la formation de jugement, lorsqu'une action de groupe ou en reconnaissance de droits a été rejetée par une décision devenue irrévocable, de rejeter par voie d'ordonnance une action de groupe ou une action en reconnaissance de droits tendant aux mêmes fins et soulevant des moyens identiques à ceux déjà tranchés par cette décision de rejet ou des moyens nouveaux qui sont manifestement infondés³⁴³⁹. Néanmoins, pour éviter une contradiction entre les décisions, il faut s'en remettre à la procédure de droit commun applicable devant les juridictions administratives, c'est-à-dire procéder, par exemple, à la jonction des requêtes. En revanche, la connexité ou la procédure de renvoi prévue à l'article R. 351-8 du code de justice administrative, qui permettent de déroger à la répartition normale des compétences au sein de l'ordre administratif, ne seraient pas applicables en principe en cas de concours d'actions collectives

³⁴³⁷ En effet, le 6° des articles R. 122-12 et R. 222-1 du code de justice administrative évoquent des « requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit, pour la juridiction saisie, des questions identiques ». Les articles R. 77-10-12 et R. 77-12-20 du code de justice administrative ne distendent pas simplement la notion de tête de série sur le plan matériel, mais semblent aussi abolir tout critère organique. Partant de l'idée qu'il n'est pas exclu qu'un tribunal administratif s'estime compétent pour connaître d'une action collective alors même que des requêtes individuelles équivalentes de certains membres du groupe défendu seraient du ressort d'autres tribunaux administratifs (cf. *Supra*), rien ne s'opposerait donc à ce qu'un tribunal administratif se fonde sur la décision rendue par un autre tribunal administratif sur une action collective pour rejeter une requête individuelle par ordonnance.

³⁴³⁸ C'est ce qu'avaient décidé les juridictions du fond devant lesquelles avaient été soulevées des QPC visant les dispositions législatives à l'origine hausse rétroactive de la contribution sociale à hauteur sur les plus-values mobilières réalisées entre le 1^{er} janvier 2017 et le 31 décembre 2017 (TA de Versailles, ord., 18 juin 2019, n° 1903153 ; TA de Strasbourg, ord., 25 août 2019, n° 1904994), alors que l'administration fiscale avait réclamé en défense qu'il fût sursis à statuer sur ces QPC dans l'attente de la décision devant être rendue dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits introduite par l'association de défense des droits constitutionnels des actionnaires qui avait d'ailleurs elle-même soulevé une QPC visant ces dispositions législatives. Le Conseil d'Etat, partant du principe qu'il ne saurait en tout état de cause se prononcer sur la régularité des ordonnances de transmission lorsqu'il statue en tant que juge du filtre, leur donna ensuite raison (CE, 3^e chambre, 12 septembre 2019, n° 431862 ; CE, 3^e et 8^e chambres réunies, 2 décembre 2019, n° 434359). Rien ne s'oppose ensuite à ce que cette position, arrêtée dans le cadre d'un concours entre une action individuelle et une action en reconnaissance de droits, puisse être transposée dans une hypothèse de concours avec une action de groupe.

³⁴³⁹ 1° des articles R. 77-10-12 (action de groupe) et R. 77-12-20 (action en reconnaissance des droits) du code de justice administrative

identiques dans la mesure où ces dernières seraient introduites devant la même juridiction, à moins évidemment qu'un tribunal administratif ait été saisi d'une action collective ne concernant qu'une partie d'un groupe déjà défendu par une action collective portée devant le Conseil d'État.

b- Le concours entre action collective et actions individuelles devant le juge judiciaire

1425. A défaut de précisions dans les textes relatifs à l'action de groupe devant le juge judiciaire, il faut s'en remettre aux règles prévues par le code de procédure civile pour régler les hypothèses de concours entre des actions de groupe comme entre actions de groupe et actions individuelles.

1426. Comme le relevait déjà la circulaire sur l'action en matière de consommation, il n'est alors pas possible de faire usage de l'exception de litispendance puisque l'identité de partie requise par l'article 100 du code de procédure civile fait défaut³⁴⁴⁰. Elle évoquait alors la connexité comme autre piste possible de règlement de ces concours d'actions. Toutefois, comme dans l'ordre juridictionnel administratif, cela suppose que deux juridictions distinctes aient été saisies³⁴⁴¹, son applicabilité est donc plus évidente en cas de concours entre une action de groupe et des actions individuelles qu'en cas de concours d'actions de groupe identiques. Tout au plus trouverait-elle à s'appliquer lorsque deux degrés de juridictions différents seraient saisis d'actions de groupe dirigée contre les mêmes personnes. Aux fins d'organiser ce concours d'actions était aussi évoqué par la circulaire le sursis à statuer³⁴⁴², qui fut effectivement utilisée pour organiser le concours d'actions individuelles avec l'action de groupe en matière de consommation que la Confédération, Logement, Cadre de vie avait engagé le 28 octobre 2014 à l'encontre d'Axa-AGIPI devant le tribunal de grande instance de Nanterre³⁴⁴³, mais aussi le retrait du rôle sur demande des parties³⁴⁴⁴ en attendant l'issue d'une autre procédure ou encore, lorsque le concours d'action a lieu devant la même juridiction -ce qui semble devoir être l'hypothèse la plus fréquente en cas de concours entre action de groupe -, la jonction³⁴⁴⁵ et, enfin, la possibilité pour les présidents des anciens tribunaux de grande instance d'attribuer les affaires à une même chambre³⁴⁴⁶.

1427. Si le droit commun apparaît suffisant pour prévenir la contradiction de décisions pouvant résulter de concours d'actions devant le juge judiciaire, il reste que l'information des requérants quant à l'existence d'actions de groupe pendantes dont ils pourraient relever est beaucoup plus lacunaire que devant la

³⁴⁴⁰ Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 3.

³⁴⁴¹ Art. 101 du code de procédure civile.

³⁴⁴² Art. 378 du code de procédure civile.

³⁴⁴³ TGI de Nanterre, 6^e chambre, 2 septembre 2016, n° 1509494 ; TGI de Nanterre, 6^e chambre, 2 décembre 2016, n° 1508610 ; TGI de Nanterre, 6^e chambre, 6 janvier 2017, n° 1602674.

³⁴⁴⁴ Art. 382 du code de procédure civile.

³⁴⁴⁵ Art. 367 du code de procédure civile.

³⁴⁴⁶ Ancien Art. 758 du code de procédure civile.

juridiction administrative. Ils ne peuvent compter que sur la communication des groupements à l'origine de ces actions et non sur une quelconque forme de publicité institutionnelle.

§2- Le juge : clef de voûte fragile du nouvel édifice procédural

1428. Si ces nouvelles actions collectives ont parfois pu être présentées comme un moyen permettant d'alléger, ou à tout le moins évitant d'alourdir, la charge de travail pesant sur l'institution juridictionnelle en lui épargnant, en principe, d'avoir à connaître des réclamations individuelles des membres du groupe bénéficiaire (B), cela ne signifie pas pour autant que le législateur a entendu laisser le juge en retrait. Bien au contraire, elles ont en commun de faire de son intervention une garantie essentielle de leur succès puisqu'il lui incombe de résoudre les difficultés qui pourraient se présenter à l'occasion de la phase d'exécution de la décision (C) qu'il est censé avoir planifié au mieux (A).

A- La figure du juge planificateur au centre des nouvelles actions collectives

1429. Le juge ne se contente pas de constater, parfois tant bien que mal, l'existence d'un manquement lorsqu'il fait droit à une demande formulée dans le cadre de ces nouvelles actions collectives (1), il peut - et dans certaines hypothèses doit - préparer aussi la phase d'exécution de sa décision (2), phase au cours de laquelle il demeure, en principe, en retrait (3).

1- L'établissement du manquement

1430. Comme dans le cadre des actions individuelles, la réalité du manquement imputé au défendeur doit être établie. Or sur ce point, la tâche des demandeurs peut s'avérer plus ou moins difficile selon le domaine dans lequel ils usent de ces nouvelles actions collectives et les juridictions qui en sont saisies.

1431. En effet, en elles-mêmes, ces nouvelles actions collectives ne sont pas d'un grand secours sur le plan probatoire. Refusant de mettre en place une procédure semblable à celle de « *discovery* »³⁴⁴⁷, qui apparaissait comme un accessoire des « *class actions* », voire parfois comme une nécessité pratique³⁴⁴⁸, mais

³⁴⁴⁷ Ainsi que le résume M. Nicolas Hoffschir, cette procédure, « dont les contours et les modalités sont variables d'un État à un autre, permet aux parties à l'instance d'obtenir des adversaires ou des tiers qu'ils versent aux débats tous les documents intéressant la solution du litige ou qu'ils ouvrent leurs archives aux fins de recherche » (Nicolas HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol.153, 2016, n° 140, p. 171).

³⁴⁴⁸ M. Guy Canivet estimait que seule la mise en place de mécanisme, qui est parfois qualifié de « perquisition privée », permettrait à l'action de groupe de remplir sa fonction « d'alternative au dévoiement de la procédure pénale », cette dernière pouvant apparaître aux victimes comme un moyen d'obtenir à peu de frais l'établissement de la preuve (Discours prononcé par le premier président de la Cour de cassation au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC - Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice, accessible en ligne à

aussi comme un mécanisme intrusif et onéreux pour le défendeur étranger à la tradition civiliste, le législateur n'a daigné prendre en compte les difficultés que pouvaient rencontrer les groupements et le juge pour établir la réalité du manquement qu'en matière de concurrence et, dans une moindre mesure, en matière de protection des données personnelles.

1432. Il le fit en matière de concurrence en conditionnant, non pas l'engagement de l'action, mais le prononcé du jugement sur la responsabilité au prononcé d'une décision par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes à l'encontre du professionnel qui constate les manquements, décision qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à leur établissement. Autrement dit, le législateur fit de l'action de groupe en cette matière une action de suivi - ou « follow-on action » -, c'est-à-dire « une action en réparation introduite devant une juridiction civile concomitamment ou postérieurement à une procédure en cours devant l'autorité de concurrence pour les mêmes faits »³⁴⁴⁹, tel que cela avait été envisagé par le Conseil de la concurrence en 2006³⁴⁵⁰ et par la Commission dans sa recommandation en 2013³⁴⁵¹. Bien qu'il ait pu être décrié tant il semblait incompatible avec le principe de séparation des autorités administratives et juridictionnelles, un tel mécanisme n'était pas si innovant que cela puisque le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, pour éviter notamment que la décentralisation au profit des autorités de la concurrence et des juridictions nationales du contrôle de l'application des anciens articles 81 et 82 du traité CE ne fût préjudiciable à la cohérence du système juridique communautaire, interdisait déjà aux juridictions nationales de prendre en la matière des décisions qui iraient à l'encontre de décisions déjà adoptées par la Commission ou envisagées dans le

l'adresse

suivante :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/archives_2201/obstacles_juridiques_action_groupe_8449.html).

³⁴⁴⁹ Guillaume ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Étude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce de Paris*, Thèse dactyl., Université de Montpellier 1, 2012, § 71, p. 53) Parfois qualifiées de « subséquentes » (Benjamin LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Thèse dactyl., Université de La Rochelle, 2014, § 44, p. 152-154) ou « consécutives » (Cons. conc., avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, pt. 57, p. 13), ces actions étaient définies par le document de travail de la commission accompagnant le livre blanc comme des actions civiles introduites « après » qu'une autorité de concurrence « a constaté une infraction » et elles se distingueraient ainsi des actions « indépendantes » - ou « stand-alone actions » - qui ne suivent pas une telle décision (Commission Européenne, *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules, COM(2008) 165 final, DG COMP, Bruxelles, 2 avril 2008*, p. 7, traduit par Guillaume ZAMBRANO, *thèse.précit.*, § 69, p. 51). Toutefois, comme le note M. Guillaume Zambrano, qui est par ailleurs à l'origine de cette traduction non-officielle du document préparatoire, ces définitions établies à partir d'un critère chronologique - l'action a-t-elle lieu postérieurement ou non à une décision d'une autorité de la concurrence - et d'un critère matériel - en l'occurrence le sens de la décision - sont trop imprécises dans la mesure où elles conduisent à classer dans la catégorie des actions indépendantes « les actions civiles engagées à la suite d'une décision négative constatant l'absence d'infraction, les décisions de rejet de plainte pour défaut d'intérêt communautaire, ou encore les décisions d'engagements » (Guillaume ZAMBRANO, *thèse.précit.*, § 70, p. 52). Dès lors, en partant de l'idée que c'est le risque de contradiction qui est bien au fondement de cette dichotomie, l'auteur estime qu'il convient de ne retenir qu'un critère temporel pour définir et classer ces actions. L'action indépendante doit donc être regardée pour sa part comme « toute action civile introduite alors qu'il n'existe aucune procédure en cours devant une autorité de concurrence dans la même affaire » (Guillaume ZAMBRANO, *thèse.précit.*, § 71, p. 53).

³⁴⁵⁰ Cons. conc., avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, pt. 57, p. 13.

³⁴⁵¹ Considérant n° 22 de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

cadre d'une procédure intentée par elle³⁴⁵², reprenant d'ailleurs en cela la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européenne³⁴⁵³.

1433. Certes, une telle procédure facilite indubitablement la preuve du manquement dans le cadre de litiges éminemment techniques³⁴⁵⁴. Néanmoins, même si le juge n'est tenu d'attendre que la seule partie de la décision relative au constat de l'existence et de l'imputation de la pratique anticoncurrentielle soit devenue définitive, elle peut aussi considérablement retarder l'indemnisation³⁴⁵⁵. En outre, comme cela a été précédemment vu au sujet du champ d'application de cette action³⁴⁵⁶, il n'est pas évident de savoir ce que recouvrent exactement ces « décisions » sur le fondement desquelles la responsabilité du professionnel peut être reconnue. Par ailleurs, le champ des décisions bénéficiant de l'effet liant en droit interne est devenu confus avec les modifications dont le code de commerce fit l'objet à l'occasion de la transposition de la directive 2014/104 UE³⁴⁵⁷ qui étendait cet effet jusqu'alors réservé - en dehors de la procédure d'action de groupe - aux seules décisions de la Commission européenne par le règlement (CE) n° 1/2003. En effet, tandis que l'article L. 481-2 du code de commerce réserve cet effet liant, au niveau interne, aux seules décisions « prononcée[s] par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours », l'article L. 623-24 du code de la consommation renvoie plus généralement aux décisions prononcées à l'encontre du professionnel « par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes », ce qui, pour la circulaire de présentation de l'action de groupe, recouvrait également « les juridictions nationales, telles que les tribunaux de grande instance ou les tribunaux de commerce spécialisés dans ces matières, s'ils ont été saisis directement d'une pratique anticoncurrentielle »³⁴⁵⁸. De plus, s'agissant des décisions prononcées par une autorité de concurrence ou par une juridiction de recours d'un autre État membre de l'Union européenne, le code de commerce ne leur confère pas un effet liant mais les réduit au rang de moyens de preuve de la pratique anticoncurrentielle, là où le code de la consommation en faisait jusqu'alors aussi la source d'une

³⁴⁵² § 1 de l'article 16 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

³⁴⁵³ CJCE, 28 février 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu*, aff. C-234/89, §47 ; CJCE, 14 décembre 2000, *Masterfoods c. HB Ice Cream*, aff. C-344/98.

³⁴⁵⁴ En ce sens, bien qu'il permette aussi de renforcer la sanction prononcée contre les auteurs de la pratique anticoncurrentielle en la complétant, cet effet liant ne conduit pas, comme le dit M. Nicolas Molfessis, à un « détournement de la philosophie de l'action de groupe » qui censée simplement faciliter l'accès au juge des victimes (Nicolas MOLFESSIS, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p. 947). Il ne s'agit là que d'une illustration de la possible congruence des intérêts individuels et collectifs, privés et publics.

³⁴⁵⁵ Ce que soulignait déjà le Conseil de la concurrence dans son avis de 2006 sur l'action de groupe (Cons. conc., avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, pt. 82) et reconnaissait la commission des lois de l'Assemblée nationale dans son rapport lorsqu'elle a eu à connaître du texte en première lecture. À cet égard, elle évaluait tout de même ce retard à dix ou douze ans.

³⁴⁵⁶ Cf. *Supra*, n° 1093.

³⁴⁵⁷ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

³⁴⁵⁸ Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 22.

présomption irréfutable de faute et alors que la directive exige qu'elles constituent au moins une « preuve *prima facie* du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise »³⁴⁵⁹.

1434. Le législateur prit aussi en compte les difficultés que pouvait présenter la technicité des litiges dont le juge pouvait être saisi dans le cadre de l'action de groupe en matière de protection des données personnelles - tardivement certes³⁴⁶⁰ - en tirant aussi partie de l'expertise des autorités administratives indépendantes. Toutefois, les actions privées et publiques sont dans une relation de concurrence et non de complémentarité puisque la loi impose seulement à la juridiction saisie d'informer la CNIL lors de l'introduction de l'instance afin qu'elle puisse intervenir comme *amicus curiae*³⁴⁶¹.

1435. En revanche, dans les autres domaines dans lesquelles interviennent les nouvelles actions collectives, les groupements doivent se contenter du droit commun applicable aux actions individuelles ou aux autres actions collectives devant les juridictions judiciaires et administratives, ce qui ne semble pas toujours suffisant, y compris lorsque ces règles apparaissent comme étant pourtant les plus favorables aux victimes. Il en va ainsi, par exemple, en matière de discrimination en dépit de l'allègement probatoire que les victimes ont obtenu dans le cadre du droit de l'Union européenne³⁴⁶². À cet égard, le Défenseur des droits, qui pour sa part estime que l'action de groupe est un instrument adéquat pour sanctionner non seulement les discriminations collectives mais aussi celles présentant un caractère « systémique » au sens de multifactoriel, considère toujours que les textes sont encore trop imprécis sur l'office du juge lorsqu'il doit établir la preuve du manquement ou au moins cette présomption de discrimination alors qu'il est confronté à un « foisonnement des questions de fait et de droit » et propose ainsi, faute de mieux, une sorte de *vade-mecum* dans son avis de 5 février 2020³⁴⁶³, dont il reconnaît toutefois lui-même les limites³⁴⁶⁴. Pour ce qui est plus spécialement de l'accès à la preuve en matière de discrimination collective au travail, le rapport *Pécaut-Rivolier* préconisait que fût facilitée la production de preuves contenant des

³⁴⁵⁹ §2 de l'article 9 de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014.

³⁴⁶⁰ Il fallut effectivement attendre la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

³⁴⁶¹ II de l'article 43 *ter* de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

³⁴⁶² Anne DANIS-FATÔME, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, consulté le 01 janvier 2018. Relevant qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un renversement de la charge de la preuve, l'auteure conteste en réalité surtout l'intensité du contrôle de cassation sur la vérification par les juges judiciaires du fond de la pertinence et de la réalité des justifications avancées par l'auteur des discriminations alléguées.

³⁴⁶³ Il conseil ainsi au juge de « structurer les débats de manière à décider dans un premier temps si la demande présente suffisamment d'éléments de faits pour laisser supposer l'existence de discriminations individuelles et de discriminations collectives au préjudice du groupe de personnes dont la situation est citée en exemple, afin d'éviter un contentieux lourd lorsque la preuve en demande reste insuffisante, et pour identifier clairement les règles, pratiques, conventions et situations sur lesquelles il entend procéder à l'aménagement de la charge de la preuve ». Puis, après avoir ainsi reçu, analysé ces éléments de preuves et éventuellement conclu à l'existence d'un manquement, de préparer « l'étape corrective du recours » - comme il la nomme - en passant « de l'analyse globale des faits à un bilan permettant d'identifier chaque mesure discriminatoire avant de se prononcer dans une deuxième étape, (...), sur les mesures permettant de faire cesser le ou les manquements » (DD, avis n° 20-01 du 5 février 2020, p. 4-5).

³⁴⁶⁴ En effet, s'agissant de l'analyse des éléments de preuve, le Défenseur des droits se contente d'admettre qu'elle n'est effectivement « pas si simple » et de s'interroger : « quelles justifications seront suffisantes face au foisonnement et cumul des faits démontrés ? Doivent-elles en l'espèce être spécifiques à chaque dossier présenté ou collectives ? Doivent-elles répondre sur chaque discrimination alléguée ou le cumul alimente-t-il en lui-même une présomption globale de discrimination ? » (DD, avis n° 20-01 du 5 février 2020, p. 5).

informations relatives à la vie personnelle de salariés non parties à la procédure - comme des fiches de paie -, ce que les employeurs rechignent à faire³⁴⁶⁵, en permettant au juge d'ordonner leur anonymisation lorsqu'il est fait application de l'article 145 du code de procédure civile³⁴⁶⁶. Il ne fut toutefois pas suivi sur ce point par le législateur donnant à ces dispositifs, censés permettre de surmonter les obstacles matériels que pouvaient rencontrer les victimes à titre individuel, un goût d'inachevé.

1436. Un autre moyen que les groupements semblent avoir trouvé pour l'instant afin de contourner les problèmes liés à l'établissement de la preuve du manquement dans le cadre de l'action de groupe est de faire de leur action une forme d'action de suivi en s'appuyant sur une autre décisions juridictionnelles et, plus précisément, une décision du juge pénal qui reconnaîtrait l'existence du manquement allégué de la part de la personne mise en cause lorsque celui-ci peut constituer aussi une infraction pénale et s'imposerait alors au juge civil saisi de l'action de groupe³⁴⁶⁷. Pour l'instant, cette stratégie ne s'est toutefois pas encore révélée très concluante, les groupements ayant introduit leur action de groupe en parallèle du déroulement des procédures devant les juridictions pénales, c'est-à-dire sans pouvoir s'appuyer sur une décision définitive et irrévocable de ces dernières³⁴⁶⁸. Certes, comme le rappelle M. Alexandre Biard, « une stratégie qui consisterait pour les associations à minimiser les risques en attendant une condamnation définitive avant de lancer une action de groupe tendrait à imposer de longs délais d'attente susceptibles d'entraîner des difficultés majeures, en particulier dans le domaine de la préservation de la preuve par les

³⁴⁶⁵ Alors même que la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu affirmer que « le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » (Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526, Bull. 2012, V, n° 341).

³⁴⁶⁶ Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.*, p. 115. Article 145 du code de procédure civile : « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

³⁴⁶⁷ C'est peu ou prou la même stratégie que semble suivre l'association UFC-Que choisir dans le cadre de son action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel contre la société Google même si elle ne s'appuie alors pas sur une décision rendue par une juridiction pénale mais sur la condamnation qu'elle avait elle-même obtenue devant le tribunal de grande instance de Paris et, surtout, sur la décision de sanction de la CNIL (Cf. *Supra*). Il en va de même dans le cadre son action de groupe tendant à obtenir l'indemnisation des frais cachés dont se seraient acquittés les consommateurs ayant souscrit des fonds à formule auprès des Banques Populaires et des Caisses d'épargne puisque l'association l'a engagée après que la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, constatant des manquements aux obligations en matière d'information et de structuration des frais de gestion de la part de la filiale Natixis Asset Management, a prononcé notamment une sanction pécuniaire contre cette dernière (AMF, SAN-2017-07 - Décision de la Commission des sanctions du 25 juillet 2017 à l'égard de la société Natixis Asset Management) mais avant toutefois que le Conseil d'Etat, qui était saisi d'un recours contre cette sanction, ne la réforme en diminuant son montant (CE, 6^e et 5^e chambres réunies, 6 novembre 2019, *Société Natixis Asset Management*, n° 414659). Enfin, dans le même ordre d'idées, ce n'est pas un hasard, comme le reconnaît d'ailleurs elle-même l'association UFC-Que Choisir, si elle avait choisi d'introduire la première action de groupe en matière de consommation contre Foncia pour obtenir l'indemnisation des locataires auxquels avait été facturé des frais d'expédition de quittance de loyer. En effet, elle avait auparavant obtenu en 2013 du tribunal de grande instance de Paris qu'il condamne l'illicéité de « la pratique [du groupe Foncia] consistant à facturer au locataire sous la dénomination de "service d'avis d'échéance" des frais d'expédition de quittance » (<https://www.quechoisir.org/actualite-location-des-agences-immobilieres-condamnees-n11543/>). Plutôt confiante, l'association n'avait toutefois pas prévu l'interprétation restrictive que les juridictions judiciaires firent ensuite du champ d'application de cette procédure.

³⁴⁶⁸ Tel est le cas avec l'action de groupe que la CLCV a engagée contre BNP Paribas Personal Finance dans l'affaire dite des prêts « Helvet Immo », l'action de groupe que l'APESAC a engagée contre Sanofi dans l'affaire de la Dépakine et tel fut le cas aussi pour l'action de groupe que l'UFC Que-Choisir engagea BNP Paribas - et que le tribunal de grande instance de Paris rejeta d'ailleurs au fond - puisqu'un appel avait été interjeté contre le jugement du tribunal correctionnel qui, le 11 avril 2016, avait déclaré la société coupable des faits de pratiques commerciales trompeuse concernant le placement financier FCP BNP Paribas Garantie Jet 3 et dont la requérante se prévalait.

membres du groupe »³⁴⁶⁹, le risque demeure toutefois lorsque l'action est ainsi engagée de façon prématurée et que son traitement suspendue devant les juridictions civiles dans l'attente d'une telle décision³⁴⁷⁰.

2- La préparation de la mise en œuvre du jugement

1437. Outre l'établissement du manquement, d'autres mesures sont obligatoirement prises par le juge dans le cadre des nouvelles actions collectives tendant à la reconnaissance des droits individuels *lato sensu* dans la mesure où l'exécution complète de la décision dépend aussi de tiers, en l'occurrence les membres du groupe bénéficiaire, qui doivent être désignés (a) et informés (b). En revanche, d'autres décisions que le juge peut prendre sont facultatives et destinées à prévenir d'éventuelles difficultés d'exécution (c).

a- La formation du groupe bénéficiaire

1438. Lorsqu'elles ont pour objet la reconnaissance de droits individuels *lato sensu*, ces nouvelles actions collectives font coexister trois groupes qui ne se recoupent pas nécessairement, à savoir le groupe dont le groupement demandeur a pour objet de défendre l'intérêt, le groupe potentiel pour le compte duquel le groupement a introduit l'action et enfin le groupe bénéficiaire, c'est-à-dire celui dont les membres pourront effectivement obtenir satisfaction de leur intérêts individuels sur le fondement de la décision rendue à l'issue de la première phase de l'action collective³⁴⁷¹.

1439. Bien que le groupe des victimes n'acquière sa consistance qu'au moment où est rendue la décision sur le fond, le juge saisi d'une action de groupe indemnitaire ne se prononce pas sur la responsabilité du défendeur dans l'abstrait, mais à partir des cas individuels censés être illustratifs du groupe potentiel au nom duquel le groupement introduit l'action. Partant de là, il va déterminer le groupe qui devra effectivement bénéficier de sa décision ainsi que le montant ou tous les éléments permettant l'évaluation des préjudices individuels réparables dans ce cadre. Il peut aussi décider de subdiviser ce groupe bénéficiaire en fonction notamment de la nature du dommage subi ou du préjudice en résultant ou encore, par exemple dans le cadre de l'action de groupe en matière de concurrence et de consommation

³⁴⁶⁹ Alexandre BRIARD, « Sale temps pour l'action de groupe... la nécessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse », *RLDC*, n° 157, 1^{er} mars 2018, p. 4.

³⁴⁷⁰ TGI de Paris, 1^{ère} chambre actions de groupe, 8 novembre 2017, n° 17/01643.

³⁴⁷¹ Avec Mme Clara Hervás Hermida, comme du reste la circulaire de présentation de l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence (Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 8-10), seront bien distinguées ici la délimitation du groupe bénéficiaire qui « permet d'identifier quelles personnes seront considérées membres du groupe » et l'intégration au groupe (Clara HERVAS HERMIDA, *thèse.précit.*, n° 723-726, p. 203-204) qui, lorsqu'elle est optionnelle peut consister en une option d'inclusion ou d'exclusion (*comp.* Nicolas MOLFESSIS, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p. 947. L'auteur, pour sa part, évoque « l'*opt-in* » comme modalité de « délimitation » du groupe).

de la date de souscription d'un contrat³⁴⁷². Il n'est pas non plus à exclure que le groupe bénéficiaire s'avère finalement plus restreint que le groupe potentiel présentée par le groupement, qu'il n'en constitue en réalité qu'un sous-groupe.

1440. C'est aussi le jugement ou l'arrêt faisant droit à l'action en reconnaissance de droits individuels qui délimite le groupe des bénéficiaires puisque, comme le dit le code de justice administrative, le juge « détermine les conditions de droit et de fait auxquelles est subordonnée la reconnaissance des droits »³⁴⁷³. Là encore, il n'est pas exclu que le groupe effectivement bénéficiaire ne corresponde pas à celui dans l'intérêt duquel la demande avait été introduite. Il en serait ainsi dans l'hypothèse où cette action permettrait aux groupements d'obtenir l'extension d'un dispositif au profit d'une catégorie qui était lésée puisqu'il n'est pas à exclure que le juge estime qu'une partie seulement de ce groupe se trouve dans une situation comparable à celle des bénéficiaires du texte litigieux et ne doive pas être traitée différemment. En revanche, il y a bien concordance lorsque l'action en reconnaissance de droits vise à obtenir l'application d'une norme habilitant l'administration à reconnaître des droits individuels sans que son champ d'application puisse être rectifié ou qu'elle restitue des sommes qui avaient été prélevées sur le fondement d'un texte affecté d'une illégalité propre. En effet, il suffit ici au juge de se référer aux conditions d'application de ces textes pour déterminer les circonstances de droit et de fait, c'est-à-dire *in fine* au cercle de leurs destinataires qui lui-même concorde avec le groupe dans l'intérêt duquel de telles actions furent introduites.

1441. Les potentiels membres de ce groupe bénéficiaire doivent ensuite être informés du fait qu'ils peuvent ou vont être affectés par les incidences de la décision ainsi obtenue par le groupement demandeur.

b- L'information des membres du groupe bénéficiaire

1442. Afin que la décision faisant droit à l'action de groupe indemnitaire ou à l'action en reconnaissance de droits ne demeure pas lettre morte ou ne soit finalement qu'un moyen de stigmatiser dans l'arène judiciaire les agissements du défendeur, il ne faut pas qu'à la « passivité rationnelle » des victimes succède une passivité qui ne serait qu'« accidentelle », c'est-à-dire que l'état de latence du groupe ne se prolonge qu'en raison d'un manque d'information de ses membres. À noter d'ailleurs que, s'agissant des actions en reconnaissance de droits, le code de justice administrative se contente de mentionner les « décisions statuant » sur celles-ci³⁴⁷⁴, sans en préciser le sens, ce qui n'exclut donc pas les décisions de rejet du champ de l'obligation de publicité et peut alors présenter un intérêt pour prévenir l'introduction de demandes

³⁴⁷² Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 8.

³⁴⁷³ Art. L. 77-12-3 du code de justice administrative.

³⁴⁷⁴ Article R. 77-12-12 du code de justice administrative.

identiques. La qualité de cette information est alors tributaire tant de la forme que revêt cette publicité (i) que de son contenu (ii).

i- La forme de la publicité

1443. Il est d'autant plus difficile d'assurer une parfaite information du groupe que, dans la mesure où ses membres ne sont en principe pas connus au moment du jugement, la publicité ne peut être que collective. Une publicité individualisée n'est donc prévue que dans le cadre de l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence lorsque le juge décide que la décision sera exécutée dans le cadre de la procédure dite « simplifiée »³⁴⁷⁵, c'est-à-dire précisément lorsque le nombre et l'identité des victimes sont connus.

1444. Pour assurer la mise en œuvre de ces décisions, le législateur et le pouvoir réglementaire ont donc veillé à ce que les membres du groupe bénéficiaire puissent disposer d'une publicité qui, tant au niveau de la forme que du contenu, leur soit la mieux adaptée en s'appuyant au besoin sur l'appréciation du juge qui va ordonner ces mesures de publicité, en principe aux frais de la partie ayant succombé³⁴⁷⁶, mais a aussi lui-même délimité ce groupe. Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas la même selon l'action collective mise en œuvre et la juridiction devant laquelle elle est portée s'agissant tant des modalités que du contenu de cette information. Elle apparaît ainsi beaucoup plus réduite dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits s'agissant tant du choix modalités de cette publicité que de la fixation des délais dans lesquels elle doit se réaliser.

1445. En effet, dans le cadre des actions de groupe, le juge est libre, en premier lieu, de fixer le délai dans lequel la personne reconnue responsable devra s'acquitter de cette obligation de publicité à compter du moment où sa décision ne sera plus susceptible de faire l'objet d'un recours ordinaire ou d'un pourvoi en cassation³⁴⁷⁷, en pouvant au besoin anticiper cette date et en ordonner l'exécution provisoire dans le cadre de l'action de groupe en matière de concurrence³⁴⁷⁸. Il doit néanmoins tenir compte, d'une part, du fait que les délais de prescription - et les délais de forclusion devant les juridictions administrative - recommencent à courir à compter du jour où la décision n'est plus susceptible de faire l'objet d'un recours

³⁴⁷⁵ Sur cette procédure, cf. *Infra* n° 1477.

³⁴⁷⁶ C'est-à-dire toujours du défendeur dans le cadre des actions de groupe en matière de consommation et de concurrence (art. L. 623-7 et L. 623-15 du code de la consommation) ou relevant du cadre commun applicable devant les juridictions judiciaires (art. 67 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle) et administratives (art. L. 77-10-8 du code justice administrative) dans la mesure où seules les décisions faisant droit à l'action sont censées ordonner de telles mesures de publicité.

³⁴⁷⁷ Art. R. 623-7 et R. 623-11 du code de la consommation ; art. 849-11 du code de procédure civile ; art. R. 77-10-13 du code de justice administrative.

³⁴⁷⁸ L. 623-7 du code de la consommation. En imposant que la décision ait acquis force de chose jugée ou, si elle n'était pas susceptible d'appel, ne puisse plus être contestée par cette voie de recours extraordinaire que constitue le pourvoi en cassation, il s'agissait d'éviter que soit portée atteinte à l'image de la personne condamnée ou même qu'elle engage des frais importants sur le fondement d'une décision susceptible d'être infirmée par un recours ordinaire ou un pouvoir en cassation. Or il n'est pas nécessaire de prendre de telle précaution en matière de concurrence dans la mesure où le juge ne peut se prononcer sur l'existence et l'imputabilité du manquement que sur le fondement d'une décision définitive.

ordinaire ou d'un pourvoi en cassation et, d'autre part, de la capacité du défendeur - ou à titre subsidiaire du groupement demandeur - à informer les membres du groupe selon les modalités qu'il a lui-même choisies. En effet, rien n'est dit sur le média pouvant servir de support à cette publicité collective ou individualisée afin de lui permettre de choisir celle qu'il estime avoir la forme qui lui semble plus adaptée au regard du groupe concerné. Tout au plus, il est précisé que, devant les juridictions administratives, cette publicité doit se doubler d'une publication de la décision, y compris semble-t-il de rejet, sur le site internet du Conseil d'État³⁴⁷⁹ lorsqu'elle est devenue « irrévocable », ce qui ne présente d'utilité que pour prévenir l'introduction de potentielles actions de groupe identiques³⁴⁸⁰. Néanmoins, pour que le juge puisse contrôler que le professionnel a bien rempli ses obligations dans le cadre de la procédure simplifiée d'action de groupe, il conviendrait que la publicité individuelle se fit toujours par un moyen permettant d'attester de sa date de réception.

1446. En revanche, dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits, le pouvoir réglementaire s'est apparemment montré plus directif quant à la forme que doit prendre cette publicité collective puisqu'il impose que l'information du groupe d'intérêt soit assurée par la publication de la décision sur le site internet du Conseil d'État³⁴⁸¹ et, dans la mesure où il est précisé qu'elle doit mentionner les voies de recours éventuellement exercées, impose qu'elle soit réalisée sans délai à compter de la lecture de la décision, ce qui ne pose pas de problème d'exécution compte tenu de la simplicité d'une telle mesure mais suppose tout de même que cette publicité soit régulièrement actualisée. Il ne faut toutefois pas voir dans cette différence la marque d'une quelconque méfiance - qui serait au demeurant difficilement explicable - à l'endroit du juge administratif lorsqu'il est saisi d'une action en reconnaissance de droits, ni même un risque pour les membres du groupe de ne pouvoir être informés qu'au moyen d'une mesure de publicité qui pourrait finalement s'avérer inadaptée. En effet, le législateur³⁴⁸², suivi en cela par le pouvoir réglementaire, a en réalité encore préféré reprendre les propositions clefs en main du rapport *Bélaval* au lieu d'harmoniser ces dispositions avec celles applicables aux actions de groupe. Surtout, le code de justice administrative laisse tout de même la possibilité au juge, statuant au besoin d'office, de la doubler d'une mesure de publicité qu'il estimerait plus adaptée comme « la publication de la décision dans un bulletin, une revue ou sur un site internet accessible au groupe considéré »³⁴⁸³, ce qui peut alors être une forme de

³⁴⁷⁹ Art. R. 77-10-11 du code de justice administrative.

³⁴⁸⁰ En effet, quoique salubre pour l'information des potentiels intéressés, cela peut sembler inutile dans l'hypothèse où le juge estimerait déjà qu'une telle publicité est suffisante, d'autant plus que cette information est alors moins complète puisqu'au travers de cette dernière, il n'est pas possible de prendre connaissance des informations relatives aux conséquences de l'adhésion au groupe sur les relations avec le groupement demandeur ou sur l'exercice du droit au recours. Rien ne justifiait alors de ne pas prévoir une publication identique sur le site de la Cour de cassation s'agissant des actions de groupe portées devant les juridictions judiciaires.

³⁴⁸¹ Art. R. 77-12-12 du code de justice administrative.

³⁴⁸² Qui n'a renvoyé qu'à un décret en Conseil d'État le soin de définir les modalités de cette publicité (art. L. 77-12-2 du code de justice administrative)

³⁴⁸³ Art. R. 77-12-12 du code de justice administrative.

publicité plus onéreuse pour la partie ayant succombé³⁴⁸⁴ qu'une simple mention sur le site Internet du Conseil d'État. Il n'est toutefois pas précisé si une telle publicité doit être réalisée sans délai à compter de la lecture de la décision, ce qui pourrait s'avérer parfois difficilement praticable, ou dans un délai fixé par le juge.

ii- Le contenu de la publicité

1447. Dans l'ensemble des actions de groupe indemnitaires, les mesures de publicité doivent évidemment comporter au minimum toutes les informations permettant aux victimes de bénéficier du jugement à titre individuel, c'est-à-dire le dispositif de la décision mentionnant les critères d'appartenance au groupe mais aussi le schéma d'indemnisation que le juge a déterminé. En effet, la décision faisant droit à une action de groupe indemnitaire ne se contente pas de constater la responsabilité du défendeur ni de tracer les contours du groupe bénéficiaires ou de préciser les préjudices indemnisables. Elle détermine aussi les modalités de réparation³⁴⁸⁵, la procédure applicable aux traitements des demandes individuelles, c'est-à-dire désigne, directement et parfois indirectement, la personne auprès de laquelle les victimes devront se manifester et le délai dans lequel les victimes devront adhérer au groupe à compter de l'accomplissement des mesures de publicité. Le code de la consommation encadre d'ailleurs plus cette planification de l'indemnisation puisque le juge ne peut alors fixer un délai d'adhésion qui soit inférieur à deux mois ou supérieur à six mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité³⁴⁸⁶ et il est tenu aussi de fixer le délai dans lequel doit intervenir l'indemnisation et celui à l'expiration duquel il peut être saisi des demandes individuelles non satisfaites et clôturer l'instance³⁴⁸⁷.

1448. Eu égard au schéma d'indemnisation ainsi défini, cette publicité doit donc contenir les coordonnées de la personne auprès de laquelle elles peuvent adhérer au groupe selon la procédure que le juge aura choisi d'appliquer³⁴⁸⁸ et les conditions de forme ainsi que de délai imposées à cette adhésion et - exception faite évidemment de l'hypothèse dans laquelle le juge est en mesure d'appliquer la procédure simplifiée en matière de consommation - la précision qu'ils doivent produire « tout document utile » au soutien de leur demande, ce qui peut sembler quelque peu imprécis mais le jugement doit, en reprenant

³⁴⁸⁴ Il pourrait alors s'agir du groupement demandeur dans la mesure où les décisions de rejet ne semblent pas exclues du champ de l'obligation de publicité.

³⁴⁸⁵ Certes, seules les dispositions du code de la consommation précisent que le juge peut imposer une réparation non pécuniaire (art. L. 623-6 du code de la consommation). Toutefois, en l'absence d'une précision identique dans les dispositions organisant le cadre commun devant les actions de groupe devant les juridictions, rien ne s'oppose à ce que le juge administratif ou judiciaire fasse de même en application du droit commun, par exemple des articles 1221 et 1222 du code civil.

³⁴⁸⁶ Art. L. 623-8 du code de la consommation.

³⁴⁸⁷ Art. L. 623-11 du code de la consommation.

³⁴⁸⁸ Dans le cadre de l'action de groupe en matière de consommation, il s'agira donc de l'association demanderesse ou du professionnel condamné et, dans le cadre des actions de groupe relevant du cadre commun, du groupement demandeur ou du défendeur si les préjudices individuels sont réparés dans le cadre de la procédure individuelle de liquidation ou, s'ils le sont dans le cadre de la procédure collective de liquidation, du seul demandeur.

les dispositions réglementaires encadrant ces adhésions³⁴⁸⁹, préciser qu'il s'agit de demandes de réparation contenant au moins des informations permettant de les identifier, de les contacter et de prouver leur rattachement au groupe bénéficiaire. Toutefois, étrangement, seules les informations devant être obligatoirement délivrées dans le cadre de la procédure d'action de groupe en matière de consommation et de concurrence permettent aux victimes de remplir toutes les obligations qui leur incombent lors de leurs demandes d'indemnisation. En effet, dans l'ensemble des procédures d'actions de groupe indemnitaires, elles sont tenues d'informer le groupement demandeur lorsqu'elle s'adresse - contrainte ou non - à la personne condamnée³⁴⁹⁰. Or, à la différence du code de la consommation³⁴⁹¹, les dispositions du cadre commun ne précisent pas que l'information relative à une telle obligation doit leur être délivrée lorsqu'il est fait application de la procédure individuelle de liquidation³⁴⁹². Il est vrai que cela peut sembler quelque peu superfétatoire dans la mesure où les victimes peuvent toujours choisir de s'adresser au groupement demandeur pour être indemnisées³⁴⁹³ et, à ce titre, disposent déjà ses coordonnées. Il eût été toutefois préférable de préciser que devait aussi être portée à leur connaissance cette obligation d'information qui, bien que n'étant pas sanctionnée, permet d'organiser au mieux la mise en œuvre de la décision et, surtout, d'avertir le groupement qu'il vient d'être mandaté.

1449. En outre, comme dans le cadre des actions de substitution, il s'agit de garantir que les victimes adhèrent bien au groupe en toute connaissance de cause. À ce titre, elles doivent être aussi informées des conséquences sur leurs relations avec le groupement demandeur ainsi que sur l'exercice de leur droit au recours pour obtenir l'indemnisation des préjudices individuels rentrant dans le champ de l'action de groupe que peuvent avoir l'adhésion ou la non-adhésion dans les conditions requises. D'ailleurs, sur ces derniers points, ce sont les informations évoquées par les dispositions du cadre commun qui apparaissent plus précises que celles mentionnées par les dispositions organisant l'action de groupe en matière de consommation. Ainsi, s'agissant des conséquences de l'adhésion de groupe, si elles n'évoquent pas l'éventuelle défaillance de l'association mandatée par la demande de réparation, elles imposent que les personnes intéressées soient pleinement informées de la portée du mandat conféré à l'association demanderesse en adhérant au groupe³⁴⁹⁴. En outre, à la différence des dispositions applicables à la procédure d'action de groupe en matière de consommation, celles relatives au cadre commun devant les

³⁴⁸⁹ Art. R. 623-17 du code de la consommation ; art. 849-14 du code de procédure civile ; art. R. 77-10-16 du code de justice administrative.

³⁴⁹⁰ Art. R. 623-18 du code de la consommation ; art. 849-15 du code de procédure civile ; art. R. 77-10-17 du code de justice administrative.

³⁴⁹¹ Les dispositions relatives à la procédure normale précisent que cette information n'est qu'« éventuellement » délivrée aux membres du groupe dans la mesure où le juge peut ici choisir que la demande d'adhésion ne sera adressée qu'au professionnel dont la responsabilité a été reconnue (2° de l'article R. 623-16 du code de la consommation).

³⁴⁹² Cela serait inutile dans le cadre de la procédure collective de liquidation puisque les victimes doivent alors s'adresser obligatoirement au groupement demandeur, cf. *Infra* n° 1478-1483.

³⁴⁹³ En effet, pour la mise en œuvre de la procédure individuelle de liquidation, il n'est pas prévu que le juge puisse imposer aux victimes l'identité du destinataire de leur demande d'indemnisation comme c'est pourtant le cas dans le cadre de la procédure normale d'action de groupe en matière de consommation et de concurrence.

³⁴⁹⁴ 4° des articles 849-13 du code de procédure civile et R. 77-10-15 du code de justice administrative.

juridictions administratives et judiciaires n'imposent pas simplement de prévenir les potentiels membres du groupe qu'ils ne sauront plus recevables à participer à l'action de groupe s'ils ne demandent pas de réparation dans les délais impartis, mais aussi qu'ils pourront toujours agir à titre individuel, ce qui est peut-être moins incitatif³⁴⁹⁵.

1450. En comparaison, le contenu de la publicité en matière d'action en reconnaissance de droits peut sembler quelque peu lacunaire puisqu'au travers de la seule décision publiée les membres du groupe ne sont finalement en mesure que de connaître leur éventuelle appartenance et la personne qui est tenue de faire droit à leur demande. En réalité, eu égard aux conditions d'exécution de cette décision, elle semble amplement suffisante. En effet, à la différence des actions de groupe indemnitaires, l'intégration au groupe bénéficiaire n'est pas ici optionnelle et le législateur a fait le choix d'une exécution extra-juridictionnelle dans le cadre des règles de droit commun applicables aux réclamations individuelles portant sur les droits litigieux.

c- La prévention des difficultés d'exécution

1451. La mission de planification du juge se manifeste aussi par la possibilité dont il dispose de prévenir d'éventuelles difficultés d'exécution des décisions faisant droit aux actions de groupe (i) et la faculté de modulation dans le temps des effets de cette reconnaissance de droits individuels que lui a reconnue - plus qu'attribuée - le législateur s'il estime qu'elle « emporte des conséquences manifestement excessives pour les divers intérêts publics ou privés en présence »³⁴⁹⁶(ii).

i- La prévention de l'inexécution

1452. Le législateur a donné au juge la possibilité de prendre différentes mesures, plus ou moins novatrices, aux fins de prévenir l'inexécution totale ou partielle de la décision qu'il rend dans le cadre des nouvelles actions collectives. Il l'a fait toutefois sans grand soucis de cohérence.

1453. Ainsi, de manière somme toute classique, il a rappelé que le juge a la possibilité d'assortir son injonction juridictionnelle d'une astreinte, et ce dans toutes les actions de groupe aux fins de cessation³⁴⁹⁷. En revanche, il n'a été prévu que dans le cadre de l'action en matière de consommation et de concurrence que le juge puisse, dans la décision constatant la responsabilité du professionnel, ordonner la consignation d'une partie des sommes dues.

³⁴⁹⁵ 5° des articles 849-13 du code de procédure civile et R. 77-10-15 du code de justice administrative.

³⁴⁹⁶ Article L. 77-12-3 du code de justice administrative.

³⁴⁹⁷ Ce qui, pour le juge administratif, la différence de l'astreinte qu'il est susceptible de prononcer concomitamment aux injonctions qu'il peut prescrire en application en applications des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative (art. L. 911-3 du code de justice administrative).

1454. Dans le même ordre d'idées, le juge peut décider de faire bénéficier les parties de l'expertise de tiers pour qu'elles puissent mener à bien l'exécution de la décision qu'il a prononcée. Cela ne concerne toutefois que les actions de groupe portées devant les juridictions judiciaires et encore seulement une partie d'entre elles.

1455. Ainsi, sans que rien ne justifie une telle différence de traitement, seules là encore les dispositions applicables à l'action en matière de consommation et de concurrence envisagent que le juge puisse faire droit à la demande de l'association de consommateur demanderesse d'être assistée par un huissier ou un avocat pour gérer la réception et la gestion des demandes d'indemnisation auprès du professionnel dont la responsabilité a été reconnue.

1456. De manière tout aussi surprenante, seules les décisions des juridictions judiciaires accueillant l'action de groupe en cessation peuvent, en plus d'indiquer les mesures à mêmes de cesser ou faire cesser le manquement, d'en fixer le délai d'exécution et, éventuellement, ordonner une astreinte comme les décisions des juridictions administratives³⁴⁹⁸, désigner un « tiers » afin d'aider la personne condamnée³⁴⁹⁹. À ce titre, la décision doit être spécialement motivée pour circonscrire aussi le champ de sa mission, en fixer la durée³⁵⁰⁰ ainsi que le montant de la somme que la personne condamnée devra consigner, à titre provisionnel, au greffe pour sa rémunération et les modalités de cette consignation³⁵⁰¹.

1457. Les contours de la mission alors assignée à ce tiers sont d'ailleurs assez flous, les circonstances susceptibles de justifier son intervention n'étant même pas énumérées à titre indicatif. Il semble que cette disposition, présente dans la première version du projet de loi déposé par le Gouvernement, soit inspirée du rapport *Pécaut-Rivolier* qui proposait que le juge, une fois la discrimination collective constatée, puisse, « si les parties en sont d'accord, désigner un sachant pour aider à circonscrire la situation et la problématique » et « également, toujours si les parties en sont d'accord, désigner un médiateur pour une certaine durée pour aider à trouver des solutions à la situation de discrimination collective »³⁵⁰². Parmi les travaux préparatoires de la loi, seule l'étude d'impact permet d'éclairer cette disposition en expliquant que, dans le cadre des actions de groupe en cessation, le juge « pourra notamment renvoyer les parties à une médiation si celle-ci apparaît de nature à faciliter l'émergence de solutions »³⁵⁰³. Intervenant lors de l'exécution de la décision, cette « médiation » ne viserait alors évidemment pas à résoudre à l'amiable le litige sur le point de savoir s'il y a ou non un manquement, mais à apprécier si les mesures prises par le défendeur sont bien à même de le faire cesser dans l'hypothèse où le juge ne les aurait pas fixées lui-même. Toutefois, force est de constater que les conditions d'intervention de ce tiers ne sont guère

³⁴⁹⁸ Art. L. 77-10-6 du code de justice administrative ; art. 65 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³⁴⁹⁹ Art. 65 de loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³⁵⁰⁰ Alinéa 1^{er} de l'article 849-3 du code de procédure civile.

³⁵⁰¹ Art. 849-5 du code de procédure civile.

³⁵⁰² Laurence PÉCAUT-RIVOLIER (dir.), *rapport.précit.*, p. 105.

³⁵⁰³ Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 184.

propices à une mission de médiation, ne serait-ce qu'en l'absence de consentement des parties³⁵⁰⁴, ni même à ce qu'il puisse se voir déléguer une mission de conciliation³⁵⁰⁵.

1458. En réalité, les modalités de désignation et de rémunération de ce tiers ainsi que d'exécution de sa mission sont très largement inspirées des dispositions du code de procédure civile applicables à l'expert judiciaire³⁵⁰⁶, dont la jurisprudence admettait déjà qu'il puisse superviser les travaux prescrits par un jugement³⁵⁰⁷.

1459. Ainsi, dès lors qu'il s'est vu notifier la décision par le greffe, ce tiers est tenu de faire connaître « sans délai » son acceptation³⁵⁰⁸. Comme l'expert, sa mission débute, en principe, lorsqu'il a été informé du dépôt de la provision au greffe, mais le juge peut lui enjoindre d'entreprendre immédiatement ces opérations. Il n'est pas évident de percevoir les conditions d'application de cette exception qui, dans le cadre de l'expertise, permet de ne pas ralentir le cours de la justice s'il y a notamment urgence ou un risque de déperissement des preuves en cas d'expertise *in futurum*. En effet, dans de telles hypothèses, la procédure d'action de groupe n'est pas nécessairement, eu égard à sa longueur, la plus indiquée. Elle permettrait donc plutôt d'éviter un risque de blocage de la part de la personne condamnée dans une situation d'urgence toute relative³⁵⁰⁹. Le tiers peut aussi, dans les mêmes conditions que l'expert, demander au juge d'étendre le champ de sa mission³⁵¹⁰ et proroger le délai qui lui est imparti, mais aussi la

³⁵⁰⁴ Même s'il est vrai que la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et les dispositions prises pour son application ont sérieusement écorné le caractère consensuel de la médiation devant les juridictions administratives, alors même qu'il est présenté comme lui étant inhérent. En effet, tout en définissant dans le code de justice administrative la médiation comme étant « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction », le législateur a décidé de mettre en place dans certaines matières, à titre expérimental, un dispositif dont l'intitulé peut sembler quelque peu oxymorique : « la médiation préalable obligatoire » (IV de l'article 5 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux). En outre, la fameuse harmonisation lexicale, consistant à faire disparaître du code la conciliation au profit de la seule médiation, ne semble pas s'être forcement faite au bénéfice de la cohérence notionnelle. Ainsi, l'article R. 621 du code de justice administrative, qui disposait que « la juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision » et que « la mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties », n'a pas échappé à cette entreprise de maquillage. Il dispose désormais que « la juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation ». Le code de justice administrative organiserait donc une « médiation » pour laquelle l'accord des parties ne semble en rien nécessaire lorsqu'elle est initiée par le juge. Pour apprécier les conditions dans lesquelles cette mission de médiation peut être confiée à l'expert, il conviendrait toutefois de lire cette disposition à l'aune de l'article L. 213-7 du même code qui dispose que « lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci ».

³⁵⁰⁵ Sauf à regarder ces nouvelles dispositions comme habilitant le juge à déléguer à un tiers, qui n'est alors pas nécessairement un conciliateur de justice intervenant bénévolement, sa mission de conciliation. Néanmoins, l'instance au cours de laquelle il pouvait user de ce pouvoir est désormais close et, s'il n'a pas assorti son injonction d'une astreinte ou ne s'est pas réservé le pouvoir de la liquider, ce ne serait pas à lui mais au juge de l'exécution de connaître des litiges relatifs à l'exécution.

³⁵⁰⁶ V. art. 232 et suivants du code de procédure civile.

³⁵⁰⁷ Civ. 1, 5 décembre 1973, *Société « les ciments de l'Adour » c. Darrignes et a.*, JCPG, 1975, II, n° 18115.

³⁵⁰⁸ Art. 849-4 du code de procédure civile.

³⁵⁰⁹ Seule la sanction du défaut de consignation de la provision complémentaire a été envisagée (art. 849-9 du code de procédure civile). En revanche, il n'est pas prévu, comme pour l'expertise (art. 271 du code de procédure civile), que le défaut de consignation primitive entraîne la caducité de la désignation du tiers.

³⁵¹⁰ Art. 849-8 du code de procédure civile.

déconsignation de la somme provisionnée si la complexité de l'affaire le requiert et une provision supplémentaire s'il estime que la provision allouée est manifestement insuffisante³⁵¹¹.

1460. A l'issue du délai imparti, le tiers remet son rapport et sa demande de rémunération au juge, dont un exemplaire est communiqué aux parties³⁵¹². À compter de sa réception, l'auteur du manquement dispose d'un délai de quinze jours pour adresser au juge et au tiers ses observations sur le montant demandé. C'est, à la différence notable de l'expertise, la seule manifestation du principe de la contradiction dans le cas de cette procédure qui se déroule, il est vrai, en aval de la condamnation par le juge. Passé ce délai, le juge fixe alors la rémunération du tiers en tenant compte, comme pour un expert, notamment « des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni », celle-ci pouvant alors être éventuellement inférieure au montant demandé³⁵¹³, et lui délivre un titre exécutoire.

1461. Les règles applicables à l'expertise judiciaire n'ont toutefois pas été entièrement reprises, ce qui met en lumière le caractère parfois lacunaire de ces dispositions. Ainsi, le choix de ce « tiers » par le juge n'est nullement encadré, puisque nulle autre garantie que la « compétence »³⁵¹⁴ n'est exigée et il y a fort à parier qu'en la matière la Cour de cassation reconnaitra au juge la même marge d'appréciation que pour la nomination d'experts³⁵¹⁵. Dès lors, eu égard à cette seule exigence de compétence, il semble qu'il faille seulement voir dans le recours à ce tiers une assistance technique lorsque le juge estime, compte tenu des capacités matérielles et techniques de la personne condamnée, que la technicité de l'affaire serait susceptible d'empêcher ou de ralentir l'exécution de sa décision. Le rapport qui lui est remis, après que l'auteur du manquement a été mis à même de présenter ses observations, permet aussi de s'assurer de la bonne exécution de la décision. Bien que ce tiers n'intervienne qu'en aval de la décision juridictionnelle et ne participe aucunement à la manifestation de la vérité, il eût peut-être été aussi opportun de prévoir la possibilité pour les parties de le récuser pour les mêmes causes que l'expert judiciaire³⁵¹⁶, afin que sa présence ne devienne pas elle-même une source de différends susceptible de retarder l'exécution du jugement et, par là même, de nuire à l'effectivité du droit au recours.

1462. En outre, à la différence de l'expert judiciaire, sa rémunération n'incombe - ce qui est compréhensible - qu'au destinataire de l'injonction qui a été condamnée, mais - ce qui est moins compréhensible - aucune sanction n'est prévue dans l'hypothèse où il refuserait de se plier de bonne grâce à la consignation de cette somme provisionnelle censée représentée - en principe - le point de départ de l'exécution de sa mission dès lors que le greffe l'en aura informé, comme ne l'impose toutefois pas ici le

³⁵¹¹ Art. 849-9 du code de procédure civile.

³⁵¹² Art. 849-6 du code de procédure civile. Il est donc exclu que le tiers puisse, comme l'expert (art. 282 du code de procédure civile), se contenter d'une forme orale.

³⁵¹³ Le juge doit alors inviter le tiers à formuler ses observations (art. 849-10 du code de procédure civile).

³⁵¹⁴ 2nd alinéa de l'article 849-3 du code de procédure civile.

³⁵¹⁵ Civ. 2, 20 février 1964, Bull. civ II, n° 168. Il n'est d'ailleurs pas à exclure que le juge s'aide alors de la liste d'experts qui est dressée au niveau national et auprès de chaque cour d'appel.

³⁵¹⁶ Art. 234 du code de procédure civile.

code de procédure civile. L'astreinte pourrait toutefois suffire pour prévenir ce type de manœuvre dilatoire de la personne condamnée, néanmoins il faut alors qu'elle soit prononcée systématiquement.

1463. Rien n'explique - et la question ne fut même pas abordée lors des débats - pourquoi une telle disposition n'a pas été prévue dans le cadre commun applicable à l'action de groupe en matière administrative pour faciliter et contrôler l'exécution d'injonction en cessation. À supposer même que les personnes susceptibles d'être mises en cause devant les juridictions administratives soient toujours à même - grâce éventuellement aux dispositifs d'aide à l'exécution dont une partie d'entre elles peuvent bénéficier³⁵¹⁷ - de surmonter les difficultés techniques que peuvent poser l'exécution de telles décisions, le rapport que le tiers remet aux parties et au juge présente tout de même l'avantage de permettre à ce dernier de suivre les conditions d'exécution de la décision, et éventuellement d'apprécier les causes d'une inexécution partielle ou totale s'il est amené à procéder à la liquidation de l'astreinte qu'il aura éventuellement prononcée, à titre provisoire comme définitif³⁵¹⁸, ou, si cela n'est pas le cas, au groupement demandeur de s'en prévaloir au soutien d'une demande d'exécution.

ii- La modulation dans le temps des effets de la décision

1464. La reconnaissance d'une faculté de modulation des effets dans le temps de la décision rendue dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits montre que, même s'il n'organise alors pas lui-même la phase d'exécution, le juge doit en apprécier la faisabilité et les conséquences. La reconnaissance d'une telle faculté de modulation se comprend dès lors que, au moins sur le plan temporel, les effets cette nouvelle action collective peuvent être similaires à ceux d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte réglementaire. La reconnaissance des droits individuels peut d'ailleurs procéder de la déclaration d'illégalité de l'acte général et impersonnel sur lequel est fondé le refus opposé au groupement demandeur ou de son interprétation neutralisante. Ce faisant, en décidant que la reconnaissance de droits ne vaudra

³⁵¹⁷ En effet, à la lecture des articles R. 921-1 et R. 931-1 du code de justice administrative, toutes les personnes susceptibles de se voir enjoindre de cesser ou faire cesser un manquement dans le cadre d'une action de groupe ne semblent pas remplir les conditions requises pour demander à la Section du rapport et des études du Conseil d'État ou au Président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel qui a rendu la décision - qui lui peut toujours transmettre la question au Conseil d'État - de l'éclairer sur les modalités d'exécution de cette dernière. Certes, l'action de groupe en cessation peut être regardée comme un « litige de pleine juridiction » au sens et pour application de ces dispositions. Toutefois, il n'est pas dit que la personne dont les conclusions présentées en défense ont ainsi été totalement ou partiellement rejetées puisse être regardée comme une « collectivité publique » dès lorsqu'il est possible, dans le cadre de l'ensemble des actions de groupe relevant du cadre commun, de mettre aussi en cause « une personne privée chargée d'une mission de service public ». En tout état de cause, il n'est pas certain que cette demande d'éclaircissement auprès du Président de la juridiction du fond ayant rendu la décision ou même de la Section du rapport et des études soit d'un grand secours lorsque la technicité de l'affaire nécessiterait devant les juridictions judiciaires d'avoir recours au service d'un « professionnel justifiant d'une compétence dans le domaine considéré », sauf à considérer que le recours à toute forme d'expertise, y compris lors de l'instruction, est superfétatoire devant les juridictions administratives.

³⁵¹⁸ Certes, à la différence de l'astreinte provisoire, l'astreinte définitive ne peut, en principe, voir son taux modifié si elle vient à être liquidée par le juge (art. L. 911-7 du code de justice administrative). Il reste toutefois l'hypothèse du cas fortuit ou de la force majeure dont la constatation pourrait être facilitée grâce à ce rapport.

pas pour le passé ou ne prendra effet qu'à une date ultérieure à sa décision, le juge peut limiter un peu plus le groupe bénéficiaire par rapport au groupe potentiel, voire le réduire totalement à néant.

1465. L'avantage que cette action est censée présenter du point de vue de la défense des intérêts collectifs risque alors de se retourner contre les membres du groupe défendu. En effet, elle ne met pas seulement en lumière le caractère sériel, structurel d'un manquement, mais aussi l'importance des conséquences qu'impliquerait sa sanction, en particulier sur le plan financier si les droits individuels réclamés sont de nature pécuniaire. Il est alors à craindre que le juge administratif, retrouvant ses habits de gardien scrupuleux des deniers publics, soit enclin à faire pencher la balance du côté de la sécurité juridique plutôt que de la légalité, ce qui, compte tenu de l'autorité attachée à sa décision, priverait même les membres du groupe lésé de la possibilité d'obtenir satisfaction de recours individuels. À cet égard, il n'est d'ailleurs guère rassurant que le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif ait estimé qu'une telle action « devrait logiquement devenir un terrain d'élection pour une modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle »³⁵¹⁹. Il serait donc opportun que le juge administratif use avec parcimonie de cette faculté dans le cadre de cette action, ne serait-ce que pour en préserver l'utilité³⁵²⁰, ou que l'appréciation de l'existence de « conséquences manifestement excessives » deviennent, de manière générale, aussi stricte que celle des conditions de conventionnalité et de constitutionnalité des validations législatives que cette technique de modulation dans le temps des effets des décisions était précisément censée éviter³⁵²¹.

B- L'institution juridictionnelle mise à l'abri de l'irruption de la multitude

1466. La mise en œuvre de la décision faisant droit à l'action de groupe en cessation n'appelle pas de commentaire particulier. Elle demeure somme toute assez classique puisque le bénéfice de cette action exercée prioritairement dans un intérêt supra-personnel peut demeurer indivisible pour un groupe qui peut demeurer anonyme. Il en va autrement s'agissant de l'action de groupe indemnitaire et de l'action en reconnaissance de droits qui resteraient stériles si le bénéfice des décisions qu'elles permettent d'obtenir n'était pas individualisé au profit des membres du groupe, en prenant au besoin en compte la singularité de leur situation personnelle. Le litige à l'origine de l'action doit encore être purgé dans ses dimensions individuelles. Or, au moment du prononcé de la décision, la composition du groupe effectivement bénéficiaire n'est toujours pas connue, ni même nécessairement l'identité des victimes qui pourraient prétendre l'intégrer. Le groupe doit donc sortir de l'état de latence dans lequel il était maintenu. Au reste, quand bien même cette identité serait-elle connue, et elle l'est lorsqu'il est fait application de la

³⁵¹⁹ Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 20.

³⁵²⁰ Olga MAMOUDY, « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA*, 2016, p. 2269.

³⁵²¹ Bertrand SEILLER, « Assez d'AC ! », *AJDA*, 2018, p. 937. Du reste, c'est bien comme substitut à la validation législative que le groupe de travail sur l'action collective en droit administratif proposa d'introduire explicitement cette possibilité de modulation (Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 19-20).

procédure simplifiée en matière de consommation et de concurrence, il faut s'assurer que les victimes ne voient pas leur situation personnelle modifiée ou se retrouvent liées contre leur gré par une décision obtenue à la suite d'une action pour l'engagement de laquelle elles n'ont en aucune façon été consultées. Outre cette question dont la réponse est susceptible d'affecter la constitutionnalité même du dispositif, il s'agit d'éviter que l'individualisation des bénéficiaires ne se transforme en une charge de travail supplémentaire pour les juridictions. Ces nouvelles procédures ne présenteraient effectivement que peu d'utilité du point de vue de la bonne administration de la justice si, une fois ôté le voile plus ou moins épais qui recouvrait jusqu'alors le groupe bénéficiaire, un essaim de requêtes individuelles venait à s'échapper en direction des juridictions. Cela explique que, au-delà des différences - parfois importantes - qui existent entre ces procédures, ce soit le caractère consensuel et extra-juridictionnel qui marquent les modalités d'individualisation de la décision rendue à la suite de l'action de groupe indemnitaire (1) et, dans une moindre mesure, de l'action en reconnaissance de droits (2).

1- La mise en œuvre du jugement dans l'action de groupe indemnitaire

1467. La procédure applicable à la mise en œuvre du jugement sur la responsabilité dans les actions de groupe relevant du cadre commun est très largement inspirée de celle qui avait été mise en place pour l'action de groupe en matière de consommation. C'est au fil des textes que ce sont donc dessinés les traits saillants de la procédure d'action de groupe indemnitaire « à la française » (a). La continuité au sein des dispositions applicables aux différentes actions de groupe indemnitaires est toutefois relative comme le montre l'articulation entre la procédure de droit commun de liquidation des préjudices et les procédures dérogatoires (b).

a- L'extension différée et asymétrique de l'autorité de la chose jugée pour les membres du groupe

1468. En principe, dans les procédures étrangères semblables à l'action de groupe, l'extension des incidences de la décision juridictionnelle tranchant le fond du litige, lorsqu'elle est facultative, est antérieure à son prononcé, y compris d'ailleurs lorsqu'il n'y a pas une phase autonome de certification³⁵²². Elle est alors conditionnée par l'accord expresse des victimes, ce qui est parfois désigné comme l'option d'inclusion ou « *opt-in* », ou leur accord implicite, c'est-à-dire qu'elles n'aient pas exprimé la volonté d'être exclues du groupe, ce qui est alors parfois désigné comme une option d'exclusion ou « *opt-out* ». Dans l'ensemble de ces actions de groupe, l'intégration des victimes au groupe est optionnelle et doit être

³⁵²² Par ex., la procédure de « *class action* » australienne telle qu'organisée depuis 1992 par la Partie IV A du *Federal Court Act* de 1976. En cela, ce n'est donc pas tant l'absence de « phase initiale de recevabilité », comme le dit le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel, qui singularise l'action de groupe « à la française » mise en place en 2014 par la loi relative à la consommation.

express. Dès lors, même si le législateur semble avoir fait peu de cas de leur volonté lorsqu'il a sélectionné les quelques groupements autorisés à porter une revendication de représentativité au travers de cette nouvelle action collective, ils sont ainsi mis en mesure de la ratifier. Cette adhésion à la revendication n'affecte toutefois en rien l'engagement de l'action et elle ne trouve d'ailleurs pas toujours à s'exprimer.

1469. Pour les victimes, le choix d'adhérer ou non au groupe ne revient pas à parier sur le succès ou l'échec du groupement. L'intégration ne peut avoir lieu qu'après le prononcé de la décision ayant reconnu le principe de la responsabilité. Pour les membres du groupe bénéficiaire, l'extension de la chose jugée n'est donc pas seulement optionnelle et différée, ce qui fait de l'option d'inclusion une option d'inclusion « glissante », y compris dans la procédure d'action de groupe dite « simplifiée ». Elle est aussi asymétrique puisqu'ils ne sauraient être considérées comme parties à une instance ayant donné lieu à une décision de rejet. Rien ne leur interdit de tenter l'aventure contentieuse en solitaire pour réussir sur le plan individuel là où un groupement aurait échoué, ou n'aurait pas suffisamment réussi à leurs yeux, sur un plan collectif. C'est précisément cette liberté de choix que la suspension des délais de prescription et la suspension, ou l'interruption devant les juridictions administratives, des délais de forclusion résultant de l'engagement de l'action sont censés garantir, ce qui rend d'autant plus regrettable les potentiels angles morts créés par l'obligation de mise en demeure. Il est toutefois peu probable que des victimes, dont la traditionnelle passivité motiva d'ailleurs pour partie la mise en place de telles actions collectives dans les domaines considérés, se risquent, dans la première hypothèse évoquée, à introduire des actions sur lesquelles pèseraient désormais un soupçon d'échec, et dans la seconde, n'acceptent pas de réviser leurs propres prétentions à la baisse, préférant ainsi les aléas d'une action individuelle potentiellement longue et onéreuse à la relative certitude et rapidité d'une adhésion gratuite au groupe bénéficiaire.

1470. Le législateur ne compte toutefois pas simplement sur le bon sens des victimes pour contenir le flux contentieux comme en témoigne le sort réservé aux autres groupements attributaires de la qualité pour agir. Leur situation est effectivement tout autre après le prononcé de la décision puisqu'ils peuvent se voir opposer l'autorité de chose jugée de toutes les décisions rendues sur les actions de groupe, y compris celles de rejet³⁵²³.

³⁵²³ Cette cause d'irrecevabilité qui est apparue dans l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence fut ensuite reprise pour la procédure d'action de groupe en matière de santé (art. L. 1143-18 du code de la santé publique) et dans le cadre commun de la procédure d'action de groupe devant le juge judiciaire (art. 80 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle) et le juge administratif (art. L. 77-10-21 du code de justice administrative). Certes, il n'est pas précisé si cette cause d'irrecevabilité se traduit par une fin de non-recevoir et, plus précisément, une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, par périphrase, le législateur semble effectivement renvoyer aux conditions requises pour opposer la dimension négative de l'autorité de la chose jugée, l'identité de partie mise à part. C'est du reste ainsi que la circulaire du 26 septembre 2014 interprète les dispositions de l'ancien article L. 423-23 du code de la consommation aujourd'hui codifiées à l'article L. 623-30. En premier lieu, bien qu'étant présentée comme l'un des fondements de l'action, « la réparation des mêmes préjudices » semble correspondre à l'objet de la demande. Quant aux « même fait générateur » - ou simplement les « mêmes faits » (art. L. 623-30 du code de la consommation) - et au « même manquement », ils renverraient à la « cause » de la demande, du moins telle qu'elle est désormais appréciée dans la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est-à-dire de manière factuelle. Dans l'action de groupe aux fins d'indemnisation, l'identité de défendeur est quant à elle, implicitement, mais nécessairement, remplie lorsqu'il y a une telle identité de cause. En effet, selon les dispositions qui organisent le cadre commun devant le juge judiciaire et le juge administratif, l'action de groupe est engagée contre la personne

1471. À ce titre, certaines dispositions du code de justice administrative peuvent, de prime abord, sembler quelque peu contradictoires, ou au mieux superfétatoires, puisque le pouvoir réglementaire a tout de même pris la peine de prévoir, à l'article R. 77-10-12 du code de justice administrative, qu'à la suite d'une décision de rejet devenue irrévocable, les « actions de groupe qui tendent aux mêmes fins que cette action et qui soulèvent des moyens identiques à ceux déjà tranchés par la décision de rejet ou des moyens nouveaux qui sont manifestement infondés », à l'instar des « requêtes individuelles présentées par des personnes qui auraient été susceptibles de bénéficier de l'action de groupe rejetée et qui soulèvent des moyens identiques à ceux déjà tranchés par la décision de rejet ou des moyens nouveaux qui sont manifestement infondés », puissent être rejetées par ordonnance des présidents des formations de jugement³⁵²⁴. Or l'extension de la chose jugée aux groupements attributaires de la qualité pour agir devrait déjà suffire pour motiver le rejet par ordonnance de demandes qui, ayant le même objet et la même cause, seraient affectées d'une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être régularisée au sens et pour application des articles R. 122-12 et R. 222-1 du code de justice administrative, sauf à considérer qu'il n'y aurait donc pas d'extension de la chose jugée pour les groupements. Applicable « sans préjudice » de ces dernières dispositions, l'article R. 77-10-12 du code de justice administrative, apparaît donc en réalité superfétatoire, au moins pour ce qui est de sa partie relative aux actions de groupe qui sont déjà susceptibles de se voir opposer l'autorité de la chose jugée. Elle ne serait effectivement utile que dans l'hypothèse où les moyens « nouveaux » et « manifestement infondés » soulevés au soutien de la nouvelle action relèveraient d'une « cause » différente.

b- La différenciation des procédures de mise en œuvre

1472. Si certaines différences entre les dispositions organisant les procédures d'action de groupe peuvent sembler anecdotiques, d'autres sont une nouvelle illustration des incohérences et lacunes qui les affectent. Par exemple, le législateur n'a pas daigné reprendre les dispositions du code de la consommation précisant les conditions dans lesquelles peuvent être résolues les éventuelles difficultés d'application du jugement sur la responsabilité, comme celles relatives aux modalités de publicité ou à l'allocation de la provision au demandeur³⁵²⁵. Il n'a pas non plus repris la procédure simplifiée, alors même que sa transposition était tout à fait envisageable en dehors du domaine de la consommation, mais il a mis en place une procédure collective de liquidation applicable dans le cadre commun des actions de

à laquelle le fait dommageable est imputé. Finalement, seule l'identité de demandeur fait défaut. Il s'agirait dès lors bien d'une extension légale de l'autorité négative de la chose jugée et cette irrecevabilité, qui a d'ailleurs trait à l'existence du droit pour agir, devrait être regardée comme une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée pouvant donc être proposée en tout état de cause devant le juge civil (art. 123 du code de procédure civile) et le juge administratif.

³⁵²⁴ Art. R. 77-10-12 du code de justice administrative.

³⁵²⁵ Dans cette hypothèse, qui doit bien être distinguée tant du recours contre le jugement statuant sur la responsabilité que de la liquidation judiciaire des préjudices non indemnisés, le juge de la mise en état - auquel la procédure a été renvoyée par le jugement sur la responsabilité - statue par ordonnance en dernier ressort avant l'expiration du délai d'indemnisation, qui est d'ailleurs suspendu le temps qu'il tranche ces difficultés d'application (article L. 623-19 du code de la consommation).

groupe. Comme son nom l'indique, cette procédure se distingue par son caractère collectif, c'est-à-dire que les parties - comme le juge dans la procédure simplifiée en matière de consommation - n'ont pas à tenir compte de la situation particulière de chacune des victimes pour liquider leurs préjudices, mais aussi par son caractère amiable. Ainsi, en sus de la procédure individuelle de liquidation, qui fait office de procédure de principe dans le cadre des actions de groupe indemnitaires et permet de tenir compte de la singularité de chacun des membres du groupe des victimes (i), il existe deux procédures dérogatoires dont l'une n'est applicable qu'en matière de consommation et l'autre ne l'est qu'à certaines actions de groupe indemnitaires rentrant dans le champ du cadre commun (ii).

i- La procédure de droit commun de mise en œuvre du jugement sur la responsabilité

1473. La mise en œuvre du jugement sur la responsabilité débute par celle des mesures de publicités à l'endroit des membres du groupe, c'est-à-dire, en principe³⁵²⁶, à compter du jour où la décision sur la responsabilité a acquis force de chose jugée s'il était susceptible d'appel ou bien ne peut plus faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Dans le délai et selon les modalités fixées par le juge, les personnes ainsi informées peuvent adhérer au groupe auprès de la personne choisie par le juge dans l'action de groupe en matière de consommation, ou, dans les actions relevant du cadre commun, du défendeur comme du groupement demandeur. Dans cette dernière hypothèse, il n'est toutefois pas prévu, comme en matière de consommation³⁵²⁷, que le groupement demandeur soit tout de même informé de cette adhésion lorsqu'elle n'a pas lieu auprès de lui. Le formalisme de cette adhésion est allégé puisqu'elle consiste en une demande de réparation réalisée par tout moyen permettant d'en assurer réception. Lorsqu'elle est formulée auprès de la personne condamnée dans l'action de groupe devant le juge administratif, il est d'ailleurs possible de se demander si elle vaut aussi liaison du contentieux³⁵²⁸. Dans cette demande, la personne intéressée doit, en s'inscrivant dans le cadre du jugement, préciser le montant demandé en réparation des préjudices invoqués, fournir les informations permettant de l'identifier et de la contacter³⁵²⁹, ainsi que « tout document utile au soutien de sa demande », c'est-à-dire démontrer son rattachement au groupe, ce qui n'est pas forcément aisé pour elle³⁵³⁰. Dans la procédure d'action de

³⁵²⁶ V. sur ce point l'exception qui a été ménagée dans les dispositions applicables à l'action de groupe dans le domaine de la concurrence.

³⁵²⁷ Art. R. 623-18 du code de la consommation.

³⁵²⁸ Sauf si la personne ayant adhéré au groupe décide finalement de ne plus participer à l'action de groupe, l'existence d'une telle décision ne semble pas lui être d'une grande utilité. Toutefois, cette demande devrait aussi interrompre le délai de la prescription quadriennale pour les personnes intéressées (art. 2 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics), qui a déjà été suspendu par l'introduction de l'action de groupe.

³⁵²⁹ Art. R. 623-13 et R. 623-16 du code de la consommation ; art. 849-14 du code de procédure civile ; art. R. 77-10-16 du code de justice administrative.

³⁵³⁰ Ainsi, il faut, par exemple en matière de consommation, que le consommateur lésé ait conservé ses tickets de caisse ou toute preuve d'achat. Sur ce point, l'action de groupe se heurte finalement aux mêmes obstacles que l'action en représentation conjointe.

groupe en matière de santé, la personne intéressée doit aussi indiquer à l'association mandatée sa qualité d'assurée sociale, les organismes auxquels elle est affiliée ainsi que les prestations qu'elle déjà reçues de ces derniers et de tiers payeurs que l'association doit informer³⁵³¹.

1474. A la lecture des textes, il semble que la portée de cette adhésion diffère selon qu'elle a lieu dans le cadre de l'action de groupe en matière de consommation ou d'une action relevant du cadre commun. Tandis que le code de la consommation dispose que l'adhésion vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association demanderesse que l'adhésion au groupe ait lieu auprès de cette dernière ou non³⁵³², celles organisant le cadre commun semblent limiter le mandat au seul cas dans lequel cette adhésion a lieu auprès du groupement demandeur.

1475. La portée du mandat ainsi conféré au demandeur est identique dans toutes les actions de groupe. En matière de consommation comme dans le cadre commun, le groupement est tenu, au nom des personnes intéressées, d'accomplir « tous actes de procédure et diligences en vue d'obtenir la réparation du préjudice individuel subi par lui et entrant dans le champ de l'action de groupe introduite (...), notamment pour l'exercice des voies de recours » et d'avancer « toutes les dépenses et frais liés à la procédure ». En outre, il est précisé que ce mandat emporte « représentation » « lors du déroulement d'éventuelles mesures d'instruction »³⁵³³. Enfin, dans un cas comme dans l'autre, le législateur et le pouvoir réglementaire ont tenu à souligner que la liberté personnelle des mandants était ménagée en précisant que ce mandat est révocable *ad nutum*³⁵³⁴ et qu'il ne vaut pas lui-même adhésion au groupement³⁵³⁵.

ii- Les procédures dérogatoires de mise en œuvre du jugement sur la responsabilité

1476. Comme dans la procédure individuelle de liquidation des préjudices, la mise en œuvre du jugement sur la responsabilité n'incombe pas, en premier lieu du moins, à la juridiction dans les procédures dérogatoires. Ces dernières se distinguent toutefois par leur célérité s'agissant de la procédure

³⁵³¹ Art. L. 1143-4 du code de la santé publique.

³⁵³² Art. L. 623-9 du code de la consommation, art. R. 623-18 du code de la consommation 3° de l'article R. 623-16 du code de la consommation : « (...) l'indication que celle-ci vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante auprès de laquelle le consommateur a manifesté son adhésion au groupe ou qu'il a informée de son adhésion ou, en cas de défaillance, au profit de l'association qui lui aura été substituée ». En revanche, lorsqu'elles décrivent la portée du mandat conféré au groupement, les dispositions du cadre commun emploient une formulation plus large, identique à celle retenue par le code de la consommation (art. R. 623-20 du code de la consommation) qui ne renvoie pas à une modalité d'adhésion en particulier puisqu'elles évoquent « le mandat aux fins d'indemnisation donné au demandeur à l'action par l'effet de l'adhésion de la personne intéressée au groupe » (art. 849-17 du code de procédure civile ; art. R. 77-10-19 du code de justice administrative).

³⁵³³ Les dispositions du cadre commun ajoutent qu'il emporte aussi représentation « lors de l'action en justice tendant à la réparation du préjudice subi », ce qui n'est pas une différence significative avec les dispositions organisant l'action de groupe en matière de consommation, mais est plutôt redondant au regard des dispositions qui précisent déjà que ce mandat vaut pouvoir d'accomplir au nom des personnes intéressées tous les actes de procédure en vue d'obtenir la réparation de ces préjudices.

³⁵³⁴ Art. R. 623-21 du code de la consommation.

³⁵³⁵ Art. L. 623-9 du code de la consommation ; art. 69 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; art. L. 77-10-10 du code de justice administrative.

simplifiée, et le caractère amiable et collectif s'agissant de la procédure collective de liquidation des préjudices.

1477. C'est au niveau de la mise en œuvre du jugement que l'intérêt de la procédure simplifiée en matière de consommation se manifeste. Dès lors que les mesures d'informations individuelles à l'égard des victimes ont été mises en œuvre³⁵³⁶, la procédure ne se déroule plus qu'entre le professionnel condamné et les consommateurs auxquels l'indemnisation est proposée, sa charge ne repose pas sur l'association demanderesse, qui doit tout de même demeurer informée de l'acceptation de l'indemnisation³⁵³⁷. Ainsi, quoique le consommateur soit directement indemnisé par le professionnel, son acceptation, qui vaut adhésion au groupe et mandat aux fins d'indemnisation³⁵³⁸, doit être adressée par tout moyen permettant d'en accuser réception, au professionnel ainsi qu'au demandeur - ou de l'un d'eux en cas de pluralité. Elle aussi doit mentionner expressément le montant de l'indemnisation acceptée ainsi que les informations permettant de l'identifier et de le tenir informé de la procédure. En cela, elle ne saurait être assimilée à la mise en œuvre d'une option d'exclusion³⁵³⁹.

1478. Par exception au principe de la procédure individuelle de liquidation des préjudices, le juge peut mettre en œuvre une procédure collective, une phase de règlement amiable qui s'ajoute à la mise en demeure³⁵⁴⁰ et éventuellement à la médiation. Cette procédure collective de liquidation se distingue de cette dernière sur plusieurs points.

³⁵³⁶ Art. L. 623-15 du code de la consommation.

³⁵³⁷ 2° de l'article R. 623-15 du code de la consommation.

³⁵³⁸ Art. L. 623-16 et R. 623-15 du code de la consommation.

³⁵³⁹ Cela n'a pas empêché une partie des sénateurs, lors des débats parlementaires, d'y voir un système fondé sur un « *opt out* », opinion au renfort de laquelle vint alors M. Nicolas Molfessis dans la presse grand public (disponible en ligne à l'adresse <https://www.lesechos.fr/18/09/2013/LesEchos/21524-135-ECH---class-action----consecration-d-un---opt-out---a-la-francaise--.htm>). Toutefois, en aucune manière, les consommateurs ainsi identifiés ne sont en mesure de faire état de leur volonté de s'exclure avant le jugement et d'exercer une quelconque option de retrait. En réalité, la présentation que l'auteur faisait alors de l'opposition entre « *opt-in* » et « *opt-out* » mêlait des critères formels et temporels : « dans la première hypothèse, les membres du groupe à l'égard duquel la responsabilité du professionnel est engagée doivent expressément se déclarer s'ils veulent être représentés dans l'action initiée. À défaut, ils ne pourront profiter du jugement obtenu et devront, s'ils le souhaitent, agir à titre individuel. À l'inverse, dans le système de l'« *opt out* », les personnes susceptibles d'être dans le groupe seront considérées en faire partie, sauf refus explicite de leur part une fois rendue la décision qui accorde l'indemnisation ». Cette présentation fut reprise ensuite par d'autres auteurs (Emmanuelle CLAUDEL, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD com.*, 2014, p. 339) mais nuancée par M. Nicolas Molfessis lui-même dans le commentaire qu'il fit ensuite de la loi dans la presse spécialisée (Nicolas MOLFESSIS, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p. 22). Au sujet des liens entre la procédure simplifiée et l'option d'exclusion, il se contenta alors de dire qu'elle en « emprunte les traits », « en reproduit la principale caractéristique » en ce que sont « considérés comme membres du groupe l'ensemble de ceux qui ont vocation à être en son sein ». Il soulignait que le groupe est alors considéré c'est « sans même exclure ceux qui auront manifesté leur refus d'en être » et ne voyant « d'ailleurs pas comment les consommateurs, non informés, pourraient refuser le bénéfice du procès avant la décision ». Il est vrai qu'en cela l'action de groupe simplifiée se distingue des autres procédures d'actions collectives dans lesquelles le juge est contraint de naviguer à vue pour établir la responsabilité du demandeur. Toutefois, cette identification des membres du groupe au moment de la décision plaide plutôt pour un rapprochement avec l'option d'inclusion, du moins lorsqu'elle trouve à s'exprimer avant la décision qui tranche la question de la responsabilité. En effet, lorsqu'il est ainsi fait application de l'option d'inclusion, le juge n'est pas contraint de se prononcer sur la responsabilité du défendeur à l'égard de personnes dont lui-même ou les parties ignorent l'existence, ce qui explique d'ailleurs que la seule référence à l'« *opt-out* » fut un anathème propre à exclure une procédure permettant de défendre des intérêts individuels du champ des dispositifs constitutionnellement viables. Comme cela sera montré par la suite, il était pourtant possible de faire l'économie de cette analogie douteuse pour mettre en cause la constitutionnalité du dispositif.

³⁵⁴⁰ Ce qui les porte donc au nombre de trois, si tant est que devant les juridictions administratives la mise en demeure suffise bien pour obtenir une décision administrative préalable pour lier le contentieux.

1479. Elle peut être mise en œuvre par le juge à la demande de la seule partie demanderesse. Son champ d'application est aussi plus circonscrit puisque le juge n'accèdera à la requête du groupement que lorsque « les éléments produits ainsi que la nature des préjudices le permettent »³⁵⁴¹. Le commun ne pourra donc l'emporter sur le singulier dans le règlement du litige au détriment du principe de la réparation intégrale du préjudice. Ce renvoi au pouvoir d'appréciation du juge est toutefois trompeur puisque le législateur ne lui a semble-t-il pas fait confiance en excluant par principe la possibilité de mettre en œuvre la procédure collective de liquidation dans l'action de groupe en matière de santé, en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail et en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant le juge administratif - c'est-à-dire dans la majorité des actions de groupe relevant du cadre commun -, alors même qu'elles permettent aussi d'obtenir la réparation de préjudices « objectivables ».

1480. Cette méfiance du législateur est toutefois sélective - et incohérente - puisque cette procédure collective est applicable dans le cadre de l'action de groupe en matière d'environnement et de l'action de droit commun en matière de discrimination qui permettent toutes les deux d'obtenir la réparation de préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant aussi bien de dommages matériels que corporels. En tout état de cause, comme l'a montré le rapport de la Commission des affaires économiques sur l'application de la loi relative à la consommation, la limitation aux préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels n'est pas un gage de simplicité et ne permet pas au juge d'occulter la situation personnelle des membres du groupe. Même dans cette hypothèse, la réparation intégrale requiert une prise en compte de la singularité de chaque victime, qui semble difficile, si ce n'est parfois impossible, au point que des associations ont pu réclamer une forfaitisation de l'indemnisation³⁵⁴², ce qui tendrait alors à remettre en cause le principe de la réparation intégrale et la neutralité de l'action de groupe, qui n'est censé être qu'un simple « véhicule procédural », sur le droit substantiel.

1481. Si le juge accède à la demande du groupement requérant, il habilite ce dernier à négocier avec le défendeur l'indemnisation des membres du groupe, sans l'intervention d'un intermédiaire neutre et dans un cadre relativement contraignant. En effet, dans la même décision, il détermine « le montant ou tous les éléments permettant l'évaluation des préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes constituant le groupe qu'il a défini »³⁵⁴³ et la durée impartie pour arriver à un accord qui ne

³⁵⁴¹ Art. 68 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; art. L. 77-10-9 du code de justice administrative.

³⁵⁴² Damien ABAD, Philippe KEMEL, *Rapport d'information n° 4139 déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par le Commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 2016, p. 19.

³⁵⁴³ Art. 68 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Cela n'est pas sans rappeler les éléments pouvant être contenus dans le jugement sur la responsabilité dans l'action de groupe en matière de consommation (art. L. 623-5 du code de la consommation), ce qui laisse à penser que cette procédure collective de liquidation ne trouverait effectivement à s'appliquer que pour obtenir l'indemnisation de préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels. Au reste, il est permis de s'interroger sur l'utilité de cette procédure lorsque le juge fixe lui-même le montant de l'indemnisation dans le jugement habilitant le demandeur à négocier. En effet, ce dernier est mandaté par les personnes adhérant au groupe aux fins de négocier « avec le défendeur le montant de l'indemnisation, dans les limites fixées par le jugement » (art. 75 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016).

peut, en tout état de cause, être inférieur au délai imparti aux personnes lésés pour adhérer au groupe et mandater ainsi le demandeur.

1482. Le juge est garant du respect de ce cadre puisqu'il peut refuser - comme dans la médiation - d'homologuer l'accord s'il estime qu'il ne respecte pas suffisamment « les intérêts des parties et des membres du groupe » dans le cadre qu'il a fixé et renvoyer les parties à la négociation pour une durée de deux mois. Il est aussi précisé que l'accord auquel parvient l'association doit avoir été approuvé par les membres du groupe, mais rien n'est dit sur la forme de cette approbation, ce dont il faudrait déduire qu'à défaut de précision, il s'agit d'une approbation expresse. Il s'agirait alors d'une seconde option d'inclusion ouverte aux membres du groupe dans le cadre de la procédure collective de négociation³⁵⁴⁴.

1483. Si les parties sont tenues de négocier de bonne foi - au risque de se voir infliger une amende civile³⁵⁴⁵ -, elles ne sont pas soumises à une obligation de résultat. Il est tout à fait possible d'aboutir à un accord partiel et, s'il est homologué, le juge liquidera lui-même les préjudices restants en respectant le cadre et les délais qu'il a lui-même fixés. Enfin, si le juge n'est pas saisi aux fins d'homologation dans les délais impartis, les membres du groupe peuvent adresser leur demande d'indemnisation à la personne déclarée responsable dans le cadre de la procédure individuelle de réclamation en se prévalant du jugement sur la responsabilité, toutefois à l'expiration d'un délai d'un an à compter du jour où ce jugement a acquis force de chose jugée.

2- La mise en œuvre du jugement dans l'action en reconnaissance de droits

1484. Pourvu que le juge n'ait pas choisi d'en moduler l'effet dans le temps de sa décision et que leurs créances ne soient pas déjà prescrites, c'est à compter du moment où la décision est passée en force de chose jugée, donc postérieurement à la mise en œuvre de la publicité, que les membres du groupe répondant aux conditions fixées par la décision peuvent s'en prévaloir. Telle qu'elle est organisée par le code de justice administrative, la phase de mise en œuvre de la décision statuant sur la reconnaissance de droits se distingue radicalement sur certains points de l'action de groupe indemnitaire.

1485. En effet, il n'est pas prévu ici que les membres du groupe puissent ou même doivent passer par le truchement du groupement ayant introduit l'action. Celui-ci disparaît en principe une fois que la décision a acquis force de chose jugée et, à moins qu'ils ne décident eux-mêmes de la mandater, c'est aux

³⁵⁴⁴ *Contra* Maria José AZAR-BAUD, « Variations autour du régime de l'action de groupe », *JCP A*, n° 27, 6 Juillet 2017, 1380, §22. L'auteure estime que le parallèle avec la seconde option d'exclusion existant pour les « *settlements* » des *class actions* organisées au niveau fédéral aux Etats-Unis (V. FED. R. CIV. P 23(e)(4)) n'est pas pertinent. Cela alourdirait la procédure et le mandat donné au demandeur lors de l'adhésion au groupe couvre implicitement l'acceptation du montant. Certes, il serait possible pour les membres du groupe de révoquer purement et simplement leur mandat s'ils désapprouvent la façon dont la négociation est conduite ainsi que les termes de l'accord. Toutefois, il ne serait pas totalement superfétatoire d'admettre cette seconde option d'inclusion. En effet, elle permettrait aux membres du groupe de peser sur le cours des négociations sans pour autant se priver des bénéfices éventuels de la procédure d'action de groupe.

³⁵⁴⁵ Dont le montant maximal est de 50 000 euros (art. 73 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-14 du code de justice administrative).

seuls membres du groupe bénéficiaire de s'adresser directement à l'autorité administrative compétente pour lui demander l'exécution individuelle de la décision³⁵⁴⁶.

1486. En outre, même si les dispositions réglementaires du code de justice administrative n'envisagent pas, du moins dans un premier temps, la mise en œuvre juridictionnelle de la décision faisant droit à l'action en reconnaissance de droits, cette dernière n'est pas exclue puisqu'elle est envisagée par la partie législative du code, et plus précisément le second alinéa l'article L. 77-12-3 du code de justice administrative³⁵⁴⁷. Cette dernière disposition viserait alors l'hypothèse des requêtes individuelles identiques qui, introduites postérieurement ou même concomitamment à l'action de groupe³⁵⁴⁸, constituent une forme de concours d'actions réglée par le code, mais aussi l'hypothèse dans laquelle un recours administratif a été engagé avant l'introduction de l'action en déclaration et a provoqué la naissance d'une décision administrative permettant de lier le contentieux. L'auteur de ce recours administratif, qui aurait d'ailleurs bénéficié de l'interruption de la forclusion, pourrait alors directement demander au juge l'exécution de la décision statuant sur l'action en reconnaissance de droits en attaquant cette décision. Toutefois, il peut, d'une part, sembler absurde que le bénéficiaire de la décision préfère ainsi la voie juridictionnelle à la voie administrative qui est amiable et plus rapide, *a fortiori* après le prononcé de la décision sur l'action en reconnaissance de droits. D'autre part, et surtout, le recours juridictionnel serait de toute façon neutralisé eu égard aux conditions dans lesquelles les délais de prescription et de forclusion recommencent à courir. En effet, si les membres du groupe d'intérêt ne peuvent se prévaloir que d'une décision passée en force de chose jugée, les délais de prescription et de forclusion, interrompus par la « présentation » de l'action, recommencent eux à courir à compter de la seule publication de la décision sur le site internet du Conseil d'État qui devrait avoir lieu, en principe, dès sa lecture³⁵⁴⁹. Dès lors, l'auteur du recours individuel doit attendre au moins l'expiration des délais prévus pour exercer les voies de recours ordinaires ou même - par précaution - un pourvoi en cassation contre la décision statuant sur l'action en reconnaissance de droits, soit en principe deux mois à compter de la notification ou de la signification par voie d'huissier de la décision statuant sur l'action en reconnaissance de droits³⁵⁵⁰, avant de pouvoir s'en prévaloir voire, en cas d'exercice de ces voies de recours, que la décision du juge d'appel ait elle-même force de jugée ou que le juge de cassation rende sa décision.

³⁵⁴⁶ Art. R. 77-12-13 du code de justice administrative.

³⁵⁴⁷ Il dispose que : « toute personne qui remplit ces conditions de droit et de fait peut, sous réserve que sa créance ne soit pas prescrite ou son action forclose, se prévaloir, devant toute autorité administrative ou juridictionnelle, des droits reconnus par la décision ainsi passée en force de chose jugée ».

³⁵⁴⁸ Il n'y a pas lieu d'évoquer l'expiration du délai de recours pour ces actions qui ont été déjà introduites, même au titre de la cristallisation du débat contentieux puisque, comme le précise d'ailleurs ce même article dans son dernier alinéa, l'autorité de chose jugée attachée à cette décision est soulevée d'office par le juge.

³⁵⁴⁹ Art. R. 77-12-12 du code de justice administrative : « les décisions statuant sur les actions en reconnaissance de droit sont publiées sur le site internet du Conseil d'Etat avec l'indication, le cas échéant, des voies de recours dont elles font l'objet. Lorsqu'une décision est passée en force chose jugée, cette publication fait courir de nouveau les délais de recours et de prescription en application de l'article L. 77-12-2 ». « Cette publication » semble effectivement renvoyer à la seule publication de la décision et non au fait qu'il soit éventuellement indiqué sur le site Internet qu'elle n'a fait l'objet d'aucun recours et qu'elle est passée en force de chose jugée.

³⁵⁵⁰ Art. R. 811-2 du code de justice administrative.

1487. Enfin, le législateur et le pouvoir réglementaire semblent ici faire moins de cas de la volonté des membres du groupe. Certes, leurs situations individuelles ne sauraient être modifiées sans qu'ils aient eux-mêmes, antérieurement ou postérieurement à la décision reconnaissant des droits, formulé une demande individuelle. Les bénéficiaires desdits droits ne sont toutefois jamais mis en situation d'exprimer, expressément ou implicitement, leur volonté d'intégrer ou non le groupe effectivement bénéficiaire. L'intégration n'est donc pas optionnelle comme dans les actions de groupe indemnitaire, de même que l'extension des incidences de la décision qui est consécutive à cette intégration.

1488. En effet, il est prévu que « l'autorité de chose jugée attachée à cette décision est soulevée d'office par le juge »³⁵⁵¹ sans que soient alors expressément exclues les hypothèses dans lesquelles il est saisi d'actions individuelles ni précisé si les membres du groupe sont seulement affectés par l'autorité de la chose jugée dans sa dimension dite positive, c'est-à-dire peuvent se prévaloir de l'opposabilité étendue de la décision au soutien de leurs propres requêtes, ou aussi par sa dimension négative qui permet de prévenir l'introduction de requête ayant un objet et une cause identique entre les mêmes parties. Néanmoins, à la réflexion, seule la première hypothèse, c'est-à-dire l'extension de la seule dimension positive, apparaît alors viable du point de vue de la bonne administration de la justice.

1489. Certes, la rédaction de l'article R. 77-12-19 du code de justice administrative autorise à penser qu'une extension de la dimension négative de la chose jugée à l'égard des membres du groupe a bien été prévue. En effet, il dispose qu'« est irrecevable l'action tendant à la reconnaissance de droits déjà reconnus par une décision passée en force de chose jugée », ce qui peut ne pas seulement concerner les actions des groupements prenant la forme d'une nouvelle action collective, comme c'est le cas dans les procédures d'actions de groupe indemnitaires, mais bien toutes les actions ayant un objet similaire, y compris celles qui sont individuelles. En outre, une telle interprétation n'empêcherait évidemment pas d'obtenir individuellement devant le juge le bénéfice des droits reconnus grâce à une telle action puisque le code de justice administrative prévoit justement la possibilité pour les membres du groupe de demander dans un second temps l'exécution juridictionnelle de la décision à travers des requêtes qui sont soumises à une procédure spéciale et prennent la forme de demande en exécution³⁵⁵². Enfin, l'irrecevabilité permettrait d'éviter que les membres du groupe, même si leur requête est fondée, ne contournent l'étape administrative de l'exécution.

1490. Toutefois, force est de constater que le résultat obtenu serait alors inique voire absurde pour les requérants dont le traitement de la requête aurait été suspendu en raison de l'introduction de l'action en reconnaissance de droits. Au lieu de faire droit à leur demande en prenant appui sur la décision, la juridiction saisie devrait considérer que leurs requêtes sont rétroactivement affectées d'une irrecevabilité manifeste et les rejeter alors qu'ils n'ont pas encore obtenu satisfaction à titre individuel et qu'ils sont en

³⁵⁵¹ Art. L. 77-12-3 du code de justice administrative.

³⁵⁵² Cf. *Infra*, n° 1512-1515.

droit de l'obtenir. En effet, si l'extension de la chose jugée est aussi différée, ce n'est pas, comme dans les actions de groupe, jusqu'au moment où les membres du groupe ont effectivement eux-mêmes obtenu satisfaction à titre individuel, mais au moment où la décision statuant sur l'action collective a acquis force de chose jugée, c'est-à-dire lorsqu'il est seulement possible pour eux de s'en prévaloir. Enfin, l'hypothèse de règlement juridictionnel évoquée par les dispositions législatives du code et organisée par les dispositions réglementaires au titre des concours d'actions s'en trouverait totalement neutralisée. Au reste, les quelques cas concernés ne représenteraient pas une charge extraordinaire pour des juridictions dont il y a tout lieu de penser qu'elles choisiront de les traiter par voie d'ordonnance, l'identité juridique et factuelle de la situation des membres du groupe bénéficiaire ainsi que la collégialité de la décision rendue sur l'action en reconnaissance de droits rendant effectivement le terrain favorable à l'usage d'un tel instrument.

1491. Il faut enfin relever que la partie réglementaire du code n'envisage cette extension de la dimension négative de l'autorité de chose jugée - aux seuls groupements donc - que pour les décisions ayant déjà reconnu les droits litigieux, laissant donc de côté les décisions de rejet³⁵⁵³. Le code fait implicitement le choix d'une telle extension asymétrique en ne mentionnant, d'une part, que les décisions ayant déjà reconnu des droits à l'article R. 77-12-19 et, d'autre part, en organisant, à l'article R. 77-12-20, la possibilité pour les présidents des formations de jugement de rejeter par ordonnance, lorsqu'une action en reconnaissance de droits a fait l'objet d'une décision de rejet devenue irrévocable, « les actions en reconnaissance de droits qui tendent aux mêmes fins que cette action et qui soulèvent des moyens identiques à ceux déjà tranchés par la décision de rejet ou des moyens nouveaux qui sont manifestement infondés » et les « requêtes individuelles présentées par des personnes appartenant au groupe d'intérêt en faveur duquel cette action a été présentée et qui soulèvent des moyens identiques à ceux déjà tranchés par la décision de rejet ou des moyens nouveaux qui sont manifestement infondés ». En effet, s'il avait fait le choix de l'extension de l'autorité de la chose jugée pour les décisions de rejet, il n'aurait pas créé ces deux nouveaux motifs de rejet mais il se serait contenté de renvoyer aux dispositions, par ailleurs applicables, des articles R. 122-12 et R. 222-1 du code³⁵⁵⁴ afin que les présidents des formations de jugement puissent rejeter des requêtes qui seraient tout simplement affectées d'une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être régularisée.

³⁵⁵³ Ce qui n'est pas le cas dans les actions de groupe, cf. *Supra* n° 1470-1471.

³⁵⁵⁴ C'est en cela que les dispositions réglementaires applicables aux actions de groupe, elles, peuvent jeter le trouble (cf. *Supra* n° 1471).

C- Les difficultés d'exécution du jugement

1492. Il n'est pas exclu que l'exécution de la décision rendue à l'occasion d'une action de groupe ou une action en reconnaissance de droits soit retardée que ce soit évidemment par l'usage que les parties font - légitimement ou non - des voies de recours à leur disposition (2) ou encore, en dépit des mesures destinées à prévenir une telle situation, en raison de la mauvaise volonté de la personne condamnée (1). Dans les deux cas, ces retards d'exécution impliquent une nouvelle intervention juridictionnelle et le législateur doit veiller à ce qu'ils ne pèsent pas sur le fonctionnement des juridictions et fasse perdre finalement à ces nouvelles actions collectives l'intérêt qui était le leur sur plan de la bonne administration de la justice.

1- La mauvaise volonté de la personne condamnée

1493. Tandis que le refus d'exécution de l'injonction en cessation est censée pouvoir être surmonté, de manière somme toute classique, grâce à l'astreinte dont les modalités de liquidation demeurent toutefois encore floues devant le juge administratif (a), le législateur et le pouvoir réglementaire ont dû innover dans le cadre des actions de groupe indemnitaires (b) et de l'action en reconnaissance de droits (c) pour que les juridictions puissent faire face au défi de la multitude qui, jusqu'alors dissimulée, n'aurait pas obtenu satisfaction.

a- Les modalités de liquidation de l'astreinte

1494. Le législateur a fait du Trésor public le seul bénéficiaire de l'astreinte prononcée par le juge judiciaire en estimant vraisemblablement qu'il y avait là un risque d'enrichissement indu au profit du demandeur à l'action. Il n'a même pas réservé l'hypothèse dans laquelle le juge judiciaire serait amené à prononcer une astreinte contre une administration de l'État, ce qui semble réduire l'effet comminatoire de la mesure et porter par là même atteinte au droit à l'exécution des décisions de justice tel qu'il est garanti, notamment, par la Constitution. D'ailleurs, pour déclarer que l'article L. 911-8 du code de justice administrative, qui permet au juge administratif de décider qu'une partie de l'astreinte ne sera pas versée au requérant mais affectée au budget de l'État, respecte notamment le droit à l'exécution des décisions de justice garanti par la Constitution, le Conseil constitutionnel avait bien mis en avant la jurisprudence constante du Conseil d'État selon laquelle l'astreinte doit être versée intégralement au requérant lorsqu'elle est prononcée contre l'État³⁵⁵⁵.

³⁵⁵⁵ CC, n° 2014-455 QPC du 6 mars 2015, *M. Jean de M.* [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État], cons. n° 5. En effet, depuis que les sommes pouvant être liquidées au profit de l'État sur le

1495. S'agissant d'ailleurs de l'astreinte pouvant être prononcée par les juridictions administratives, le législateur n'a même pas pris la peine d'en préciser le bénéficiaire. À défaut, il faudrait s'en remettre à cet article L.911-8 du code de justice administrative. Toutefois, l'applicabilité de cette dernière disposition, telle qu'interprétée par le Conseil d'État dans son arrêt *Voies navigables de France* du 5 février 2014³⁵⁵⁶, à la procédure d'action de groupe est douteuse. En effet, au regard de la motivation de cet arrêt, il est possible de se demander si l'article L. 911-8 du code de justice administrative est applicable à l'ensemble des astreintes que le juge administratif peut prononcer contre les personnes publiques et les organismes privés chargés de la gestion d'un service public - auquel cas il s'appliquerait à une partie des actions de groupe dont le juge administratif est susceptible de connaître³⁵⁵⁷ - ou seulement aux astreintes assortissant les injonctions qu'il peut prononcer sur le fondement du chapitre premier du titre I du livre IX du code de justice administrative, ce qui exclurait alors l'injonction juridictionnelle pouvant être prononcée dans le cadre d'une action de groupe aux fins de cessation.

1496. Dans cette dernière hypothèse, l'astreinte prononcée par le juge administratif ne pourrait être liquidée qu'au profit du demandeur³⁵⁵⁸. Il en résulterait ainsi une différence de traitement entre les requérants qui est difficilement justifiable, même au regard de la finalité comminatoire de ce dispositif³⁵⁵⁹. Dans l'hypothèse où l'article L. 911-8 du code de justice administrative serait effectivement applicable dans la procédure d'action de groupe, le problème ne serait d'ailleurs pas totalement résolu, bien au contraire. En effet, cette différence de traitement ne disparaîtrait pas totalement puisqu'il faudrait tout de même qu'une personne morale de droit public ou d'un organisme privé chargé de la gestion d'un service public soit en cause et le juge ne pourrait de toute façon pas décider de l'affectation au budget de l'État de la totalité de l'astreinte, mais seulement d'une « part ». Enfin, il serait difficile pour le juge administratif

fondement de l'article L. 911-8 du code de justice administrative ne profitent plus au Fond de compensation de la TVA, mais sont seulement affectées au budget général de l'État, la juridiction attribue systématiquement la totalité de l'astreinte au requérant lorsque c'est une administration de l'État qui en est débitrice (CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 28 février 2001, *Fédération française des masseurs kinésithérapeutes rééducateurs et M. Aupetit et a.*, n^os 205476, 209474).

³⁵⁵⁶ Amené à se prononcer sur le régime applicable à l'astreinte que le juge administratif peut prononcer à l'encontre de personne privée dans le contentieux des contraventions de grande voirie, le Conseil d'État a estimé « que si, en vertu de l'article L. 911-8 du code de justice administrative, le juge administratif peut décider qu'une part de l'astreinte qu'il prononce ne sera pas versée au requérant mais sera affectée au budget de l'État, il résulte de l'ensemble des dispositions du chapitre premier du titre I du livre IX du code de justice administrative, dans lequel elle est insérée, que cette disposition ne s'applique qu'aux astreintes que, depuis la loi du 16 juillet 1980 en ce qui concerne le Conseil d'État, et celle du 8 février 1995 en ce qui concerne les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, ces juridictions peuvent prononcer à l'encontre d'une personne morale de droit public ou d'un organisme privé chargé de la gestion d'un service public ; que la possibilité, ouverte par l'article L. 911-8 du code de justice administrative, de ne pas verser la totalité de l'astreinte à la victime de l'inexécution ne saurait en revanche s'appliquer lorsque le juge administratif, saisi par l'administration en vue de mettre fin à l'occupation irrégulière d'une dépendance du domaine public, fait application du principe général selon lequel les juges ont la faculté de prononcer une astreinte en vue de l'exécution de leurs décisions » (CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 5 février 2014, *Voies navigables de France*, n^o 364561).

³⁵⁵⁷ En effet, quoiqu'il ait pu en penser le législateur lorsqu'il a désigné les défendeurs potentiels dans le cadre commun, ce n'est pas nécessairement le cas devant les juridictions administratives (cf. *Supra*, n^o 1113).

³⁵⁵⁸ CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 5 février 2014, *Voies navigables de France*, n^o 364561.

³⁵⁵⁹ En effet, il pourrait être objecté que le caractère comminatoire de l'astreinte serait réduit à néant devant les juridictions administratives si l'astreinte était reversée en totalité au Trésor public lorsque c'est l'État qui est visé par une action en cessation. Toutefois, sauf à considérer que seul l'État peut être mis en cause devant le juge administratif et qu'il ne peut jamais l'être devant le juge judiciaire, cela n'est pas suffisant pour fonder une telle différence de traitement entre l'astreinte prononcée par ces deux ordres de juridictions.

de réduire la part revenant au requérant à l'euro symbolique s'il vient un jour à prononcer une astreinte contre l'État. Il devrait alors choisir entre réduire le caractère comminatoire de la mesure, en abandonnant au passage une interprétation qui garantissait la constitutionnalité du dispositif pour le Conseil constitutionnel, ou accroître une différence de traitement injustifiée dont la constitutionnalité est tout aussi douteuse.

1497. Les difficultés d'exécution du jugement rendu sur l'action de groupe en cessation sont aussi envisagées par le code de procédure civile aux dispositions encadrant l'intervention du tiers auprès de la personne condamnée. Elles ne le sont toutefois qu'en partie et l'efficacité de la sanction pour l'auteur du manquement récalcitrant semble en réalité tributaire du prononcé en amont d'une astreinte.

1498. Le code de procédure civile envisage ainsi l'hypothèse dans laquelle l'auteur du manquement refuserait de consigner la provision supplémentaire que le juge a accordée au tiers, mais non le refus de consigner la première provision qui peut pourtant être nécessaire pour qu'il puisse débiter sa mission³⁵⁶⁰. Face au refus de consigner la provision supplémentaire, le tiers, à l'instar de l'expert dans l'instruction, est alors autorisé à cesser d'exécuter sa mission et à rendre son rapport en l'état, laissant l'auteur du manquement seul pour exécuter le jugement dans le délai imparti. En outre, si le tiers a pu commencer à exécuter sa mission, il peut aussi faire état dans un rapport aux parties et au juge « des difficultés qui font obstacle à l'accomplissement de sa mission », ce qui inclurait notamment celles imputables à l'auteur du manquement, mais il ne peut alors qu'obtenir un délai supplémentaire de la part du juge.

b- Les retards d'exécution en matière indemnitaire

1499. Les retards dans l'exécution de la décision faisant droit à une action de groupe indemnitaire peuvent résulter évidemment du refus de la personne de faire droit à une demande d'indemnisation (ii) mais aussi, en amont, de blocages dans la mise en œuvre des mesures qui sont nécessaires pour permettre cette exécution, comme la mise en œuvre des mesures de publicité (i).

i- La mise en œuvre des mesures nécessaires à l'exécution du jugement

1500. Le code de la consommation a prévu que les blocages apparaissant lors de la mise en œuvre du jugement sur la responsabilité puissent donner lieu à un traitement juridictionnel particulier. C'est alors le juge de la mise en état, auquel le jugement a renvoyé l'affaire pour la suite de la procédure³⁵⁶¹, qui est

³⁵⁶⁰ Il n'est pas prévu, comme pour l'expert, que ce refus de consignation entraîne la caducité de sa désignation.

³⁵⁶¹ Art. L. 623-19 du code de la consommation.

compétent pour en connaître, y compris semble-t-il lorsque la décision sur la responsabilité a été prononcée par une cour d'appel ou même la Cour de cassation statuant au fond³⁵⁶².

1501. La matière litigieuse, et par là même les pouvoirs du juge ainsi saisi, sont toutefois assez flous. La circulaire de présentation évoque notamment « des difficultés pratiques se pos[ant], par exemple quant aux modalités de publicité difficiles à mettre en œuvre, à la provision allouée à l'association »³⁵⁶³. Toutefois, dans la mesure où il est saisi « au cours de la mise en œuvre du jugement », c'est-à-dire une fois au moins qu'il a acquis force de chose jugée, il ne saurait être question qu'il puisse remettre en cause ce qui a été ordonné et aurait dû être contesté à l'occasion d'un recours contre le jugement reconnaissant la responsabilité. Pourtant il peut être nécessaire de réformer ces modalités de mise en œuvre lorsqu'elles posent des difficultés pratiques. Il n'est d'ailleurs pas nécessairement saisi que de contestations de la part de la personne condamnée puisqu'en cas de défaillance de l'association demanderesse après la décision de condamnation, c'est lui qui doit se prononcer sur la demande de substitution qu'une autre association de consommateur peut former par voie d'intervention. Il se prononce alors par des ordonnances non susceptibles de recours, ce qui évite de retarder encore plus l'indemnisation³⁵⁶⁴.

1502. Rien de tel n'est organisé en principe pour les procédures d'actions de groupe relevant du cadre commun, alors même qu'il est aussi prévu, par exemple, qu'un autre groupement puisse se substituer au groupement demandeur défaillant ou - au moins lorsqu'il est fait application de la procédure collective de liquidation - que le défendeur soit condamné au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens³⁵⁶⁵.

1503. Au titre des difficultés d'exécution de la décision, les dispositions du cadre commun envisagent seulement que les groupements puissent mettre en œuvre les mesures de publicité individuelle en lieu et place de la personne condamnée et à ses frais si elle rechigne à le faire dans le délai qui lui était imparti. Il n'est alors pas dit que le demandeur dispose d'une trésorerie suffisante pour au moins avancer les frais afférents à ces mesures de publicité et il ne peut même pas toujours bénéficier de la condamnation du défendeur au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens puisque le législateur, étrangement, n'a réservé cette possibilité qu'aux hypothèses dans lesquelles il est fait application de la procédure collective de liquidation. Certes, dans le cadre de cette dernière, l'adhésion se fait alors obligatoirement auprès du groupement demandeur ce qui peut alors impliquer pour lui des frais supplémentaires. L'inertie du défendeur peut toutefois être aussi coûteuse et handicapante lorsqu'il est

³⁵⁶² Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 17.

³⁵⁶³ Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 16.

³⁵⁶⁴ Art. R. 623-25 du code de la consommation. En effet, le délai au terme duquel les consommateurs ayant adhéré au groupe doivent être indemnisés est suspendu jusqu'à ce qu'il rende sa décision.

³⁵⁶⁵ Art. 68 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. 77-10-9 du code de justice administrative.

fait application de la procédure individuelle de liquidation. Du reste, il n'est pas exclu que les membres du groupe bénéficiaire préfèrent se manifester auprès du demandeur lorsqu'il est fait application de cette procédure de liquidation. Enfin, les dispositions applicables à l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence n'excluent pas que le juge puisse condamner le défendeur au paiement d'une telle provision lorsqu'il impose aux victimes de s'adresser à lui pour adhérer au groupe.

ii- La liquidation juridictionnelle des préjudices non réparés

1504. C'est aussi au juge de connaître, et ce dans l'ensemble des procédures d'actions de groupe indemnitaires, des demandes d'indemnisation qui n'ont pas été satisfaites par le défendeur dans les délais fixés.

1505. Pour les actions de groupe relevant du cadre commun, cette phase de liquidation juridictionnelle des préjudices non indemnisés a lieu devant la juridiction qui a rendu la décision sur la responsabilité³⁵⁶⁶, y compris dans l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail³⁵⁶⁷ ce qui concurrence alors la compétence des prud'hommes. En revanche, cela n'est pas nécessairement le cas en matière de concurrence et de consommation, du moins selon les dispositions réglementaires du code de la consommation³⁵⁶⁸, puisque ces dernières précisent que c'est le juge de la mise en état qui demeure compétent pour en connaître, quand bien même le jugement statuant sur la responsabilité aurait fait l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.

1506. Si cette phase de liquidation juridictionnelle ne permet pas de revenir sur le principe de la responsabilité déjà jugé, le risque est qu'elle fasse perdre tout intérêt à la procédure d'action de groupe pour le fonctionnement de la justice dans l'hypothèse où la personne condamnée s'opposerait systématiquement à toute demande d'indemnisation. Pour conjurer ce risque, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à consommation a donc prévu dans la procédure d'action de groupe en matière de consommation que le juge ne statue sur ces demandes non satisfaites que dans un seul et même jugement³⁵⁶⁹ qui, en l'absence de contestation, lui permet simplement de constater la clôture de

³⁵⁶⁶ Les dispositions relatives au cadre commun devant les juridictions administratives et judiciaires mentionnent effectivement « le juge ayant statué sur la responsabilité » (art. 71 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-12 du code justice administrative).

³⁵⁶⁷ Art. L. 1134-10 du code du travail.

³⁵⁶⁸ Art. R. 623-6 du code de la consommation (V. aussi, Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 8 et p. 17). Les termes retenus dans la partie législative du code de la consommation autorisaient pourtant à penser que le contentieux de la liquidation judiciaire devrait suivre celui relatif au principe de la responsabilité. En effet, l'article L. 623-11 du code de la consommation dispose que « le juge fixe le délai dans lequel doit intervenir la réparation des préjudices des consommateurs lésés, ainsi que celui ouvert, à cette échéance, pour le saisir des demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit ».

³⁵⁶⁹ Initialement contenue au second alinéa de l'ex-article L. 423-12 du code de la consommation, cette disposition fut transférée, à la faveur de la recodification, dans la partie réglementaire du code de la consommation à l'article R. 623-10.

l'instance³⁵⁷⁰. À ce titre, il faut donc considérer que la procédure d'action de groupe indemnitaire se déroule toujours en trois phases, au moins en matière de consommation et de concurrence.

1507. En effet, cette disposition, qui est pourtant censée permettre au juge de clôturer l'instance et d'assurer un règlement centralisé des éventuelles contestations individuelles n'a pas été reprise dans les autres procédures d'action de groupe indemnitaire relevant du cadre commun lorsqu'il est fait application de la procédure individuelle de liquidation des préjudices. Les codes de procédure civile et de justice administrative ne prévoient même pas qu'il puisse à un moment constater l'extinction de l'instance. En l'absence d'une telle disposition, il semble donc que le juge n'ait plus à intervenir si toutes les demandes ont été satisfaites dans le cadre de la procédure individuelle de liquidation et, dans le cas contraire, qu'il doive se prononcer par des décisions séparées sur les demandes individuelles litigieuses, à moins évidemment qu'il ne procède à la jonction de ces demandes dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

1508. Enfin, même si de telles difficultés d'exécution n'ont *a priori* pas lieu d'être en raison de son caractère amiable, il ne faut évidemment pas exclure que les parties ne parviennent pas à s'entendre entièrement lorsqu'il est fait application de la procédure collective de liquidation. Une phase juridictionnelle de liquidation a donc été aussi prévue en cas d'échec des négociations. Les dispositions législatives envisagent alors deux modes de liquidation juridictionnelle correspondant à deux cas de figure dont il n'est pas évident de savoir ce qu'ils recouvrent exactement.

1509. Le troisième alinéa des articles 73 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 et L. 77-10-14 du code de justice administrative dispose qu'« en l'absence d'accord total, le juge est saisi dans le délai fixé au premier alinéa du présent article », c'est-à-dire dans le délai qu'il a laissé aux parties pour négocier et le saisir d'une demande d'homologation dans sa décision statuant sur la responsabilité, « aux fins de liquidation des préjudices subsistants ». Cette procédure offre ainsi l'avantage d'imposer un règlement juridictionnel de l'action unifié au sein d'une seule et même décision. Ces conditions d'application demeurent toutefois assez floues. La référence à « l'absence d'accord total » peut signifier aussi bien qu'il n'y a pas du tout d'accord ou qu'il existe tout de même un accord partiel, ce qui suppose alors un échec - ou un succès - partiel de la négociation. Néanmoins, la suite de l'alinéa, et l'emploi de l'adjectif « subsistants », laisse plutôt entendre qu'il n'est question ici que de la liquidation de préjudices qui ne rentreraient pas dans les prévisions d'un accord partiel et non, de manière générale, de l'ensemble des préjudices individuels des membres du groupe qui ne sont pas encore réparés³⁵⁷¹. L'adjectif « subsistants » n'informe d'ailleurs pas sur le point de savoir s'il s'agit de préjudices dont la réparation n'est pas prévue par un accord partiel homologué ou simplement envisagé voire appliqué, donc si la saisine aux fins de

³⁵⁷⁰ Art. R. 623-7 du code de la consommation.

³⁵⁷¹ Dans la mesure où aucun des membres du groupe - ni d'ailleurs aucune personne - n'a pu être indemnisé totalement ou même partiellement après que le juge a rendu la décision reconnaissant le principe de la responsabilité, il n'y a pas lieu de qualifier de « subsistants » les préjudices qui n'ont pas encore été réparés à ce moment-là.

liquidation, qui est indépendante de la saisine aux fins d'homologation, peut être antérieure ou si elle doit être postérieure à la décision d'homologation, voire à la réparation effective des autres préjudices. Or, compte tenu du délai dans lequel est enserrée la demande de liquidation, la deuxième et, *a fortiori*, la troisième interprétation poseraient un problème dans l'hypothèse où le juge serait saisi *in extremis* d'une demande d'homologation. D'ailleurs, au sujet du délai dans lequel le juge doit être saisi, la rédaction de ces alinéas peut encore prêter à confusion puisqu'ils ne renvoient pas à proprement parler au délai dans lequel il est possible de saisir le juge d'une demande d'homologation mais, en se référant au « délai fixé au premier alinéa » des articles 73 et L. 77-10-14, au délai qui est initialement imparti pour le faire. Or ces deux délais ne concordent pas nécessairement puisque le deuxième alinéa de ces mêmes articles donne au juge la possibilité de prolonger de deux mois le délai fixé initialement. Au terme d'une interprétation littérale, cela signifierait donc que la saisine du juge aux fins de liquider les préjudices restants ne serait plus recevable dans l'hypothèse où les parties ne parviendraient qu'à un accord partiel grâce à une prolongation du délai initial.

1510. L'hypothèse d'un échec total ne serait envisagée quant à elle qu'au quatrième alinéa de ces articles qui dispose qu'« à défaut de saisine du tribunal à l'expiration du délai d'un an à compter du jour où le jugement [dans lequel fut décidée et organisée la procédure collective de liquidation] a acquis force de chose jugée, les membres du groupe peuvent adresser une demande de réparation à la personne déclarée responsable », c'est la procédure individuelle de liquidation qui trouve alors à s'appliquer. Si cette disposition a le mérite de permettre d'éviter que les membres du groupe pâtissent de l'inertie des parties, elle apparaît en réalité assez lacunaire. En premier lieu, elle impose aux membres du groupe bénéficiaire d'attendre l'expiration d'un délai d'un an à compter de l'acquisition de la force de chose jugée, ce qui peut s'avérer plus ou moins long selon la durée qui avait été imposée pour la négociation, voire périlleux pour leurs propres actions individuelles. En effet, lorsque le jugement est susceptible d'appel, c'est à compter de l'acquisition de la force de chose jugée que les délais de prescription recommencent à courir et la durée de six mois qui est ménagée par la loi pourrait se révéler insuffisante pour certaines victimes. En outre, cette disposition ne vise en réalité qu'une cause d'échec total de la procédure collective de liquidation. L'absence de tout accord peut aussi procéder d'un refus d'homologation de la part du juge et, en pareille circonstance, il n'y aurait pas lieu d'appliquer cet alinéa puisqu'il y a bien eu « saisine » du juge. Quant au troisième alinéa, dans la mesure il ne viserait qu'à organiser la liquidation juridictionnelle des préjudices non couverts par un accord partiel, il serait tout aussi inapplicable.

1511. Dans l'ensemble des actions de groupe indemnitaires, cette nouvelle phase juridictionnelle est introduite par les personnes dont la demande n'a pas été satisfaite, en principe par le truchement du groupement demandeur qui a été mandaté à cet effet au moment de la phase d'adhésion au groupe. Il est alors tenu de préciser les noms de ses mandataires, l'action de groupe ne permettant pas, au moins à ce

stade, de plaider « par procureur »³⁵⁷². Au cours de cette phase de liquidation judiciaire, il s'agit effectivement de permettre à la personne condamnée de remettre en cause l'appartenance de personnes déterminées au groupe de victimes.

c- L'exécution juridictionnelle de l'action en reconnaissance de droits

1512. Pour remédier aux éventuelles difficultés d'exécution des décisions rendues sur les actions en reconnaissance de droits, le législateur et le pouvoir réglementaire ont voulu, toujours en reprenant les propositions du rapport *Bévalat*, aménager les dispositions de droit commun du code de justice administrative en matière d'exécution des décisions de justice³⁵⁷³, de manière à ne pas faire perdre le bénéfice d'une telle action pour le fonctionnement de la justice et l'effectivité du droit au recours des personnes intéressées. Dès lors, si, et seulement si, l'échec de la phase administrative d'exécution de la décision est avéré par l'apparition d'une décision de rejet³⁵⁷⁴, le destinataire de cette dernière peut l'attaquer dans un délai de deux mois s'il s'agit d'une décision expresse devant le juge de l'exécution³⁵⁷⁵ et, comme dans la procédure d'exécution de droit commun³⁵⁷⁶, cette demande d'exécution est dispensée du ministère d'avocat³⁵⁷⁷.

1513. Le juge de l'exécution, qui n'est un juge unique que devant les tribunaux administratifs³⁵⁷⁸, peut alors prononcer une injonction en l'assortissant d'une astreinte à l'endroit de la personne publique ou de l'organisme de droit privé chargé d'une mission de service public récalcitrant dans les conditions de droit commun prévue par le code de justice administrative. L'astreinte bénéficie donc ici, au moins en partie, non pas au groupement à l'origine de l'action, mais aux membres du groupe défendu. En outre, dans le cadre de cette procédure d'exécution *ad hoc*, le juge peut aussi infliger une amende³⁵⁷⁹ dont le montant maximum est de 3 000 euros par recours individuel³⁵⁸⁰, ce qui permet de sanctionner autant que de dissuader toute résistance abusive de l'administration. Cette dernière mesure, que le groupe de travail sur l'action collective avait proposée en s'inspirant d'ailleurs lui-même du rapport du groupe de travail sur les

³⁵⁷² Art. R. 623-29 du code de la consommation ; art. 849-19 du code de procédure civile ; art. R. 77-10-20 du code de justice administrative.

³⁵⁷³ Art. L. 77-12-5 du code de justice administrative.

³⁵⁷⁴ Art. R. 77-12-14 du code de justice administrative. Ce faisant, le pouvoir réglementaire a aligné les conditions de la demande individuelle en exécution d'une action en reconnaissance de droit sur celles désormais applicables aux requêtes tendant au paiement d'une somme d'argent (art. R. 421-1 du code de justice administrative), ce qui pourrait corroborer ici l'idée selon laquelle seule la protection de droits individuels pécuniaires a été envisagée dans le cadre de cette action.

³⁵⁷⁵ En effet, il s'agit alors d'un « cas où la réclamation tend à obtenir l'exécution d'une décision de la juridiction administrative » au sens et pour application du 2° de l'article R. 421-3 du code de justice administrative.

³⁵⁷⁶ Art. R. 911-4 du code de justice administrative.

³⁵⁷⁷ Art. R. 77-12-17 du code de justice administrative.

³⁵⁷⁸ Art. R. 77-12-16 du code de justice administrative.

³⁵⁷⁹ Art. L. 77-12-5 du code de justice administrative.

³⁵⁸⁰ Art. R. 77-12-18 du code de justice administrative.

relations internes à la juridiction administrative³⁵⁸¹, peut toutefois sembler un peu vaine lorsque c'est une administration de l'État qui est cause.

1514. Il n'est pas ici prévu que le juge compétent pour connaître des difficultés d'exécution soit, en principe, celui qui a statué sur l'action en reconnaissance de droits. Certes, pour déterminer le juge compétent pour connaître des demandes individuelles d'exécution, comme pour déterminer celui compétent pour connaître de l'action en reconnaissance de droits, il faut se référer aux règles de droit commun posées par le code de justice administrative pour les requêtes individuelles. Les demandes d'exécution individuelles correspondent donc aux requêtes individuelles dont le juge qui a statué sur l'action en reconnaissance de droits aurait pu avoir à connaître. Toutefois, les dispositions relatives à l'exécution des décisions rendues sur les actions en reconnaissance de droits ne se réfèrent qu'aux règles permettant de déterminer les juridictions compétentes en premier ressort. Ainsi, comme dans l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence, un tribunal administratif peut connaître des difficultés d'exécution d'une action alors qu'un juge d'appel ou de cassation s'est prononcé après lui. En outre, par le renvoi aux dispositions du livre IX du code justice administrative telles que modifiées en 2019, il ne serait plus possible pour le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel saisi d'une demande d'exécution de renvoyer cette demande au Conseil d'État sur le fondement du quatrième alinéa de l'article L. 911-4 dudit code. Enfin, il reste aussi ces hypothèses dans lesquelles un tribunal administratif se serait estimé compétent pour statuer sur une action en reconnaissance de droit alors que des membres du groupe auraient pu introduire des requêtes individuelles devant d'autres juridictions. Le contentieux de l'exécution peut ainsi se trouver dispersé entre plusieurs juridictions et, potentiellement, donner lieu à des décisions contradictoires.

1515. En réalité, le législateur et le pouvoir réglementaire ont été tout aussi optimistes que le groupe de travail³⁵⁸², dont ils ont ainsi repris les propositions, quant à la bonne volonté de l'administration à exécuter les décisions rendues sur les actions en reconnaissance de droits et n'ont pas envisagé le risque de voir se déplacer le contentieux sériel sur la phase d'exécution de l'action en reconnaissance de droits. En témoigne le peu d'attention qu'ils ont portée à la rationalisation de cette procédure d'exécution *ad hoc*. Il n'est ainsi même pas prévu que le juge de l'exécution se prononce par une seule et même décision sur les différentes demandes d'exécution dont il pourrait être saisi.

³⁵⁸¹ Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 30.

³⁵⁸² Philippe BÉLAVAL (dir.), *rapport.précit.*, p. 30 : « (...) l'action collective peut, selon son objet, plus ou moins épuiser les termes du débat contentieux. Dans la majorité des cas, la déclaration de droit ne devrait pas, au stade de son exécution, poser d'autres difficultés que de déterminer si l'intéressé qui s'en prévaut se trouve bien dans une situation identique à celle tranchée par le jugement rendu sur l'action collective et si aucune forclusion ou prescription ne lui est individuellement opposable ».

2- La mise en œuvre des voies de recours

1516. Alors qu'il a pris soin de rationaliser le traitement des recours contre les décisions rendues sur les actions de groupe ou les actions en reconnaissances de droits portée par les groupements, que ce soit en s'appuyant sur des dispositions déjà existantes ou en adoptant des dispositions spéciales (a), le pouvoir réglementaire n'a rien prévu rien s'agissant des décisions statuant sur les défauts d'exécution qui représentent pourtant le plus grand risque d'engorgement pour les juridictions (b).

a- Les recours contre la décision reconnaissant la responsabilité du défendeur et les droits individuels

1517. Le pouvoir réglementaire a fait des choix diamétralement opposés devant les juridictions judiciaires (i) et administratives (ii) s'agissant des voies de recours pouvant être exercées contre les décisions constatant l'existence du manquement ou encore contre les décisions rendues par le juge en cas de difficulté d'exécution des actions tendant à la reconnaissance de droits individuels *lato sensu*.

i- Les recours contre la décision reconnaissant la responsabilité du défendeur et les droits individuels devant le juge judiciaire

1518. Devant le juge judiciaire, le pouvoir réglementaire a fait le choix de se contenter d'un renvoi au droit commun pour fixer les règles relatives aux voies de recours contre les jugements rendus sur les actions de groupe. L'appel est donc ouvert contre le jugement se prononçant sur une action de groupe aux fins de cessation puisque la demande tendant à la condamnation à une obligation de faire constitue une demande indéterminée au sens et pour application de l'article 40 du code de procédure civile³⁵⁸³.

1519. En revanche, il ne l'est pas systématiquement contre les jugements rendus sur des actions de groupe indemnitaires. En effet, lorsque le montant total de la prétention est connu, il doit être supérieur au taux du dernier ressort, qui était fixé à 4000 euros pour le tribunal de grande instance au moment de la mise en place des différentes procédures d'action de groupe³⁵⁸⁴ et qui est désormais fixé à 5 000 euros pour le tribunal judiciaire. Toutefois, mis à part en matière de consommation avec la procédure simplifiée, il semble difficile d'introduire une demande déterminée - et même déterminable - dans le cadre d'une action de groupe indemnitaire puisque cela suppose de connaître le nombre de victimes et le montant du préjudice de chacune. Ainsi, exception faite d'actions de groupe d'un montant minime, il semble que la décision du juge judiciaire sur la responsabilité soit en réalité la plupart du temps susceptible d'appel.

³⁵⁸³ Civ. 3, 6 juin 2013, n° 12-20.062.

³⁵⁸⁴ Ancien art. R. 211-3 du code de l'organisation judiciaire.

1520. Tout en ménageant aux parties la possibilité de faire appel, le pouvoir réglementaire a néanmoins veillé à ce que l'exercice de cette voie de recours ne conduise pas à un allongement de la procédure, du moins lors de la mise en place des premières actions de groupe. Dans le décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation³⁵⁸⁵ et le décret n° 2016-1249 du 26 septembre 2016 relatif à l'action de groupe en matière de santé³⁵⁸⁶, il a donc prévu que l'appel serait jugé selon la procédure à bref délai - dite du « circuit-court » - prévue à l'article 905 du code de procédure civile. Toutefois, avec le décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, il est revenu sur ce choix en supprimant toute référence à l'action de groupe en matière de santé à l'article 905 du code de procédure civile³⁵⁸⁷ et en ne renvoyant pas à ce dernier pour fixer la procédure applicable en appel pour les actions de groupe relevant du cadre commun devant les juridictions judiciaires. Il est vrai que si elle permet d'éviter un allongement des procédures ainsi que la déperdition des preuves³⁵⁸⁸, cette procédure à bref délai et la présomption d'urgence ainsi attachée à l'action de groupe peuvent s'avérer inappropriées eu égard à la complexité des affaires susceptibles de donner lieu à des actions de groupe. À cette occasion, le pouvoir réglementaire a toutefois omis l'action de groupe en matière de consommation, qui ne relève pas du cadre commun et dont les dispositions relatives à la procédure applicable en cas d'appel continuent de renvoyer à l'article 905 du code civil³⁵⁸⁹.

- ii- Les recours contre la décision reconnaissant la responsabilité du défendeur et les droits individuels devant le juge administratif

1521. Devant le juge administratif, le pouvoir réglementaire a choisi de déroger au droit commun et semble avoir été moins soucieux d'y garantir la célérité de la procédure d'action de groupe et de l'action en reconnaissance de droits.

1522. En effet, la voie de l'appel devant la cour administrative d'appel territorialement compétente est toujours ouverte contre le jugement rendu sur des actions de groupe et en reconnaissance de droits, quand bien même ces dernières relèveraient des matières dans lesquelles le tribunal administratif statue en premier et dernier ressort³⁵⁹⁰. Certes, le Conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort

³⁵⁸⁵ Art. 1^{er} du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation.

³⁵⁸⁶ Art. 4 du décret n° 2016-1249 du 26 septembre 2016 relatif à l'action de groupe en matière de santé.

³⁵⁸⁷ Art. 2 du décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³⁵⁸⁸ Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 7.

³⁵⁸⁹ Art. R. 623-4 du code de la consommation.

³⁵⁹⁰ Art. R. 77-10-9 et R. 77-12-10 du code de justice administratives.

pour connaître de certaines actions de groupe et de certaines actions en reconnaissance de droits, mais rien ne garantit que cette hypothèse ne soit pas, en pratique, marginale.

1523. Les dispositions relatives aux voies de recours ne dérogent pas simplement à celles encadrant leurs conditions d'exercice, mais aussi à celles relatives à leurs effets puisque l'appel a, de plein droit, un effet suspensif, du moins lorsqu'il est formé contre une décision faisant droit à une action en reconnaissance de droits³⁵⁹¹ ou un jugement statuant sur la responsabilité³⁵⁹², rien ne semblant alors justifier l'exclusion du jugement statuant simplement sur une action de groupe aux fins de cessation.

b- Les recours contre les décisions réglant les litiges individuels

1524. Aucune disposition spéciale applicable aux nouvelles actions collectives n'a explicitement fermé aux défendeurs et aux membres du groupe bénéficiaire la voie de l'appel contre les décisions rendues sur les refus d'exécution, ni même tenté de simplifier son exercice. Pas même les dispositions du code de la consommation puisque les ordonnances insusceptibles d'appel que peut rendre le juge de la mise en état n'ont trait qu'aux difficultés de mise en œuvre du jugement, au nombre desquelles n'appartient pas la liquidation des préjudices. Il faut dès lors s'en remettre au droit commun. En réalité, c'est indirectement, c'est-à-dire *de facto* ou en combinaison avec d'autres dispositions, que l'exercice de cette voie de recours est neutralisé.

1525. Il en va ainsi, par exemple, pour les demandes juridictionnelles d'exécution des décisions rendues dans le cadre d'une action en reconnaissance de droits. Si le dernier alinéa de l'article R. 77-12-16 du code de justice administrative précise que « devant les tribunaux administratifs, ces litiges relèvent de la compétence du juge statuant seul prévu à l'article R. 222-13 » dudit code, c'est-à-dire sont traités comme une partie des litiges dont les tribunaux administratifs connaissent en premier et dernier ressort aux termes de l'article R. 811-1 du code de justice administrative, rien ne garantit qu'ils rentrent effectivement dans le champ d'application de ces dernières dispositions. Néanmoins, dans l'hypothèse où cela ne serait pas le cas, de multiples demandes individuelles d'exécution pourraient apparaître *a priori* comme étant propices à un traitement par ordonnance sur le fondement du 6° de l'article R. 222-1 du code de justice administrative. Il conviendrait toutefois de distinguer selon le motif de rejet de la demande en exécution. En effet, si le litige porte sur l'appartenance au groupe des bénéficiaires, et plus précisément l'existence des conditions de fait requises par la décision faisant droit à l'action en reconnaissance, il se peut que le traitement des requêtes émanant de personnes se trouvant dans des situations fort hétérogènes, appelle à chaque fois « une nouvelle appréciation ou qualification de faits ».

³⁵⁹¹ Art. L. 77-12-4 du code de justice administrative.

³⁵⁹² Art. L. 77-10-25 du code de justice administrative.

1526. L'exercice de l'appel peut être aussi indirectement neutralisé dans les actions de groupe indemnitaires. C'est le cas devant les juridictions administratives lorsque c'est la compétence du Conseil d'État ou d'une cour administrative d'appel qui est retenue pour connaître de l'action du groupement en premier et dernier ressort et, par là même, des refus d'exécution de sa décision. Il peut en aller de même dans le cadre des actions de groupe indemnitaires relevant du cadre commun portées devant les juridictions judiciaires ou de celles relevant de la compétence des tribunaux administratifs lorsque la décision reconnaissant la responsabilité a été rendue à la suite de l'exercice d'une voie de recours. En effet, les dispositions du cadre commun, à la différence de celles du code de la consommation, ne clouent pas le contentieux de l'exécution au niveau des juridictions de première instance. Dès lors qu'elles tranchent au fond le principe de la responsabilité, ce sont les juridictions supérieures qui doivent procéder à la liquidation juridictionnelle des préjudices non réparés par une décision rendue en dernier ressort. Enfin, devant les juridictions judiciaires, et en particulier en matière de consommation et de concurrence, la modicité des sommes en jeu à titre individuel, qui pouvait dans certains cas expliquer cette passivité rationnelle que l'action de groupe était précisément censée permettre de combattre, ne devrait pas dans la plupart des cas permettre d'atteindre le taux de ressort requis pour faire appel.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

1527. Pour éviter que ces nouvelles voies de droits ne constituent une nouvelle source d'engorgement, le législateur a, d'une part, multiplié - parfois à l'excès - les occasions de règlement amiable et extra-juridictionnel et, d'autre part, veillé à tenir les membres du groupe défendu à bonne distance du juge. Il est toutefois regrettable que le pouvoir réglementaire n'ait pas fait preuve de la même attention d'un bout à l'autre de la chaîne procédurale, ainsi qu'en témoigne le traitement des voies de recours contre les décisions juridictionnelles de liquidation. Il n'est ainsi pas à exclure que le bénéfice attendu de ces actions ne se trouve un jour hypothéqué par une telle omission.

SECTION 2 : L'interprétation du cadre supra-législatif à l'épreuve des nouvelles actions collectives

1528. Ce n'est pas seulement l'opportunité de nouvelles actions collectives qui avait été mise en doute lors des débats sur une hypothétique « *class action* » à la française. Il était aussi à craindre ou à espérer, c'est selon, que des procédures inspirées de modèles étrangers ne vinssent heurter la jurisprudence constitutionnelle telle que façonnée par la culture juridique d'un pays qui compte l'interdiction de plaider par procureur parmi ses adages et ne s'est jamais totalement départi de sa méfiance à l'égard de l'institution juridictionnelle. Certes, l'obstacle n'était pas présenté comme dirimant par ces auteurs mais,

en le surmontant, le législateur risquait de déléster ces procédures de leur principale utilité. En effet, lorsqu'il fut envisagé de mettre en place une procédure d'action de groupe avec une phase de recevabilité autonome sur le modèle nord-américain, seule l'option d'inclusion était présentée comme constitutionnellement viable. Le juge n'aurait donc pu se prononcer sur la responsabilité du défendeur qu'après réception par le demandeur de l'accord express des victimes et seulement à l'égard de ces dernières, ce qui faisait finalement réapparaître les lourdeurs de l'action en représentation conjointe. Quoiqu'elle apparaisse comme étant plus efficace du point de vue de la défense des intérêts collectifs et personnels en permettant de faire bénéficier de la décision et de lier l'ensemble des victimes qui n'ont pas manifesté la volonté de s'exclure du groupe, c'est-à-dire y compris celles dont personne ne soupçonnait l'existence au moment où l'action a été introduite puis jugée, l'option d'exclusion pouvait contraindre le juge à se prononcer, par la voie d'une décision générale et abstraite, sur la responsabilité du défendeur à l'égard d'un groupe dont tous les membres ne sont pas forcément identifiés et qui n'ont donc pas pu bénéficier d'une information personnalisée. Autrement dit, elle revenait à habiliter le juge à prononcer des décisions qui s'apparenteraient à des arrêts de règlement au terme d'une procédure qui semblerait faire fi du respect tant des droits tirés du principe de la contradiction que de la liberté personnelle des personnes défendues³⁵⁹³.

1529. Comme dans la plupart des projets ayant précédé les lois du 17 mars 2014, du 26 janvier 2016 et du 18 novembre 2016, le législateur fit donc le choix de l'option d'inclusion tout en cherchant à éviter qu'elle ne devienne une charge tétanisante pour les potentiels demandeurs. Néanmoins, une telle option ne fut prévue que pour l'action de groupe indemnitaire. En outre, compte tenu du moment où elle doit être mise en œuvre, elle semble faire buter l'action de groupe sur les mêmes écueils que l'option d'exclusion qui, pour sa part, semblait permettre d'écarter l'information et le recueil préalables du consentement des victimes. En effet, dans le cadre de ces procédures faisant l'économie d'une phase de certification, l'information, qui n'est au demeurant pas nécessairement individualisée, et la détermination des membres du groupe n'ont lieu que postérieurement à la décision statuant au fond sur le principe de la responsabilité, ce qui semble contredire la jurisprudence sur la liberté personnelle d'agir en justice et

³⁵⁹³ En réalité, l'incompatibilité avec la jurisprudence constitutionnelle, telle qu'elle ressortait des décisions n° 89-257 DC et 2011-126 QPC sur les actions de substitution, n'est sur ce point ni directe ni systématique. En effet, le choix entre l'option d'inclusion ou d'exclusion porte simplement sur la forme que prend le consentement des personnes défendues et la jurisprudence constitutionnelle - qui n'est pas la traduction de cet adage selon laquelle « nul ne plaide en procureur en France sauf le Roi » - imposait simplement que les demandeurs agissant pour autrui obtiennent l'accord préalable des personnes concernées en priorité après les avoir personnellement informées. Elle ne se prononçait en rien sur la forme de cet accord et valida même une action de substitution ne nécessitant qu'un accord implicite. Surtout, le choix d'un système d'intégration ou d'un autre ne préjuge pas nécessairement de la forme de l'information. L'absence d'information individualisée n'est qu'une propriété contingente des systèmes d'« *opt-out* » puisque rien n'empêche de combiner un système de notification individuelle avec une option d'exclusion lorsque le groupe potentiellement concerné par la décision est facilement déterminable. Le respect du principe de la contradiction n'aurait pas non plus fait débat dans cette hypothèse. Il n'était ainsi nul besoin d'en appeler à l'effectivité du droit au recours, ni même suffisant d'insister sur la possibilité d'exclusion dont disposent les victimes membres du groupe (Michel VERPEAUX, *art.précit.*, p. 259) pour plaider la constitutionnalité de l'option d'exclusion du point de vue de la liberté personnelle et le législateur aurait pu choisir l'option d'exclusion pour la procédure simplifiée en matière de consommation.

contraint le juge – exception faite dans la procédure simplifiée en matière de consommation et de concurrence - à se prononcer sur la responsabilité du défendeur à l'égard d'un groupe indéterminé. D'ailleurs, ce choix de l'option d'inclusion n'apparut pas en elle-même aux opposants au texte comme un gage suffisant de constitutionnalité. Ils se bornèrent toutefois à articuler les moyens de leur saisine autour de l'atteinte aux droits des membres du groupe bénéficiaire (§1) et des défendeurs potentiels (§2), griefs que le Conseil constitutionnel écarta au prix de quelques omissions et au terme d'un raisonnement qui est novateur par rapport à sa propre jurisprudence.

§1- Une nouvelle appréciation de l'atteinte à la liberté personnelle

1530. Les procédures qui ont été soumises à l'examen du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2014-690 DC sur la loi relative à la consommation, n° 2015-727 DC sur la loi de modernisation de notre système de santé et n° 2016-739 DC sur la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ne sont pas sans rappeler les actions de substitution. Du reste, certains auteurs ont pu présenter l'« action de groupe à la française » comme une action de substitution se muant en représentation³⁵⁹⁴, la situation de ces personnes, dont le cas individuel sert de tremplin à l'action de groupe, apparaissant effectivement proche de celle des substitués dans les dispositifs de substitution processuelle. Dans la loi relative à la consommation comme dans les lois créant de nouvelles actions collectives qui ont suivi, le législateur a déployé un luxe de précaution afin de garantir que les membres des groupes défendus ne pâtissent pas de l'action du groupement, que ce soit en accordant une la place prépondérante au juge, en imposant que les groupements attributaires de la qualité pour agir présentent certaines des garanties, ou encore par le caractère asymétrique de l'autorité de la chose jugée. Pour ce qui est du respect de la liberté personnelle en elle-même - qui, après tout, peut s'opposer à ce qu'un tiers défende « correctement » l'intérêt personnel d'autrui sans son accord - il est garanti de manière classique par l'information et l'adhésion volontaire des membres du groupe. Toutefois, s'il y a bien un accord à la suite d'une information comme dans le cadre

³⁵⁹⁴ Dans leur saisine contre la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, les députés évoquaient un « mécanisme quasi systématique de substitution de l'individu à un organisme associatif ». Pour M. Emmanuel Jeuland, « on peut considérer que l'association a, au départ, qualité pour agir en lieu et place de consommateurs encore inconnus et que leur adhésion transforme l'association en mandat pour la distribution des dommages et intérêts » (Emmanuel JEULAND, « Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe », *JCPG*, Septembre 2013 - n° 37, 927, p. 1610). À l'appui de son raisonnement, il met en avant la possibilité offerte par le projet de la loi, et aujourd'hui reprise à l'article 81 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et L. 77-10-22 du code justice administrative, pour une association de se substituer « dans les droits de l'association requérante », en cas de défaillance de cette dernière. Avec cette référence aux droits du demandeur à l'action, qui exercerait ainsi une action qui lui est propre, cette disposition tendrait à montrer que l'association défaillante n'était pas représentante -*stricto sensu*- mais substituante. Néanmoins, cet argument ne convainc pas. En premier lieu, on ne peut inférer la qualification d'action de substitution de l'exclusion de celle d'action de représentation, surtout en se fondant ainsi sur la reconnaissance de « droits » au profit du demandeur à l'action. En effet, un requérant peut très bien exercer une action qui lui est propre, sans pour autant défendre les intérêts ou les droits substantiels d'autrui. Certes, il est difficile d'admettre que ce soit le cas ici pour l'association attributaire de la qualité pour agir. En effet, il aurait alors été inutile de mettre en place une telle procédure d'action de groupe. Néanmoins, il reste que l'action introduite par le requérant n'a pas pour but de défendre les intérêts personnels de tiers qui sont identifiés, mais d'obtenir un jugement au profit d'un groupe de personnes qui est - provisoirement - indéterminé. En cela, elle se distingue radicalement des mécanismes de substitution processuelle étudiés précédemment.

des actions de substitution, il ne se manifeste pas préalablement à l'introduction de l'action mais à la suite du premier jugement qui statue sur la responsabilité et détermine le groupe des bénéficiaires. En outre, sauf dans le cadre de l'action de groupe simplifiée en matière de consommation³⁵⁹⁵, cette information n'est pas individualisée. Le Conseil constitutionnel a pourtant validé ce dispositif en mettant la focale sur les conditions d'extension de la chose jugée, c'est-à-dire en recourant à une motivation qui apparaît surprenante au regard de sa jurisprudence précédente sur les actions de substitution (A) et insuffisante au regard des effets qu'emportent pour les tiers ces nouvelles actions collectives (B).

A- Une motivation surprenante au regard de la jurisprudence constitutionnelle antérieure

1531. Alors qu'il aurait pu se contenter de mettre en avant la nature des intérêts prioritairement défendus grâce à ces actions (2), le Conseil constitutionnel s'est quelque peu départi de ses précédentes décisions en ne s'intéressant qu'à l'extension de l'un des attributs de la décision juridictionnelle : l'autorité de la chose jugée (1).

1- La mise en avant du critère de l'autorité de la chose jugée

1532. En dépit de l'ensemble des garanties évoquées, il était tout de même possible de douter de la constitutionnalité du dispositif. Lors du contrôle de la constitutionnalité de la loi relative à la consommation, les moyens tirés de la violation de la liberté personnelle et du droit au recours juridictionnel furent ainsi soulevés respectivement par les sénateurs et les députés³⁵⁹⁶. Le Conseil constitutionnel jugea que de tels moyens manquaient en fait³⁵⁹⁷, en insistant sur le fait que les membres du groupe ne sont ni parties à l'instance, ni liés par l'autorité de chose jugée lors du prononcé du jugement sur la responsabilité.

³⁵⁹⁵ Article L. 623-15 du code de la consommation.

³⁵⁹⁶ Bien que leur saisine fût dirigée contre les articles L. 423-1 et L. 423-2 du code de la consommation, créés par l'article 1^{er} de la loi déferée, les sénateurs ne fondaient leur argumentation que sur la procédure simplifiée d'action de groupe et non, comme les députés, sur l'ensemble de celle-ci. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs requalifié leurs conclusions comme étant dirigées « en particulier » contre la procédure simplifiée d'action de groupe (CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. n° 12).

³⁵⁹⁷ CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. n° 16 : « Considérant, en premier lieu, que, dans le cadre de la procédure d'action de groupe prévue par l'article L. 423-3, comme dans le cadre de la procédure d'action de groupe simplifiée prévue par l'article L. 423-10, les consommateurs, lors de la première étape de la procédure, ne sont pas partie à l'instance opposant l'association de consommateurs au professionnel mis en cause ; qu'il ressort du premier alinéa de l'article L. 423-4 et du deuxième alinéa de l'article L. 423-10 que, si le jugement rendu à l'issue de cette première étape constate que la responsabilité du professionnel est engagée, des mesures de publicité ou d'information à destination des consommateurs doivent être mises en œuvre afin de leur permettre de choisir s'ils entendent ou non obtenir la réparation de leur préjudice dans les termes de ce jugement ; qu'enfin, l'article L. 423-21 dispose que les décisions prévues aux articles L. 423-3 et L. 423-10 n'ont autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe qu'à l'issue de la procédure et à la condition que leur préjudice ait été réparé ; que, par suite, manque en fait le grief tiré de ce que les dispositions contestées auraient pour effet d'attirer des consommateurs à une procédure sans qu'ils aient été en mesure d'y consentir en pleine connaissance de cause ».

1533. Un tel raisonnement de sa part peut alors sembler surprenant. Certes, il est louable que le Conseil ait ainsi considéré les effets que l'extension de cet attribut du jugement pouvait avoir sur les droits des personnes appartenant au groupe défendu. Néanmoins, au regard de la jurisprudence précédente, qui est pourtant abondamment citée dans le commentaire officiel de la décision et dans le dossier documentaire, une telle limitation de l'autorité de la chose jugée à l'égard des membres du groupe défendu n'était pas suffisante pour garantir le respect de leur liberté personnelle. En effet, sauf à entretenir la confusion avec la représentation par un mandataire, c'est aussi le cas dans le cadre des actions de substitution dans la mesure où le substitué n'a pas la qualité de partie, au moins au sens formel.

1534. En se focalisant ainsi sur les attributs du jugement rendu à l'issue de la première phase d'action de groupe plutôt que sur son effet substantiel, le Conseil constitutionnel n'explique donc pas ce qui justifie que l'information et l'accord des membres du groupe - ou à tout le moins d'une partie d'entre eux - ne soient pas antérieur à l'introduction de l'action de groupe comme dans le cadre de l'action de substitution.

2- L'occultation du critère de l'effet substantiel

1535. En analysant la décision rendue à l'issue de la première phase de l'action groupe aux fins d'indemnisation et la décision finale du juge faisant droit à l'action en reconnaissance de droits, il apparaît que le but des demandes des groupements se démarque bien de celui des actions de substitution dont le Conseil constitutionnel eut à connaître en 1989. Certes, elles peuvent être motivées par l'atteinte à des intérêts personnels - en l'occurrence ceux des victimes subissant un préjudice présenté comme illustratif du préjudice sériel dans le cadre des actions de groupe indemnitaires -, mais sa finalité diffère dans la plupart des cas de celle de l'action de substitution. Du point de vue des droits des personnes appartenant au groupe défendu, la constitutionnalité du dispositif est donc assurée, notamment, par le caractère impersonnel du jugement rendu à l'issue de la première phase (a). Toutefois, comme naviguant entre Charybde et Scylla, le législateur ne risquait-il pas de percuter ainsi un autre obstacle constitutionnel en esquivant ainsi celui tenant au respect de la liberté personnelle (b) ?

a- La nature des intérêts défendus en priorité

1536. Au regard des critères qui étaient jusqu'alors retenus pour délimiter le champ de l'obligation d'accord préalable, il eût été préférable de considérer plutôt l'effet substantiel du jugement obtenu à l'issue de la première phase de l'action indemnitaire pour justifier la différence de traitement dont l'action de groupe indemnitaire fit l'objet par rapport à l'action de substitution contrôlée en 1989. Ce n'était toutefois pas le caractère prétendument « déclaratif » ou « déclaratoire » du jugement de première phase qui permettait de faire échapper les actions de groupe indemnitaires à l'obligation d'accord préalable

applicable aux actions de substitution. Il s'agit effectivement d'un jugement qui, comme celui faisant droit à une action de substitution indemnitaire, est doté d'un effet substantiel (i). En revanche, le jugement obtenu se distingue par la nature des intérêts qu'il permet de défendre en priorité, même s'il faut réserver le cas de la procédure dite « simplifiée » qui fut mise en place en matière de consommation et de concurrence (ii).

i- L'effet substantiel du jugement de la première phase d'action de groupe

1537. Pour écarter l'obligation d'accord préalable dans le cadre de l'action de groupe indemnitaire, il pouvait être tentant de mettre en avant le caractère « déclaratoire » du jugement qu'elle permet d'obtenir³⁵⁹⁸ ou – ce qui fut aussi parfois mis en avant par les commentateurs – son caractère « déclaratif »³⁵⁹⁹. Toutefois, après analyse, aucun de ces deux caractères, dont les définitions sont d'ailleurs fluctuantes, n'était pertinent pour justifier cette différence de traitement.

1538. S'agissant tout d'abord du caractère « déclaratif » du jugement, il renvoie à une catégorie de jugements qui est en principe opposée à celle des jugements « constitutifs » ou « attributifs » dans le cadre d'une distinction qui connut plusieurs acceptions et dont aucune ne permet de spécifier les actions de groupe indemnitaires et, par là même, de justifier qu'elles fassent l'objet d'un traitement différent par rapport aux actions de substitution indemnitaires.

1539. En effet, le jugement déclaratif peut, dans une première acception, être celui par lequel le juge ne constitue pas une situation mais ne fait que constater un état du droit, l'officialiser³⁶⁰⁰. Or, c'est bien l'ensemble des décisions rendues à la suite d'actions en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle qui a pu être ainsi présenté comme déclaratif³⁶⁰¹ dès lors que le droit à la réparation de la victime naît lorsque les conditions posées par l'article 1240 du code civil sont réunies, c'est-à-dire antérieurement au jugement³⁶⁰². Certes, la nature déclarative des jugements faisant droit à une telle action en responsabilité

³⁵⁹⁸ V. l'intervention du ministre délégué devant la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale (Razzy HAMMADI, Annick LE LOCH, *Rapport n° 1156 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la consommation*, p. 82) ou encore la présentation du dispositif qui était faite au Sénat par la commission des lois (Nicole BONNEFOY, *Avis n° 792 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la consommation*, déposé le 23 juillet 2003, p. 29). Le terme se retrouve aussi dans le commentaire de la décision n° 2014-690 DC aux Cahiers du Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, *Commentaire de la décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014*, p. 7).

³⁵⁹⁹ Par ex., Florent BLANCO, « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA*, 2016, p. 2256.

³⁶⁰⁰ Sophie THERON, « L'effet « déclaratif » d'un acte ou d'un jugement », *AJDA*, 2011, p. 2100 ; Cédric BOUTY, *thèse.précit.*, n° 585 et s.

³⁶⁰¹ A l'instar d'ailleurs des décisions obtenues à la suite de n'importe quelle action selon une partie des auteurs qui contestent la pertinence même de cette classification et estiment que tout jugement est déclaratif (Par ex., Henri MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, Limoges, impr. de Pierre Dumont, 1912, 127 p.).

³⁶⁰² Pour eux, cela expliquerait pourquoi la prescription court à compter de la réalisation du dommage et la réparation volontaire par l'auteur du dommage n'est pas regardée comme une libéralité.

a pu aussi être discutée à partir de ce critère³⁶⁰³. Il reste toutefois que, quelle que soit la position adoptée sur ce point, il n'y a pas lieu de considérer différemment l'action de groupe indemnitaire.

1540. Il en va de même en utilisant l'autre critère de classification, et par là même de définition, qui fut employé pour départager les jugements déclaratifs et constitutifs, à savoir le caractère obligatoire ou non de l'intervention du juge pour la réalisation du rapport juridique substantiel au cœur du litige³⁶⁰⁴. L'action de groupe ne modifiant pas les règles de droit substantiel, l'intervention du juge n'est pas devenue obligatoire avec elle pour obtenir la mise en œuvre du droit à réparation. Si, de ce point de vue-là, le jugement qu'elle permet d'obtenir peut donc bien être qualifié de déclaratif, cela ne le différencie donc pas non plus de celui faisant droit à une action de substitution indemnitaire.

1541. Le résultat n'est guère plus concluant en allant chercher du côté du caractère prétendument « déclaratoire » du jugement obtenu lors de la première phase de l'action groupe indemnitaire.

1542. Avant tout chose, il convient d'ailleurs de préciser ce qu'il faut entendre par jugement « déclaratoire » et dans quelle mesure cette catégorie doit être distinguée de celle des jugements déclaratifs.

1543. Le premier critère employé pour définir le jugement déclaratoire fut l'absence d'effet substantiel. Pour Mme Corinne Bléry, notamment, un jugement est qualifié comme tel dès lors que le juge ne se prononce que sur l'existence ou l'étendue d'une situation juridique, c'est-à-dire sur les conditions du présumé de la règle de droit et ne contient donc pas de norme venant concrétiser cette dernière³⁶⁰⁵. Il pourrait alors être reproché à Mme Corinne Bléry de construire sa distinction à partir d'une vision trop étroite de la norme juridique. En effet, elle assimile l'effet substantiel du jugement à un « ordre » du juge³⁶⁰⁶ alors qu'une telle conception impérative de la normativité ne permet pas de rendre compte des mutations de l'État et de la production normative³⁶⁰⁷. À cet égard, il serait possible, en suivant une partie de la doctrine contemporaine, de mettre plutôt en avant la fonction référentielle de la norme juridique. Cette dernière ne serait alors pas caractérisée par l'impérativité³⁶⁰⁸ mais cette fonction référentielle de tracé et/ou de mesure³⁶⁰⁹. Ce faisant, il faudrait distinguer la force référentielle - obligatoire ou facultative - de la norme qui est liée à cette fonction de modèle et sa force contraignante qui est liée à son contenu

³⁶⁰³ Ils ont pu être aussi qualifiés de mixte par Lucienne Ripert qui estimait que la décision faisait naître, à la suite de l'obligation de réparation, une obligation de verser une indemnité (Lucienne RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933, n° 121 et s.) ou encore, dans un autre registre, par Mme Corinne Bléry qui estime la « déclaration de droits », en tant que résultat de l'opération de vérification juridictionnelle, est de toute façon une étape incontournable du raisonnement du juge qui se retrouve donc dans tous les jugements, y compris ceux qui sont présentés comme étant constitutifs (Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, n° 143, p. 100).

³⁶⁰⁴ Cédric BOUTY, *thèse.précit.*, n° 619.

³⁶⁰⁵ Sur l'approche « structurale » de l'activité juridictionnelle et de la règle de droit, Cf. Introduction.

³⁶⁰⁶ Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, n° 140, p. 98.

³⁶⁰⁷ Conseil d'État, *Étude annuelle – Le droit souple*, Paris, Doc. fr., coll. Études et documents, Conseil d'État, 2013, 297 p.

³⁶⁰⁸ Par ex., François BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2011, *spec.* p. 217-259 ; Cédric GROULIER, « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? », *Droits*, 2009, p. 247 ; Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, p. 199 ; Catherine THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, 2008, p. 341. *Contra* Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Paris, Odile Jacob, 1997, p. 190-195 : si l'auteur reste attaché à l'impérativité comme élément d'identification de la norme juridique, il adopte tout de même une approche plus nuancée en distinguant l'impératif catégorique et l'impératif conditionnel, ce dernier dépendant de la volonté du destinataire de la norme.

³⁶⁰⁹ Catherine THIBIERGE, *op.cit.*, p. 241.

et est tributaire de sa structure déontique et de sa précision³⁶¹⁰. Admettre ainsi une telle gradation de la force normative, et par là même la normativité des jugements déclaratoires, ne rend pas pour autant obsolète la distinction entre les jugements déclaratoires et ceux dotés d'un effet substantiel. Seulement, elle conduit à faire du contenu de la norme, et non de la normativité elle-même, le vrai critère de distinction entre les deux.

1544. En dépit d'une certaine proximité lexicale et bien que les « jugements déclaratoires » soient opposés aux jugements dotés d'un effet substantiel par des auteurs qui, comme Mme Corine Bléry, assimile en partie cette dernière à l'effet constitutif, ils ne sauraient être confondus avec les jugements « déclaratifs » pour les promoteurs de cette distinction. Précisément, la catégorie des jugements déclaratoires s'inscrit dans le cadre d'une distinction qui vise à surmonter les écueils de celle opposant les jugements déclaratifs et constitutifs, ou du moins une certaine acception de celle-ci. Ainsi, pour Mme Corine Bléry, si certains auteurs³⁶¹¹ en viennent à admettre que dans le jugement déclaratif, entendu comme le jugement se bornant à « déclarer, à reconnaître un droit préexistant », « il y a plus que la déclaration des droits »³⁶¹², c'est que leur propre définition du jugement déclaratif repose sur une confusion entre l'activité intellectuelle du magistrat, qui inclut l'opération de vérification juridictionnelle, et le résultat propre de cette activité. La première étape étant inévitable, « tout jugement de condamnation, ou, plus largement tout jugement faisant droit à une demande à une demande contentieuse ou gracieuse est [effectivement] à la fois déclaratif et constitutif »³⁶¹³. Pour sa part, Mme Corine Bléry fait bien le départ entre l'opération intellectuelle et son résultat et estime que le terme « déclaration », pour être vraiment discriminant, ne devrait être utilisé que pour désigner la suite directe de l'opération de vérification juridictionnelle.

³⁶¹⁰ Cédric GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LDGJ/Bruylant, 2009, p. 200.

³⁶¹¹ Du moins une partie d'entre eux puisque l'auteure ne s'appuie que sur René Japiot.

³⁶¹² René JAPIOT, *Traité élément de procédure civile et commerciale*, Paris, 1929, 2^e édition, p. 126, cité par Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, n°142, p. 99.

³⁶¹³ Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, n° 149, p. 104. Et non « tout jugement » comme le laisse entendre M. Cédric Bouty dans sa critique de la thèse de l'auteure (Cédric BOUTY, *thèse.précit.*, n° 626). Même s'il est vrai que ses propos peuvent sembler ensuite moins nuancés dans la partie qu'elle consacre à « l'effet constitutif des jugements » (Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, n° 149, p. 104), elle réserve justement le cas des jugements de débouté, ce qui est au passage discutable. Du reste, même si elle ne sert pas de cette distinction entre jugements constitutifs et déclaratifs pour déterminer ensuite le point de départ des effets substantiels des jugements, Mme Corinne Bléry ne va pas jusqu'à la « répudier » comme le dit M. Cédric Bouty (Cédric BOUTY, *thèse.précit.*, n° 617). Simplement, elle emploie d'autres critères. Même si elle regrette le vocabulaire employé, elle estime que les jugements que les auteurs présentent traditionnellement comme étant constitutifs - comme ceux prononçant le divorce pour faute par exemple - peuvent renvoyer à des situations dans lesquels la recours au juge est le un mode de résolution du conflit inévitable tandis que ceux présentés comme déclaratifs - comme ceux dans lesquels constate une responsabilité - correspondent à des situations qui pourraient être résolues sans l'intervention du juge (Corinne BLÉRY, *thèse.précit.*, n° 149, n° 144, p. 100-103). Cela correspond d'ailleurs à la tentative de « synthèse » entre la théorie de l'efficacité substantielle et la distinction classique entre jugements déclaratifs et jugements constitutifs que M. Cédric Bouty fait de son côté à partir du « critère tiré de l'intervention légalement obligatoire du juge » (Cédric BOUTY, *thèse.précit.*, n° 620), sans toutefois se référer à l'auteure sur ce point.

1545. Outre cette absence d'effet substantiel, certains auteurs ajoutent comme critère de définition de l'action déclaratoire le fait qu'elle conduit le juge à se prononcer en l'absence de tout litige né et actuel³⁶¹⁴. Toutefois, il faudrait sans doute, avec M. Georges Decoq, bien dissocier ces deux critères³⁶¹⁵. Certes, que ce soit en présence d'une action « juridiquement inutile » ou d'une action préventive, la condition tenant à l'existence d'un intérêt donnant qualité pour agir semble faire défaut. Il n'est toutefois pas exclu qu'une action dite « préventive » soit juridiquement utile en aboutissant à l'édition d'une décision modifiant l'ordonnement juridique, comme une ordonnance de référé par exemple. Inversement, il n'est pas inconcevable qu'une action puisse seulement tendre au constat de l'existence ou de l'étendue d'une situation juridique car il existe précisément un litige sur l'existence ou l'étendue de cette situation.

1546. Ces deux critères de définition du jugement et, par là même, de l'action déclaratoire ayant été ainsi présentés, force est de constater que cette piste n'est pas non plus la bonne pour justifier la différence de traitement dont bénéficient les actions de groupe indemnitaires. En effet, sans qu'il soit besoin de s'appuyer sur une définition plus compréhensive de la normativité ou même du litige, aucune de ces deux caractéristiques ne se retrouve dans l'action de groupe lorsqu'elle n'est exercée qu'aux fins d'indemnisation.

1547. Le dispositif du jugement obtenu à l'issue de la première phase de l'action de groupe ne se prononce pas seulement sur le présumé de la règle de droit dont le requérant demande l'application. Il va effectivement plus loin car, à l'issue de cette première phase, le juge peut ordonner au défendeur des mesures de publicité³⁶¹⁶, le condamner au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association³⁶¹⁷ et, surtout, à réparer le préjudice des personnes remplissant les conditions pour appartenir au groupe à partir d'un schéma d'indemnisation plus ou moins précis³⁶¹⁸, voire

³⁶¹⁴ Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *op.cit.*, n° 70, p. 74. S'appuyant sur les dispositions prévoyant de telles actions déclaratoires, les auteurs peuvent ainsi les présenter comme des exceptions de l'exigence d'un intérêt pour agir né et actuel (Par ex., Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 188, p. 162-163 ; Monique BANDRAC, « Vérification de l'intérêt à agir », in Serge GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2017, p. 13 ; *contra* Loïc CADIET, Emmanuel JEULAND, *op.cit.*, n° 341, p. 309). Il est alors difficile de les distinguer des actions à titre préventives et certains vont d'ailleurs jusqu'à les présenter comme une « catégorie d'actions préventives » (Monique BANDRAC, *op.cit.*, p. 13 ; Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD, Lucie MAYER, *op.cit.*, n° 188, p. 162).

³⁶¹⁵ Pour sa part, l'auteur fait d'ailleurs des actions « prématurées » seulement une catégorie des « actions déclaratoires *lato sensu* » au côté des actions déclaratoires « *stricto sensu* ». Georges DECOCQ, « Les sentences déclaratoires », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, p. 830 : « *Lato sensu* les actions déclaratoires comprennent les actions dont l'exercice aboutit à une sentence non condamnatoire (ou action déclaratoire *stricto sensu* (...)) et les actions dont l'exercice aboutit à une sentence prématurée à parfaire (sentence partielle dotée de l'autorité de la chose jugée résultant de l'exercice d'une action prématurée - préventive, préparatoire ou conservatoire - conjuguée à une demande portant sur une question de fond ou de procédure, créant par anticipation une situation de litispendance, connexité ou de disjonction (...). »

³⁶¹⁶ Art. L. 423-4 du code de la consommation ; art. 67 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-8 du code de justice administrative.

³⁶¹⁷ Art. L. 423-8 du code de la consommation ; art. 68 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-9 du code de justice administrative.

³⁶¹⁸ Tandis que dans le cadre commun, le juge se contente de déterminer les préjudices réparables (art. 66 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-7 du code de justice administrative), il peut aussi fixer le « montant ou tous les éléments permettant l'évaluation » des préjudices indemnifiables dans le cadre de procédure d'action de groupe en matière de consommation. À noter aussi que dans le cadre de l'action de groupe en matière de santé, le deuxième alinéa de l'article L. 1143-3 du code de la santé publique - qui déroge sur ce point aux dispositions

à les indemniser directement et individuellement dans le cadre de la procédure d'action de groupe simplifiée en matière de consommation³⁶¹⁹. Dans le même temps, il habilite les membres du groupe qu'il délimite à réclamer leur dû s'ils le souhaitent par les procédures prévues à cet effet³⁶²⁰ et, s'il fait le choix d'une procédure de liquidation collective, il habilite le demandeur à négocier avec le défendeur l'indemnisation des préjudices subis par chacune des personnes constituant le groupe selon des modalités et dans des délais qu'il fixe³⁶²¹. Finalement, parmi les nouvelles actions collectives, seule l'action en reconnaissance de droits devant le juge administratif semble bien constituer une action déclaratoire, du moins au regard du premier critère de définition de celle-ci et lorsque le juge se contente de déterminer les conditions dans lesquelles le présupposé de la règle de droit contenue dans les lois ou règlements est rempli³⁶²².

1548. Enfin, pour ce qui est du second critère de définition, lorsqu'un groupement introduit l'action, il y a bien un litige né et actuel, un conflit « juridiquement relevant »³⁶²³ entre deux volontés qui se manifeste dès la mise en demeure - obligatoire - du défendeur à l'action portant sur la réparation des préjudices subis par un groupe de victimes dont la composition est éventuellement indéterminée.

1549. Finalement, rien, si ce n'est sans doute un abus de langage, ne permet de considérer que l'action de groupe indemnitaire est une action déclaratoire.

ii- La nature des intérêts défendus en priorité grâce à l'action de groupe indemnitaire

1550. La véritable différence semble plutôt se situer au niveau de l'intérêt défendu par le groupement au moyen de l'action de groupe. Compte tenu de l'indétermination - provisoire et un peu artificielle³⁶²⁴ - des membres du groupe bénéficiant du jugement sur la responsabilité, la demande du groupement ne peut être regardée comme une action exercée directement en défense d'intérêts individuels, fussent-ils homogènes. Elle demeure une action exercée en défense de l'intérêt supra-personnel d'un groupe dont

introduites par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 - dispose que le juge détermine non pas les préjudices réparables mais « les dommages corporels susceptibles d'être réparés pour les usagers constituant le groupe qu'il définit ».

³⁶¹⁹ Art. L. 423-10 du code de la consommation.

³⁶²⁰ Il ne s'agit pas simplement d'autoriser un comportement matériel mais bien la production de normes. En l'occurrence, dans l'hypothèse où le juge a décidé d'une procédure individuelle de liquidation des préjudices, les victimes peuvent être indemnisées en adressant leur demande soit au défendeur, soit au groupement demandeur qui reçoit ainsi un mandat aux fins d'indemnisation. Dans cette dernière hypothèse, le jugement habilite les victimes et le groupement demandeur à produire une norme contractuelle : le mandat aux fins d'indemnisation.

³⁶²¹ Art. 68 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. L. 77-10-9 du code de justice administrative.

³⁶²² Art. L. 77-12-3 du code de justice administrative. Ce qui ne veut pas pour autant dire que ce jugement n'est doté d'aucune force normative, il fournit au moins un modèle de conduite à l'administration.

³⁶²³ C'est-à-dire un « conflit sur ce que requièrent, autorisent ou interdisent les règles de droits pertinentes » (Loïc CADIET, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI-MEKKI, *op.cit.*, n° 134, p. 284-285).

³⁶²⁴ Certes, il est probable que les individus dont les cas ont été exposés par le groupement lors de l'introduction de l'action fassent ensuite partie des bénéficiaires du jugement sur la responsabilité. Néanmoins, encore faut-il qu'ils l'acceptent et, rappelons-le, l'action n'aura pas été introduite directement pour la défense de leur intérêt personnel mais simplement motivée par la lésion de ce dernier.

le périmètre est d'ailleurs arrêté par le juge³⁶²⁵. À ce titre, l'action de groupe est bien exclue du champ d'application de l'obligation d'accord préalable tel qu'il fut précédemment identifié. Le jugement qu'elle permet d'obtenir ne bénéficie pas directement à des tiers identifiés et son autorité de chose jugée est conditionnée, notamment, à leur information et à leur accord.

1551. Il reste toutefois le cas de la procédure simplifiée d'action de groupe en matière de consommation. En effet, dans le cadre de cette procédure, l'ensemble des membres du groupe est bien identifié lors de l'introduction de l'action et, s'il reconnaît la responsabilité du professionnel, le juge peut le condamner à les indemniser directement et individuellement. Une telle action semble donc bien être exercée en priorité dans l'intérêt personnel de tiers identifiés. Certes, l'information et l'accord individuel des membres du groupes conditionne l'effet substantiel du jugement, qui n'a pas ailleurs l'autorité de la chose jugée à leur égard qu'une fois qu'il a été entièrement exécuté. Toutefois, ils n'interviennent que postérieurement à l'introduction de l'action.

1552. En admettant la conformité de ces dispositifs à la Constitution, le Conseil constitutionnel a donc réaffirmé son attachement à l'information et l'accord des personnes défendues comme garantie de leur liberté personnelle, mais il semble avoir infléchi sa position quant à leur caractère préalable. Il serait alors possible d'envisager une évolution de l'action de substitution dans laquelle l'accord préalable de la victime ne serait plus une condition de sa recevabilité, mais conditionnerait seulement l'effet substantiel de la décision juridictionnelle qu'elle permet d'obtenir. Cette évolution, déjà entamée par la jurisprudence de la Cour de cassation³⁶²⁶, serait susceptible d'accroître l'efficacité de l'action de substitution. Certes, l'accord de la victime serait toujours requis, mais il ne paralyserait plus l'introduction de l'action et permettrait au juge de se prononcer au moins sur l'existence d'un manquement. Si le substitué renonce à bénéficier de l'effet substantiel du jugement, le groupement défendant des intérêts collectifs pourra au moins bénéficier de l'effet infamant de la condamnation, sans que le Conseil constitutionnel ne considère qu'une telle utilisation d'un cas individuel constitue en elle-même une atteinte à la liberté personnelle de la victime. Il reste que rien n'est dit sur les conditions dans lesquelles les groupements attributaires de la qualité pour agir peuvent contacter des individus afin que leur cas soit présenté au soutien de l'action de groupe, sans que cette prise de contact puisse être regardée comme étant constitutive d'un démarchage juridique qui demeure prohibé pour ces groupements³⁶²⁷. Aucune forme d'information n'est exigée à leur égard avant l'introduction de l'action. Pourtant, les consommateurs dont le cas sert à motiver l'action de groupe simplifiée, qui tend ensuite à satisfaire notamment leurs intérêts personnels ainsi individualisés, sont finalement dans une situation semblable à celle des personnes dont l'intérêt est défendu au moyen de ces actions en substitution dont le Conseil constitutionnel eut à connaître en 1989.

³⁶²⁵ Il peut d'ailleurs se révéler différent de celui que le groupement escomptait en introduisant l'action. En effet, rien n'indique que le groupe délimité dans le jugement sur la responsabilité doit correspondre à celui auquel appartient l'ensemble des personnes dont le cas a été exposé par le demandeur au soutien de l'action de groupe.

³⁶²⁶ Cf. *Supra*, n° 961.

³⁶²⁷ Art. 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

1553. *Mutatis mutandis*, le jugement qui est obtenu par le groupement à l'issue de la première phase peut sembler avoir la même portée qu'un acte administratif impersonnel prévoyant un avantage au profit d'un groupe de personnes indéterminées³⁶²⁸. Faut-il alors y voir un arrêt de règlement dont la prohibition à l'article 5 du code civil³⁶²⁹ - parfois qualifiée de « disposition d'ordre constitutionnel »³⁶³⁰ - fut présentée comme l'un des principaux obstacles à l'introduction d'un tel mécanisme en droit français³⁶³¹ ?

b- La valeur constitutionnelle de la prohibition des arrêts de règlement en question

1554. Alors que cette question de la prohibition des arrêts de règlement, qui est le réceptacle des controverses sur le pouvoir créateur du juge, avait pu être soulevée au cours des discussions sur l'opportunité et la constitutionnalité des projets d'actions de groupe et des mécanismes lui servant de palliatif³⁶³², elle ne fut même pas discutée par les parlementaires dans leurs saisines et le Conseil constitutionnel n'a pas jugé utile de se s'en saisir d'office.

1555. La valeur et la portée de cette prohibition est toutefois sujette à débat. Si l'on s'en tient à une approche historique, cette prohibition n'aurait, en réalité, qu'une portée limitée. L'arrêt de règlement serait lui aussi un « monstre légendaire »³⁶³³, une « figure d'un autre temps »³⁶³⁴, dont la doctrine userait - et abuserait - dès lors qu'il s'agit de stigmatiser la production normative des juridictions. L'arrêt de règlement auquel renvoie l'article 5 du code civil, et avant lui l'article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790 et les constitutions révolutionnaires³⁶³⁵, correspondait à une catégorie juridique bien délimitée sous l'Ancien régime. Normes générales et impersonnelle pouvant à régir des champs variés des activités humaines dans leur ressort, les arrêts de règlement étaient édictés par les Parlements d'Ancien régime au terme d'une procédure différente de celles des arrêts *inter partes*. Ils étaient ainsi l'une des manifestations du partage de l'activité normative entre le Roi et les Parlements ainsi que d'une confusion des pouvoirs au profit de ces derniers en ce qu'ils constituaient l'exercice d'un pouvoir de police au niveau local³⁶³⁶. En

³⁶²⁸ En effet, même si elle permet *in fine* de réparer des préjudices individuelles, la norme contenue dans dispositif de la décision juridictionnelle a non seulement un effet *erga omnes*, comme c'est de toute façon le cas de celle contenue dans le dispositif de toute décision juridictionnelle en raison de l'opposabilité, mais elle bénéficie en plus à un groupe anonyme (*contra* Julien JEANNENEY, « La réclamation en droit constitutionnel », in Dominique ROUSSEAU (dir.), *Réclamer en démocratie*, Paris, Mare et Martin, coll. Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2019, p. 83)

³⁶²⁹ Art. 5 du code civil : « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

³⁶³⁰ Maryse DEGUERGUE, « Jurisprudence », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 886.

³⁶³¹ V., notamment Marie-Anne FRISON-ROCHE, *art.précit.*, n° 7-15. Elle n'était toutefois pas évoquée par M. Louis Boré aux titres des « arguments juridiques contre l'action de groupe » (Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 418-422, p. 414-419).

³⁶³² V. en ce sens l'intervention de M. Jean Foyer au cours des débats sur le futur article 12 de la loi du 13 décembre 1987 réformant le contentieux administratif (Assemblée nationale, 6 octobre 1987, *JOAN*, p. 3960).

³⁶³³ Rémy LIBCHABER, « Arrêt de règlement et Coupe du monde de football », *RTD. Civ.*, 1998, p. 784.

³⁶³⁴ Pascale DEUMIER, « Pouvoir créateur du juge et tradition judiciaire française », *RTD. Civ.*, 2005, p. 88.

³⁶³⁵ Art. 3, Chapitre 5, Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 ; art. 203 de la Constitution du 5 fructidor an III.

³⁶³⁶ Jacques KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Editions Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, t. 2, p. 34-36 ; Philippe PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle : dimension et doctrine*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1997, 526 p. ; Bernard BEIGNIER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, p. 45.

outre, cet article 5, dont l'applicabilité à la Cour de cassation n'était d'ailleurs pas initialement envisagée, doit être lu en combinaison avec l'article 4 du même code³⁶³⁷ qui donne au juge du fond un pouvoir d'interprétation dès lors qu'il est indispensable, sous peine de déni de justice, pour résoudre le litige dont il est saisi. En renvoyant ainsi à cette figure de l'Ancien régime, l'article 5 du code civil serait destiné à éviter une dénaturation de la *jurisdictio* de la part du juge par l'édition d'une décision dont le dispositif serait revêtu d'une portée équivalente à celle des anciens arrêts de règlement et qui ne présenteraient ainsi plus qu'un lien ténu, voire inexistant, avec les causes qui lui sont soumises.

1556. En premier lieu, en ne se saisissant pas de ce moyen, le Conseil constitutionnel a pu estimer qu'il n'y avait pas lieu de le soulever car il est loisible au législateur d'écarter cette prohibition édictée par l'article 5 du code civil. Son assise constitutionnelle, qui est au moins aussi discutée³⁶³⁸ que son champ d'application, n'a effectivement jamais été explicitement reconnue par le Conseil constitutionnel. Sans pour autant aller jusqu'à accréditer la thèse du code civil « Constitution civile de la France », il est possible de ne pas suivre M. Mathieu Disant lorsqu'il affirme que « la circonstance que les premiers constituants aient initié la prohibition reprise à l'article 5 du code civil (...) confirme en définitive que celle-ci n'a plus, en droit positif, de valeur constitutionnelle »³⁶³⁹. En effet, avec la disparition de la Constitution du 3 septembre 1791, de nombreuses dispositions ont été abrogées ou ont perdu leur valeur constitutionnelle, au moins sur le plan formel, puis sont réapparues en droit positif et ont même recouvré cette valeur constitutionnelle. Au premier rang de ces dispositions se trouve d'ailleurs la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'article 16 pourrait éventuellement constituer le fondement de cette prohibition des arrêts de règlement³⁶⁴⁰. En revanche, s'agissant de la reconnaissance d'un tel fondement par le Conseil constitutionnel, il n'y a pas lieu d'inférer des décisions sanctionnant l'incompétence négative du législateur³⁶⁴¹ une interdiction pour le juge de se prononcer par voie de disposition générale

³⁶³⁷ Art. 4 du code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

³⁶³⁸ Par exemple, en suggérant l'inscription de cette prohibition dans la Constitution, la Commission de réforme du code civil reconnaissait alors implicitement, mais nécessairement, qu'elle n'avait pas formellement de valeur constitutionnelle (Avant-projet du Code civil, 1955, p. 25), mais, eu égard à son importance, elle lui reconnaissait dans le même temps une telle valeur sur le plan matériel.

³⁶³⁹ Mathieu DISANT, *thèse.précit.*, p. 238, ndbp n° 141. En outre, comme le montre M. Yves Gaudemet, cette prohibition aurait aussi été reprise, « par antiphrase », dans la Constitution du 22 frimaire an VIII comme en témoignent les dispositions qui réservent une compétence exclusive à l'exécutif en matière réglementaire (Yves GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, p. 1624).

³⁶⁴⁰ V. en ce sens, notamment, Michel VERPEAUX, *art.précit.*, *D.*, 2007, p. 258 ; Yves GAUDEMET, *art.précit.*, p. 1625 ; Mélanie LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Larcier, coll. Europe, 2012, n° 328-330. Antoinette ASHWORTH, « L'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP*, 1990, p. 1483, ndbp n° 213). Ce faisant, il n'y aurait plus de doute sur le point de savoir si l'interdiction contenue à l'article 5 du code civil ne s'adresse qu'au juge judiciaire. En partant de l'idée que la prohibition des arrêts de règlement a ainsi retrouvé un fondement constitutionnel, faut-il alors en déduire que l'article 4 du code civil a été implicitement abrogé ? Rien n'est moins sûr dans la mesure où cette interdiction et cette habilitation ne se contredisent mais se complètent comme l'avait d'ailleurs souligné Portalis pour surmonter les réprobations tribunicienes (Bernard BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le code civil », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1988, p. 77). L'article 4 du code civil n'habilite le juge à user de son pouvoir créateur que dans la mesure où cela est nécessaire au règlement du litige dont il est saisi et non à prendre une décision qui le liera ou liera à l'avenir les juges saisis d'un litige similaire.

³⁶⁴¹ CC, n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. n°9 ; CC, n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, cons. n° 25.

et réglementaire³⁶⁴², pas plus qu'il semble possible de voir une approbation de sa part dans l'usage qu'il fait de la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, c'est-à-dire dans le fait qu'il contrôle les dispositions législatives telles qu'interprétées par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation et reconnaît un effet normatif à leur jurisprudence. D'une part, la prohibition contenue à l'article 5 du code civil, au moins sur le plan historique, ne valait pas nécessairement condamnation de toute œuvre créatrice de la part du juge, y compris des juges du fond³⁶⁴³. D'autre part, une chose est de reconnaître - en partie³⁶⁴⁴ - la normativité de l'interprétation jurisprudentielle afin d'assurer l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité, une autre est de l'approuver. Si le Conseil constitutionnel a manqué une occasion de trancher cette question, cela tiendrait plutôt au dispositif qui lui était alors soumis et, plus précisément, à la portée du jugement rendu à l'issue de la première phase d'action de groupe.

1557. En effet, eu égard à cette portée, la procédure d'action de groupe se situerait hors du champ de la prohibition. Sans doute, à l'issue de la première phase de la procédure, le juge se prononce par voie d'une disposition qui est relativement générale et abstraite, au moins du côté des bénéficiaires. Toutefois, cette décision est rendue à l'occasion et pour le règlement d'un litige et elle ne constitue un modèle que pour l'indemnisation des victimes de la personne dont la responsabilité a été reconnue. Elle n'a pas vocation à lier pour l'avenir les juges qui auraient à se prononcer sur des actions similaires. En outre, l'autorité de la chose jugée de cette décision est limitée puisqu'elle n'a une telle autorité qu'à l'égard des autres groupements attributaires de la qualité pour agir et des personnes qui ont manifesté leur volonté d'adhérer au groupe et ont été effectivement indemnisées. Ce faisant, la décision rendue par le juge ne constituerait pas un arrêt de règlement et, par là même, une atteinte à la séparation des pouvoirs, si tant est, de toute façon, que la prohibition de ces arrêts de règlement soit bien une implication de la séparation des pouvoirs telles qu'organisées par la Constitution du 4 octobre 1958.

³⁶⁴² Mathieu DISANT, *thèse.précit.*, p. 239, ndbp n° 142. À la lecture des délibérations des décisions du Conseil constitutionnel, il semble que la question de la valeur constitutionnelle de cette prohibition n'ait été posée qu'une seule fois au sujet de l'usage des réserves d'interprétation par le Conseil constitutionnel par le doyen Vedel qui doutait lui-même qu'elle fût un principe constitutionnel (V. Conseil constitutionnel, Compte rendu de la séance du 28 décembre 1985, p. 17).

³⁶⁴³ Comme le souligne M. Mathieu Disant, en ne visant que les juridictions du fond, l'article 5 permettait à la Cour de cassation, considérée alors comme « une sentinelle législative », de conforter sa propre jurisprudence (Mathieu DISANT, *thèse.précit.*, p. 234-235). Pour sa part, M. Yves Gaudemet va même plus loin puisqu'il voit dans cette interdiction dirigée contre les dispositifs des jugements, une habilitation pour le juge à intervenir comme source du droit avec la jurisprudence contenue dans les motifs de ses décisions (Yves GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, p. 1628), ce qui revient finalement à inférer une habilitation d'une interdiction.

³⁶⁴⁴ En effet, seule l'interprétation que le Conseil d'État ou la Cour de cassation donnent d'une disposition législative est susceptibles d'être contestée grâce à la question prioritaire de constitutionnalité (CC, n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *M. Ismaël A* [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile], cons. n° 9).

B- Une motivation lacunaire

1558. Une telle motivation néglige le sort des autres groupements attributaires de la qualité pour agir dont les actions deviennent irrecevables dès l'homologation de l'accord ou le prononcé du jugement sur la responsabilité quel que soit son sens, ce qui constitue pourtant là aussi une extension légale de l'autorité de la chose jugée à des tiers³⁶⁴⁵.

1559. Cela n'a pas retenu l'attention des parlementaires et du Conseil constitutionnel qui estimaient sûrement qu'il n'y avait pas lieu d'y voir une mise en cause du droit au recours effectif des groupements. En effet, qu'elle soit considérée comme une procédure visant à satisfaire en priorité des intérêts personnels homogènes ou un intérêt collectif supra-personnel, l'action de groupe ne permet pas au groupement de défendre - du moins en priorité³⁶⁴⁶ - leurs intérêts personnels, c'est-à-dire d'exercer la fonction qui est assignée au droit au recours effectif. Plus largement, les saisissants et le Conseil constitutionnel semblent faire peu de cas du droit au recours des associations puisque la constitutionnalité de l'attribution du monopole aux seules associations agréées au niveau national par la loi relative à la consommation ne fut même pas discutée à l'aune du principe d'égalité devant la justice, alors même que le Conseil constitutionnel considère qu'un tel moyen est opérant lorsqu'il est saisi de dispositions habilitant certains groupements à exercer les droits de la partie civile³⁶⁴⁷.

1560. La réponse du Conseil constitutionnel a clos le débat sur le plan constitutionnel puisque ce moyen ne fut pas soulevé ensuite lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi de modernisation de notre système santé³⁶⁴⁸ et de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle³⁶⁴⁹ qui mettaient en place des dispositifs quasi-identiques. Il aurait pourtant dû être relancé lorsque fut examinée l'action en reconnaissance de droits devant le juge administratif dans la mesure où l'extension de la chose jugée aux membres du groupe défendu n'est pas optionnelle. Certes, comme dans l'action de groupe, cette extension de la chose jugée est asymétrique puisqu'elle ne concerne que les décisions passées en force de chose jugée qui font droit, totalement ou partiellement, à l'action. Toutefois, dans sa décision n° 2014-690 DC, le Conseil constitutionnel ne semblait avoir que faire du sens de la décision liant les membres du groupe puisque s'il rappelait que les décisions de première phase rendues par le juge saisi d'une action de groupe « n'ont autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe qu'à l'issue de la

³⁶⁴⁵ Pour rappel, la même disposition législative n'est pas prévue pour l'action en reconnaissance de droits devant le juge administratif. L'extension de la dimension négative de l'autorité de chose jugée ne serait alors envisagée, par la partie réglementaire du code, que pour les décisions positives, cf. *Supra*, n° 1491.

³⁶⁴⁶ Sur la possibilité de concevoir l'existence d'un intérêt personnel des groupements au respect de l'intégrité de l'intérêt collectif qu'ils se sont donnés pour objet de défendre et le refus – implicite – du Conseil constitutionnel de le reconnaître, cf. *Supra* Chapitre 1 du Titre 1 de la première partie.

³⁶⁴⁷ CC, n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France* [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité].

³⁶⁴⁸ CC, n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*.

³⁶⁴⁹ CC, n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*.

procédure et à la condition que leur préjudice ait été réparé », ce n'était que pour souligner que ces derniers ne deviennent partie à l'instance qu'en toute connaissance de cause.

1561. Néanmoins, comme cela fut évoqué précédemment, il semble qu'en dépit des termes employés par le législateur, il ne s'agisse pas à proprement parler d'une extension de la « chose jugée » pour les membres des groupes bénéficiaires, mais plutôt d'une opposabilité étendue puisqu'ils ne seraient concernés que par la dimension positive de l'autorité de la chose jugée.

1562. Enfin, même si son attention semble s'être portée sur cette incidence de la décision juridictionnelle à partir de 2014 et les problèmes que pouvait poser son extension, le Conseil constitutionnel ne semble de toute façon pas rétif à toute extension *extra partes* de la dimension négative de l'autorité de la chose jugée, y compris lorsque l'exercice du droit à un recours effectif est en jeu. C'est du moins, ce que peut laisser à penser le traitement qu'il a accordé lui-même à la « représentation mutuelle » dans sa décision n° 2015-503 QPC du 4 décembre 2015 où l'extension de l'autorité de chose jugée n'est toutefois évoquée que de façon allusive dans la motivation « externalisée » de la décision.

1563. En effet, le Conseil constitutionnel ne s'est alors pas prononcé directement sur cette extension de l'autorité de chose jugée et la fermeture consécutive de la tierce opposition³⁶⁵⁰, mais sur un autre effet secondaire de la responsabilité solidaire qui serait aussi fondée sur la notion de représentation mutuelle. En l'occurrence, il était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les conséquences procédurales de la responsabilité solidaire des époux, ou des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, en matière de paiement de l'impôt sur le revenu lorsqu'ils font l'objet d'une imposition commune³⁶⁵¹. Tel qu'interprété par le Conseil d'État, l'article L. 54 A du livre de procédures des procédures fiscales, qui met en œuvre cette solidarité sur le plan procédural³⁶⁵², posait une présomption irréfragable de représentation mutuelle des époux dans les instances relatives à leur dette fiscale commune³⁶⁵³ et, dans l'hypothèse où, après sa séparation, un couple faisait l'objet d'une procédure de rehaussement pour une période d'imposition commune, rien ne garantissait que tous les actes relatifs à cette procédure, y compris l'avis de mise en recouvrement dont la notification fait courir le délai de réclamation³⁶⁵⁴, fussent bien

³⁶⁵⁰ Précisément, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait refusé de lui transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le droit au recours des cautions solidaires arguant qu'il n'y avait pas « d'interprétation jurisprudentielle constante interdisant à une caution solidaire de critiquer devant les juridictions étatiques la sentence arbitrale condamnant le débiteur principal » (Com., QPC, 27 novembre 2014, n° 14-16.644), avant de trancher elle-même cette question au visa de l'article 6§1 de la CESDHLF dans son arrêt du 5 mai 2015 précédemment mentionné au sujet de l'ouverture de la tierce opposition (Com., 5 mai 2015, n° 14-16.644).

³⁶⁵¹ CC, n° 2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation].

³⁶⁵² Celui-ci disposait à l'époque que « chacun des époux a qualité pour suivre les procédures relatives à l'impôt dû à raison de l'ensemble des revenus du foyer » et que « les déclarations, les réponses, les actes de procédure faits par l'un des conjoints ou notifiés à l'un d'eux sont opposables de plein droit à l'autre ».

³⁶⁵³ Ils conservaient ainsi la « qualité pour suivre les procédures relatives à l'imposition commune due à raison de l'ensemble des revenus du foyer, quand bien même les intéressés seraient, à la date de ces procédures, séparés ou divorcés » (CE, 17 mai 2000, *Morlay*, n° 191387) et ils étaient réputés se représenter mutuellement dans les instances relatives à la dette fiscale « alors même qu'ils auraient été autorisés à avoir des résidences séparées postérieurement à la fin de la période d'imposition commune » (CE, 20 octobre 2010, *Lafarge*, n° 312461).

³⁶⁵⁴ CE, 7^e et 8^e sous-sections réunies, 2 juillet 1986, n° 51232.

notifiés aux deux ex-conjoints et que ces derniers fussent ainsi en mesure de faire valoir leurs observations et d'exercer un recours. Amené à se prononcer sur le respect du principe d'égalité et du droit à un recours effectif, le Conseil constitutionnel n'a alors pas condamné en elle-même l'idée de « représentation mutuelle », estimant qu'il est loisible au législateur d'instituer une telle « présomption irréfragable ». Il s'est contenté d'émettre une réserve d'interprétation au profit des seules personnes faisant « l'objet d'une imposition distincte à la date de notification de l'avis de mise en recouvrement, émis aux fins de recouvrer des impositions supplémentaires établies sur les revenus perçus par le foyer au cours de la période d'imposition commune »³⁶⁵⁵, estimant que le respect de leur droit au recours effectif exige que l'avis de mise en recouvrement soit porté à leur connaissance lorsqu'elles ont informé l'administration de leur changement de situation et de leur nouvelle adresse. Il admet donc l'idée de représentation mutuelle, tout en précisant qu'il ne s'agit que d'une présomption, mais aussi l'extension de l'autorité de chose jugée qu'elle implique. Ce dernier point ne ressort pas de la décision mais de son commentaire aux Cahiers du conseil constitutionnel qui précise bien que cette réserve ne fait pas faire obstacle à ce que la condition d'identité de partie soit remplie pour l'application de l'autorité de chose jugée à l'égard de chacun des époux solidaires³⁶⁵⁶.

§2- L'appréciation de l'atteinte aux droits des défendeurs potentiels

1564. Le choix de l'option d'inclusion n'a pas écarté le risque que l'action de groupe peut faire peser « l'égalité des armes »³⁶⁵⁷ ou « l'équilibre des droits des parties »³⁶⁵⁸ dans la mesure où le juge se prononce tout de même sur la responsabilité du défendeur à l'égard d'un groupe indéterminé, c'est-à-dire sans que celui-ci ait été en mesure de faire valoir ses arguments à l'égard de l'ensemble des membres du groupe. En cherchant à compenser un déséquilibre structurel par la mise en place de cette procédure d'action de groupe, le législateur n'aurait fait qu'en créer un nouveau d'ordre procédural. Il n'en fut rien pour le Conseil constitutionnel qui retint une approche globale de la procédure d'action de groupe (A) et, après avoir semé le doute dans sa décision n° 2014-690 DC, écarta l'applicabilité des principes encadrant les sanctions punitives (B).

³⁶⁵⁵ CC, n° 2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation], cons. n° 14.

³⁶⁵⁶ Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2015-503 QPC du 4 décembre 2015, p. 18.

³⁶⁵⁷ Égalité des armes qui, au niveau européen, « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (Comm. EDH, Avis du 30 juin 1959, *Szwabowicz c. Suède*, n° 434/58).

³⁶⁵⁸ Parfois invoqué dans les saisines (CC, n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. n° 70 ; CC, n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. n° 48.), ce principe n'a toutefois pas été consacré en tant que tel par le Conseil constitutionnel qui préfère évoquer « l'équilibre des droits parties » garantie par l'existence d'une « procédure juste et équitable » (CC, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. n° 44 ; CC, décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres* [Article 575 du code de procédure pénale], cons. n° 4), parfois rebaptisée « droit à un procès équitable » (CC, décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. n° 11), ce qui, substantiellement, revient au même.

A- L'équilibre du droit des parties sauvegardé au terme d'une approche globale de la procédure

1565. Le respect de l'équilibre du droit des parties est une question - ou plutôt une préoccupation - qui avait déjà été formulée par les représentants des entreprises lorsqu'ils furent auditionnés par le groupe de travail sénatorial sur l'action de groupe³⁶⁵⁹. Avant cela, cette question avait été aussi envisagée par la doctrine qui soit l'avait purement et simplement écarté en estimant que ce principe, ou les droits qui lui sont liés et dont il semblait procédé n'avaient de valeur constitutionnelle qu'en « matière pénale »³⁶⁶⁰, soit l'avait prise au sérieux en estimant qu'il convenait de mettre en avant le rôle que jouait une telle procédure dans la protection d'un autre droit constitutionnellement garanti - en l'occurrence le droit au recours effectif³⁶⁶¹ - ou de la limiter à des contentieux dans lesquels la personnalité des membres du groupe est indifférente pour le défendeur³⁶⁶². Le débat demeurait donc ouvert.

1566. Pour leur part, les députés ont soulevé le moyen tiré d'une atteinte aux « droits de la défense, aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes » - requalifié par le Conseil constitutionnel en atteinte au « droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »³⁶⁶³ - mettant en avant que le défendeur pouvait voir sa responsabilité reconnue alors même que le groupe n'est pas constitué et qu'il ne connaît ni le nombre ni l'identité des victimes dans le cadre de la procédure d'action de groupe de droit commun. La procédure d'action de groupe simplifiée ne trouvait toutefois pas non plus grâce à leurs yeux car si le nombre et l'identité des consommateurs sont bien connus, le défendeur ne peut faire valoir, selon eux, aucun argument relatif à leur situation individuelle. C'est peu ou prou le même argument que les sénateurs développèrent dans leur saisine, qui ne visait que la procédure d'action de groupe simplifiée, en ne soulevant toutefois que le moyen tiré de « non-respect du principe constitutionnel de la garantie des droits », mais qui semblait en réalité désigner une atteinte aux « droits de la défense à disposer d'un droit de recours juridictionnel effectif » ou simplement au « principe constitutionnel de droit à un recours juridictionnel effectif » et qui fut finalement reformulé par le Conseil constitutionnel en une « atteinte aux droits de la défense ».

1567. Pour écarter ces moyens, le Conseil constitutionnel n'a pas mis en avant la conciliation avec le droit au recours effectif des consommateurs, ni l'encadrement dont l'action de groupe fait l'objet comme pour l'action civile des associations agréées de lutte contre la corruption, ni même émis de réserve d'interprétation mais il a estimé qu'il convenait, dans le cadre de la procédure de droit commun comme dans le cadre de la procédure simplifiée, d'apprécier le respect des droits de la défense globalement, c'est-

³⁶⁵⁹ Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG, *Rapport d'information n° 499 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe*, p. 70.

³⁶⁶⁰ Louis BORÉ, *thèse.précit.*, n° 419, p. 415. Cet argument a été réfuté précédemment (cf. *Supra* n° 815-816).

³⁶⁶¹ Michel VERPEAUX, *art.précit.*, p. 258.

³⁶⁶² Marie-Anne FRISON-ROCHE, *art.précit.*, n° 31-41.

³⁶⁶³ CC, n° 2014-690 du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. n° 13.

à-dire au regard de l'ensemble de la procédure. C'est d'ailleurs l'argument qui avait été développé dans le rapport *Yung-Béteille* en réponse aux craintes exprimées par les représentants des entreprises lors de leur audition³⁶⁶⁴. Il apparaît ainsi que le professionnel peut effectivement faire valoir en défense l'ensemble des moyens qu'il estime nécessaires, que ce soit ceux relatifs au principe de sa responsabilité lors de la première phase de la procédure ou ceux relatifs à l'indemnisation individuelle des membres du groupe lors de la troisième phase de la procédure.

1568. Cette réponse n'a pas empêché les sénateurs de soulever le même moyen tiré de la violation des droits de la défense dans leur saisine contre la loi relative à la modernisation de notre système de santé. Ils firent alors valoir qu'à la différence du jugement rendu à l'issue de la première phase dans la procédure d'action de groupe en matière de consommation, celui rendu dans le cadre de la procédure d'action en matière de santé ne fixait pas le montant des dommages et intérêts dus par le défendeur dont la responsabilité était reconnue, ou les éléments permettant d'évaluer les préjudices à indemniser. Cet argument n'a pas convaincu le Conseil constitutionnel qui a écarté brièvement le moyen³⁶⁶⁵ et ne le mentionne même pas dans le commentaire de la décision. Il est vrai qu'une telle différence dans le dispositif ne justifiait pas une réponse différente de sa part sur ce point. Comme le soulignait d'ailleurs le gouvernement dans ses observations en réponse aux saisines parlementaires, le respect des droits de la défense de la personne mise en cause était même accru dans le cadre de cette procédure d'action de groupe puisqu'elle peut contester le montant des dommages et intérêts réclamés au stade de la réparation individuelle.

1569. L'opérance du moyen tiré d'une atteinte aux droits de la défense dans la décision n° 2014-690 DC, mais aussi dans la décision n° 2015-727 DC, peut semer le doute sur la nature de la décision rendue par le juge à l'issue de la première phase de la procédure d'action de groupe et sur l'applicabilité d'autres exigences constitutionnelles à l'action de groupe, en l'occurrence celles régissant l'édition de sanctions punitives. D'autant plus que dans la décision n° 2014-690 DC, le Conseil constitutionnel a lui-même procédé à une requalification du moyen soulevé par les sénateurs et qu'il n'hésite pas, dans d'autres décisions, à substituer le principe du contradictoire aux droits de la défense lorsqu'il estime que ce moyen n'a pas été pertinemment soulevé au regard de la procédure visée³⁶⁶⁶.

1570. Cela peut expliquer que les députés aient soulevé, sans succès, le moyen tiré de l'atteinte au principe de la légalité des délits et des peines et au principe d'individualisation des peines dans leur saisine contre le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³⁶⁶⁴ Laurent BÉTEILLE, Richard YUNG, *Rapport d'information n° 499 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe*, p. 70.

³⁶⁶⁵ CC, n° 2015-727 du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. n° 16.

³⁶⁶⁶ Par ex., CC, n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, cons n° 6 à 8. La question qui fut renvoyée par la Chambre commerciale au Conseil constitutionnel était d'ailleurs ainsi rédigée : « L'article L. 442-6 III, alinéa 2, du code de commerce, par application duquel le ministre de l'économie peut solliciter la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu en l'absence dans la procédure du ou des fournisseurs concerné(s) voire sans l'accord de ce(s) dernier(s), porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et, plus précisément, aux droits de la défense, au droit d'agir en justice et au droit de propriété du fournisseur et du distributeur ? ».

B- Le respect des principes régissant l'édition des sanctions

1571. L'identification des sanctions ayant le caractère de punition n'est pas aisée. Elle s'opère à partir d'un critère finaliste, à savoir la volonté de punir, qui est d'un maniement délicat compte tenu de la pluralité et de l'enchevêtrement des finalités pouvant être poursuivies, d'une part, par une même mesure et, d'autre part, qui ont été reconnues à la peine elle-même par le Conseil constitutionnel³⁶⁶⁷. Alors que ses précédentes décisions pouvaient semer le doute, le Conseil constitutionnel a précisé que le juge n'est pas conduit à prononcer des sanctions ayant le caractère de punitions dans le cadre de l'action de groupe³⁶⁶⁸ qu'il soit saisi de conclusions indemnitaires (1) ou de conclusions aux fins d'injonction en cessation d'un manquement assortie d'une astreinte (2).

1- L'appréciation de la condamnation dans le cadre de l'action de groupe avec un objet indemnitaire

1572. Dans sa décision n° 2014-690 DC, le Conseil constitutionnel ne s'était pas prononcé directement sur la nature de la décision juridictionnelle statuant sur la responsabilité du professionnel et le condamnant à indemniser les consommateurs appartenant au groupe qu'elle définit, mais simplement sur la mesure de publicité qu'elle peut ordonner afin de permettre aux consommateurs intéressés de se déclarer. Alors qu'il était saisi du moyen tiré de l'atteinte à la présomption d'innocence par l'ancien article L. 423-19 du code de la consommation qui lui permet, lorsque l'action de groupe intervient dans le domaine de la concurrence, d'exécuter provisoirement sur ce point le jugement rendu à l'issue de la première phase, il l'avait alors écarté comme inopérant estimant que cette publicité ne constituait pas en elle-même une telle sanction³⁶⁶⁹, mais il n'évoquait pas la condamnation elle-même.

1573. Il faut aussi reconnaître que les finalités poursuivies par le législateur en donnant la possibilité de déposer des conclusions indemnitaires dans le cadre de procédures d'action de groupe étaient assez ambiguës. En effet, il ne semblait pas simplement solliciter la fonction réparatrice de la responsabilité civile et administrative. L'action de groupe en matière de santé, par exemple, apparaissait comme une alternative à la multiplication des fonds d'indemnisation, à la socialisation de la réparation qui pouvait apparaître comme une forme d'impunité³⁶⁷⁰. Ainsi, plus que l'obtention de la réparation intégrale du préjudice des victimes, il s'agissait de mettre cette obligation de réparation à la charge de la seule personne à laquelle le manquement dommageable est imputable. Néanmoins, comme le montrent, par exemple, les

³⁶⁶⁷ CC, n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, cons. n° 12 : « Considérant que l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ».

³⁶⁶⁸ CC, n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, cons. n° 85.

³⁶⁶⁹ CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. n° 23.

³⁶⁷⁰ Marine RANOUIL, « Action de groupe, assurance et fonds d'indemnisation », *JCPG*, n° 26, 26 Juin 2017, doct. 747.

règles régissant la liquidation des préjudices résultant de dommage corporel dans le cadre de l'action de groupe en matière de santé, le législateur demeure attaché - au moins en apparence - au principe de la réparation intégrale comme finalité et comme limite de l'action de groupe indemnitaire. Surtout, en ce qu'elle ne constitue qu'un « véhicule procédural », l'action de groupe ne modifie pas les règles de droit substantiel, comme l'article 1240 du code civil par exemple, que le juge est conduit à appliquer.

1574. Quant au montant des dommages et intérêts alloués dans le cadre des différentes procédures, il ne constitue en rien la preuve qu'il s'agirait de dommages et intérêts punitifs, que certains représentants d'entreprises avaient pu agiter comme des épouvantails lors des réflexions sur l'introduction de l'action de groupe et sa portée économique³⁶⁷¹. Sans doute, le montant total peut être élevé, mais cela tient alors au fait que ces procédures permettent d'obtenir la réparation intégrale de plusieurs préjudices individuels résultant de dommage diffus, c'est-à-dire qui affectent un groupe de personnes potentiellement étendu. Du reste, comme le législateur n'a pas décidé de subsidiariser l'action de groupe, puisque les groupements n'ont donc pas à démontrer que la réparation pourrait être obtenue au moyen de plusieurs procédures individuelles, le nombre de personnes indemnissables peut être en réalité assez faible. Certes, il s'agit d'une hypothèse d'école, mais il n'est pas exclu que l'action de groupe permette de n'indemniser en réalité que deux personnes.

1575. Finalement, c'est bien la finalité réparatrice qui prévaut lorsque l'action de groupe est exercée aux fins d'indemnisation. Il en va de même pour la finalité correctrice lorsqu'elle est exercée aux fins d'obtenir une injonction en cessation d'un manquement.

2- L'appréciation de l'injonction juridictionnelle accompagnée d'une astreinte

1576. Pas plus que la reconnaissance de responsabilité, l'injonction (a) et l'astreinte (b) susceptibles d'être prononcées par le juge ne peuvent, en dépit des ambiguïtés qui affectent leur finalité, être regardées comme des sanctions ayant le caractère de punition.

a- L'injonction juridictionnelle

1577. De prime abord, il n'est toutefois pas toujours aisé de distinguer l'injonction et la sanction en droit positif et, plus précisément, la sanction entendue au sens strict, c'est dire celle qui a le caractère d'une punition. En effet, le législateur semble tantôt faire de l'injonction une forme de sanction³⁶⁷², tantôt

³⁶⁷¹ Sur le risque de faillite des entreprises, V. Bruno DEFFAINS, Myriam DORIAT-DUBAN, Éric LANGLAIS, *Economie des actions collectives*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2008, p. 45-49. Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG, *Rapport d'information n° 499 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe*, p. 83.

³⁶⁷² Par exemple, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015 transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur

un simple préalable à son prononcé³⁶⁷³. Le Conseil constitutionnel lui-même a pu estimer qu'une mesure présentée comme une « injonction » pouvait avoir une finalité punitive lorsqu'il fut amené à contrôler, et censurer, l'injonction pénale que le projet de loi relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative désirait mettre en place³⁶⁷⁴. Néanmoins, s'agissant justement de l'action de groupe en cessation d'un manquement, la finalité punitive ne ressort à aucun moment des travaux préparatoires ou des dispositions l'organisant. L'injonction juridictionnelle susceptible d'être prononcée à l'issue d'une action de groupe revêt cette nature correctrice que Mme Alix Perrin avait dégagée dans le cadre de sa thèse, c'est-à-dire qu'elle a à la fois pour finalité de rendre un comportement illicite conforme au droit applicable et pour objet de contraindre son destinataire à modifier son comportement en ce sens grâce à son caractère impératif et comminatoire³⁶⁷⁵, ce qui permet de la distinguer, notamment, des sanctions *stricto sensu*³⁶⁷⁶.

1578. Sans doute, le prononcé de l'injonction en cessation suppose que le juge constate l'existence d'un manquement qui pourrait constituer une infraction pénale. Toutefois, en permettant ainsi au juge d'enjoindre au défendeur de cesser ou faire cesser un manquement à une obligation préexistante, le législateur ne semble poursuivre qu'une finalité correctrice et non punitive. En effet, il ne s'agit pas d'imposer au défendeur le respect d'obligations nouvelles mais simplement de lui rappeler le respect des prescriptions qui lui sont déjà imposées et de rétablir le respect du droit. Les mesures pouvant être imposées par le juge sont d'ailleurs finalisées en ce sens³⁶⁷⁷. Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État, qui emploie aussi ce critère de la finalité punitive, avait estimé qu'une telle forme d'injonction « n'emporte pas par elle-même » une sanction³⁶⁷⁸.

exercice, l'article L. 351-7 du code des assurances présentait l'injonction pouvant être prononcée par l'ancienne Commission de contrôle des assurances (CCA) comme appartenant à la catégorie des « sanctions administratives ». Il s'agissait, en effet, de l'intitulé de la section du code dans laquelle cette disposition était insérée. Dans le même ordre d'idées, l'ancien article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés faisait de l'injonction de cesser le traitement des données l'une des sanctions pouvant être prononcées, après une procédure contradictoire, par la formation restreinte de la CNIL.

³⁶⁷³ C'est en ce sens, par exemple, que les deux mesures sont dissociées dans le code de commerce dont le titre VII du livre IV de la partie législative est intitulé « Des injonctions et sanctions administratives ».

³⁶⁷⁴ CC, n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, cons. n° 6.

³⁶⁷⁵ Sur l'injonction comme acte correctif en raison de son « but » et de son « objet », V. Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° -330, p. -237.

³⁶⁷⁶ Sur la distinction entre les actes « correctifs » et répressifs, V. plus *spéc.* Alix PERRIN, *thèse.précit.*, n° 53-118, p. 67-103.

³⁶⁷⁷ Art. 65 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; Art. L. 77-10-6 du code de justice administrative.

³⁶⁷⁸ CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections-réunies, 9 juillet 2007, *Ministre de l'écologie et du développement durable c. société Terrena*, n° 288367.

b- L'astreinte

1579. Il en va de même pour l'astreinte qui peut être prononcée par le juge saisi de conclusions aux fins de cessation d'un manquement même si cette condamnation pécuniaire put être qualifiée de sanctions par les textes³⁶⁷⁹ et de « peine privée » par la doctrine³⁶⁸⁰.

1580. Il est vrai que doute est permis puisque son montant est sans rapport avec le préjudice éventuellement subi par le demandeur lorsqu'elle est employée aux fins d'assurer, par exemple, l'exécution d'un jugement ayant condamné le défendeur au paiement de dommages et intérêts. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a souligné à plusieurs reprises, rejoint d'ailleurs par le Conseil d'État³⁶⁸¹ et la Cour de cassation³⁶⁸², qu'une telle mesure était comminatoire et non punitive³⁶⁸³. Ainsi, en ne retenant pas la qualification de sanction ayant le caractère de punition, le Conseil constitutionnel demeure au moins cohérent sur ce point.

1581. Finalement, au lieu de s'intéresser au droit du défendeur et se heurter ainsi à la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel sur l'identification des sanctions, il eût été peut-être préférable que les saisissants et le Conseil constitutionnel s'intéressassent aux modalités de liquidation de ces astreintes qui apparaissent de nature à mettre en cause l'égalité devant la justice ou l'effectivité du droit au recours³⁶⁸⁴.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

1582. La décision du Conseil constitutionnel n'a pas permis de changer en certitude les soupçons d'inconstitutionnalité qui, pour une partie d'entre eux, étaient pourtant fondés au regard de sa jurisprudence précédente. En validant ainsi la procédure d'action de groupe simplifiée, sans aucune réserve ni même le renfort d'autres exigences constitutionnelles, le Conseil constitutionnel semble abandonner son obligation d'accord préalable. En effet, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une action d'un groupement dont le but prioritaire est la satisfaction des intérêts individuels de tiers identifiés qui ne deviennent qu'*a posteriori* et rétroactivement parties à l'instance. La décision n° 2014-690 DC autorise

³⁶⁷⁹ Aux termes du 1° de l'article L. 521-18 du code de l'environnement, qui est inséré dans une section du code intitulée « Sanction administratives », l'autorité administrative peut « ordonner le paiement d'une amende au plus égale à 15 000 € et une astreinte journalière de 1 500 € » à la personne qui n'a pas déféré à la mise en demeure qu'elle lui a adressé.

³⁶⁸⁰ V. notamment, Clothilde GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n° 137, p. 105-107.

³⁶⁸¹ CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 20 juin 2012, *Société Sosaca*, n° 342714.

³⁶⁸² Civ. 2, 4 janvier 2012, n° 11-40.081.

³⁶⁸³ CC, n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. n° 5 ; CC, n° 2014-455 QPC du 6 mars 2015, *M. Jean de M.* [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État], cons., n° 6. Le Conseil constitutionnel la présente alors comme une technique qui est simplement employée pour contraindre à exécuter une « décision juridictionnelle », ce qui n'est toutefois pas nécessairement le cas comme montre l'exemple l'article L. 521-18 du code de l'environnement.

³⁶⁸⁴ Cf. *Supra*, n° 1495-1496.

donc à penser qu'une action de substitution, engagée sans recueillir le consentement du substitué, ni même le prévenir, serait désormais constitutionnellement admissible dès lors que le substitué n'est pas non plus partie à l'instance engagée par le substituant. Néanmoins, il se peut aussi qu'il n'ait pas entendu abandonner cette jurisprudence. Il faudrait alors chercher du côté de l'assimilation originelle et fautive entre l'action en substitution et l'action fondée sur un mandat implicite une clef de lecture pour comprendre cette jurisprudence et lui rendre un semblant de continuité. En somme, c'est la confusion qui vole au secours de l'intelligibilité. Il est tout aussi surprenant que les modalités de liquidation de l'astreinte susceptible d'accompagner l'injonction juridictionnelle n'aient pas attiré l'attention du juge. Il eut pourtant l'occasion d'examiner ces dispositions qu'il valida dans les motifs et le dispositif de sa décision. À ce titre, elles peuvent d'ailleurs être regardées comme ayant été « spécialement » examinées ce qui, sauf hypothétique changement de circonstances, ne permet pas d'en saisir à nouveau le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

1583. Le plus grand mérite du législateur, et non des moindres, est d'être parvenu à mettre à la disposition des groupements des voies de droit comblant enfin les angles morts qui affectaient jusqu'alors la défense juridictionnelle des intérêts collectifs en se frayant un chemin dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, même s'il est vrai qu'il fut quelque peu aidé par les hésitations de ce dernier, et en évitant d'engorger un peu plus le prétoire des juridictions, au moins celles de premier ressort. En revanche, en procédant à une distribution aussi sélective et parfois aussi peu pertinente de la qualité pour agir, il a planté un clou supplémentaire dans le cercueil de ces actions qui, pour la plupart et comme tant d'autres actions collectives avant elles, risquent bien de finir mortes-nées.

CONCLUSION DU TITRE 2

1584. L'étude de l'objet de ces nouvelles actions collectives et de leur organisation montre ce que la profusion de textes et l'extension continue de leur champ d'application depuis 2014 pourrait masquer : le législateur français ne s'est en réalité jamais totalement départi de sa réserve initiale à leur endroit. Il est ainsi douteux que toutes ces nouvelles actions collectives, grevées par sa pusillanimité et handicapées par quelques rigidités procédurales, attirent la poignée de requérants autorisés à s'en saisir. Pour l'instant, le bilan d'application de ces textes, tout autant d'ailleurs que l'appréciation qu'il est possible d'en avoir, demeure assez décevant et l'impression négative que purent avoir les premiers commentateurs³⁶⁸⁵ ne fut

³⁶⁸⁵ Bertrand-Léo COMBRADE, « Les actions de groupe en droit administratif : une rénovation inaboutie du contentieux administratif », in Bertrand-Léo COMBRADE (dir.), 1968-2068, *La justice administrative en mutation, colloque organisé par l'Université*

ainsi pas contredite au terme d'une étude approfondie et plus allongée dans le temps de ces nouvelles actions collectives. Le bilan n'est effectivement guère encourageant s'agissant des différentes actions de groupe que la simple union de l'un des dispositifs les plus anciens contenus dans le code civil et des nouvelles technologies de communication et d'information suffit même à concurrencer³⁶⁸⁶. Quant à l'action en reconnaissance de droits devant le juge administratif, ce n'est qu'en comparaison avec le bilan famélique de l'action de groupe devant les juridictions judiciaires et surtout administratives que les vingt-sept saisines enregistrées depuis 2017 et l'accueil au fond de deux d'entre elles peut passer pour un succès³⁶⁸⁷. Certes, le nombre de saisines ou même de succès contentieux ne saurait être la seule mesure de l'efficacité de ces nouvelles actions collectives. Il est ainsi des succès plus discrets et moins quantifiables dont il faudrait tenir compte. Par leur seule existence, ces actions renforceraient la position des groupements lors de négociation en dehors de l'arène judiciaire, voire dissuaderaient les personnes susceptibles d'être mises en cause de commettre un manquement. Cet effet dissuasif demeure toutefois hypothétique tant fut émoussée la lame de l'épée de Damoclès que l'adoption de ces textes pouvait ainsi placer au-dessus de la tête des potentiels défendeurs³⁶⁸⁸.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1585. La solidité du cadre de l'action collective des groupements privés en droit public français, dont les contours avaient été précédemment esquissés, fut ainsi éprouvée par la mise en place de nouvelles actions collectives à partir de 2014. Il s'agissait effectivement pour le législateur français de remédier aux lacunes que créait jusqu'alors la mise en œuvre de la limitation, d'origine supra-législative, relative au respect de la liberté personnelle, celle-ci conduisant à restreindre les possibilités d'action des groupements

de Picardie Jules-Verne et le tribunal administratif d'Amiens, Paris, Lextenso, Coll. CEPRISCA, 2019, p. 112 ; V. aussi du même auteur, « « Regards croisés sur l'action de groupe et l'action en reconnaissance de droits dans la loi "J21" », Troisièmes rencontres interrégionales du droit public, 15 septembre 2017, Université de Lille. Version audiovisuelle disponible à l'adresse suivante : <http://urlz.fr/63Hk>.

³⁶⁸⁶ A titre d'exemple, au 1^{er} octobre 2020, la plateforme en ligne « V pour verdict », qui se propose de mettre en relation des victimes de lésions collectives des avocats afin de permettre au première de mutualiser leur frais de justice dans le cadre d'« actions collective » et d'accompagner les seconds dans la gestion de cette action, indiquait sur son site Internet que 29 « actions collectives » avaient déjà été lancées (<https://vpourverdict.com/>). Dans le même ordre d'idée, pour sa première année de fonctionnement, le site « avocats actions conjointes.com », qui a disparu depuis, avait lui enregistré 25 actions (Ordre des avocats au barreau de Paris, *Rapport sur le site avocats actions conjointes.com*, 4 décembre 2016, p. 2).

³⁶⁸⁷ Dans l'absolu, ce nombre demeure effectivement « faible » (Olivier GOHIN, Florian POULET, *op.cit.*, n° 268, p. 296).

³⁶⁸⁸ Au cours des auditions de la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, la position de certains acteurs était toutefois plus nuancée, au moins pour l'action de groupe en matière de consommation sur laquelle la mission a finalement concentré la plupart de ses réflexions. Par exemple, le représentant de l'association CLCV avait constaté « que certains secteurs (télécommunications, énergie, services financiers) avaient fait un travail de « nettoyage des clauses » » après l'adoption de la loi de 2014 (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration général de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 26). Cela ne semble pas avoir totalement convaincu la mission qui, pour ce qui concerne le domaine de la consommation, a estimé nécessaire de « prévoir le prononcé à l'encontre du professionnel, à la requête de l'association demanderesse ou sur proposition du ministère public, d'une sanction civile consistant en la confiscation d'une fraction de son chiffre d'affaires au profit du Trésor public » et, dans l'ensemble des domaines couverts par l'action de groupe, de supprimer la limitation matérielle des préjudices (Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *rapport.précit.*, p. 52 ; p. 60).

privés en défense d'intérêts personnels de tiers et, par là même, à se priver d'un moyen permettant de traiter des litiges présentant un caractère sériel sans engorger le prétoire de juridictions déjà saturé. Le législateur put toutefois composer avec cette limitation sans s'en affranchir, même si les atermoiements de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le champ d'application de l'obligation d'accord préalable l'ont quelque peu aidé. En outre, bien qu'elles répondent à une nécessité propre, les conditions d'organisation des différentes actions de groupe et de l'action en reconnaissance de droits individuels confirment la vocation correctrice et seulement supplétive des actions collectives des groupements privés. Enfin, même si le législateur français a fait le choix de remettre ces nouvelles actions collectives entre les seules mains des groupements privés, il ne s'est pas départi totalement de sa méfiance à l'égard de ce type d'actions et de requérants. Cette méfiance qui, ainsi que le montre l'étude de leurs conditions de filtrage ou les définitions des préjudices indemnisables, ne rime en réalité pas toujours avec cohérence et risque de peser sur le devenir de ces nouvelles actions collectives dont le bilan est d'ailleurs, après trois, voire six ans d'application, assez décevant pour la plupart d'entre elles.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1586. Pour saisir le sens et la raison d'être du développement de l'action collective en droit public français, cette étude s'est non seulement efforcée de déceler une unité de traitement au-delà des différentes formes que peut prendre cette action, des nombreuses strates de normes internes et externes qui encadrent ses déclinaisons, des divers motifs conjoncturels ayant pu présider à leur édicition ainsi que des attermolements jurisprudentiels, mais aussi de comprendre comment une telle action a pu se développer alors qu'elle paraît, de prime abord, heurter tant cette « culture politique de la généralité »³⁶⁸⁹ dont les institutions françaises restent pétrées que ce mouvement de montée des singularités qui semble actuellement gagner les rapports de droit public. Pour ce faire, elle a essayé, au travers d'une analyse dynamique de l'action en justice, mettre en lumière les différentes formes de l'action collective permettant aux groupements privés d'intervenir dans les rapports de droit public, puis de systématiser leur traitement. Elle a ainsi rendu compte des différentes lignes de force de l'encadrement dont elles font l'objet en prenant en considération les innovations que les différentes actions de groupe et l'action en reconnaissance de droits individuels, qui étaient censées combler une lacune du droit positif, étaient susceptibles d'apporter.

1587. Au final, il apparaît que les actions collectives des groupements privés demeurent bien pour le jurislature français des anomalies qui ne sont admissibles que comme supplétifs, mais non comme substituts, des actions collectives publiques et des actions individuelles privées, en dépit de la consécration que semblaient constituer la création de l'action en reconnaissance de droits individuels devant les juridictions administratives, la multiplication des procédures d'actions de groupe devant les juridictions judiciaires et administratives, mais aussi des hypothèses de reconnaissance *extra legem* de qualité pour agir au profit de certains groupements privés devant les juridictions judiciaires ou encore l'assouplissement des conditions d'appréciation de leur qualité pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir devant les juridictions administratives. Certes, l'action collective parvient toujours à trouver une place face à la domination du modèle individualiste de l'action en justice et son extension devant les juridictions administratives qui est suffisamment notable pour qu'il soit possible de parler désormais d'un « *moment 2000* ». Sans doute, l'arsenal législatif à la disposition des groupements privés a même continué à s'étoffer avec la mise en place de nouvelles actions qui étaient attendues depuis longtemps par ces mêmes groupements ainsi qu'une partie de la doctrine. Force est toutefois de constater que le développement de l'action collective demeure bien une dynamique sous contrôle et, s'agissant de ces nouvelles actions

³⁶⁸⁹ Pierre ROSANVALLON, *Le modèle politique français, La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 2004, p. 13.

collectives, que les fruits ne sont d'ailleurs pas à la hauteur de la promesse des fleurs ayant éclot au sein de cet arsenal législatif qui n'a rien d'un jardin à la française.

1588. En effet, la mise en ordre à laquelle cette étude a tenté de procéder ne doit pas faire oublier les nombreuses incohérences qu'elle a pu relever ici et là et qui, en elles-mêmes, méritent d'être à nouveau soulignées dans ce propos conclusif dans la mesure où elles révèlent finalement bien l'absence de réflexion d'ensemble du législateur français et plus généralement du jurislatureur, sur la question des actions collectives des groupements privés en général ou même sur certaines formes de l'action collective en particulier. Sans doute, l'adoption en 2016 d'un cadre commun pour les actions de groupe par le législateur français, mais aussi la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs peuvent être vues comme les prémices d'une tentative d'harmonisation. Elles ne concernent toutefois que certaines actions collectives et l'étude des actions de groupe relevant dudit cadre commun montre qu'il ne s'agit en réalité que d'une harmonisation en trompe-l'œil. Ce cadre commun, tel qu'il fut adopté en 2016, semble de toute façon déjà en péril. A cet égard, les propositions de « refonte » du régime de l'action de groupe à la faveur de la transposition prochaine de la directive qui ont été formulées par la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe dans son rapport d'information, outre le fait qu'elles ne semblent à même ni de lever les nombreux freins à la mise en œuvre de ces actions ni de mettre de l'ordre dans ces procédures, peuvent être aussi vues comme un témoignage supplémentaire de l'instabilité normative chronique en ce domaine. Le cadre que cette recherche a voulu esquisser demeure alors encore un peu flou par endroit. S'il est possible de voir dans les vertus correctrices de l'action collective des groupements une justification commune au développement de ses différentes formes, celle-ci masque un éparpillement des fondements juridiques sous forme d'habilitations spéciales. La balkanisation de ces fondements, que poursuivent les lois de 2014 et de 2016, se reflète alors du côté des critères de filtrage de ces actions qui sont presque aussi, si ce n'est plus, hétéroclites. Quant à la limite tenant au respect de la liberté personnelle des personnes appartenant aux groupes que les groupements privés prétendent défendre, elle reste difficilement identifiable du fait d'une jurisprudence instable du Conseil constitutionnel.

1589. Il est alors au moins possible de voir dans ce développement des actions collectives des groupements privés, en dépit de la promotion d'un modèle individualiste de l'action en justice et, plus largement, d'une montée des singularités dans les rapports de droit public, mais aussi grâce à cette dernière, une nouvelle illustration du rapport dialectique qu'entretiennent l'individu et le collectif.

1590. En effet, si l'intérêt collectif et l'intérêt personnel peuvent évidemment converger, le premier n'en reste pas moins potentiellement écrasant pour le second et l'intervention des groupements privés dans les rapports de droit public à travers l'action collective, au lieu de compenser le caractère asymétrique de ce rapport pour l'individu, peut en réalité conduire à superposer un autre rapport asymétrique. À ce titre, l'exercice des différentes actions collectives ainsi que leur organisation par le jurislatureur furent d'ailleurs

analysés comme des revendications de représentativité, c'est-à-dire l'expression d'un pouvoir au moins symbolique qui s'exerce sur les personnes appartenant aux groupes concernés. Les actions collectives des groupements privés menacent donc le primat accordé aux intérêts personnels qui est pourtant l'une des conditions essentielles de la montée des singularités dans les rapports de droit public et qui apparaît aussi comme l'un des obstacles les plus importants que les groupements peuvent rencontrer dans leur accès au juge. D'autant plus que le Conseil constitutionnel et les juges de la conventionnalité des lois y ont, à plusieurs reprises, marqué leur attachement par l'exigence d'un accord préalable des personnes concernées dont le champ d'application n'est toutefois pas très assuré.

1591. La collectivité n'en reste pas moins sous-jacente et c'est d'ailleurs à ce titre que même des litiges qui ne présentent, *prima facie*, qu'une dimension individuelle sont susceptibles d'intéresser des groupements. La prise en compte de cette pluralité est même tout aussi essentielle que le primat de l'intérêt individuel dans la construction de la singularité. Elle est ainsi opportunément mise en avant par le législateur qu'il s'agisse soit de permettre à chacun de réaliser sa singularité, soit - ce qui peut sembler alors paradoxal - de contenir les effets néfastes de cette aspiration de tout un chacun à la prise en compte des singularités. Si elle est l'un des vecteurs de la montée des singularités dans les rapports de droit public, la promotion d'un modèle individualiste de l'action en justice peut contribuer à créer un angle mort dans la protection de certains intérêts collectifs supra-personnels. En effet, dans la mesure où elle enferme finalement les requérants ordinaires dans la protection de leurs intérêts propres, elle leur rend presque inaccessible la protection de tels intérêts collectifs, la laissant finalement aux bons soins de quelques autorités publiques qui, quand bien même elles feraient preuve de bonne volonté en la matière, demeurent faillibles. L'attribution de la qualité pour agir à des groupements privés défendant des intérêts collectifs apparaît ainsi moins comme un privilège procédural qui leur aurait été généreusement concédé que comme une forme de béquille sur laquelle peuvent s'appuyer les autorités publiques chargées de la défense de tels intérêts.

1592. En outre, face à l'afflux des requêtes que provoque cette aspiration à la prise en compte des singularités dans les rapports de droit public et à l'imprévisibilité de la norme jurisprudentielle qui risque d'accompagner sa prise en considération effective par le juge, la négation de la singularité des requérants placés sous l'égide de représentants attitrés, d'une « aristocratie » associative et syndicale, peut apparaître comme une technique commode d'administration de la justice. C'est en cela que la montée des singularités dans les rapports de droit public ne menace pas vraiment l'action des groupements défendant des intérêts collectifs. Elle lui ouvre de nouvelles perspectives comme l'action de groupe ou l'action en reconnaissance de droits individuels qui se présentent, comme autant de moyens permettant de concilier le droit de tout un chacun à un recours juridictionnel effectif et l'exigence de bonne administration de la justice, du moins en principe. En effet, l'analyse des textes laisse apparaître quelques failles dans lesquelles le flot de requêtes individuelles suscité par des lésions sérielles pourrait s'engouffrer.

1593. Pour résumer, s'il était permis de comparer ici le système juridique à un organisme vivant, la promotion des actions collectives des groupements privés par le jurislatureur pourrait être regardée comme une réaction homéostatique du système juridique qui est aujourd'hui perturbé par la montée des singularités, c'est-à-dire un moyen de contenir le flux de requêtes et l'insécurité juridique que celle-ci pourrait provoquer.

1594. Ainsi, il apparaît que si le risque d'instrumentalisation de l'action en justice par les groupements privés défendant des intérêts collectifs est souvent mis en avant par le jurislatureur pour justifier l'encadrement de leurs actions collectives, il existe aussi un risque d'instrumentalisation de ces actions par le jurislatureur lui-même à travers l'encadrement de leurs conditions d'exercice.

1595. Les actions collectives des groupements apparaissent effectivement, pour le juge et le législateur des moyens de réguler le flux contentieux, dans la mesure où elles permettent de prévenir les atteintes à des intérêts individuels en donnant l'occasion au juge de trancher une question de principe relative aux droits et obligations d'une catégorie de personnes, mais aussi de concentrer les réclamations relatives à de telles atteintes et de rationaliser leur traitement. A cet égard, l'étude du périmètre des préjudices indemnisables dans le cadre des différentes actions de groupe indemnitaires peut laisser penser que le législateur, déjà soucieux de ménager les intérêts que de telles actions pourraient heurter, les a sans doute parfois appréhendées davantage comme des moyens supplémentaires de régulation du flux contentieux que comme des véhicules procéduraux qui permettraient enfin de lever les différents obstacles que les membres d'un groupe de victimes peuvent rencontrer pour faire valoir, chacun de leur côté, la singularité de leur situation personnelle devant une juridiction.

1596. Le même risque d'instrumentalisation peut s'observer au niveau du choix des critères de filtrage directs et indirects des différentes actions. Il ressort de leur analyse que la distribution sélective de la qualité pour agir en défense d'intérêts collectifs permet aussi de structurer le paysage associatif et syndical et d'accroître l'emprise des pouvoirs publics sur lui. L'encadrement des actions collectives apparaît ainsi parfois comme l'occasion pour les autorités publiques de conforter la place de quelques groupements comme représentants légitimes de certains groupes et, par exemple, par la condition relative au nombre d'adhérents de tenter d'enrayer la tendance naturelle à la dispersion de cette nébuleuse associative et syndicale maillant la société.

1597. Il n'est alors pas certain que la protection effective des intérêts collectifs et des intérêts personnels qui leur sont associés s'en trouve mieux garantie. A cet égard, le monopole concédé par le législateur aux seules associations de protection des consommateurs agréées au niveau national pour l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence en France métropolitaine ou encore aux seuls syndicats, en tant que défenseurs « naturels » des travailleurs, pour défendre une partie des victimes de discrimination dans le cadre de relations avec un employeur public ou privé au moyen de l'action de groupe est sans doute l'une des raisons de l'échec relatif de ces actions.

1598. Si cette étude a permis d'identifier les différentes formes des actions collectives ainsi que les limites des voies de droit, y compris les plus récentes, qu'elles peuvent emprunter devant les juridictions françaises, elle invite à aller au-delà de cette approche par un changement de point de vue. Autrement, il conviendrait désormais de l'appréhender en optant cette fois-ci pour le point de vue des groupements privés. Il s'agirait alors d'entreprendre une étude d'ensemble - qui elle aussi ne se limiterait ni à une branche du droit applicable aux rapports de droit public en particulier, ni aux activités de telle association ou de tel syndicat - sur l'usage que ces requérants font des différentes voies de droit désormais à leur disposition pour tenter d'infléchir les rapports de droit public. En somme, il s'agirait de voir, en identifiant les stratégies contentieuses qui se déploient dans le cadre applicable à l'action collective, ce que les différents groupements privés défendant des intérêts collectifs font de ce que le jurislatureur a fait d'eux. Voilà une piste de recherche qui mériterait d'être explorée par les juristes, qu'ils soient seuls ou bien accompagnés par des chercheuses et des chercheurs d'autres disciplines, et que la présente étude pourrait contribuer à baliser.

Arlay, le 1^{er} octobre 2020

BIBLIOGRAPHIE

I- THÈSES ET MÉMOIRES

- Taïbi ACHOUR, *Pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique. Témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2018, 658 p.
- Patrice ADAM, *L'individualisation du droit du travail Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit social, t. 39, 2005, 568 p.
- Xavier AGOSTINELLI, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, coll. Ethique et déontologie, 1994, 460 p.
- Frédéric ALHAMA, *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 171, 2018, 1064 p.
- Nathalie ALBERT, *L'Institution ordinale. Contribution à l'étude des rapports entre l'Etat les institutions professionnelles*, Thèse. dactyl., Université François Rabelais de Tours, 1998, 2 volumes
- Charlotte ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Toulouse, Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques » - Université Toulouse I, coll. Thèses de l'IFR, 2016, 592 p.
- Marie-Caroline ARRETO, *Les recours individuels directs devant la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne). Contribution à une approche processuelle de contentieux constitutionnel*, Thèse dactyl. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2018, 748 p.
- Lionel ASCENSI, *Du principe de contradiction*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 454, 2006, 536 p.
- Yaël ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 237, 2004, 638 p.
- Jean-Marie AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Montpellier, Imprimerie de la Charité, 1952, 378 p.
- Maria José AZAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation : étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, 785 p.
- Gildas BABELA, *La défense des intérêts collectifs. Les actions en justice à caractère collectif*, Paris, Editions universitaires européennes, 2011, 256 p.
- David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Paris, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit public, t. 220, 2002, 421 p.
- Claire BALLOT-SQUIRAWSKI, *Les éléments constitutifs. Essai sur les composantes de l'infraction*, Thèse. dactyl., Université Paris-Sud Saclay, 2017, 561 p.
- Julien BARROCHE, *État, libéralisme et christianisme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses science politique, 2012, 748 p.
- Nathalie BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé. Eléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 410, 2004, 436 p.
- Christian BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruxelles Paris, Bruylant LGDJ., 2006, 537 p.
- Samy BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 148, 2017, 772 p.
- Christine BERTRAND, *L'agrément en droit public*, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, coll. Thèse, vol. 6, 1999, 296 p.
- Julien BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse dactyl., Université de Limoges, 2012, 755 p.

Matthieu BIRKER, *La défense contentieuse des intérêts collectifs devant les commissions et cours régionales des droits de l'homme*, Thèse.dactyl., Université de Strasbourg, 2012, 548 p.

Philippe BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, 246 p.

Corinne BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, 397 p.

Cyril BLOCH, *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, 674 p.

Philippe BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 646 p.

Alexanne BOUVIGNIES, *Les class actions. Etude de droit comparé entre les droits français et américains*, Mémoire dactyl., Université Paris 2-Panthéon Assas, 2011, 72 p.

Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997, 507 p.

Michel BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1993, 689 p.

Antoine BOTTON, *Contribution de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 49, 2010, 324 p.

Henri BOUILLON, *Recherche sur la définition du droit public*, Paris, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 98, 2018, 823 p.

Antoine BOURREL, *Le Conseil d'État, juge de cassation face au pouvoir d'appréciation des juges du fond*, Thèse. dactyl., Université de Pau et des pays de l'Adour, 1999, 377 p.

Sabine BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 13, 2002, 470 p.

Rhita BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, 566 p.

Cédric BOUTY, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. Droit privé, 2008, 528 p.

Laurence BOY, *L'intérêt collectif en Droit français: réflexions sur la collectivisation du Droit*, Thèse.dactyl., Université de Nice, 1979, 808 p.

Thomas BRANTHÔME, *La genèse des libertés sociales : la liberté de s'associer face à l'impératif d'ordre*, Thèse dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2013, 613 p.

Stéphanie BRUNENHO-BASSO, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2011, 344 p.

Olivia BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, coll. Corpus/Essais, 2004, 533 p.

Xavier BRAUD, *Possibilité et réalité de l'influence des associations de protection de l'environnement sur l'évolution du droit administratif de l'environnement*, Nantes, Thèse dactylographiée, 1997, 467 p.

François BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2011, 678 p.

Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2004, 396 p.

Anne-Blandine CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Paris, Pedone, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2012, 436 p.

- Benoît CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 132, 2014, 490 p.
- Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, 1045 p.
- Mathilde CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Paris, Institut universitaire Varenne, coll. Thèses, t. 151, 2017, 654 p.
- Cyrille CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Paris, IRJS Editions, coll. bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 29, 2011, 622 p.
- Clément CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 276, 2013, 722 p.
- Alexandre CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, 570 p.
- Guylain CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2005, 1043 p.
- Véronique COQ, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, 666 p.
- Christine CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 228, 502 p.
- Marie CRESPIY-de CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèse, vol. 164, 2017, 915 p.
- Bruno DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 103, 2011, 1298 p.
- Roland DEBBASCH, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République. Essai d'histoire politique*, Paris, Economica, coll. Collection Droit public positif, 1988, 481 p.
- Charlotte DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 239, 2004, 704 p.
- Meryem DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Paris, Institut de recherche juridique de la Sorbonne, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2015, 877 p.
- Benjamin DEFOORT, *La décision administrative*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 286, 2015, 706 p.
- Noël DEJEAN de la BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 58, 1965, 316 p.
- Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles. Communications électroniques, Energie et Postes*, Thèse.dactyl., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, 903 p.
- Philippe DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 339, 2000, 461 p.
- Mathieu DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 135, 2012, 888 p.
- Louis DUBOUIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1962, 472 p.
- Edouard DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 845 p.
- Jean-Baptiste DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 14, 2015, 540 p.
- José DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984, 544 p.
- Théo DUCHARME, *La responsabilité de l'état du fait des lois déclarées contraire à la Constitution*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 544 p.

Xavier DUPRÉ de BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne*, Paris, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit public, t. 248, 2006, 444 p.

Arnaud DURANTHON, *Subsidiarité et collectivités territoriales : étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités territoriales en droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2017, 1014 p.

Yann-Arzel DURELLE-MARC, *Pétitionnement et droit de pétition durant l'Assemblée nationale constituante (1789-1791)*, Thèse. dactyl. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004, 596 p.

Damien FALLON, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, coll. Collection des thèses de l'IFR, 2014, 536 p.

Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 25, 2003, 805 p.

Clothilde GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, 436 p.

Marie-Stéphanie PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 7, 2001, 513 p.

Ludovic PRIMONT, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale. Représentations, fondements et définition*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 47, 2010, 538 p.

Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Généralités sur principe du contradictoire*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2015, 238 p.

Benoît GABORIAU, *L'action collective en droit processuel français*, Thèse. dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1996, 305 p.

Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, 1985, 250 p.

Aurore GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 117, 2012, 531 p.

Louis GARAUD, *L'intérêt pour agir en justice. Contribution à l'étude de la notion d'intérêt en droit positif*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 1959, 259 p.

Christian GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 175, 1996, 600 p.

Pauline GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, t. 143, 2014, 540

Anne GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité civile*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 566, 2016, 486 p.

Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 151, 1988, 496 p.

Amélie GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Études de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 30, 2011, 490 p.

Didier GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de Thèses, vol. 35, 2004, 734 p.

Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 327, 2000, 520 p.

Clara HERVAS-HERMIDA, *La notion d'action de groupe, étude de droit comparé*, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, Thèse dactyl., 2013, 521 p.

Nicolas HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol.153, 2016, 576 p.

Grégory HOUILLON, *Le lobbying en droit public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif-Administrative law, 2012, 1126 p.

Hélène HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Collection droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2015, 1022 p.

Pascale IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, Université Montpellier 1, 2005, 924 p.

Emmanuel JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 318, 1999, 358 p.

Bruno KORNPORST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit public t. 21, 1959, 393 p.

Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Paris, LGDJ, coll. Fondation Varenne, n°39, 2011, 553 p.

Pierre LANDON, *Aux sources du recours pour excès de pouvoir. Essai historique*, Paris, Sirey, 1942

Benjamin LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Les thèses de l'IFR, LGDJ, 2013, 612 p.

Benoit LE BARS, *Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 392, 2004, 544 p.

Oliver LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du code justice administrative*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, coll. « Collections des Thèses », n° 9, 2007, 698 p.

Mélanie LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, coll. Europe(s), 2012, 600 p.

Jean-Pierre LE CROM, *Syndicats, nous voilà ! Vichy et le corporatisme*, Paris, éditions de l'Atelier, coll. Patrimoine, 1995, 410 p.

Hélène LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le recours de plein contentieux objectif*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., coll. Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011, 586 p.

Benjamin LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Thèse dactyl., Université de La Rochelle, 2014, 511 p.

Gaëlle LICHARDOS, *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse. dactyl., Université de Toulouse Capitole, 2015,

Delphine LOUIS-CAPORAL, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Thèse dactyl., Université Montpellier 1, 2014, 546 p.

Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 133, 2014, 572 p.

Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, 603 p.

Denis MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire: Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 669 p.

Florent MASSON, *La propriété commune*, Thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016, 667 p.

Éric MATHIAS, *Les procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris, Ed. CNRS, coll. CNRS droit, 1999, 288 p.

Bertrand MATHIEU, *Les « validations » législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1987, 327 P

Corinne MAUGER-ROUGEAU, *L'action en justice, un droit processuel pour la garantie des droits substantiels*, Thèse. dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2008, 2 volumes

Éric MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003, 368 p.

Lucie MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, Paris, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 20, 2009, 586 p.

Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001, 466 p.

Séverine MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 97, 2010, 506 p.

Ioannis MICHALIS, *L'intérêt à agir dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs. Etude comparée des droits français et allemand*, Thèse. dactyl, Université Paris 1 Panthéon- Sorbonne, 2019, 619 p.

Laure MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 57, 2006, 674 p.

Éric MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 182, 1995, 502 p.

Nicolas MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, 624 p.

Henri MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, Limoges, impr. de Pierre Dumont, 1912, 127 p.

Pierre de MONTALIVET, *Les objectifs de valeurs constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2006, 680 p.

Hugues MOUTOUH, « Contribution juridique à l'étude juridique du droit des groupes », *RDP*, 2007, p. 479.

Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 75, 1967, 646 p.

Olivier MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 43, 2008, 540 p.

Petr MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essais sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, PUAM, deux tomes, 2005,

Emmanuel NAQUET, *La Ligue des droits de l'homme : une association en politique (1898-1940)*, Thèse.dactyl., Sciences Po-Institut d'études politiques de Paris, 2005, 2 tomes, 1349 p.

Philippe PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle : dimension et doctrine*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1997, 526 p.

Alix PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, 917 p.

Thomas PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 127, 2013, 1292 p.

Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Science et droit administratifs, 1990, 541 p.

Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 35, 2009, 638 p.

Evelyne PISIER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », t. XV, 1975, 316 p.

Adélie POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement. Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, Paris, LGDJ-Lextenso édition, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 523, 2010, 698 p.

Pierre ROMUALD, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé. Contribution à l'étude de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Editions universitaires européennes, 2010, 628 p.

Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 99, 2010, 750 p.

Gaëlle RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 154, 2016, 606 p.

Jean-Marie RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 63, 1966, 210 p.

Romain RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012, 936 p.

Lois RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Paris, IRJS éditions, coll. Bibliothèque de l'Institut de de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 25, 2010, 466 p.

Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 169, 2017, 506 p.

Lucienne RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933, 227 p.

Agnès ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 65, 2007, 688 p.

Marie-Christine ROUAULT, *L'intérêt communal*, Lille, Presse Universitaire de Lille, 1991, 448 p.

Marie-Eve ROUJOU de BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, 493 p.

Nuria RUIZ PALAZUELOS, *Regulación económica y Estado de Derecho, Valencia, Tirant lo Blanch.*, 2018, 258 p.

Guillaume SACRISTE, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2011, 578 p.

Olivier de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999, 1164 p.

Frédéric STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse dactyl., Université de Nancy 2, 1995, 428 p.

Catherine TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Paris, Economica, coll. Recherches Panthéon Sorbonne Université de Paris I, 1981, 536 p.

Daniel TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 143, 1975, 280 p.

Éric THOMAS, *L'intérêt pour agir dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse. dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1972, 349 p.

Didier TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1977, 394 p.

Guillaume TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2006, vol. 60, 813 p.

Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant-FUSL, 2001, 777 p.

Charles VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 263, 2010, 685 p.

Jean-Claude VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 17, 1959, 175 p.

Jérôme VERLHAC, *Droit associatif européen*, Bruxelles, Larcier, coll. Droit et économie sociale et solidaire, 2012, 426 p.

Ariane VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon Assas, coll. Thèses, 2007, 672 p.

François VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, PUF, coll. Publications de l'Institut universitaire des Hautes Études Internationales-Genève, 2004, 401 p.

Jacques Van COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972, 436 p.

Constantin YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 188, 1997, 632 p.

Guillaume ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Étude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce de Paris*, Thèse dactyl., Université de Montpellier 1, 2012, 593 p.

II- Manuels, traités

- Florent BLANCO, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2019, 780 p.
- Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 7^e édition, 2020, 1564 p.
- Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso-édition, coll. Manuels, 6^e édition, 2018-2019, 512 p.
- Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 5^e édition, 2018, 698 p.
- François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, 356 p.
- Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 3^e édition, 2019, 330 p.
- Loïc CADIET, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 3^e édition, 2020, 950 p.
- Loïc CADIET, Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 11^e édition, 2020, 1086 p.
- Jean CALAIS-AULOY, Malo DEPINCE, Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 10^e édition, 2020, 778 p.
- Dominique CHAGNOLLAUD, Michel TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 3 tomes, 2012, 816 p., 842 p., 826 p.
- Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Lucie MAYER, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 6^e édition, 2019, 900 p.
- Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Lucie MAYER, Serge GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020, 35^e édition, 2020, 1866 p.
- René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, LDGJ, coll. Précis droit public, 2 tomes, 15^e édition, 2001, 1440 p., 798 p.
- René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, LDGJ, coll. Précis droit public, 13^e édition, 2008, 1560 p.
- Patrice CHRETIEN, Nicolas CHIFFLOT, Maxime TOURBE, *Droit administratif*, Paris, Sirey, coll. Université, 16^e édition 2018, 874 p.
- Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 4^e édition, 2019, 828 p.
- Anne COURREGES, Serge DAËL, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 4^e édition, 2013, 412 p.
- Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis : droit public, science politique, 8^e édition, 2001, 1018 p.
- Anne DEBET, Jean MASSOT, Nathalie METALLINOS, *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Paris, Lextenso-éditions, coll. Les intégrales, 2015, 1296 p.
- Daniel CHABANOL, *Code de justice administrative*, Paris Le Moniteur, 2^e édition, 2004, 915 p.
- Emmanuel DOCKES, Gilles AUZERO, Dirk BAUGARD, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020, 34^e édition, 1916 p.
- Paul DUEZ, Guy DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, 984 p.
- Xavier DUPRE de BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2^e édition, 2020, 624 p.
- Charles EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ., 2 vol., 1982, 1983, 786 p., 908 p.
- Adhémar ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France. Et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, 596 p.
- Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Léon Tenin, 6^e édition, 1914, 1246 p.
- Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 13^e édition 2020, 762 p.
- Ernest-Désiré GLASSON, Albert TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris, Sirey, t. 1, 3^e édition, 1925, 851 p.

Olivier GOHIN, Florian POULET, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, coll. Manuels, 10^e édition, 2020, 638 p.

Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2 tomes, 2011, 842 p., 712 p.

Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e édition, 2019, 642 p.

Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 41^e édition, 2020-2021, 904 p.

Jacques HÉRON, Thierry LE BARS, Karim SALHI, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 7^e édition, 2019, 1032 p.

Emmanuel JEULAND, *Droit processuel général*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit privé, 4^e édition, 2018, 876 p.

Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Stéphane BRACONNIER, Clotilde DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 17^e édition, 2017, p. 1140

Edouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, t.2, 1887-1888, 1^{ère} édition, 670 p. ; 675 p.

Olivier LE BOT, *Le guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Paris, Dalloz coll. Guides Dalloz, 2^e édition, 2017, 1028 p.

Olivier LE BOT, *Contentieux administratif*, Larcier, coll. Paradigme-manuel, 7^e édition, 2020, 378 p.

Pascal LOKIEC, *Droit du travail*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2019, 849 p.

Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 13^e édition, 2019, 680 p.

Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVE, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 22^e édition, 2019, 1048 p.

Pierre de MONTALIVET, Agnès ROBLOT-TROIZIER, Michel VERPEAUX, Ariane VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2^e édition, 2017, 686 p.

René MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 2^e édition, 1949, 606 p.

Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2 tomes, rééd. 2007, 1051 p., 783 p.

Michel PAILLET, *La responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 1996, 288 p.

Thomas PERROUD, Jacques CAILLOSSE, Jacques CHEVALLIER, Danièle LOCHAK (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2019, 570 p.

Xavier PIN, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 11^e édition, 2019, 578 p.

Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020, 1741 p.

Jacques PRADEL, André VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2019, 10^e édition, 542 p.

Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Paris, Editions Cujas, 6^e édition, 2014, 806 p.

Michel PRIEUR (dir.), Julien BETAÏLLE, Marie-Anne COHENDET, Hubert DELZANGLES, Jessica MAKOWIAK, Pascale STEICHEN, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 8^e édition, 2019, 1394 p.

Georges RENARD, *Cours élémentaire de droit public. Droit constitutionnel, droit administratif, droit financier*, Paris, Sirey, 1922, 365 p.

Jean RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, réimp. 1960, 562 p.

Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 1926, 452 p.; 2^e édition, 1928, 508 p. ; 3^e édition, 1929, 420 p. ; 5^e édition, 1934, 564 p. ; 6^e édition, 628 p. ; 7^e édition, 1938, 652 p. ; 8^e édition, 711 p. ; 9^e édition, 1946, 733 p. ; 9^e édition, 1947, 733 p. ; 10^e édition, 1951, 695 p. ; 11^e édition, 1957, 644 p.

Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif 2020-2021. Contentieux administratif, juridictions générales et spéciales*, Paris, coll. Praxis Dalloz, 2020, 1978 p.

Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LexisNexis, 2017, 9^e édition, 544 p.

Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, coll. Traités, 2013, 1410 p.
Frédéric SUDRE, Hélène SURREL, Laure MILANO, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2019, 14^e édition, 1024 p.
Henry VIZIOZ, *Études de procédure*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, 667 p.

III- REPERTOIRES ET FASCICULES

Antoine BEAL, « Fasc. 1082 : Intérêt à agir », *Jurisclasseur administratif*
Antoine BEAL, « Fasc. 37 : COMPETENCE. - Recours en appréciation de légalité et en interprétation », *Jurisclasseur Justice Administrative*
Antoine BEAL, « Fasc. 40 : Introduction de l'instance.- Recevabilité. -Décision attaquée. Auteur du recours », *Jurisclasseur Justice Administrative*
Jacques BORÉ, Louis BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Répertoire Dalloz de procédure civile*
Julien BOUCHER, Anne COURREGES, « Recours en interprétation », *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*
Didier CHOLET, « Assistance et représentation en justice », *Répertoire Dalloz de procédure civile*
Olivier GOHIN, Alexandre MAITROT de LAMOTTE, « Intervention », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*
Christophe GUETTIER, « Irresponsabilité de la puissance publique : régimes juridiques », *Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*
Pierre-Laurent FRIER, « Motifs : contrôle », *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*
Marie-Thérèse LANQUETIN, « Discrimination », *Répertoire Dalloz du droit du travail*
Gilles PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir (condition de recevabilité) », *Répertoire de contentieux administratif*
Guy RAYMOND, « Fasc. 820 : clauses abusives », *Jurisclasseurs Concurrence-Consommation*
Bertrand SEILLER, « Acte administratif : identification », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*
Linos-Alexandre SICILIANOS, Maria-Andriani KOSTOPOULOU, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - Garanties générales du procès équitable », *Répertoire Dalloz de droit européen*
Georges WIEDEHKER, « Chose jugée », *Répertoire Dalloz procédure civile*

IV- DICTIONNAIRES

Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Grands dictionnaires, 2003, 1680 p.
Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, coll. Grands dictionnaires, 2004, 1362 p.
Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 10^e éd., 2014, 1099 p.
Olivier DUHAMEL, Yves MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 p.
Fabienne ORSI, Judith ROCHFELD, Marie CORNU-VOLATRON (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2017, 1248 p.

V- OUVRAGES

- Karine ABDEREMANE, Antoine CLAEYS, Elise LANGELIER, Yseult MARIQUE, Thomas PERROUD, *Manuel de droit comparé des administrations européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. Pratique du droit européen, 2019, 490 p.
- AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2011, 238 p.
- Association Française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, Paris, coll. Collection Droit public positif, 1990, 192 p.
- Géraldine AÏDAN, Emilie DEBAETS (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, 424 p.
- Soraya AMRANI-MEKKI, Loïc CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation : quelle mission pour la Cour de cassation ? Enjeux nationaux, regards extérieurs*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2005, 140 p.
- Jordane ARLETTAZ, Julien BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du Droit. Actes du colloque du 12 décembre 2014*, Paris, Pedone, coll. Publications de l'institut international des droits de l'Homme, 2015, 200 p.
- Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société*, Paris, Gallimard, coll. Folio essais, 2009, 844 p.
- Serge AUDIER, *Léon Bourgeois. Fonder la solidarité*, Paris, Editions Michalon, coll. « Le Bien commun », 2007, 126 p.
- Guillaume BACOT, *Carré de Malberg et l'origine entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Editions du CNRS, 1985, 200 p.
- Jules-Marc BAUDEL, Jacques FOURVEL (coord.), *Les recours collectifs : étude comparée : journée d'études du 27 janvier 2006*, Paris, Société de législation comparée, coll. Colloques, v. 5, 2006, 145 p.
- Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.
- Dominique BERLIN, *Politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, 993 p.
- Thomas BERNS (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droits, territoires, cultures, 2004, 421 p.
- Julien BÉTAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, coll. Actes de colloques de l'IFR | 26, 2016, 389 p.
- Xavier BOY (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, coll. Travaux de l'IFR | 14, 2013, 344 p.
- Thomas BOCCON-GIBOD, Pierre CRETOIS, *Etat social, propriété publique et biens communs*, Lormont, Le bord de l'eau, coll. Les voies du politique, 2015, 300 p.
- Pierre BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Editions Fayard, coll. Points, 2014, 423 p.
- Fabienne BRUGERE, *L'éthique du care*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2017, 128 p.
- Olivia BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, 2016, 286 p.
- Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. Cahiers Européens, 2014, 246 p.
- Jean-Marie CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2000, 333 p.
- Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e édition, 2014, 544 p.
- Gérard CAS, *La défense des consommateurs*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e édition 1980, 126 p.
- Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIII^e -XX^e siècle. Actes du colloque, Paris, 22-23 juin 2000*, Paris, Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2003, 216 p.

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2016, 2^e édition, 438 p.

René CHAPUS, *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, 426 p.

Centre national de recherches logiques, *Le fait et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 100

Claude-Albert COLLIARD, Gérard TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, 310 p.

Bertrand-Léo COMBRADE (dir.), *1968-2068, La justice administrative en mutation, colloque organisé par l'Université de Picardie Jules-Verne et le tribunal administratif d'Amiens*, Paris, Lextenso, Coll. CEPRISCA, 2019, 130 p.

Jean DABIN, *Droit subjectif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. 2007, 313 p.

Pierre DARDOT, Christian LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, 400 p.

Emmanuel DECAUX et Christophe PETTITI (dir.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 176 p.

Bruno DEFFAINS, Myriam DORIAT-DUBAN, Éric LANGLAIS, *Economie des actions collectives*, Paris, PUF, 2008, 64 p.

Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales : liberté, égalité, pouvoir, droit, contrat, propriété, intérêt, représentation*, Paris, LGDJ, coll. Méthodes du droit, 2004, 183 p.

Virginie DONIER, Béatrice LAPEROU-SCHNEIDER (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1000 p.

Virginie DONIER, Béatrice LAPEROU-SCHNEIDER (dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires Actes, 2013, 294 p.

Virginie DONIER, Béatrice LAPEROU-SCHNEIDER (dir.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Toulouse, Editions l'Építoge-Lextenso, coll. Collection l'Unité du Droit, vol. XVI, 2015, 200 p.

Paul DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1930, réimp. 2006n 216 p.

Xavier DUPRÉ de BOULOIS, Philippe YOLKA (dir.), *Léon Michoud*, Paris, Fondation Varenne, Colloques & Essais, 2014, 295 p.

Muriel FABRE-MAGNAN, *l'Institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018, 350 p.

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, 352 p.

Philippe GERARD, François OST, Michel VAN de KERCHOVE, *Droit et intérêt. Volume 1: approche interdisciplinaire*, Bruxelles Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, 361 p.

Philippe GERARD, François OST, Michel VAN de KERCHOVE, *Droit et intérêt. Volume 3: droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, 457 p.

Antonio GIDI, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, 192 p.

Georges GURVITCH, *L'idée du droit social : notion et système du droit social : histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932, 713 p.

Garrett HARDIN, *La tragédie des communs*, Paris, PUF, 2018, 64 p.

Christian HUGLO, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2018, 396 p.

Liora ISRAEL, *L'arme du droit*, Paris, Presse de Sciences Po, coll. Contester, 2009, 142 p.

Lucien JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, 591 p.

Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1962, 496 p.

Jacques KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Editions Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, t. 2, 448 p.

- Alain LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993, 167 p.
- Alain LAURENT, Vincent VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles Lettres, coll. Bibliothèque classique de la Liberté, 2012, 928 p.
- Alain LAURENT, *L'autre individualisme*, Paris, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2016, 515 p.
- Christian LE BART, *L'individualisation*, Paris, Presse de Sciences Po, coll. Références, 2008, p. 316 p.
- Félicien LEMAIRE, *Le principe d'indivisibilité de la République. Mythe et réalité*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2010, 290 p.
- Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2010, 256 p.
- François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT (dir.), Clémence ZACHARIE (coord.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2008, 3^e édition, 2126 p.
- Crawford Brough MACPHERSON, *La Théorie politique de l'individualisme possessif : De Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, coll. Folios Essais, 2004, 608 p.
- Daniel MAINGUY, *L'action de groupe en droit français. Après la Loi Hamon du 17 mars 2014*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso-éditions, coll. guide pratique, 2014, 138 p.
- Daniilo MARTUCCELLI, *La société singulariste*, Paris, Armand Colin, coll. Individu et Société, 2010, 262 p.
- Daniilo MARTUCCELLI, Jan SPURK, *Controverse sur l'individualisme*, Paris, Hermann, coll. Sociologie contemporaine, 2014, 122 p.
- Mustapha MEKKI, *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Gazette du Palais, 2011, 220 p.
- Léon MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, Paris, LGDJ, 2 t, 1924, réimp. 1998, 510 p., 527 p.
- Laurent NEYRET, Gilles J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2012, 456 p.
- Albert O. HIRSCHMAN, *Les passions et les intérêts. Justifications du capitalisme avant son apogée*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 5^e édition, 2014, 135 p.
- Ismaël OMARJEE, Laurence SINOPOLI (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, 292 p.
- François OST, *Droit et intérêt. Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, 201 p.
- Jean-François PERRIN, *Le droit de choisir. Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, Zurich, Schulthess Editions romandes, coll. Quid iuris ?, 2013, 323 p.
- Georges PICHAT, *Le contrat d'association*, Paris, Arthur Rousseau, 1908, 203 p.
- Fabrice PICOD, Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles Bruylant, 2017, 1280 p.
- Jean-Marie PONTIER, Emmanuel ROUX (dir.), *Les faits en droit administratif*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, 164 p.
- Agnès RABAGNY, *L'image juridique du monde*, Paris, PUF, coll. Droit, éthique et société, 424 p.
- François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, coll. Politique comparée, 246 p.
- Benjamin REMY (dir.), *Le mandat en question*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 210 p.
- Olivier RENAUDIE (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Boulogne-Billancourt, Berger Levrault, coll. Au fil du débat, 2015, 176 p.
- Norbert ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 310 p.

Henry ROUSSILLON, Xavier BIOY (dir.), *La liberté personnelle : une autre conception de la liberté ? Actes de la journée d'études, 7 mai 2005*, Toulouse, Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles et Politiques, coll. IFR-Mutation des normes juridiques, 2006, 156 p.

Frédéric ROUVILLOIS (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, Paris, LexisNexis, coll. Colloques & débats, 2008, 149 p.

Pierre ROSANVALLON, *La question syndicale*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1999, 273 p.

Pierre ROSANVALLON, *Le modèle politique français, La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 2004, 464 p.

Pierre ROSANVALLON, *La société des égaux*, Paris, Seuil, coll. Les livres du nouveau monde, 2011, 432 p.

Dominique ROUSSEAU (dir.), *Réclamer en démocratie*, Paris, Mare et Martin, coll. Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2019, 540 p.

Raymond SALEILLES, *De la personnalité morale. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes publiques*, Paris, A. Rousseau, 2^e édition, 1922, 671 p.

Michael SAWARD, *The representative claim*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 206 p.

Aldo SCHIAVONE, *Ius, l'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2009, 539 p.

Jan SPURK, *Quel avenir pour la sociologie ?*, Paris, PUF, coll. Intervention philosophique, 2006, 228 p.

Yves STRICKLER, (dir.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 322 p.

Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Les figures du juge administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Grands colloques, 2015, 176 p.

Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Grands colloques, 2016, 210 p.

Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Paris, Editions Mare et Martin, coll. Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2017, 216 p.

Catherine THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LDGJ/Bruylant, 2009, 912 p.

Ariane VIDAL-NAQUET, Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.) *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014, 304 p.

VI- RAPPORTS ET DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

Damien ABAD, Philippe KEMEL, *Rapport d'information n° 4139 déposé en application de l'article 145-7 alinéa 1 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 2016, 82 p.

Patricia ADAM, *Rapport n° 2816 fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n° 2779), après engagement de la procédure accélérée, actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 mai 2015, 253 p.

Pierre ALBERTINI, *Rapport n° 343 (1998-1999) fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation sur l'exercice de l'action civile par les associations*, déposé le 11 mai 1999, 131 p.

Jean ARTHUIS, *Rapport n° 532 au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*

Philippe BELAVAL (dir.), *L'action collective en droit administratif*, Paris, 2009, 43 p.

Esther BENBASSA, Jean-René LECERF, *Rapport d'information n° 94 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale relatif à la lutte contre les discriminations*, enregistré à la Présidence du Sénat le 12 novembre 2014, 100 p.

Éric BESSON, *Rapport n° 2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, Tome 1, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 avril 2000, 311 p.

Jérôme BIGNON, *Rapport n° 577 fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, enregistré à la Présidence du Sénat le 4 mai 2016, 696 p.

Nicole BONNEFOY, *Avis n° 792 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la consommation*, déposé le 23 juillet 2003, 174 p.

Martial BOURQUIN et Alain FAUCONNIER, *Rapport n° 809 fait au nom de la commission des affaires économiques, tome I (2012-2013)*, déposé le 24 juillet 2013, 519 p.

Dominique BRAYE, *Rapport n° 81 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi portant engagement national pour le logement*, déposé le 15 novembre 2005, p. 261

Jean CALAIS-AULOY (dir.), *Vers un nouveau droit de la consommation. Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie des finances et du budget chargé de la consommation*, Paris, La Doc.fr, coll. Rapports officiels, 1984, 244 p.

François CALVET et Marc DAUNIS, *Rapport d'information n° 720, au nom du groupe sénatorial de travail sur la simplification législative du droit de l'urbanisme, de la construction et des sols, constitué par la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation. Tome I*, enregistré à la Présidence du Sénat le 23 juin 2016, 439 p.

Guillaume CERUTTI, Marc GUILLAUME (dir.), *Rapport sur l'action de groupe*, Paris, Ministère de la justice, 2005, 71 p.

Marie-Anne CHAPDELAINE, Valérie CORRE, Razy HAMMADI, Philippe BIES, *Rapport n° 3851 fait au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 juin 2016, 776 p.

Jean-François CHOSSY, *Rapport n° 1991 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 décembre 2004, 220 p.

Jean-Michel CLÉMENT, Jean-Yves LE BOUILLONNEC, *Rapport n° 3726 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3204), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXIème siècle*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 mai 2016, 457 p.

Jean-Michel CLÉMENT, Jean-Yves LE BOUILLONNEC, *Rapport n° 3904 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi (n° 3872), modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, de modernisation de la justice du XXIème siècle*, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 2016., 379 p.

Commission Constitution et Institutions, *Rapport : La régulations des contentieux devant les cours suprêmes*, Le Club des juristes, octobre 2014, 190 p.

Commission de modernisation de l'action publique, *Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice : refonder le ministère public*, 2013, 124 p.

Commission européenne, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, et au Comité économique et social européen du 25 janvier 2018 concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE) [COM (2018) 40 final]*, 24 p.

Commission européenne, *Study on EU implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters. Final report*, septembre 2019, 07.0203/2018/786407/SER/ENV.E.4, 384 p.

Commission européenne, *Report on European Union implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters*, 10 octobre 2019, SWD (2019)378 final, 33 p.

Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2016*, adopté à la séance du 20 janvier 2017, 34 p.

Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2017*, adopté à la séance du 20 février 2018, 54 p.

Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *Rapport d'activité 2018*, adopté à la séance du 26 février 2019, 44 p.

Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Rapport d'activité 2013*, Paris, La Doc.fr, 2013, 91 p.

Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Doc.fr, 2014, 93 p.

Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Rapport d'activité 2015*, Paris, La Doc.fr, 2015, 99 p.

Conseil d'État, *Étude annuelle – Réflexions sur l'intérêt général*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 1999, 449 p.

Conseil d'État, *Les associations et la loi de 1901, 100 ans après*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2000, 430 p.

Conseil d'État, *Les associations reconnues d'utilité publique*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2000, 110 p.

Conseil d'État, *Étude annuelle - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2008, 658 p.

Conseil d'État, *Étude annuelle 2011- consulter autrement, participer effectivement*, Paris, coll. Etudes et documents du Conseil d'État 2011, 224 p.

Conseil d'État, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, 2012, 221 p.

Conseil d'État, *Étude annuelle – Le droit souple*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2013, 297 p.

Conseil d'État, *Étude annuelle – Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Doc. fr., coll. Études et documents du Conseil d'État, 2014, 446 p.

Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *Systèmes judiciaires européens : Efficacité et qualité de la justice*, Editions du Conseil de l'Europe, coll. Les études du CEPEJ, 2008, 345 p.

Jean-Marie COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, janvier 2008, 136 p.

Cour de cassation, *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris, La Doc.fr., 2004, 459 p.

Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, Paris, La Doc.fr, 2008, 482 p.

Cour de cassation, *Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La Doc. fr., 2009, 584 p.

Cour des comptes, *Rapport public annuel 2016. Tome I : Les observations*, 2016, 696 p.

Maryse DEGUERGUE, Gérard MARCOU, Catherine TEITGEN-COLLY (dir.), *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, 2016, 305 p.

Jacques DELMAS-MARSALET, Martine RACT-MADOUX (dir.), *Rapport relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs*, 25 janvier 2011, 46 p.

Yves DÉTRAIGNE, *Rapport n° 121 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois*, déposé le 28 octobre 2015, 410 p.

Yves DÉTRAIGNE, *Rapport n° 839 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois*, déposé le 21 septembre 2016, 622 p.

Dominique ESTROSI SASSONE, *Rapport n° 630, fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, enregistré à la Présidence du Sénat le 4 juillet 2018, 871 p.

Dominique ESTROSI SASSONE, Françoise GATEL, *Rapport n° 187 (2016-2017) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, relatif à l'égalité et à la citoyenneté, fait au nom de la commission spéciale*, enregistré à la Présidence du Sénat le 6 décembre 2016, 465 p.

Richard FERRAND, Christophe CASTANER, Laurent GRANDGUILLAUME, Denys ROBILIARD, Gilles SAVARY, Alain TOURET, Stéphane TRAVERT, Cécile UNTERMAIER, Clotilde VALTER, *Rapport n° 2498, fait au nom de la commission spéciale, Volume 1*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 janvier 2015, 715 p.

Olivier FOUQUET, *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche. Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique*, juin 2008, 70 p.

Geneviève GAILLARD, *Rapport n° 3833 fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi, en nouvelle lecture, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (n° 3748)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 juin 2016, 343 p.

Patrice GELARD, *Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation*, déposé le 15 juin 2006, 138 p.

Patrice GELARD, *Rapport n° 258 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique et sur le projet de loi, modifiés par l'Assemblée nationale, relatifs au Défenseur des droits*, déposé le 26 janvier 2011, 446 p.

Philippe GOSSELIN, George PAU-LANGEVIN, *Rapport d'information n° 3319 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en conclusion des travaux d'une mission d'information en vue d'améliorer l'accès au droit et à la justice*, enregistré à l'Assemblée Nationale le 6 avril 2011, 182 p.

Philippe GOSSELIN, Naïma MOUTCHOU, *Rapport d'information n° 2183, déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'aide juridictionnelle*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 juillet 2019, 90 p.

Philippe GOSSELIN, Laurence VICHNIEVSKY, *Rapport n° 3085 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, 77 p.

Razzy HAMMADI, Annick LE LOCH, *Rapport n° 1156 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la consommation*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2013, p. 878

Inspection générale des services judiciaires, *Modernisation de l'action publique. Evaluation de la gestion de l'aide juridictionnelle. Rapport de diagnostic*, novembre 2013, 45 p.

Pierre JARLIER, *Avis n° 307 présenté au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la solidarité et au renouvellement urbains*, déposé le 6 avril 2000, 240 p.

Yves JEGOUZO (dir), *Pour la réparation du préjudice écologique*, Paris, Ministère de la justice, septembre 2013, 81 p.

Sophie JOISSAINS, *Rapport n° 350 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la protection des données personnelles*, déposé le 14 mars 2018, 428 p.

Daniel LABETOULLE (dir), *Construction et droit au recours, pour un meilleur équilibre*, 2013, 40 p.

Jean-François LE GRAND, *Rapport n° 190 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, déposé le 21 décembre 1994, 163 p.

Annick LEPETIT, *Rapport n° 1041 fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi, habilitant le Gouvernement à légiférer pour accélérer les projets de construction (n° 1017)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 mai 2013, p. 33, 105 p.

Daniel LUDET, Dominique ROUSSEAU, Hélène DAVO, Sonya DJEMNI-WAGNER, *La justice, un pouvoir de la démocratie*, TerraNova, 2011, 112 p.

Philippe MARINI, *Rapport n° 206 fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de sécurité financière*, déposé le 12 mars 2003, 604 p.

Christine MAUGÜE (dir.), *Propositions pour un contentieux des autorisations d'urbanisme plus rapide et plus efficace. Rapport au ministre de la cohésion des territoires*, 11 janvier 2018, 74 p.

Jacques MÉZARD, *Rapport d'information n° 300 fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, enregistré à la Présidence du Sénat le 25 janvier 2012, 159 p.

Alain MILON, Catherine DEROCHE, Élisabeth DOINEAU, *Rapport n° 653 fait au nom de la commission des affaires sociales, tome I (2014-2015)*, déposé le 22 juillet 2015, 1027 p.

Lucien NEUWIRTH, *Rapport n° 283 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi tendant à permettre aux associations d'anciens combattants d'ester en justice*, déposé le 17 avril 1991, 17 p.

Ordre des avocats au barreau de Paris, *Aide juridictionnelle : un système non viable sans changement de politique publique*, 2017, 5 p.

Laurence PECAUT-RIVOLIER (dir.), *Rapport sur les discriminations collectives en entreprises. Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Paris, Ministère des droits des femmes, 2013, 165 p.

Bernard PECHEUR, Alexandre LALLET, *Le droit d'association professionnelle des militaires. Rapport à M. le Président de la République*, 18 décembre 2014, 110 p.

Philippe PELLETIER (dir.), *Propositions pour une meilleure sécurité juridique des autorisations d'urbanisme. Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, et au ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer*, janvier 2005, 86 p.

Guy PENNE, *Avis n° 261 au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap*, déposé le 25 avril 1990, 49 p.

Jean-Pierre RAFFARIN, *Rapport n° 547, au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense*, enregistré à la Présidence du Sénat le 24 juin 2015, 475 p.

Jean-Jacques ROBERT, *Rapport n° 312 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi relatif au code de la consommation*, déposé le 19 mai 1993, p. 16

Jean-Christophe SCIBERRAS (dir.), *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprises*, 13 mai 2015, 43 p.

Jacques SOURDILLE, *Rapport n° 415 au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur projet de loi, adopté avec modification par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap*, déposé le 22 juin 1990, 22 p.

Louis SOUVET, *Rapport n° 22 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée avec modification par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, relative à la lutte contre les discriminations*, déposé le 16 octobre 2001, 135 p.

Edgar TAILHADES, *Rapport n° 442 fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur la proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol, la proposition de loi sur la prévention et la répression du viol, la proposition de loi relative à la protection des victimes d'agressions sexuelle et notamment de viol*, déposé le 17 juin 1978, 28 p.

Marta TORRE-SCHAUB (dir.), *Rapport final. Les Dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, 2019, 244 p.

Françoise TULKENS (dir.), *Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre : pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes*, 2013, 38 p.

Pierre TRUCHE (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, Paris, La Doc.fr, 1997, 500 p.

Olivier VÉRAN, Bernadette LACLAIS, Jean-Louis TOURAINE, Hélène GEOFFROY, Richard FERRAND, *Rapport n° 2673 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la santé*, déposé le 20 mars 2015, 905 p.

Philippe VUILQUE, *Rapport n° 2609 fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi (n° 2566) de M. Jean LE GARREC relative à la lutte contre les discriminations*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 2000, 36 p.

Philippe VUILQUE, *Rapport n° 3311 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat en deuxième lecture, relative à la lutte contre les discriminations*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2001, 16 p.

Jean-Luc WARSMANN, *Rapport n° 856 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 784), portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, t. II, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, 125 p.

Jean-Luc WARSMANN, *Rapport n° 1236-2ème partie fait au de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat (n° 1109), portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 novembre 2003, 99 p.

VII- ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS ET NOTES

Mustapha AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, p. 1357

Maite AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, « Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales : colectivos y difusos », *Revista Chilena de Derecho*, v. 33, n. 1. 2006, p. 69

Jacques AMAR, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *CCC*, 2002, chron. 2

Coralie AMBROISE-CASTEROT, « Rejet de la dissociation du préjudice des associations : préjudice collectif et préjudice associatif », *RSC*, 2007, p. 99

Soraya AMRANI-MEKKI, « le droit processuel de la responsabilité civile », *Études offerts à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 15

Soraya AMRANI-MEKKI, « La rengaine de l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 252, p. 3

Soraya AMRANI-MEKKI, « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP G*, n° 45, 2 novembre 2015, 1196

Soraya AMRANI-MEKKI, « Les actions de groupe sont-elles d'intérêt général ? », in Gilles J. GUGLIELMI (dir.) *L'intérêt général dans les pays de Common law et de droit civil*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 2017, p. 181

Paul AMSELEK, « Les fonctions normatives ou catégories modales », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2009, p. 51

Lydie ANCELOT, Myriam DORIAT-DUBAN, Bruno LOVAT, « Aide juridictionnelle et assurance de protection juridique : coexistence ou substitution dans l'accès au droit », *Revue française d'économie*, n° 4, 2012, p. 115

Ghislaine ALBERTON, « Et la Cour de cassation se fit plus « européeniste » que la CJUE », *AJDA*, 2018, p. 340

Antoinette ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la du 31 décembre 1987 », *RDP*, 1990, p. 1441

Jean-Marie AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *AJDA*, 1984, p. 136

Léon AUCOQ, « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoirs », *Revue des deux mondes*, t. 29, 1878, p. 26

Alexandra ARAGAO, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [Online], Hors-série 22 | septembre 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284>

Jacques AUDINET, « La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations », *RTD Civ.*, 1955, p. 213

Ludovic AYRAULT, « L'absence de modulation des sanctions fiscales par le juge et la Convention EDH : sens et conséquences de la décision *Segame* de la CEDH », *Dr.fisc.*, n° 29, 19 Juillet 2012, comm. 387

Ludovic AYRAULT, « Le «verrou de Bercy» après la loi du 23 octobre 2018 », *RFDA*, 2018, p. 1185

Maria José AZAR-BAUD, « L'action de groupe au service des consommateurs : Enjeux de la réforme », *LPA*, 2014, n° 128, p. 29

Maria José AZAR-BAUD, « Variations autour du régime de l'action de groupe », *JCP A*, n° 27, 6 Juillet 2017, 1380

Maria José AZAR-BAUD, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives. Revue de presse », *JCP E*, n° 50, 13 Décembre 2018, n° 1637

Mireille BACACHE, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2014, p. 450

Mireille BACACHE, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *EEI*, n° 8-9, août 2018, dossier 30

Clara BACCETTA, « La liberté d'association professionnelle dans les armées », *Les Champs de Mars*, 2001, p. 73

Guillaume BACTO, « L'Esprit des lois. La séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann », *RDP*, 1992, p. 617

Susan A. BANDES, « The Idea of a Case ». *Stanford Law Review*, Vol. 42, n° 2, 1990, p. 227

Monique BANDRAC, « L'action donnée au ministre de l'Economie et des Finances (art. L. 442-6-III c. com.) face à l'article 6 de la Convention EDH », *D.*, 2007, p. 2434

Monique BANDRAC, « A propos de l'action exercée par le ministre de l'économie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tétatologie juridique », *D.*, 2008, p. 3049

Hugo BARBIER, « La théorie de la représentation mutuelle des coobligés évincée par le droit d'accès au juge », *RTD Civ.*, 2015, p. 882

Denys de BECHILLON, Christophe JAMIN, « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.*, 2007, p. 2316

Robert BECK, « Esprit et genèse de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire », *Histoire, économie & société*, 2009, p. 5

Bernard BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le code civil », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1988, p. 77

Olivier BERG, « Le dommage objectif », *Liber amicorum : Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 595

Benjamin BLANCHET, « La robe et l'olivier - Les rapports entre le procureur et le préfet », *RFDA*, 2010, p. 1192

Florent BLANCO, « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA*, 2016, p. 2256

Olivier BEAUD, « Les associations professionnelles des ministères et les recours juridictionnels (1906-1914). Essai de sociologie de droit administratif », *RRJ*, 1983, p. 555

Denys de BECHILLON, « 9. Observations sur la motivation des arrêts », *JCP G*, supplément au n°1-2, 2016, p. 37

Florence BENOIT-ROHMER, « Note sous la décision n° 89-257 DC », *AJDA*, 1989, p. 801

Jean-Louis BERGEL, « La démolition d'un bien construit sur le terrain d'autrui et l'expulsion de ses occupants ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété », *RDI*, 2018, p. 446

François BEROUJON, « Le consommateur et le juge administratif. Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif dix ans après l'arrêt Société des eaux du Nord », *JCP A*, 2011, étude. 2181

Antoine BEVORT, « La réforme des règles de la représentativité syndicale (2008-2010) », *Idées économiques et sociales*, 2011, p. 8

Xavier BIOY, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel. Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, p. 144

Amandine BLANDIN, « La responsabilité du fait de l'interprétation jurisprudentielle d'une loi », *RFDA*, 2014, p. 1186

Georges BOLARD, « Qualité ou intérêt à agir ? », *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 597.

Pierre BON, « La responsabilité du fait des actes de tutelle », *RFDA*, 2000, p. 1096

Pierre BON, Denys de BECHILLON, « La responsabilité du fait de l'exercice par l'Etat du contrôle administratif sur les collectivités locales : vers l'application d'un régime de faute simple ? », *D.*, 2000, p. 249

Evelyne BONIS-GARCON, Olivier DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *JCP*, 2013. 955

Roger BONNARD, « Chronique administrative », *RDP*, 1907, p. 481

Roger BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, p. 697

Julien BONNET, Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821

Louis BORÉ, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.*, 1995, p. 267

Louis BORÉ, « La réparation des atteintes aux intérêts personnels des membres des groupements à but altruiste », *RFDA*, 1996, p. 544

André BOSCH, « Note de jurisprudence », *RDP*, 1922, p. 69

André BOSCH, « Les requêtes collectives », *RDP*, 1927, p. 349

Damien BOTTEGHI, Alexandre LALLET, « L'aménagement des lieux publics pour l'accès des personnes handicapées : l'État face à sa responsabilité », *AJDA*, 2010, p. 2207

Damien BOTTEGHI, Alexandre LALLET, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 2010, p. 2416

Julien BOUCHER, Edouard CRÉPEY, « Le Conseil d'État juge de cassation et la qualification juridique des faits », *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, Coll. Études, mélanges, travaux, 2007, p. 97

Bernard BOULOC, « L'exercice de l'action civile par mandataire », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, PUG, 1993, p. 41

Pierre BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, vol. 64, p. 3

Pierre BOURDON, « Les droits et obligations des personnes publiques en droit de la consommation », *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 436

Antoine BOURREL, « L'étendue du contrôle de cassation : faut-il séparer « appréciation souveraine » et « qualification juridique des faits » ? », *RFDA*, 1999, p. 124

Mathilde BOUTONNET, Laurent NEYRET, « Préjudice moral et atteintes à l'environnement », *D.*, 2010, p. 912

Pierre BOYER, « Ouverture aux associations de défense de l'environnement du contentieux du projet de remembrement enfin reconnue », *Dr. rural*, n° 3, mars 2005, comm. 55

Vincent BOYER, « Le jugement par ordonnance sur les requêtes relevant d'une série : précisions sur la notion de « tête de série » », *AJDA*, 2007, p. 1688

Xavier BRAUD, « La réforme de l'agrément du 12 juillet 2011 : Des objectifs louables, une occasion manquée ? », *RJE*, 2012, p. 63

François BRENET, Antoine CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA*, 2002, p. 529

Aurélien BRETONNEAU, Jean LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA*, 2014, p. 1035

Aurélien BRETONNEAU, Jean LESSI, « De l'opportunité et de la légalité en matière disciplinaire », *AJDA*, 2014, p. 1478

Aurélien BRETONNEAU, Jean LESSI, « Sanctions infligées aux agents publics : M. Lebon sort du Recueil », *AJDA*, 2013, p. 2432

Alexandre BRIARD, « Sale temps pour l'action de groupe... la nécessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse », *RLDC*, n° 157, 1^{er} mars 2018, p. 4

Jean BROUCHOT, « L'arrêt *Laurent Attbalin*, sa genèse, ses conséquences », *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1966, p. 411

Camille BROUELLE, « Vers un droit commun de l'enquête administrative en matière répressive ? », *RJEP*, n° 714, décembre 2013, comm. 49

Camille BROUELLE, « La responsabilité de l'État du fait de l'imprévisibilité d'une interprétation jurisprudentielle de la loi », *AJDA*, 2014, p. 2542

Pierre BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 5

Benoist BUSSON, « L'action en réparation du préjudice moral subi par les associations de protection de l'environnement », *AJDA*, 2015, p.174

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des *Amici Curiae* », *La conscience des droits, mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 72

Francis CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD Civ.*, 1985, p. 247

Jean CALAIS-AULOY, « Présentation du colloque », *Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs, Colloque*, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1976, p. 25

Jean CALAIS-AULOY, « La *class action* et ses alternatives en droit de la consommation », *LPA*, 2005, n° 115, p. 29

Gwénaële CALVES, « De manière générale... » : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553

Chantal CANS, « Le « ou » et le « et » : une association de lutte contre le nucléaire est-elle une association de protection de l'environnement ? », *AJDA*, 2006, p. 885

Chantal CANS, Emmanuel WORMSER, « Périmètre de l'agrément environnemental : les facéties du Conseil d'État », *AJDA*, 2016, p. 1460

Mauro CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC*, 1975, p. 571

Marjorie CARO, Françoise CHAMPEAUX, « La première action de groupe devant le TGI de Paris », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1809, 3 avril 2018, p. 6

Robert CARIN, Steven DUTUS, « L'étoile du recours en interprétation ne brillera-t-elle jamais ? », *Droit administratif*, mars 2020, comm. 15

Paul CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif ? », *RFDA*, 2009, p. 661

Paul CASSIA, « L'article 20 de la Constitution, marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *D.*, 2018, p. 1

Nicolas CAYROL, « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », *RTD Civ.*, 2016, p. 449

Bernard CERVEAU « L'uberisation de l'accès au droit », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 244, p. 3

Emmanuelle CLAUDEL, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD com.*, 2014, p. 339

Yves CLAISSES, note sous TA Paris, 8 juillet 1993 et CAA Paris, 3 novembre 1994, *LPA*, 1996, p. 10

Daniel CHABANOL, « Commentaire de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (Titre IV) », *AJDA*, 1995, p. 388

Murielle CHAGNY, Valérie PIRONON, « Les recours collectifs en droit du marché », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, Paris, Lextenso, 2014, p. 205

Yves CHAPUT, « De la cause et/ou de l'objet de la société ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stofflet*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand Université d'Auvergne, 2001, p. 26

Maxime CHARITE, « Etrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction ? », *AJDA*, 2015, p. 2253

François CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796

Jacques CHEVALLIER, « Les droits du consommateur usager de services publics », *Dr. soc.*, 1975, p. 77

Jacques CHEVALLIER, « L'association entre public et privé », *RDP*, 1981, p. 887

Jacques CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in Raphaël DRAI (dir.), *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF, CURAPP, 1985, p. 35

Jacques CHEVALLIER, « Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable », *La revue administrative. Histoire-Droit-Société*, 1996, *Le cinquantenaire du statut de la fonction publique*, p. 7

Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659.

Jacques CHEVALLIER, « Le débat public à l'épreuve. Le projet d'aéroport Notre-Dame des Landes », *AJDA*, 2013, p. 779

Jacques CHEVALLIER, « Consultations ouvertes et participation du public », in AFDA, *Les procédures administratives non contentieuses*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 191

Yves CLAISSE, note sous TA Paris, 8 juillet 1993 et CAA Paris, 3 novembre 1994, *LPA*, 19 février 1996, p. 10

Lucie CLUZEL-METAYER, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309

Maurice COHEN, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.*, 1990, p. 790

Marie-Anne COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *RFDC*, 2006, p. 713

Damien CONNIL, « De la nature et des finalités de l'*amicus curiae* », *AJDA*, 2015, p. 1545

Véronique COQ, « Qu'est-ce que la jurisprudence constante », *RFDA*, 2014, p. 223

Gérard CORNU, Note sous TGI Seine, 4 janvier 1960, *D.*, 1961, p. 638

Delphine COSTA, « L'ouverture du prétoire aux tiers contre les mesures purement gracieuses », *AJDA*, 2017, p. 1001

Claude COURVOISIER, « Autonomie et unité dans les cahiers de doléances », in Jacques MOREAU, Michel VERPEAUX (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes de 1789*, Paris, Economica, coll. Collection Droit public positif, 1992, p. 39

Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997 », *AFDI*, 1997, p. 572

Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « L'activité de la Cour européenne des droits de l'homme en 1998 et 1999 », *AFDI*, 1999, p. 761

Thomas COUSTET, « La « procédure de l'arrêt pilote » entre les mains de la garde des Sceaux », *Daloz Actualité*, 26 mars 2018

Chiara CUDIA, « Interessi diffusi e collettivi [dir. amm.] » (URL : http://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/)

Bertrand DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA*, 2014, p. 2053

Tatiana DAILLER, « L'identité et le bonheur », in Réseau européen de recherche en droits l'Homme, *Le droit au bonheur*, Paris, Fondation Varenne, coll. Colloques et essais, 2016, p. 111

Anne DANIS-FATÔME, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/revdh/2051?lang=en>

Henri-Michel DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA*, 2001, p. 416

Olivier DARD, « Le corporatisme en France à l'époque contemporaine : tentative de bilan historiographique et perspectives de recherches », *Histoire, Économie et Société*, Vol. 35, 2016, p. 48

Emmanuel DECAUX, « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit », *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois Auteur. Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2008, p. 217

Georges DECOCQ, « Les sentences déclaratoires », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, p. 830

Thomas DECREUS, « Beyond représentation ? A critique of the concept of the referent », *Representation*, 2013, p. 33

Meryem DEFFAIRI, « L'action en reconnaissance de droits », *RDP*, 2017, p. 1214

Benjamin DEFOORT, « L'ordre intérieur à bout de souffle », *RFDA*, 2016, p. 75

Maryse DEGUERGUE, « Le sens de la responsabilité environnementale », *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo. Terres du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 573

Maryse DEGUERGUE, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2015, p. 132

Maryse DEGUERGUE, « Les imperfections de la responsabilité administrative environnementale », *AJDA*, 2018, p. 2077

Pierre DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux. Le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers », *RFDA*, 1984, p. 32

Pierre DELVOLVÉ, « la justice hors du juge », *cab. dr. entr.*, 1984, n° 27, p. 15

Pierre DELVOLVÉ, « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », *Dr. adm.*, 1993, chron. 10

Pierre DELVOLVÉ, « La définition des actes administratifs », *RFDA*, 2016, p. 38

Pierre DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754

Hubert DELZANGLES, « Le refus de sanctionner », *JCP A*, n° 11, 11 mars 2013, 2078

Pascale DEUMIER, « Pouvoir créateur du juge et tradition judiciaire française », *RTD. Civ.*, 2005, p. 88

Pascale DEUMIER, « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », *D.*, 2015, p. 1720

Pascale DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTD Civ.*, 2016, p. 65

Pascale DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, p. 578

Pascale DEUMIER, « Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence », *RDP*, 2016, p. 815

Pascale DEUMIER, « Interpréter la loi absurde », *RTD Civ.*, 2018, p. 61

Renaud DENOIX de SAINT-MARC, « les considérations de fait devant le Conseil d'État, juge de cassation », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 135

Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, 2010, n° 4, p. 11

David DEROUSSIN, « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation au pluralisme juridique ? », *Les Études Sociales*, n° 1, 2013, p. 147

Mathieu DISANT, « La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle », *RFDA*, 2011, p. 1181

Léon DUGUIT, « Les syndicats de fonctionnaires », *Revue politique et parlementaire*, 1906, p. 28

Léon DUGUIT, « Le syndicalisme », *Revue politique et parlementaire*, 1908, p. 472

Edouard DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'Homme. En marge de l'arrêt D.H. et autres contre République tchèque du 7 février 2006 », *RTDH*, 2006, p. 851

Edouard DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne : rénovation ou révolution ? Épilogue dans l'affaire D. H. e.a. c. République tchèque », *RTDH*, 2008, p. 821

Claude DUCOULOUX-FAVARD, « L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », *RIDC*, 1992, p. 849

Henri DUPEYRON, « L'action collective », *D.*, chron. XXX, 1952, p. 153

Xavier DUPRÉ de BOULOIS, « La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDP*, 2000, p. 1791

Xavier DUPRÉ de BOULOIS, « Le juge, la loi et la CEDH », *RDLF*, 2015, chron. n°8. (URL : <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/le-juge-la-loi-et-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/>)

Yann-Arzel DURELLE-MARC, « Le « citoyen administratif » : les données théoriques et historiques d'une quadrature », *RFDA*, 2008, p. 7

Domitille DUVAL-ARNOULD, « La convergence des jurisprudences administrative et judiciaire », *AJDA*, 2016, p. 355

Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA*, 2016, p. 479§

Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, p. 1398

Virginie DUTOYA, Samuel HAYAT, « Prétendre représenter. La construction sociale de la représentation politique », *RFSP*, 2016, p. 7

Camille DREVEAU, « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.*, 2011, p. 249

Gabriel ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 2012, p. 631

Charles EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques », *JCP*, 1949, I, 751

Charles EISENMANN, « « L'Esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1977, p. 163

Rafael ENCINAS de MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.*, 2005, p. 88

Aude-Solveig EPSTEIN, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 1236

Gweltaz EVEILLARD, « La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux », *AJDA*, 2015, p. 2474

Gweltaz EVEILLARD, « Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », *AJDA*, 2017, p. 101

Damien FALLON, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », *RBDC*, 2017, p. 129

Gérard FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Karine ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité. Étude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité », in Laurence GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014, p. 354

Louis FAVOREU, « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », *Mélanges en l'honneur du Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2007, p. 607

Nathalie FERRE, « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique », *Rev. trav.*, 2020, p. 178

Jean-François FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2008, p. 978

Pascale FOMBEUR, Mattias GUYOMAR, « Domaines respectifs de l'appréciation souveraine des juges du fond et de la qualification juridique », *AJDA*, 1999, p. 789

Patricia FOUCHER, « L'action de groupe : vers une consécration ? », *INC Hebdo*, 20-26 juin 2005, p. I

Norbert FOULQUIER, « De la protection des droits... à l'insécurité juridique. Observations sous les arrêts *McElhinney c. Irlande*, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et *Fogarty c. Royaume Uni* du 21 novembre 2001 de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2003, p. 1203

Norbert FOULQUIER, « L'analyse socio-historique du discours juridique. Du concept de droit subjectif en droit administratif à la construction de l'État », Liora ISRAEL, Guillaume SACRISTE, Antoine VAUCHEZ, Laurent WILEMEZ (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 43

Jacques FOURNIER, Guy BRAIBANT, « Chronique de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1956, p. 486

Jean FOYER, « La judiciarisation en délire ou de l'abus de droit en un nouveau sens », *Mélanges François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 749

Hugues FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.*, 2016, p. 1472

Hugues FULCHIRON, « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *D.*, 2018, p. 467

Patrick FRASSEIX, « La « subjectivisation » du droit administratif », *LPA*, 2004, n° 207, p. 12

Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Autorités administratives incomprises (AAI) », *JCP G 2010*, act. 1166, Libres propos

Yves GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratifs par les avis du Conseil d'État », *La revue administrative*, n° 1, 1999, p. 97

Yves GAUDEMET, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 561

Yves GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, p. 1625

François GAUDU, « Commentaire de la loi n° 89-549 du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *D.*, 1990, p. 1

Pierre-Yves GAUTHIER, « Eloge du syllogisme », *JCPG*, 2015, 902, p. 1494

Pierre-Yves GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau » », *JCPG*, n° 7, 15 Février 2016, 189

Laurence GAY, « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *RDSS*, 2010, p. 1061

Albane GESLIN, « Une brève historiographie du « pluralisme juridique » : quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, n°15, 2019, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cliothemis.com/Une-breve-historiographie-de#nb17>

Jean-Marc GOLDANEL, « L'introduction des *class actions* en France », *Gaz. Pal.*, n° 270, 27 septembre 2005, p. 3

Arnaud GOSSEMENT, « L'accès à la justice en matière environnementale. Débat », *RJE*, 2009, p. 58

Romain GODET, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA*, 2002, p. 957

Marc GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 49

Serge GUINCHARD, « L'action de groupe en procédure civile française », *RIDC*, 1990, p. 613

Serge GUINCHARD, « Les moralistes au prétoire », *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 477

Serge GUINCHARD, « Une class action à la française ? », *D.*, 2005, p. 2180

Serge GUINCHARD, « Entre identité nationale et universalisme du droit : l'idée et le processus d'introduction d'un recours collectif en droit français », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, 2008, p. 297

Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Frédérique TERRAND, Tony MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.*, 2015, p. 278

Yves GUYON, « Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs ? », *Rev. sociétés*, 1995, p. 213

Stacy GRELET, « Une pierre dans mon jardin : ce que les Nimby's nous apprennent de l'hospitalité », *Revue Vacarme*, 2007, p. 32

Cédric GROULIER, « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? », *Droits*, 2009, p. 247

Guy HAARSCHER, « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH*, 1990, p. 231

Hadi HABCHI, « Délai raisonnable de recours et licenciement des salariés protégés », *AJDA*, 2017, p. 878

Anissa HACHEMI, « L'action de groupe devant la juridiction administrative », *RDP*, 2017, p. 1203

Jean-Louis HALPERIN, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », in Xavier ROUSSEAU, Marie-Sylvie DUPONT-BOUCHAT, Claude VAEL (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales*, Paris, L'Harmattan, 1999, p.109

Philippe S. HANSEN « Le recours abusif dans le contentieux de l'urbanisme », *BJDU*, 2005, p. 234

Maryvonne HECQUARD-THERON, « De l'intérêt collectif... », *AJDA*, 1986, p. 65

Jean-Claude HELIN, « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », *RFDA*, 1987, p. 766

Bernard HEMERY, « Pour un contrôle de la dénaturation des faits par la Cour de cassation », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 289

Ludovic HENNEBEL, « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 641

Michel HENRY, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », *Droit ouvrier*, p. 112

André HEURTE, « Les requêtes collectives », *AJDA*, 1961, p. 527

Marie-Angèle HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 66^e année, n° 1, 2011, p. 173

Jacques HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée pu rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 131

Sophie HOCQUET-BERG, « La solidarité nationale réduite à peau de chagrin », *Resp. civ. et assur.*, 2015, étude 2

Mathias HOUSSIN, « Critique de la reconnaissance du préjudice moral des personnes morales », *D.*, 2018, p. 366

Christian HUGLO, Alexandre MOUSTARDIER, Julien GIRARD, « Médiation, action de groupe... Le droit et le contentieux de l'environnement face aux nouvelles procédures instituées par la loi Justice du XXI^e siècle », *LPA*, n°91-92, 2017, p. 7

Sylvain HUL, « L'incidence de la variation des faits de l'espèce dans le règlement des « séries » par voie d'ordonnances », *AJDA*, 2005, p. 1915

Marie-Laure IZORCHE, « À propos du mandat sans représentation », *D.*, 1999. Chron. 369, p. 369

Anne JACQUEMET-GAUCHE, « Pouvoir d'injonction et action en déclaration de droits. Une comparaison franco-allemande », *RFDA*, 2015, p. 662

Guy JAEHNERT, « La jonction : le point sur une technique contentieuse », *AJDA*, 2003, p. 2364

Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, p. 199

Jean-Paul JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *RSC*, 2005, p. 670

Didier JEAN-PIERRE, « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *JCP A*, 2010, n° 2284

Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUENAUD, Christophe JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061

Emmanuel JEULAND, « Note sous Cass. soc., 1^{er} février 2000, *Société Servair c. Lasne et a.* ; Cass. soc., 1^{er} février 2000, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy c. Société Servair* », *JCP G.*, 2001, II, 10451

Emmanuel JEULAND, « Quelques questions sur l'action « à la française » », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2010, p. 752

Emmanuel JEULAND, « Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe », *JCPG*, Septembre 2013 - n° 37, 927, p. 1610

Gaston JÈZE, « Du rôle des préfets en France. CE, 20 janvier 1911, *Delpéch* », *RDP*, 1911, p. 276

Gaston JÈZE, « La tierce opposition et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1913, p. 338

Gaston JÈZE, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1924, p. 592

Gaston JÈZE, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1928, p. 138

Jean JOANA, « La « condition militaire » inventions et réinventions d'une catégorie d'action publique », *Revue française de science politique*, 2002, p. 449

Patrice JOURDAIN, « Action associative : la Cour de cassation retient une conception large du préjudice moral des associations de défense de l'environnement », *RTD Civ.*, 2011, p. 765

Jacques JULLIARD, « La charte d'Amiens, cent ans après. Texte, contexte, interprétations », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2006, p. 5

Fabrice JURY, Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'œil », *RFDA*, 2019, p. 55

Francis KERNALEGUEN, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 771

Daniel LABETOUILLE, « Contentieux de l'urbanisme : « il faut modifier le comportement des acteurs » », *AJDA*, 2013, p. 1188

Isabelle LACOURT, « Des catégories de l'action publique à l'épreuve de la subjectivité », *in*, Fabrizio CANTELLI et Jean-Louis GENARD (coord.), *Action publique et subjectivité*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, t. 46, 2007, p. 219

Bertrand de LAMY, « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *RSC*, 2018, p. 163

Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Méconnaissance du principe d'égalité et choix du mode d'alignement », *AJDA*, 2004, p. 1923

Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Le juge, la gomme et le crayon », *AJDA*, 2005, p. 1002

Elise LANGELIER, « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le recours en annulation », *AJDA*, 2012, p. 417

Daniel LABETOUILLE, « Bande à part ou éclairé ? », *AJDA*, 2013, p. 1897

Marcel LALIGANT, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP*, 1971, p. 43

Christine LAZERGE, « Les mandats tacites », *RTD Civ.*, 1975, p. 222

Sébastien LEA, « Le NIMBY est mort. Vive la résistance éclairée : le cas de l'opposition à un projet de décharge, Essonne, France. », *Sociologies pratiques*, 2013, p. 145

Olivier LE BOT, « Chronique de contentieux administratif : décisions de juillet à septembre 2014 », *JCP A*, 2014, n° 6, 9 Février 2015, 2029, p. 3

Gilles LEBRETON, « L'intérêt à agir partiel », *RFDA*, 1988, p. 923

Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « L'intervention de l'État dans la constitution des sociétés anonymes (1807-1867) », *Revue historique de droit français et étranger*, 1981, p. 383

Robert LEGROS, « Considérations sur le fait et le droit », *Rev. dr. pén. crim.*, 1961-1962, p. 839

Fabrice LEMAIRE, « Les requérants d'habitude », *RFDA*, 2004, p. 554

Félicien LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301

Jacques LEROY, « La place de la partie lésée dans le procès pénal révolutionnaire », *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, p. 105

Jean LESSI, Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, « Le juge de cassation redéfinit son contrôle sur le choix de la sanction », *AJDA*, 2015, p. 749

Rémy LIBCHABER, « Arrêt de règlement et Coupe du monde de football », *RTD. Civ.*, 1998, p. 784

Rémy LIBCHADER, « La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel », *RTD Civ.*, 2003, p. 157

Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI, « Irrecevabilité de la requête d'une association de défense des intérêts professionnels des militaires », *AJDA*, 2009, p. 148

Claude LIENHARD, « Le droit pour les associations de défense des victimes d'accidents collectifs de se porter partie civile (art. 2-15 du code de procédure pénale) », *D.*, 1996, p. 314

Jean LIMPENS, « La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé », *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 559

Danièle LOCHAK, « La société civile : du concept au gadget », in CURAPP, *La société civile*, Paris, PUF, coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1986, p. 44

Danièle LOCHAK, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, hivers 2003-2004, p. 13

Danièle LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013. disponible en ligne à l'adresse suivante: <http://revdh.revues.org/187>

Jacques LOLLIVE, « La montée en généralité pour sortir du NIMBY. La mobilisation associative contre le TGV méditerranée », *Politix*, 1997, p. 109

Bertrand LOUVEL, « Réflexion à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326

Alexandre LUNEL, « Les sociétés de secours mutuels sous le Second Empire. Exemple du département de Seine-et-Oise », *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, p. 89

Patrick M. MC FADDEN, « The Balancing test », *Boston College Law Review*, 1988, p. 585

Xavier MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 762

Daniel MAINGUY, *A propos de l'introduction de la class action en droit français*, *D.*, 2005, p. 1282

Herbert MAISL, Céline WIENER, Jean-Marie WOERLING, « Un décret ne fait pas le printemps », *AJDA*, 1984, p. 144

Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par *Danthony* », *AJDA*, 2014, p. 501

Olga MAMOUDY, « Encadrement de la possibilité pour le juge national de la possibilité de maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union », *AJDA*, 2016, p. 2239

Olga MAMOUDY, « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA*, 2016, p. 2267

Bertrand MARTIN-LAPRADE, « Le filtrage des pourvois et les avis contentieux », *AJDA*, 1988, p. 96

Léa MAULLET, « Le principe *ne bis in idem*, objet d'un « dialogue » contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2017, n° 109, p. 112

Cristina MAURO, « *Ne bis in idem* : un tremblement de terre ? », *AJ pénal*, 2015, p. 172

Jacques MARTIN, Raymond MARTIN, « L'action collective », *JCP*, 1984, I, 3162

Jean MASSOT, « Direction du gouvernement et conduire la politique de la Nation », *Rev.adm*, mars-avril 1980, p. 125

Jean-Pierre MARGUENAUD, Florence BURGAT, Jacques LEROY, « La personnalité animale », *D.*, 2020, p. 28

Bertrand MATHIEU, Sophie DION-LOYE, « Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini », *Dr. soc.*, 1990, p. 530

Danièle MAYER, « Note sous Cour d'Assises de Paris, 15 décembre 1977 », *D.*, 1978, p. 61

Noel-Jean MAZEN, « Le recours collectif : réalité québécoise et projet français », *RIDC*, 1987. p. 373

Jacques MEGRET, « *L'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire* », in Conseil d'État, *Etudes et documents*, Paris, Imprimerie nationale, v.7, 1953, p.77

Fabrice MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *RFDA*, 2001, p. 1086

Fabrice MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, p. 71

Fabrice MELLERAY, « En a-t-on fini avec la « théorie » des actes de gouvernement ? », *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1317

Fabrice MELLERAY, « La réforme de l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1364

Marie MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/revdh/3972?lang=en>

Cédric MEURANT, « L'« édénisation » de l'office du juge de l'excès de pouvoir, Note sous CE, Sect., 21 déc. 2018, Soc. Eden, n° 409678, au Lebon », *Revue générale du droit on line*, 2019, numéro 48863 (URL : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=48863).

Léon MICHOU, « De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *RDP*, 1895, p. 417

- Léon MICHOUDE « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, p. 5, p. 93
- Nicolas MOLFESSIS, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p. 947
- Marianne MOLINER-DUBOST, « Démocratie environnementale et participation des citoyens », *AJDA*, 2011, p. 259
- Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Droit et politique de l'urbanisme, intervention au 89e congrès des Notaires de France », *LPA*, 21 avril 1993, p. 16
- Valéry MULLER, « Portée de la règle de l'examen préalable et particulier pour prendre une décision non réglementaire », *AJDA*, 2007, p. 419
- Séverine NADAUD, Jean-Pierre MARGUENAUD, « Chronique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (août 2011/juillet 2012) », *RJE*, 2012 p. 697
- Karl Heinz NEUMAYER, « Les droits sans sujet », *RIDC*, 1960, p. 342
- Jean-Paulin NIBOYET, « Le décret-loi du 12 avril 1939 relatif aux associations », *Travaux du Comité français de droit international privé*, n° 6, 1946, p. 53
- Laurence NICOLAS-VULLIERME, Silvia PIETRINI, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », in Martine BEHAR-TOUCHAIS, David BOSCO, Catherine PRIETO (dir.), *L'intensification des actions en réparation des dommages concurrentiels*, Paris, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, tome 70, 2016, p. 299
- Rozen NOGUELLOU, « Intérêt pour agir et contentieux de l'urbanisme », *Études offerte au professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 235
- Rozen NOGUELLOU, « La décision administrative et son destinataire », *RFDA*, 2013, p. 735
- Arnaud NUYS, « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004 p. 745
- Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, « Ci-gît la neutralité de la jonction », *AJDA*, 2017, p. 1213
- Vittorio Emanuele ORLANDO, « Du fondement juridique de la représentation politique », *RDP*, 1895, p. 1
- Hélène PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », *JCPA* n° 11, 11 mars 2013, 2072, Étude
- Annabelle PENA, « À la recherche de la liberté personnelle désespérément », *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz-Sirey, 2007, p. 1695
- Gilles PELLISSIER, « Le principe général d'égalité, principe de régulation du pouvoir normatif de l'Administration », *RJEP*, n° 696, avril 2012, comm. 22
- Alix PERRIN, « Le renforcement de l'obligation d'agir des autorités de police », *AJDA*, 2015, p. 2277
- Alix PERRIN, « Le plein contentieux objectif et le contentieux de droit commun », *RFDA*, 2015, p. 741
- Alix PERRIN, Meryem DEFFAIRI, « Le juge administratif, garant de la qualité de l'air », *AJDA*, 2018, p. 167
- Roger PERROT, « Du « provisoire » au « définitif » », *Le juge entre deux millénaires, Mélanges Draï*, Paris, Dalloz, 2000, p. 447
- Jacques PETIT, « La réparation en nature du préjudice dans le droit administratif de la responsabilité non contractuelle », *RFDA*, 2020, p. 333
- Otto PFERSMANN, « Le problème des normes paratopiques » in Michel FROMONT, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thales MORAIS DA COSTA, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, Bibiana GRAEFF, Tanisia MARTINI VILARINO (dir.), *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 557
- Benoît PLESSIX, « Intérêt général et souveraineté », *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2015, p. 519
- Etienne PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6
- Sylvie PIERRE-MAURICE, « Le code de procédure civile et les maximes », *revue Scientia juris* n°2, in *Revue générale du droit en ligne*, 2013, p. 12

Isabelle POIROT-MAZERES, « Les décisions d'espèce », *RDP*, 1992, p. 403

Jean-Marie PONTIER, « la subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, p. 1520

Jean-Marie PONTIER, « Le XIXe rapport sur le contrôle de légalité », *La Revue administrative*, 2005, n° 346, p. 391

Jean-Marie PONTIER, « Evolutions récentes de l'intérêt à agir des syndicats », *AJDA*, 2006, p. 940

Janine PONTY, « Les étrangers et le droit d'association au XXe siècle », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n°69, 2003, p. 24

Florian POULET, « La médiation en droit public », *Archive de philosophie du droit*, « La médiation », t. 61, 2019, p. 55

Tristan POUTHIER, « Tierce opposition et environnement », *AJDA*, 2015, p. 1805

Dominique POUYAUD, « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation. La pratique », in *Mouvement du droit public. Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 935

Pascal PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.*, 2016, p. 74

Jérôme PREVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence Gonzalez-Gomez », *RFDA*, 2017, p. 855

Michel PRIEUR, « Pourquoi une Revue juridique de l'environnement ? », *RJE*, 1976, p. 3

Michel PRIEUR, « Critère de l'agrément. Appréciation du caractère désintéressé de l'activité d'une association. Tribunal Administratif de Rennes - 21 novembre 1979. Association Bevan E. Trebeurden », *RJE*, 1980, p. 236

Michel PRIEUR, « Associations. Agrément. Critère. But de l'association. Actions désintéressées en faveur de l'environnement. Importance numérique des effectifs. Conseil d'Etat, 13 novembre 1981 *Ministre de l'Environnement et du Cadre de Vie c/Déproper* (N° 26613) », *RJE*, 1982, p. 177

Michel PRIEUR, « L'administration de l'environnement », *RJE*, 1983, p. 105

Max QUERRIEN, « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'État dans l'élaboration du statut de la fonction publique », Conseil d'État, *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Paris, Sirey, 1952, p. 311

Christophe RADE, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *D.*, 2012, p. 112

Marine RANOUIL, « Action de groupe, assurance et fonds d'indemnisation », *JCPG*, n° 26, 26 Juin 2017, doctr. 747

Fabien RAYNAUD, Pascale FOMBEUR, « Qualité pour ester en justice de l'organe tenant des statuts le pouvoir de représenter en justice l'association ou le syndicat », *AJDA*, 1998, p. 413

Mahasti RAZAVI, Charles BOUFFIER, « L'action en suppression de clauses illicites ou abusives au lendemain de la loi Macron. Retour sur le délicat passage d'une action préventive à une action curative », *CCC*, février 2016, étude 2

Didier RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *RBDC*, 1999, p. 237

François RIGAUX, « L'élaboration d'un « Right of Privacy » par la jurisprudence américaine », *RIDC*, 1980, p. 701

Dominique RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD eur.*, 2013, p. 267

Jean RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.*, 1947, chron., p. 149

Jean RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, p. 280

Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, Chron. 37

Jean RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1965, p. 360

Agnès ROBLOT-TROIZIER, Guillaume TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence », *RFDA*, 2013, p. 141

Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, p. 89

Karine RODRIGUEZ, « Cessation d'agissement illicite : la faveur accordée aux associations de consommateurs agissant en justice », *JCP E*, 2010, 1722

Louis ROLLAND, « Chronique administrative : Le projet de loi sur les associations de fonctionnaires », *RDP*, 1907, p. 15

Louis ROLLAND, « Chronique administrative : Les deux grèves des postes et le droit public », *RDP*, 1909, p. 287

Louis ROLLAND, Note sous Chambres réunies, 15 juin 1923, *D.*, 1924, 1, p. 20

Diane ROMAN, « Rapport de synthèse du colloque "Vulnérabilité et droits fondamentaux" - 19 & 20 avril 2018 - Université de la Réunion », *RDLF*, 2019 chron. n°19

Corine ROUGEAU-MAUGER, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratique restrictive de la concurrence », *RTD Com*, 2010, p. 653

Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 491

Aude ROUYERE, « Variations jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques », *RFDA*, 2008, p. 1011

Claude ROY-LOUSTAUNAU, « L'action de substitution des syndicats en matière de requalification de contrat à durée déterminée : l'information du « salarié substitué » », *Dr. soc.*, 2000, p. 516

Céline RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015, p. 3

Nuria RUIZ PALAZUELOS, « La regulación de la regulación económica en Francia: planteamientos doctrinales y previsiones normativas », *Revista Vasca de Administración Pública*, 2019, p. 259

Thierry S. RENOUX, « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *D.*, 2018, p. 953

Guillaume RIVEL, « La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence, *inelegantia juris* ? », *D.*, 2008, p. 237

Claire SAAS, « L'action civile paralysée par le consentement impossible », *AJ pénal*, 2008, p. 83

Jean de SAINT-SERNIN, « Le Défenseur des droits et le juge administratif : d'une coopération informative réciproque à un appui juridictionnel limité », *RFDA*, 2018, p. 332

Raymond SALEILLES, « La représentation proportionnelle », *RDP*, 1898, p. 215 et 385

Pierre SARGOS, « L'organisation et le fonctionnement de la chambre sociale de la Cour de cassation : la mission normative au péril de l'effet de masse », *Dr. soc.*, 2006, p. 48

Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *Revue des contrats*, 2014, p. 471

Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation », *Revue des contrats*, 2016, p. 97

André SAUVAGEOT, « Note sous CE, Sect., 21 novembre 1952, *Union Fédérale des magistrats* », *JCP*, 1953, II, 7384-7835

Julia SCHMITZ, « Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond », *RFDA*, 2014, p. 502

Jean-Éric SCHOETTL, « L'examen par le Conseil constitutionnel de la loi portant réforme des retraites », *LPA*, 15 septembre 2003, p. 3

Olivier de SCHUTTER, « Les cadres du jugement juridique », *Annales de droit de Louvain*, 1998, p. 177

Rémy SCHWARTZ, Christine MAUGUE, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1992, p. 477

Arnaud SEE, Romain RAMBAUD, « Peut-on se passer de la notion de régulation ? », in AFDA, *Les controverses en droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017, p. 130

Bertrand SEILLER, « La contestabilité du refus d'une mesure gracieuse », *Gaz. Pal.*, 2017, p. 422

Bertrand SEILLER, « Assez d'AC ! », *AJDA*, 2018, p. 937

Evelyne SERVERIN, Tiennot GRUMBACH, « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *Rev. trav.*, 2010, p. 457

Linos-Alexandre SICILIANOS, « La « réforme de la réforme » du système de protection de la CEDH », *AFDI*, 2003, p. 630

Frédéric STASIAK, « Sacs de « nœuds » *bis in idem* : cumul de sanctions pénales et administratives en droit de l'Union européenne », *RSC*, 2018, p. 524

Henri STILLMUNKES, « Combien peut coûter l'abus du droit d'ester en justice ? », *AJDA*, 2016, p. 914

Philippe STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice moral des personnes morales », *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2007, p. 959

Christopher STONE, « Should trees have standing ? Towards legal rights for natural objects », *Southern California law Review*, 45-2, 1972, p. 148

Denys SIMON, « les adages et le droit écrit », *RFDA*, 2014, p.17

Jean SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529

Serge SLAMA, « Le droit aux conditions matérielles d'accueil : obligation de moyens ou de résultat ? », *CPDH*, 8 septembre 2010 (disponible en ligne à l'adresse : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/09/08/le-droit-aux-conditions-materielles-daccueil-des-demandeurs-dasile-obligation-de-moyens-ou-de-resultats-a-propos-de-ce-ref-13-aout-2010-ministre-de-limmigration-c-m-mbala-nzuzi/>)

Jean de SOTO, « L'Individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, t. 2, 1974, p. 767

Xavier SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, p. 315

Philippe SUBRA, « Ce que le débat public nous dit du territoire et de son aménagement », *Géocarrefour*, 2006, p. 287

Frédéric SUDRE, « Principe *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G*, 30 mars 2015, n° 13, 605-609

Alain SUPIOT, « La protection du droit d'agir en justice », *Dr. soc*, 1985, p. 774

Catherine TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 153

Sophie THERON, « L'effet « déclaratif » d'un acte ou d'un jugement », *AJDA*, 2011, p. 2100

Frédéric TIBERGHIE, Bruno LASSERRE, « Chronique de droit administratif », *AJDA*, 1982, p. 81

Adolphe TOUFFAIT, André TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 1974, p. 487

Sébastien TOUZE, « Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2016, p. 847

Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 284

François-Guy TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression », *Rev. sociétés*, 2004, p. 261

Nicolo TROCKER « Gli interessi difusi nell 'opera della giurisprudenza », *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale*, 1987, p. 1112

Michel TROPER, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 950

Didier TRUCHET, « L'autorité de police est-elle libre d'agir ? », *AJDA*, 1999, n° spécial, p. 81

Élise UNTERMAIER-KERLEO, « Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang », *RFDA*, 2013, p. 285

Elise UNTERMAIER-KERLEO, « La double définition de l'acte réglementaire », *AJDA*, 2017, p. 1725

Agathe VAN LANG, « Le juge administratif, l'État et les algues vertes », *AJDA*, 2010, p. 900

Agathe VAN LANG, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État », *RFDA*, 2019, p. 652

Jérémie VAN MEERBEECK, « Penser par cas...Et par principes », *RIEJ*, 2014, p. 77

Daniel VEAUX, Paulette VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Mélanges Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547

Paulette VEAUX-FOURNERIE, « L'obligation de consignation imposée à la partie civile », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pedone, 1980, p. 435

Georges VEDEL « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 698

Koester VEIT, « Le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus : un panorama des procédures et de la jurisprudence », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2007, p. 251

Jean-Claude VENEZIA, « Les mesures d'applications », *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 673

Jean-Maurice VERDIER, « Licenciement économique : droit des syndicats d'ester en justice au lieu et place du salarié », *Rev. jur. soc.* 1990, p. 3

Joe VERHOEVEN, « La notion d' « applicabilité directe » du droit international », *RBDI*, 1980, p. 244

Michel VERPEAUX, « L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », *D.*, 2007, p. 258

Geneviève VINEY, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs », *JCP G*, 1988, I, 3385

Henri VIZIOZ, Paul RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière civile », *RTD Cin.*, 1945, p.135

Louis VOGEL, « Intervention lors de l'atelier « La protection des consommateurs face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, 1996, n° 90, p. 44

Pierre WALDECK-ROUSSEAU, « Consultation à propos du jugement du tribunal de commerce de Nice du 15 juin 1886, *Rosset c. Dalmas* ès qualités, *Recueil périodique de procédure*, 1887, p. 49

Marcel WALINE, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1973, p. 1323

Patrick WASCHMANN, « Note sous décision n° 88-244 DC », *AJDA*, 1988, p. 757

Rachel WASS, « L'influence contentieuse des « avis sur des questions de droit » », *LPA*, 2011, p. 3

Véronique WESTER-OUISSE, « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP G*, n° 10-11, 4 Mars 2009, doct. 121

Georges WIEDERKEHR, « la légitimité de l'intérêt pour agir », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010, p. 877

Cyril WOLMARK, « Les transformations du droit français de la représentation collective », in Antoine LYON-CAEN, Olivier LECLERC (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Paris Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 163

VIII- CONCLUSIONS

Yann AGUILA, Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, *RFDA*, 2008, p. 1147

Jacques ARRIGHI de CASANOVA, Conclusions sur CE, Sect., 10 juillet 1995, *Laplave*, *AJDA*, 1995, p. 745

Jacques BIANCARELLI, « Associations. Agrément. Critère. But de l'association. Actions désintéressées en faveur de l'environnement. Importance numérique des effectifs. Conseil d'Etat, 13 novembre 1981 *Ministre de l'Environnement et du Cadre de Vie c/Déproper* (N° 26613) », *RJE*, 1982, p. 172

Antoine BERNARD, Conclusions sur CE, Sect., 23 juin 1972, *Syndicat des métaux CFDT des Vosges*, Rec. Lebon, p. 474

Nicolas BOULOUIS, Conclusions inédites sur CE, Sect., 11 décembre 2008, *Association de Défense des Droits des Militaires (ADEFDROMIL)*, n°s 306962, 307403, 307405

Nicolas BOULOUIS, « La double notion d'« inconventionnalité » de la loi. Conclusions sur CE, sect., 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n°s 314449 et 314580 », *RFDA*, 2011, p. 124

Damien BOTTEGHI, « Intérêt à agir dans une procédure répressive », *RJEP*, n° 712, octobre 2013, comm. 42.

Aurélien BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Conclusions sur Conseil d'Etat, assemblée, 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez*, n° 396848 », *RFDA*, p. 740

Louis CORNEILLE, Conclusions sur CE, 17 janvier 1913, *Fedel*, *D.*, 1916, 3, p. 67

Louis CORNEILLE, Conclusions sur CE, 10 juin 1921, *commune de Monségur*, n° 45681, *RDP*, 1921, p. 373

Edouard CRÉPEY, « Joindre ou ne pas joindre dans le contentieux fiscal », *AJDA*, 2015, p. 2500

Edouard CRÉPEY, Conclusions inédites sur CE, Sect., 25 juillet 2013, *OFPPA c. Mme Edosa Felix*, n° 350661

Edouard CRÉPEY, « L'exclusion des actes réglementaires du champ du référé-mesures utiles », *RFDA*, 2015, p. 491

Edouard CRÉPEY, Conclusions inédites sur CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571

Bertrand DACOSTA, « De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994 », *RFDA*, 2014, p. 425

Isabelle DE SILVA, « Appréciation de l'urgence et refus de titre de séjour. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Ameur* », *RFDA*, 2001, p. 673

Martine DENIS-LINTON, « Les conditions d'une demande d'avis contentieux. Conclusions sur Conseil d'État, Section (avis), 6 octobre 1995, *M. Chevillon* », *RFDA*, 1996, p. 353

Xavier DOMINO, « Le contrôle du juge de cassation en matière de sanctions contre les fonctionnaires », *AJDA*, 2015, p. 1047

Xavier DOMINO, « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA*, 2017, p. 19

Francis DONNAT, « Principe d'égalité et règle de non-cumul des indemnités d'éloignement allouées aux fonctionnaires mariés de l'État. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 15 juillet 2004, *M. et Mme Leroy* », *RFDA*, 2004, p. 908

Pascale FOMBEUR, Conclusions inédites sur CE, 1^{ère} et 2^e sous-sections réunies, 21 février 2000, n° 204478

Jean-Michel GALABERT, « Conclusions sur CE, Ass. 2 juillet 1965, *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France* », *AJDA*, 1965, p. 493

Michel GENTOT, Conclusions sur CE, Ass., 7 mai 1971, *Sastre*, Rec. Lebon, 1971, p. 335

Claude HEUMANN, Conclusions sur CE, Sect., 13 novembre 1959, *Navizet*, RDP, 1959, p. 1034

Patrick HUBERT, « L'intérêt à agir contre les autorisations de licenciement de salariés protégés : Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 10 avril 1992. *Société Montalev c. M. Hudon* », *RFDA*, 1993, p. 265

Gaëlle DUMORTIER, « L'estoppel peut-il arrêter le juge de la légalité ? », *AJDA*, 2014, p. 1897

Marc FORNACCIARI, « Les conditions d'immatriculation des voitures de collection », *D.*, 1990, p. 262

Pierre-Alain JEANNENEY, « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 13 juin 1984, *ministre de l'Environnement contre Association intercommunale de chasse Query-Gascogne et autre* (N° 39.184) », *RJE*, 1984 p. 223

Rémi KELLER, « Le contrôle normal des sanctions disciplinaires par le juge de l'excès de pouvoir. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704 », *RFDA*, 2013, p. 1175

Rémi KELLER, « Sanction disciplinaire : contrôle de cassation et proportionnalité », *RFDA*, 2015, p. 67

Julianne KOKOTT, Conclusions sur CJUE (GC), 14 février 2012, *Toshiba corporation et a.*, aff. C-17/10

Daniel LABETOULLE, Conclusions sur CE, 20 avril 1984, *Syndicat CFDT du Ministère des Relations Extérieures*, n°45980, *LPA*, 26 novembre 1984, p. 9

Elisabeth de LACOSTE LAREYMONDIE, « Action de groupe devant le juge administratif : recevabilité et champ d'application de la loi », *AJDA*, 2019, p. 1537

Alexandre LALLET, Conclusions inédites sur CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 24 février 2015, *Association des Producteurs de Cinéma et autres*, n° 370629

Alexandre LALLET, « L'intérêt pour agir contre un permis de construire. Conclusions sur Conseil d'État, 10 juin 2015, *Brodelle et Gino*, n° 386121 », *RFDA*, 2015, p. 993

Marie-Aimée LATOURNERIE, « Dans quelles conditions le juge administratif peut-il ordonner le sursis à exécution d'une autorisation de licenciement d'un salarié protégé ? Conclusions sur CE, Sect., 18 décembre 1977, *Lebodey, Dr. soc.*, 1978, p. 113

Marie-Aimée LATOURNERIE, « Conclusions sur CE, 15 mars 1978, *Syndicat général de l'éducation nationale CFDT et Fédération de l'éducation nationale*, n°s 7310, 7326, 9674 », *AJDA*, 1979, p. 42

BRUNO LASSERRE, « La notion de transfert du secteur public au secteur privé : nouvelles précisions. Conclusions sur CE, 1^{ère} et 4 sous-sections réunies, 11 octobre 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT et autre* », *RFDA*, 1986, p. 409

Gilles LE CHATELIER, « Création d'un comité technique paritaire à l'Institut de France et intérêt à agir d'une union syndicale. Conclusions sur *Conseil d'État, Assemblée, 12 décembre 2003, Union des syndicats CGT des personnels des Affaires culturelles (USPAC - CGT)* », *RFDA*, 2004, p. 324

Jean LESSI, « L'organisation du service public comme critère de l'acte réglementaire. Conclusions sur Conseil d'État, section, 1^{er} juillet 2016, Institut d'ostéopathie de Bordeaux, n° 393082 et n° 393524 », *RFDA*, 2016, p. 1107

Jean LESSI, Conclusions inédites sur CE, 1^{ère} et 6^e chambres réunies, 24 mai 2017, *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière et a.*, n°s 392661, 392676, 392678

Laurence MARION, Conclusions inédites sur CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 4 novembre 2015, *Ligue Française pour la Défense des Droits de l'Homme et du Citoyen c. Commune de la Madeleine*, n° 375178

Jean MASSOT, Conclusions sur CE, Sect., 10 novembre 1978, *AJDA*, n° 2,1979, p. 33

Rouchon MAZERAT, Conclusions sur CE, 14 mars 1924, *Union des Associations professionnelles du Personnel civil des administrations centrales*, *RDP*, 1924, p. 240

Marie-Gabrielle MERLOZ, « Conclusions sur CE, 3^e et 8^e ch., 2 déc. 2019, n° 434359. Absence de caractère sérieux d'une QPC portant sur le rehaussement de 1,7 % du taux de la CSG résultant de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2018 », *Dr. fisc.*, n° 18, 30 Avril 2020, comm. 233

Michel MORISOT, « Conclusions sur CE, Ass., 31 décembre 1969, *Syndicat de défense des canaux de la Durance* », *CJEG*, 1970, p. 378

Michel MORISOT, « Conclusions sur CE, Ass., 30 juin 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et la Sécurité nationale* », *AJDA*, 1973, p. 125

Claude MOSSET, Conclusions sur CE, 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, *RDP*, 1956, p. 1311

Pierre NICOLAÏ, « Aide sociale – irrecevabilité de la tierce opposition du débiteur de l'obligation alimentaire », *Dr. soc.*, 1963, p. 568

Gilles PELLISSIER, « Le recours des tiers contre le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat : plein contentieux. Conclusions sur Conseil d'État, section, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, n° 398445 », *RFDA*, 2017 p. 937

Denis PIVETEAU, Conclusions sur CE, 7^e et 5^e sous-sections réunies, 29 janvier 2003, *Union des propriétaires pour la défense des Arx*, n°199692, *BJDU*, 1997, p. 50

Nicolas POLGE, Conclusions inédites sur CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 30 décembre 2016, *Marlier-Bion*, n° 387354

Dominique REMY, « La responsabilité de l'État en matière de « marées vertes » », *AJDA*, 2008, p. 470

Jean ROMIEU, Conclusions sur CE, 28 novembre 1906, *Syndicats des patrons-coiffeurs de Limoges*, *Rec. Lebon*, p. 980

Jean ROMIEU, Conclusion sur CE, 30 novembre 1906, *Denis et Rage-Roblot*, *Rec. Lebon*, p. 867

Sophie ROUSSEL, Conclusions inédites sur CE, Sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678

Damaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE, 20 octobre 2005, *Léopold Henri Van Esbroeck c. Openbaar Ministerie*, aff. C-436/04

Alain SEBAN, « La responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du contrôle bancaire Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 30 novembre 2001, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Kechichian et autres* », *RFDA*, 2002, p. 742

Jeanne SIWEK-POUYDESSEAU, *Le syndicalisme des fonctionnaires jusqu'à la guerre froide*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1989, 342 p.

Jacques-Henri STAHL, « L'intérêt pour agir des associations et syndicats de fonctionnaires. Conclusions sur Conseil d'État, 23 juillet 2003, *Syndicat SUD-Travail* (3 espèces, nos 251148, 251619 et 243681) », *RFDA*, 2004, p. 139

Bernard STIRN, « Les incidences d'un refus de déferé préfectoral sur le contrôle de légalité des actes locaux », *RFDA*, 1991 p. 587

Eleanor SHARPSTON, Conclusions du 16 décembre 2010 sur CJUE, 16 décembre 2010, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV c. Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09

Eleanor SHARPSTON, Conclusions sur CJUE, G.C, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, aff. C-240/09

Rémy SCHWARTZ, « Conclusions sur CE 11 juin 2003, *Lejeune* », *AJDA*, 2003, p. 1992

Jacques TARDIEU, Conclusions sur Conseil d'Etat, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies, S.*, 1909, 3, p. 19

Jacques THERY, Conclusions sur CE, Sect., 28 mai 1971, *Sieur Damasio*, Rec. Lebon, p. 396

Henri TOUTEE, « Conclusions sur CE, 13 décembre 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes et Syndicat des cadres communaux CGT de la mairie de Nîmes et Syndicat interco-CFDT de la Vendée* », *RFDA*, 1993, p. 250

Jules David VALABREGUE, Conclusions sur CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des bains de Paris et du département de la Seine*, Rec. Lebon, p. 255

Laurent VALLEE, « Conclusions sur CE, sect., 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Étienne c. Société Antona et autres*, n° 244727 », *BDCE*, 2/03 n° 28

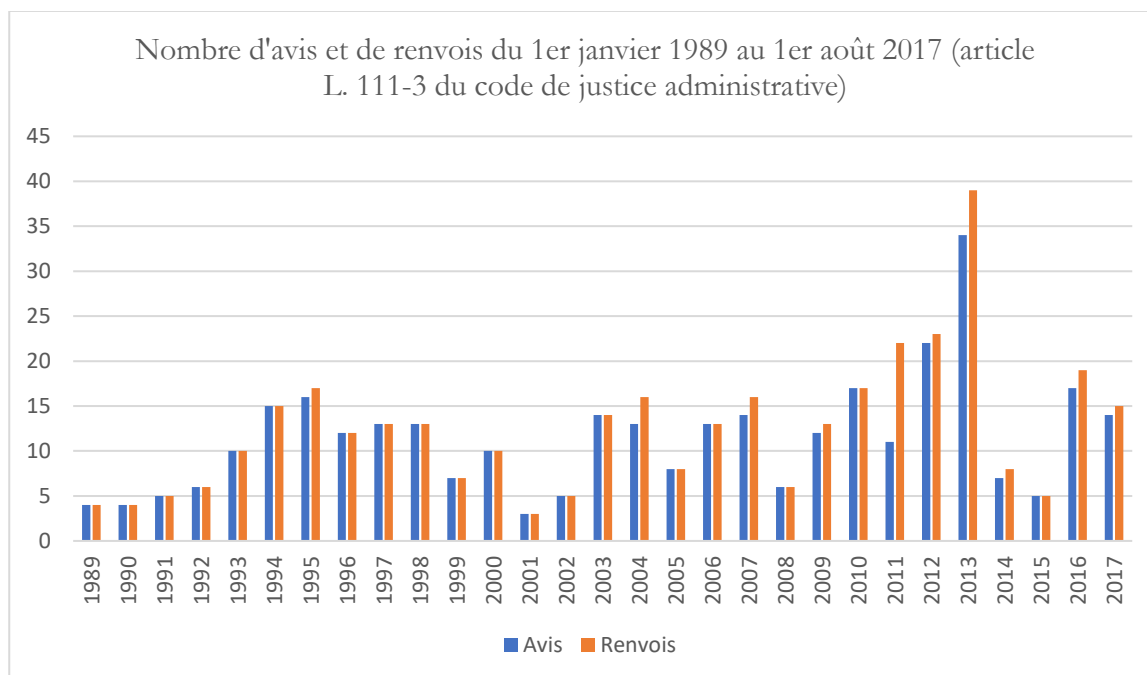
Charles de la VERPILLERE, « L'intérêt à agir des conseils de l'Ordre des architectes en matière de permis de construire. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 8 juin 1990. *Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie* », *RFDA*, 1991, p. 648

Suzanne Von COESTER, Conclusions inédites sur CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 décembre 2013, *Association des familles victimes du saturnisme*, n° 359940

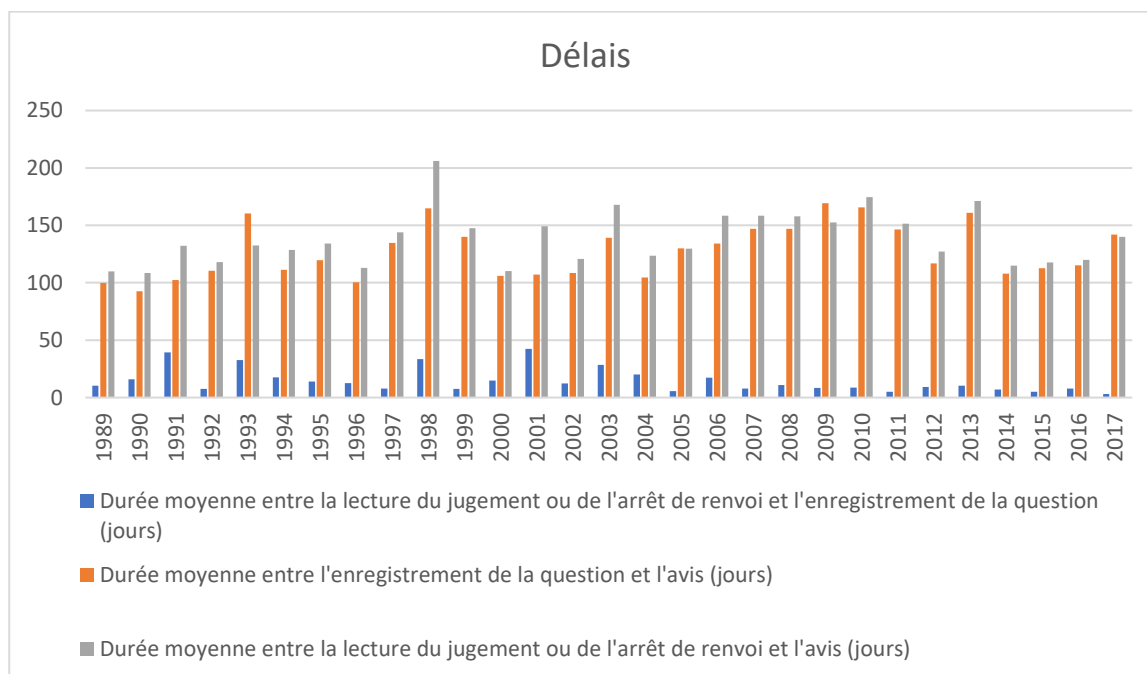
Suzanne Von COESTER, Conclusions inédites sur CE, avis, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 29 mai 2015, *Association Nonant Environnement*, n° 381560

ANNEXES

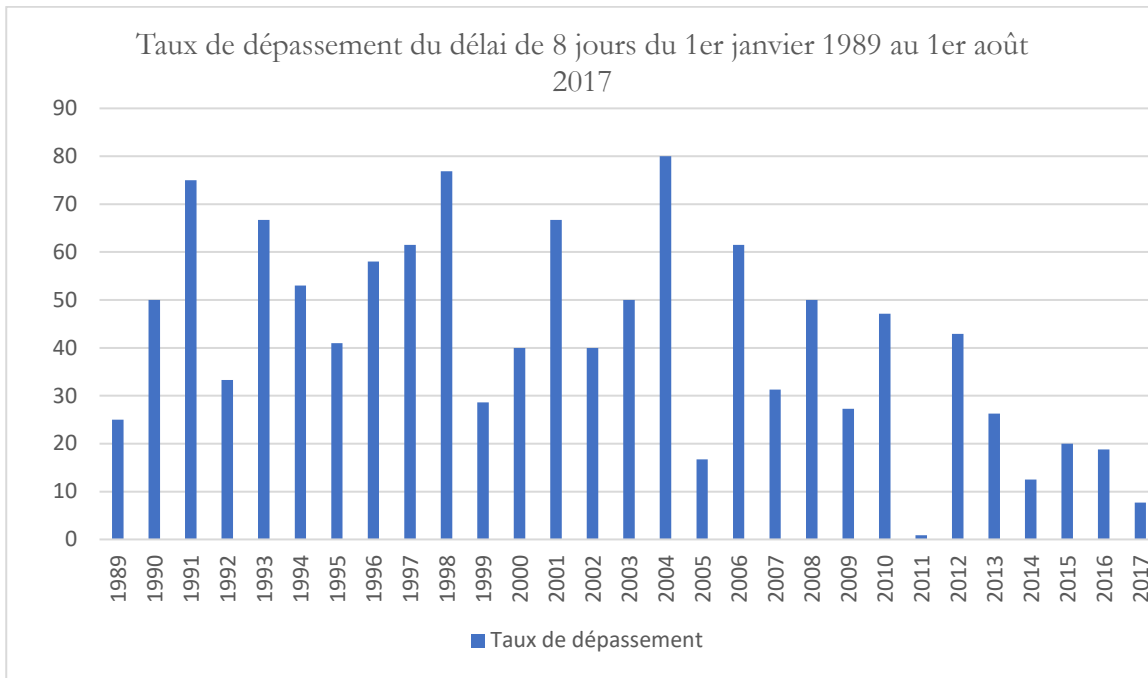
Annexe n° 1



Annexe n° 2



Annexe n° 3



Annexe n° 4 : Tableau synoptique de l' action de groupe devant les juridictions administratives et judiciaires

TEXTES	OBJET DE L'ACTION	CONDITIONS TENANT AUX MEMBRES DU GROUPE AYANT SUBIS LE DOMMAGE	PREJUDICES REPARABLES	MANQUEMENT OU FAIT GENERATEUR DE LA RESPONSABILITE.	PARTIES POTENTIELLES	JURIDICTIONS COMPETENTES
<p>L'ACTION DE GROUPE EN MATIERE DE CONSOMMATION ET DE CONCURRENCE</p> <p>Articles L. 623-1 à L. 623-32 du code de la consommation ; articles R. 623-1 à R. 623-33 ; articles R. 652-1 et R. 652-2 du code de la consommation)</p>	Indemnitaires	Des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique	Les préjudices patrimoniaux individuels résultant des dommages matériels.	Un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ou peuvent résulter lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.	<p><u>DEMANDEUR :</u></p> <p>Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national, ou représentative au niveau local dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et des îles Wallis et Futuna, et agréée en application de l'article L. 411-1 du code de la consommation.</p>	Juridictions civiles
					<p><u>DEFENDEUR :</u></p> <p>Un professionnel au sens du code de la consommation.</p>	
<p>L'ACTION DE GROUPE EN MATIERE DE SANTE</p> <p>Articles L. 1143-1 à L. 1143-13 du code de la santé publique ; articles R. 1143-1 à R. 1143-3 du code de la santé publique).</p>	Indemnitaires	Des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique.	Les préjudices individuels résultant de dommages corporels subis par des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique ayant pour cause commune un manquement d'un producteur ou d'un fournisseur de l'un des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 ou d'un prestataire utilisant l'un de ces produits à leurs obligations légales ou contractuelles	Un manquement d'un producteur ou d'un fournisseur de l'un des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 ou d'un prestataire utilisant l'un de ces produits à leurs obligations légales ou contractuelles	<p><u>DEMANDEUR :</u></p> <p>Une association d'usagers du système de santé agréée en application de l'article L. 1114-1 du code de la santé publique et n'ayant pas pour activité annexe la commercialisation de l'un des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 du code de la santé publique.</p>	Juridictions civiles et juridictions administratives
					<p><u>DEFENDEUR :</u></p> <p>Un producteur ou d'un fournisseur de l'un des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 ou d'un prestataire utilisant l'un de ces produits</p> <p>ou</p> <p>l'assureur garantissant la responsabilité civile du responsable, en application de l'article L. 124-3 du code des assurances</p>	
<p>CADRE COMMUN DE L'ACTION DE GROUPE</p> <p>Articles 60 à 83 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle ; articles 848 à 849-21 du code de procédure civile. Articles L. 77-10-1 à L. 77-10-25 du code de justice administrative ; articles R. 77-10-1 à R. 77-10-22 code de justice administrative.</p> <p>Sous réserve des dispositions particulières prévues pour chacune de ces actions, le cadre commun s'applique à :</p>	Indemnitaires et/ou obtenir la cessation d'un manquement	Plusieurs personnes placées dans une situation similaire	Les préjudices subis.	Un manquement de même nature à des obligations légales ou contractuelles. En revanche, s'agissant de la condition d'imputabilité, il convient de distinguer selon l'ordre de juridictions saisi de l'action de groupe.	<p><u>DEMANDEUR :</u></p> <p>Les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte.</p> <p><u>DEFENDEUR :</u></p> <p>il convient de distinguer selon l'ordre de juridictions saisi de l'action de groupe.</p>	Juridictions judiciaires et juridictions administratives.

Champ d'application devant les juridictions judiciaires :	Champ d'application devant les juridictions administratives :				Devant le juge judiciaire :	Devant le juge administratif :	Devant le juge judiciaire :	Devant le juge administratif :	
1. L'action de groupe générale en matière de discrimination 2. L'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail 3. L'action de groupe en matière environnementale 4. L'action de groupe en matière de santé 5. L'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel.	1. L'action de groupe générale en matière de discrimination 2. L'action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative 3. L'action de groupe en matière environnementale 4. L'action de groupe en matière de santé 5. L'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel.				Une même personne.	Une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public.	Une personne.	Une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public.	
L'ACTION DE GROUPE GENERALE EN MATIERE DE DISCRIMINATION Article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle	Indemnitaires et/ou obtenir la cessation d'un manquement mais l'objet de cette action de groupe semble orienté en priorité vers la cessation de la discrimination.	Il doit s'agir de plusieurs personnes physiques.	Les préjudices subis. Il y a toutefois une restriction temporelle puisque cette procédure n'est applicable qu'aux actions dont le fait générateur de la responsabilité est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.	Une discrimination directe ou indirecte, au sens de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ou des dispositions législatives en vigueur, fondée sur un même motif et imputable à une même personne et postérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.	DEMANDEUR : La loi semble opérer une différence entre les demandeurs potentiels en soumettant l'appréciation de leur qualité à agir à des conditions différentes. L'action est ainsi ouverte à une association régulièrement déclarée depuis cinq ans au moins intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap.		Elle est aussi ouverte à des associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'un intérêt lésé par la discrimination en cause.	DEFENDEUR : La loi ne distingue pas selon l'ordre de juridictions saisi de l'action de groupe.	Juridictions judiciaires et juridictions administratives.
ACTION DE GROUPE EN MATIERE DE DISCRIMINATION DANS LES RELATIONS RELEVANT DU CODE DU TRAVAIL Articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du code du travail ; article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de	Indemnitaires et/ou obtenir la cessation d'un manquement mais l'objet de cette action de groupe semble orienté en	Il peut s'agir de plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou	Les préjudices subis. En revanche il y a deux restrictions temporelles. Il y a une première restriction	Une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif figurant parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 du code du travail et imputable à un même employeur et postérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18	DEMANDEUR : Il convient de distinguer selon les personnes ayant été victimes de la discrimination alléguées.				Juridictions civiles

<p>modernisation de la justice du XXIe siècle</p>	<p>priorité vers la cessation de la discrimination</p>	<p>de plusieurs salariés.</p>	<p>générale puisque cette procédure n'est applicable qu'aux actions tendant à obtenir la réparation de préjudices dont le fait générateur de la responsabilité est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.</p> <p>En outre, il y a une seconde restriction qui s'applique selon les personnes dont les intérêts sont défendus par l'action de groupe.</p> <p>Dès lors qu'il ne s'agit pas de candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, seuls sont réparables les préjudices nés après la réception de la demande que les personnes susceptibles d'introduire l'action doivent adresser à l'employeur pour lui demander de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.</p>	<p>novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.</p>	<p><u>S'il s'agit de salariés ou de candidats à une période de formation en entreprise :</u></p> <p>Seule une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du code du travail.</p>	<p><u>S'il s'agit de candidats à un emploi ou à un stage :</u></p> <p>L'action n'est pas réservée aux seules organisations syndicales de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du code du travail puisqu'une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peut aussi agir aux mêmes fins.</p>	
<p>ACTION DE GROUPE EN MATIERE DE DISCRIMINATION IMPUTABLE A UN EMPLOYEUR ET PORTEE DEVANT LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE</p> <p>Articles L. 77-11-1 à L. 77-11-5 du code de justice administrative ; article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle ; articles R. 77-11-1 à R. 77-11-2</p>	<p>Indemnitaires et/ou obtenir la cessation d'un manquement mais l'objet de cette action de groupe semble orienté en priorité vers la cessation de la discrimination</p>	<p>Il peut s'agir de plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou de plusieurs agents publics.</p>	<p>Les préjudices subis.</p> <p>En revanche, il y a deux restrictions temporelles.</p> <p>Il y a une première restriction générale puisque cette procédure n'est applicable</p>	<p>Une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif et imputable à un même employeur et postérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.</p>	<p><u>DEMANDEUR :</u></p> <p>Il convient de distinguer selon les personnes ayant été victimes de la discrimination alléguée.</p>		<p>Juridictions administratives.</p>
<p><u>DEFENDEUR :</u></p> <p>Un employeur.</p>							

			<p>qu'aux actions tendant à obtenir la réparation de préjudices dont le fait générateur de la responsabilité est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.</p> <p>En outre, il y a une seconde restriction qui s'applique les personnes dont les intérêts sont défendus par l'action de groupe.</p> <p>Dès lors qu'il ne s'agit pas de candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, seuls sont réparables les préjudices nés après la réception de la demande que les personnes susceptibles d'introduire l'action doivent adresser à l'employeur pour lui demander de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.</p>		<p><u>S'il s'agit de candidats à une période de formation ou de plusieurs agents publics :</u></p> <p>L'action ne peut être introduite que par une organisation syndicale de fonctionnaires représentative au sens du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou un syndicat représentatif de magistrats de l'ordre judiciaire.</p>	<p><u>S'il s'agit de candidats à un emploi ou à un stage :</u></p> <p>L'action peut être introduite par une organisation syndicale de fonctionnaires représentative au sens du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, un syndicat représentatif de magistrats de l'ordre judiciaire ou association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap.</p>			
					<p><u>DEFENDEUR :</u></p> <p>Un employeur.</p>				
<p>L'ACTION DE GROUPE EN MATIERE ENVIRONNEMENTALE</p> <p>Article L. 142-3-1 du code de l'environnement ; article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle</p>	<p>Indemnitaires et/ou obtenir la cessation d'un manquement</p>	<p>Plusieurs personnes placées dans une situation similaire.</p>	<p>Les préjudices « corporels » et « matériels » résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du code de l'environnement.</p> <p>En outre, il y a une restriction temporelle puisque cette procédure n'est applicable qu'aux seules actions tendant à obtenir la réparation de préjudices dont le fait générateur de la responsabilité est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi</p>	<p>Un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles par une personne ayant causé un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du code de l'environnement et postérieur à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.</p>	<p><u>DEMANDEUR :</u></p> <p>Les associations, agréées dans des conditions définies par les articles R. 142-10 et suivants du code de l'environnement, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres et les associations de protection de l'environnement agréées en application de l'article L. 141-1 du code de l'environnement.</p>	<p><u>DEFENDEUR :</u></p> <p>La loi ne distingue pas selon l'ordre de juridictions saisi de l'action de groupe.</p>	<p><u>Juridictions civiles :</u></p> <p>Une personne.</p>	<p><u>Juridictions administratives :</u></p> <p>Une personne.</p>	<p>Juridictions civiles et juridictions administratives</p>

			n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.					
<p align="center">L'ACTION DE GROUPE EN MATIERE DE PROTECTION DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL</p> <p>Article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés tel que modifié par tel que modifié par l'article 25 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.</p>	<p>Indemnitaires et/ou obtenir la cessation d'un manquement.</p>	<p>Plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire</p>	<p>Les préjudices « moraux » et « matériels » de personnes physiques. En revanche, il y a une restriction temporelle puisque le volet indemnitaire de cette procédure d'action de groupe n'est applicable qu'aux actions tendant à la réparation de préjudices dont le fait générateur est postérieur au 24 mai 2018.</p>	<p>Un manquement de même nature aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés par un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant et, dans son volet indemnitaire, un manquement postérieur au 24 mai 2018.</p>	<p>DEMANDEUR :</p> <p>Il conviendrait de distinguer selon les personnes physiques dont les intérêts sont affectés par ce manquement.</p>			<p>Juridictions civiles et juridictions administratives</p>
					<p>L'action ne serait ouverte qu'aux seules associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 811-1 du code de la consommation, lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs</p>	<p>L'action ne serait ouverte qu'aux seules organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du code du travail ou du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire, lorsque le traitement affecte les intérêts des personnes que les statuts de ces organisations les chargent de défendre.</p>	<p>A titre résiduel, l'action serait réservée aux associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel.</p>	
					<p>DEFENDEUR :</p> <p>La loi ne distingue pas selon l'ordre de juridictions saisi de l'action de groupe.</p>			
<p>Juridictions civiles : Un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant.</p>		<p>Juridictions administratives : Un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant.</p>						

Annexe n° 5 : Tableau récapitulatif de l' action en reconnaissance de droits individuels devant les juridictions administratives

TEXTES APPLICABLES	OBJET DE L'ACTION	CONDITIONS TENANT AU GROUPE DE PERSONNE DONT L'INTERET EST DEFENDU	LE PREJUDICE REPARABLE	PARTIES POTENTIELLES	JURIDICTIONS COMPETENTES
<p>L'ACTION EN RECONNAISSANCE DE DROITS INDIVIDUELS</p> <p>articles L. 77-12-1 à L. 77-12-5 du code de justice administrative ; articles R. 77-12-1 à R77-12-20 du code de justice administrative</p>	<p>La reconnaissance de droits individuels résultant de l'application de la loi ou du règlement. Elle peut tendre au bénéfice d'une somme d'argent légalement due ou à la décharge d'une somme d'argent illégalement réclamée. Elle ne peut tendre à la reconnaissance d'un préjudice</p>	<p>Un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt, ce groupe d'intérêt étant caractérisé par l'identité de la situation juridique de ses membres et nécessairement délimité par les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public mis en cause.</p>	<p>Pas de préjudice réparable eu égard à l'objet de l'action.</p>	<p><u>DEMANDEUR :</u> une association régulièrement déclarée ou à un syndicat professionnel régulièrement constitué dont l'objet statutaire comporte la défense de l'intérêt du groupe indéterminée de personnes en faveur duquel la requête est présentée.</p> <p><u>DEFENDEUR :</u> Aussi bien une personnes morale de droit public qu'un organisme de droit privé chargés de la gestion d'un service public</p>	<p>Toute juridiction administrative selon les règles de droit commun</p>

Index rerum

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Aarhus (Convention d') : **77, 264-269, 291, 293-296, 301, 442-444, 450, 676, 681-685, 691, 692**

Abus de droit d'ester en justice : **304, 411-413, 596-601, 612, 622, 624, 689, 692, 845, 962**

Accès au juge (notion d') : **19**

Acte collectif : **922, 939**

Acte créateur de droits susceptibles d'être acquis : **400, 942, 1041, 1042, 1234**

Acte de gouvernement : **1265, 1274-1278**

Acte individuel positif : **784, 916**

Acte individuel défavorable : **924, 937, 942-948**

Acte individuel négatif : **916**

Acte individuel neutre : **943**

Acte ni réglementaire ni individuel : **939-940**

Action collective :

- Notion d'action collective : **54**
- Formes de l'action collective : **55**

Action de groupe :

- Action de groupe en matière d'environnement : **1139-1142, 1193-1203, 1206, 1366-1367, 1383**
- Action de groupe en matière de consommation et de concurrence : **1089-1099, 1189, 1205, 1432**
- Action de groupe en matière de santé : **1100-1106, 1379-1382, 1383**
- Action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel : **1143-1150, 1190, 1191, 1208, 1360-1362, 1383, 1407**
- action de groupe en matière de discriminations dans les relations relevant du code du travail : **1121-1124, 1130, 1132, 1133, 1192, 1207, 1354-1359, 1383-1388**
- Action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative : **1121, 1125-1127, 1130, 1131, 1192, 1207, 1354-1359, 1383-1388**
- Action de groupe générale en matière de lutte contre les discriminations : **1117-1119, 1128, 1129, 1192, 1206, 1363-1365, 1383**
- Action de groupe simplifiée : **1102, 1155, 1419, 1443, 1445, 1448, 1466, 1469, 1472, 1476, 1477, 1519, 1528, 1529, 1530, 1532, 1536, 1547, 1551, 1552, 1566, 1567, 1582**
- Cadre commun de l'action de groupe : **1102, 1107-1115, 1191, 1214, 1311, 1313, 1322, 1334, 1349, 1350, 1352, 1407, 1448, 1449, 1472, 1474, 1502, 1503, 1505, 1507, 1520, 1526**

Action de substitution :

- Notion d'action de substitution : **771**
- Forme de l'accord préalable de la victime : **953-962**
- Portée de l'accord de la victime : **963-970**
- Information de la victime : **971-984**

Action de suivi : **1432, 1436**

Action en cessation (notion d') : **1211-1220**

Action en justice

- notion d'action en justice : **23**
- analyse dynamique de l'action en justice : **45-53**
- rapport avec l'intérêt substantiel : **186-192**

Action en reconnaissance de droits individuels

- Champ d'application formel : **1171-1176**
- Champ d'application personnel : **1154-1163, 1292-1294**
- Champ d'application matériel : **11165-1170**
- Exécution de la décision : **1512-1515**
- Modulation dans le temps des effets de la reconnaissance : **1464, 1465**

Action en représentation conjointe : **1022-1037**

Action populaire : **8, 10, 166, 295, 399, 449-450, 798, 1305**

Amende civile : **410, 1192, 1483, 1584**

Ancienneté

- exigence d'ancienneté comme filtrage direct : **596-603**
- exigence d'ancienneté comme filtrage indirect : **664-666**
- appréciation de l'ancienneté comme exigence de filtrage direct : **604-606**
- appréciation de l'ancienneté comme exigence de filtrage indirect : **667-668**

Adhérents

- exigence d'un seuil minimum : **648**
- comptage : **649-650**

Affaire-pilote (technique de l') : **10, 529, 541, 1005, 1065-1082**

Agrément :

- notion d'agrément **635**
- Super-agrément : **631, 649, 652, 654, 662**
- tronc commun : **635, 640, 641, 658, 659, 662, 663, 673**

Aide juridictionnelle : 407, 409, 416-421, 455, 466, 677-679, 682, 684, 687, 1305, 1306, 1312

Algues vertes : 317, 756, 758, 759

Aménagement foncier et agricole : 615, 619

Amicus curiae : 467-469, 556, 727, 1434

Appréciation

- Notion d'appréciation : 485
- Appréciation abstraite et concrète : 482-486
- Appréciation catégorielle : 523-556
- Appréciation contextualisée (notion d') : 490
- Appréciation individualisée : 490
- Appréciation hyper-contextualisée : 491, 497-556
- Appréciation située : 490

Arrêt de règlement : 710, 1053, 1528, 1553-1557

Associations

- associations *ad hoc* : 295, 304, 305, 597, 600, 665, 1327, 1351, 1356, 1369
- associations ayant pour objet la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes formes de maltraitance : 632, 635, 638, 648
- associations ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel : 1333, 1342, 1362
- associations d'anciens combattants : 436, 441, 635, 637-639, 641, 642, 648-650, 655, 665, 668, 669
- associations de défense de la langue française : 603, 637, 638-641, 648-650, 665, 668, 669, 675
- associations de défense des investisseurs : 260, 637-639, 648, 666, 1026, 1027, 1034
- associations de défense des consommateurs : 285, 438, 466, 576, 637, 638, 640, 648, 653, 661, 663, 1026, 1090, 1325, 1330, 1337, 1341, 1342, 1343, 1410
- associations de défense des personnes handicapées ou malades : 459
- associations de lutte contre les discriminations : 844, 959, 969, 1126, 1129, 1130, 1333, 1342, 1355-1358, 1362-1365
- associations de supporters : 632, 637-640, 659
- associations professionnels de fonctionnaires : 572, 579-588
- associations de défense des usagers du système de santé : 242, 631, 638, 640, 649, 652, 663, 665, 671, 1325, 1340, 1342
- associations de protection de l'environnement : 2, 4, 10, 138, 160-162, 166, 220, 235, 237, 253, 262, 263, 269, 274, 277, 278, 286, 287, 291, 293-295, 298, 319, 322, 323, 325, 333, 334, 426, 431, 432, 442, 443, 445, 451, 452, 577, 590, 615, 620, 627, 628, 637, 639, 642, 643, 646, 647, 649, 654, 670-675, 681-683, 690, 692, 756, 1026, 1140-1142, 1326, 1367

- associations professionnelles nationales de militaires : 573, 576, 588, 1154
- associations de défense des victimes d'un acte terroriste ou d'un accident collectif : 577, 602, 637-639, 648
- associations de défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres : 651, 1140, 1196, 1325, 1366
- associations de lutte contre la corruption : 430, 562, 567, 638-641, 648-650, 659, 661, 665-670, 673, 877

Astreinte : 1112, 1143, 1223, 1226, 1242, 1243, 1272, 1453, 1456, 1462, 1463, 1493-1498, 1513, 1579-1581

Attribut du jugement (notion d') : 53

Autorisation de plaider : 68

Autorité de la chose jugée

- notion : 53
- autorité absolue de la chose jugée : 880, 890-903, 1041, 1053, 1267
- dimension négative de la chose jugée : 53, 238, 1488, 1489, 1491, 1562
- dimension positive de la chose jugée : 53, 891, 893, 1488, 1561

Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires : 725-727, 740, 753

Autorité de la concurrence : 698, 724, 743, 1189, 1224, 1433

Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse : 724, 749

Autorité de régulation des jeux en ligne : 726, 743

Autorité de sûreté nucléaire : 726

Autorité des marchés financiers : 638, 639, 698, 725, 726, 740, 1027, 1089, 1436

Autorité nationale des jeux : **V. Autorité de régulation des jeux en ligne**

Avocat : 62, 407-409, 660, 678, 1031, 1051, 1307-1314, 1342, 1345, 1455, 1512, 1584

B

Biens mal acquis : 284, 291, 299, 284, 384, 436, 612

But :

- but de l'action en justice (notion de) : 49-51
- but prioritaire des voies de droit : 104

C

Catégorie de personnes : 34, 35, 50, 57, 58, 122, 220, 237, 242, 250, 272, 520, 1595

Caisse des dépôts et consignations : 1312-1314, 1345

Causalité (notion de) : **V. Motif de l'action en justice**

Contentieux climatique : **4, 317**

Circonstance

- notion de : **478**
- circonstance de droit (notion de) : **479**
- circonstance de fait (notion de) : **479**
- circonstance de l'espèce (notion de) : **479**

Clause abusive ou illicite : **47, 466, 803, 1151, 1223-1229**

Class action : **32, 57, 78, 112, 766, 1025, 1032, 1091, 1222, 1307, 1431, 1482**

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) : **750, 753, 1146, 1147, 1149, 1151, 1208, 1239, 1242-1246, 1395-1402, 1434, 1577**

Commission de régulation de l'énergie : **724**

Conseil supérieur de l'audiovisuel : **723, 724, 740, 749, 751**

Commission nationale du débat public : **600, 726**

Communs : **3, 447**

Concours d'actions collectives et individuelles : **1421-1427**

Condition militaire : **573, 588**

Contentieux sériel (notion de) : **1005**

Contradiction (principe de la contraction) : **421, 641, 763, 788, 807, 810, 813-822, 824, 831, 833, 838, 879, 881, 885, 887, 889, 891, 897, 1056, 1460, 1528**

Contrôle

- notion de contrôle : **476**
- abstrait et concret : **473-481**
- de proportionnalité : **494-496**

Coût non-prohibitif de la procédure (exigence d'un) : **262, 413, 680-692**

D

Décision d'espèce : **V. Acte ni réglementaire ni individuel**

Décision préalable (obligation d'une) : **1383, 1391, 1409**

Déclaratif (jugement) : **1537-1544**

Déclaratoire (jugement) : **1536, 1537, 1541-1549**

Défenseur des droits : **7, 421, 422, 444, 467, 468, 1116, 1133-1138, 1316, 1347, 1355, 1357, 1385, 1387, 1435**

Déféré préfectoral : **361, 367-372, 374, 388**

Dépens : **390, 411, 416, 417, 420, 682, 684, 685, 687, 962, 1347**

Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) : **1224, 1226, 1314, 1318**

Discrimination

- indirecte : **528, 533, 1116, 1131, 1133, 1135**
- systémique : **1135-1138**

Droit public (notion de) : **74**

Droit subjectif : **26, 103-107, 111, 178-189, 193, 216, 218, 220, 357**

E

Effet substantiel (notion d') : **49, 52, 53**

Egalité des armes : **818, 1317, 1564, 1566**

Erika : **261, 286, 313, 446**

F

Fédération : **V. Union de groupements**

Fondement (notion de) : **54**

Force de chose jugée : **885, 1069, 1156, 1166, 1268, 1392, 1445, 1473, 1483-1486, 1489, 1490, 1501, 1510, 1560**

Forclusion : **46, 241, 961, 1014, 1040, 1042, 1043, 1377, 1390-1393, 1445, 1469, 1486**

Frais irrépétibles : **409, 687, 1311, 1503, 1547**

G

Grève : **426, 570-572, 1130, 1280**

Groupe (notion de) : **V. Catégorie de personnes**

Groupements privés (notion de) : **60**

H

Habilitation (notion d') : **44**

Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet : **706, 726**

I

Individualisme (notion d') : **762**

Information

- information de la victime dans l'action de substitution : **V. action de substitution**
- information du groupe bénéficiaire dans l'action de groupe : **1442-1449**
- information du groupe bénéficiaire dans l'action en reconnaissance de droits : **1450**

Infraction d'intérêt général (théorie) : **396-398, 435**

Inscription administrative (notion d'), **V. notion d'agrément**

Intérêt (notion d') : **25-26**

Intérêt collectif

- notion d'intérêt collectif pluri-personnel : **33**
- notion d'intérêt collectif supra-personnel **33, 34**
- distinction des intérêts collectifs altruistes et égoïstes : **160-177**

- intérêt collectif et intérêt commun : **27**
- intérêt collectif et intérêt général : **36-39**
- intérêt collectif et intérêt public : **38-39**

Intérêt général, **V. Intérêt collectif et intérêt général**

Intérêt personnel :

- notion d'intérêt personnel, **V. Intérêt collectif**
- évolution de la notion d'intérêt personnel à agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir : **187**

Intérêt public : **V. Intérêt collectif**

Intérêt pour agir

- notion d'intérêt pour agir : **19**
- appréciation de l'intérêt donnant qualité pour agir : **51**

Intervention : **15, 352, 393, 396, 440, 441, 463-467, 469, 470, 498-500, 552-553, 588, 632, 964, 1033, 1318, 1433, 1501**

Inscription administrative (notion d') : **635**

J

Jonction : **1009-1014**

Jurislèteur (notion de) : **18**

L

Liberté personnelle : **763-765, 771, 778, 782, 785, 788, 789, 794, 796, 798, 799, 802, 804-812, 835, 864, 876, 877, 902, 905, 907, 931, 957, 958, 963, 968-970, 976, 994, 996, 997, 999, 1299, 1475, 1529, 1530, 1532, 1533, 1535, 1552**

Ligue de défense : **34, 55, 162, 166, 172-174, 178, 197, 205, 210, 243, 262, 273, 274, 284, 295, 307, 309, 326, 769, 770, 781, 920, 1327, 1367**

Liquidation :

- liquidation collective des préjudices : **1478-1483**
- liquidation des préjudices dans le cadre de la procédure simplifiée : **1477**
- procédure de droit commun de liquidation : **1473-1475**
- liquidation juridictionnelle : **1503-1511**

Litige :

- notion de litige : **40**
- dimensions du litige : **41-43**

M

Mandat

- mandat *ad agendum* : **193, 194, 202, 203, 213, 566-567**
- *ad litem* : **193**
- mandat implicite : **795, 919-921, 966, 968, 1582**
- mandat de l'association dans le cadre de l'action en représentation conjointe : **1029-1031**

- sollicitation du mandat : **1032-1037**

Médiation : **1099, 1103, 1373-1382, 1392, 1457, 1478, 1482**

Ministère public : **46, 62, 249, 291, 361, 366, 390-392, 397, 410, 436, 437, 440, 441, 461, 465, 605, 609, 637, 639, 769, 773, 776, 783, 803, 901, 1316, 1317, 1366, 1584**

Mise en demeure préalable (obligation de) : **1383-1388**

Modulation dans le temps des effets des décisions de justice : **515, 1286, 1289, 1290, 1464, 1465, 1551**

Motif (de l'action en justice) : **47-48**

Motivation des décisions de justice :

- normativité des motifs : **347-355**
- rédaction de la motivation : **546-550**

N

Not in my backyard (NIMBY) : **600**

Non bis in idem (principe) : **732-739**

Nouvelle action collective (notion de) : **56**

Nul ne plaide par procureur, sauf le Roi : **187, 194-213, 304, 306, 778, 785, 989, 1511, 1528**

O

Objet (de l'action en justice) : **46**

Objectivation : **143, 357, 521, 523**

Obligation de légiférer : **1247, 1251-1264**

Opportunité des poursuites : **364, 370, 371**

Opposabilité (notion d') : **53**

Option d'exclusion et d'inclusion (opt-in, opt-out) : **1438, 1468, 1469, 1482, 1528, 1529, 1564**

Organe (théorie de l') : **217-219**

P

Personne

- notion de personne juridique : **27**
- exigence de la personnalité juridique : **621-624**
- Personne morale (théorie de la réalité technique de la personnalité morale) : **216-221**
- Personne vulnérable : **V. Vulnérabilité**

Plateformes en ligne : **1304, 1314, 1584**

Portée des décisions administratives et juridictionnelles : **333-335**

Pouvoir hiérarchique : **380, 579-586**

Préjudice

- définition : **47**
- préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif : **48**
- préjudice écologique pur : **12, 262, 286, 287, 313, 324, 446, 449, 1194**
- préjudice excessif : **411-413**

- préjudice moral des personnes morales : **284, 284-288, 299, 313, 315, 319, 322-325, 441**
- préjudices non réparés dans le cadre de l'action de groupe indemnitaire : **V. liquidation juridictionnelle**

Prescription (délai de) : **46, 238, 885, 887, 961, 1042, 1102, 1205, 1206, 1377, 1392, 1393, 1445, 1469, 1473, 1486, 1510, 1539**

Q

Qualification juridique des faits (notion de) : **122**

Qualité pour agir (notion de) : **V. Intérêt pour agir**

R

Reconnaissance d'utilité publique des associations et fondations : **631, 634, 641, 642, 658, 660, 671-673**

Recours abusif : **V. Abus de droit d'ester en justice**

Recours effectif (notion de droit à) : **V. Accès au juge**

Recours en appréciation de la validité du contrat administratif : **428-434**

Recours en interprétation : **1063**

Recours mafieux : **597-601, 692**

Recours pour excès de pouvoir :

- conclusions reconventionnelles : **689-692**
- méthode traditionnelle d'appréciation de l'intérêt donnant qualité pour agir : **337-343**

Référé :

- devant le tribunal judiciaire : **1233, 1233, 1235**
- référé-liberté : **128-130, 535, 536, 540, 587, 877, 1001-1003, 1112, 1232-1234, 1236, 1237, 1247**
- référé mesures-utiles : **130, 1233, 1234**
- référé suspension : **130, 385, 428, 540, 587, 1002, 1233, 1234**

Représentation :

- représentation mutuelle : **884-889, 1562, 1563**
- représentativité (exigence de filtrage indirect) : **649, 651-654**
- représentativité syndicale : **253, 1335-1337**
- revendication de représentativité : **225-235**
- typologie des significations de la représentation : **93**

Responsabilité

- applicabilité de la responsabilité sans faute à l'action de groupe indemnitaire : **1180-1185**
- responsabilité du fait des lois : **48, 1281, 1283**

- responsabilité du fait des produits défectueux : **1104, 1181, 1182**

Requête collective : **1016-1021**

S

Sécurité juridique (notion de) : **134**

Séparation des pouvoirs (Le principe de) : **82, 376-379, 697, 699, 710, 1250, 1257, 1267-1269, 1557.**

Série (notion de tête de) : **1065-1072**

Singularités (La montée des) :

- La notion de montée des singularités **112-115**
- Manifestation dans les rapports de droit public : **120-134**

Sociétés de secours mutuel : **62, 89, 572**

Souveraineté :

- Et intérêt général : **38-39**
- Indivisibilité de la : **81**

Statuts :

- Légalité de l'objet statutaire : **568-573**
- Spécialité de l'objet statutaire : **589-593**

Subjectivisation : **14, 80, 100-111, 357**

Syndicats

- représentatifs : **724-726, 790, 843, 953, 959, 964, 965, 969, 970, 978, 983, 978, 1129, 1340, 1354, 1357, 1360, 1361, 1388.**
- syndicats de fonctionnaires : **570-572, 579-588, 614, 618**

T

Tierce opposition : **138, 300-302, 620, 794, 814, 868, 885-888, 892, 895, 899, 901, 1563**

Tiers payeur : **1186-1187, 1473**

U

Unions de groupements (jurisprudence sur l'intérêt pour agir des) : **329-335, 987-998**

Unité du pouvoir politique :

- Et indivisibilité : **V. Indivisibilité de la souveraineté**
- Dogmatique unitaire : **82-85**

Utilité (notion d') : **25**

V

Vérification juridictionnelle : **53, 190, 894, 901, 1539, 1544**

Vulnérabilité : **250, 459, 526-529, 536, 543**

Index des jurisprudences citées

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

I- Juridictions françaises

A- Conseil constitutionnel

CC, n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, **1257**

CC, n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, **1271**

CC, n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966, *Proposition de loi de M Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer*, **1257**

CC, n° 70-41 DC du 30 décembre 1970, *Loi de finances pour 1970*, **1248, 1257**

CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, **86**

CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, **97, 1271**

CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, **1078, 1079**

CC, n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, **810, 815**

CC, n° 76-73 DC du 28 décembre 1976, *Loi de finances pour 1977*, **1257**

CC, n° 78-102 DC du 17 janvier 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIe Plan*, **1257**

CC, n° 79-10 FNR du 26 avril 1979, *Amendements au projet de loi relatif aux économies d'énergie*, **1257**

CC, n° 80-116 L du 24 octobre 1980, *Nature juridique de diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, **1042**

CC, n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, **1268**

CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, **306**

CC, n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, **365**

CC, n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, **1257**

CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, **1257**

CC, n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, **699**

CC, n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, **763**

CC, n° 83-167 DC du 19 janvier 1984, *Loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, **308**

CC, n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, **1276**

CC, n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, **308, 698, 1256**

CC, n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, **810**

CC, n° 85-187 DC du 25 juillet 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendance*, **793**

CC, n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, **1268**

CC, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, **699, 1272**

CC, n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, **877**

CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, **129, 699**

CC, n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, **961, 1267**

CC, n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, **242, 763, 772, 778, 785, 788-801, 808, 876, 877, 920, 963, 965, 966, 975, 983**

CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, **718, 816, 1564**

CC, n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, **810**

CC, n° 89-266 DC du 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, **1078**

CC, n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, **1256**

CC, n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, **1571**

CC, n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, **365, 388**

CC, n° 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, **806**

CC, n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, **1256**

CC, n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, **1078, 1080, 1577**

CC, n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, **365**

CC, n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, **242, 1336**

CC, n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, **806**

CC, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, **1253**

CC, n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, **90**

CC, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, **806, 1253**

CC, n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, **1271**

CC, n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, **1124, 1269, 1272**

CC, n° 2001-457 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, **817**

CC, n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, **308, 817, 1556**

CC, n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, **1564**

CC, n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, **818, 1564, 1580**

CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, **1271**

CC, n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, **1258**

CC, n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, **818**

CC, n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, **806**

CC, n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, **381, 818**

CC, n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, **1556**

CC, n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, **1124, 1272**

CC, n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, **810, 817, 818**

CC, n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, **877, 1078**

CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, **817, 819, 821, 1564**

CC, n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, **1078**

CC, n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, **1249**

CC, n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, **555, 1078**

CC, n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions], **1262, 1289**

CC, n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et a.* [Article 575 du code de procédure pénale], **368, 821, 1564**

CC, n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Labcène A.* [Carte du combattant], **1289**

CC, n° 2010-612 DC du 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, **821**

CC, n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G.* [Amende forfaitaire et droit au recours], **817**

CC, n° 2010-43 QPC du 6 octobre 2010, *Epoux A.* [Transfert de propriété des voies privées], **511**

CC, n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs* [Juge unique], **1077, 1080**

CC, n° 2010-57 QPC du 18 octobre 2010, *SITLA FD SA et autres* [Taxe générale sur les activités polluantes], **1289**

CC, n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M.* [Détenion provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention], **821**

CC, n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils* [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales], **860**

CC, n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité* [Allocation de reconnaissance], **1289**

CC, n° 2010-101 QPC du 11 février 2011, *Mme Monique P. et a.* [Professionnels libéraux soumis à une procédure collective], **1289**

CC, n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.* [Pension de réversion des enfants], **1260, 1263**

CC, n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, *M. Lucien M.* [Biens des sections de commune], **511**

CC, n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *M. Ismaël A.* [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile], **1556**

CC, n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre* [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence], **802-813, 820, 829, 852-854, 874, 975**

CC, n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry* [Recours des associations], **197, 280, 296, 304-310**

CC, n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, *M. Kiril Z.* [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener], **490**

CC, n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France* [Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation], **511**

CC, n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J.* [Composition du tribunal pour enfants], **1262**

CC, n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement* [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement], **1263**

CC, n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, *Sénat, Loiret*, **1271**

CC, n° 2012-247 QPC, 16 mai 2012, *Consorts L.* [Ordonnance d'expropriation pour cause d'utilité publique], **820**

CC, n° 2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, **1257**

CC, n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre* [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité], **646**

CC, n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, **562, 875, 877**

CC, n° 2013-316 QPC du 24 mai 2013, *SCI Pascal et autre* [Limite du domaine public maritime nature], **820**

CC, n° 2013-342 QPC du 20 septembre 2013, *SCI de la Perrière Neuve et autre* [Effets de l'ordonnance d'expropriation sur les droits réels ou personnels existant sur les immeubles expropriés], **820**

CC, n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France* [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »], **806**

CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, **810, 821, 822, 880, 961, 976, 1206, 1530, 1532, 1537, 1560, 1564, 1566, 1569, 1572, 1582**

CC, n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie*, **1271**

CC, n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, *Fédération environnement durable et autres* [Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie - Schéma régional éolien], **1262, 1263**

- CC, n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés], **1289**
- CC, n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* [Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice], **1289**
- CC, n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre* [Contribution prévue par l'article 1613 bis A du code général des impôts], **1260**
- CC, n° 2014-416 QPC du 26 septembre 2014, *Association France Nature Environnement* [Transaction pénale sur l'action publique en matière environnementale], **817**
- CC, n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre* [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée], **1289**
- CC, n° 2014-424 QPC du 7 novembre 2014, *Association Mouvement raëlien international* [Capacité juridique des associations ayant leur siège social à l'étranger], **287,621**
- CC, n° 2014-455 QPC du 6 mars 2015, *M. Jean de M.* [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État], **1494, 1580**
- CC, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et a.* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié], **734, 1289**
- CC, n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D.* [Composition du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire], **1289**
- CC, n° 2015-467 QPC du 7 mai 2015, *M. Mohamed D.* [Réclamation contre l'amende forfaitaire majorée], **817, 819**
- CC, n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, **820**
- CC, n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France* [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité], **590, 875, 1559**
- CC, n° 2015-506 QPC du 4 octobre 2015, *M. Gilbert A.* [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition], **1289**
- CC, n° 2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation], **1562, 1563**
- CC, n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], **1269**
- CC, n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, **821, 1206, 1530, 1560, 1569**
- CC, n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence], **1269**
- CC, n° 2015-524 QPC du 2 mars 2016, *M. Abdel Manane M. K.*, [Gel administratif des avoirs], **1269**
- CC, n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.* [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration], **366**
- CC, n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La Quadrature du Net et autres* [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne], **1289**
- CC, n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, **1530, 1560, 1572**
- CC, n° 2016-742 DC du 22 décembre 2016, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017*, **806**
- CC, n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, **1347**
- CC, n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats* [indépendance des magistrats du parquet], **381**
- CC, n° 2017-690 QPC du 8 février 2018, *M. Abdelkader K.* [Condition de nationalité française pour le bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou de tout autre acte de violence en relation avec les événements de la guerre d'Algérie], **1289**

B- Juridictions administratives

1- Conseil d'Etat

CE, 6 août 1823, *De l'Aubepin c. les sieurs DeFrance, Rouageat et consorts*, Rec. Lebon, p. 578, **780**

CE, 11 octobre 1832, *Commune de Guérande*, Rec. Lebon, p. 539, **779**

CE, 13 janvier 1853, *Barrau*, Rec. Lebon, p. 119, **579**

CE, 12 mars 1853, *Le prince de Wagram c. l'État*, Rec. Lebon p. 329, **1274**

CE, 29 janvier 1886, *Maire de Waszy*, Rec. Lebon p. 75, **579**

CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des bains de Paris et du département de la Seine*, Rec. Lebon, p. 255, **64**

CE, 17 février 1888, *Prévost et autres*, Rec. Lebon p. 148, **1274**

CE 21 mars 1890, *Chambre syndicale des entrepreneurs de la Ville de Paris*, Rec. Lebon, p. 316, **64**

CE, 3 juin 1892, *Syndicats des bouchers de Bolbec*, Rec. Lebon, p. 514, **64**

CE, 10 mars 1893, *Mattera, Guyard et a.*, Rec. Lebon, p. 230, **781**

CE, 9 août 1893, *Chambre syndicale des entrepreneurs de voitures de place du département de la Seine*, Rec. Lebon, p. 677, **64**

CE, 1^{er} mai 1896, *Bouchers d'Argis*, Rec. Lebon, p. 351, **64**

CE, 13 novembre 1896, *Jacquot*, Rec. Lebon p. 709, **1274**

CE, 27 novembre 1896, *Ville de Limoges*, Rec. Lebon, p. 778, **781**

CE, 17 décembre 1897, *Syndicat du commerce en gros de la boucherie de Paris*, Rec. Lebon, p. 785, **64**

CE, 24 mars 1899, *Syndicat des bouchers de Bolbec*, Rec. Lebon, p. 242, **64**

CE, 1^{er} mai 1903, *Bergeon et a.*, Rec. Lebon, p. 324, **351**

CE, 11 décembre 1903, *Lot*, Rec. Lebon, p. 780, **579**

CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, Rec. Lebon, p. 749, **428**

CE, 21 décembre 1906, *Syndicats des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Segney-Tivoli*, Rec. Lebon, p. 962, **64, 171, 621**

CE, 1^{er} février 1907, *Syndicat coopératif des patrons coiffeurs à Marseille*, Rec. Lebon, p. 122, **919, 950**

CE, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils*, Rec. Lebon, p. 1016, **572, 921, 923**

CE, 1^{er} juillet 1910, *Empis*, Rec. Lebon, p. 544, **572**

CE, 17 mars 1911, *Mourlot et Associations des agents des eaux et forêts*, Rec. Lebon, p. 360, **923**

CE, 10 novembre 1911, *Mouton*, Rec. Lebon, p. 1022, **572**

CE, 19 juillet 1912, *Association professionnelle des employés titulaires et des stagiaires du service géographique de l'armée*, Rec. Lebon, p. 850, **923**

CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, Rec. Lebon, p. 1128, **218, 868**

CE, 27 février 1914, *Payaud*, Rec. Lebon p. 257, **579**

CE, 21 mai 1920, *Deslandes*, Rec. Lebon, p. 523, **579**

CE, 10 juin 1921, *Commune de Monséguir*, Rec. Lebon, p. 573, **36, 1113**

CE, 13 janvier 1922, *Boisson et Syndicat national des agents des contributions indirectes*, Rec. Lebon, p. 37, **571, 572**

CE, 17 février 1922, *Fedel*, Rec. Lebon, p. 166, **348, 923, 924, 993**

CE, Ass., 21 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT*, Rec. Lebon, p. 699, **993**

CE, 14 mars 1924, *Union des associations professionnelles*, Rec. Lebon, p. 303, **989, 992, 993, 995**

CE, 30 avril 1926, *Suran*, Rec. Lebon, p. 149, **351, 614, 618**

CE 2 juillet 1926, *Ministre de la Justice et département de Lot-et-Garonne*, Rec. Lebon, p. 680, **1063**

CE, 7 mars 1928, *Ministre de la Justice c. Sieurs Péquin et Motte*, Rec. Lebon, p. 320, **1063**

CE, 11 mai 1928, *Dlle Rucheton*, Rec. Lebon, p. 607, **189**

CE, 12 juillet 1929, *Vesin*, Rec. Lebon p. 719, **890**

CE, Section, 18 juillet 1930, *Rouché*, Rec. Lebon p. 771, **1274**

CE, Sect., 25 janvier 1935, *Loubal*, n° 27610, **284, 313**

CE, 4 mars 1935, Rec. Lebon, p. 274, **566**

CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Couespel de Mesnil*, Rec. Lebon, p. 485, **1269**

CE, Ass., 23 décembre 1936, *Syndicat des agents des cadres et techniques des chemins de fer de ceinture*, Rec. Lebon, p. 1147, **586**

CE, 16 février 1940, *Union nationale des syndicats des grandes pharmacies de France et des colonies*, Rec. Lebon, p. 67, **330**

CE, 7 mai 1947, *Association des sinistrés de Roubaud*, n° 75006, Rec. Lebon, p. 181, **164**

CE, Ass, 5 mars 1948, *Wuillaume*, Rec. Lebon, p. 117, **579**

CE, Ass., 1^{er} avril 1949, *Chavreau*, Rec. Lebon, p. 161, **1256**

CE, 13 mai 1949, *Sieur Diebl*, Rec. Lebon, p. 218, **936**

CE, 30 juillet 1949, *Laengy*, Rec. Lebon T. p. 621, **1274**

CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. Lebon, p. 110, **188**

CE, Ass., 7 juillet 1950, *Debaene*, Rec. Lebon p. 426, **1280, 1256**

CE, Sect., 29 février 1952, *Chambre syndicale des détaillants en articles de sport et camping de France*, Rec. Lebon, p. 143, **465**

CE, Sect., 21 novembre 1952, *Union fédérale des magistrats*, Rec. Lebon, p. 526, **579**

CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, n° 9772, Rec. Lebon, p. 88, **187**

CE, 29 juillet 1953, *Nevers*, Rec. Lebon, p. 423, **567**

CE, 9 décembre 1953, *Fédération nationale des travailleurs des PTT*, Rec. Lebon, p. 535, **929**

CE, Sect., 8 juillet 1955, *Ville de Vichy*, Rec. Lebon, p. 396, **868**

CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. Lebon, p. 317, **86**

CE, Sect., 13 juillet 1956, *Secrétaire d'État à la reconstruction et au logement c. Piéton Guibout*, Rec. Lebon, p. 338, **1077**

CE, 26 octobre 1956, *Cavalier*, Rec. Lebon, p. 387, **351**

CE, 15 mai 1957, *Israël*, n° 31113, Rec. Lebon, p. 174, **338**

CE, sect., 15 juillet 1957, *Ville de Royan et SA des casinos de Royan*, Rec. Lebon, p. 499, **465**

CE, 22 janvier 1958, *Ville de Saint-Etienne c. Fédération départementale des A.P.P de la Haute-Loire, AJDA*, 1958, p. 69, **445**

CE, 11 juin 1958, *Chambre syndicales des agents généraux d'assurance de la Marne*, Rec. Lebon, p. 334, **330**

CE, 19 juin 1958, *Pecunia et Viard*, Rec. Lebon, p. 973, **337, 948**

CE, 12 novembre 1958, *Ferlin*, Rec., Lebon T. p. 938, **939**

CE, Sect., 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, Rec. Lebon, p. 67, **961**

CE, 13 mars 1959, *Frenkiel*, n° 46361, Rec. Lebon, p. 934, **465**

CE, Sect., 13 novembre 1959, *Navizet*, n° 15865, Rec. Lebon, p. 592, **465**

CE, Sect., 12 mai 1961, *Société « La Huta »*, n° 40674, Rec. Lebon, p. 313, **465**

CE, 25 janvier 1963, *Lemaesquier*, Rec. Lebon, p. 48, **351**

CE, Sect., 22 mars 1963, *Syndicat des ingénieurs des travaux de l'État*, n°s 54807, 54808, Rec. Lebon, p. 198, **409**

CE, 17 mai 1963, *Commune Saint-Paul-de-Jarrat*, n° 54724, **1113**

CE, 22 janvier 1964, *Établissements Houdry*, Rec. Lebon, p. 32, **1113**

CE, Sect., 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales*, n° 53518, **433**

CE, 27 mai 1964, *Choulet et Syndicat national des chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics*, Rec. Lebon, p. 302, **352, 620**

CE, 15 juillet 1964, *Sieur de Pollak*, Rec. Lebon, p. 409, **1077**

CE, 22 octobre 1965, *Dlle Boissière*, Rec. Lebon, p. 547, **566**

CE, Ass., 29 octobre 1965, *Dame Béry*, Rec., Lebon, p. 565, **301**

CE, 2 juin 1965, *Antoine*, Rec. Lebon, p. 332, **567**

CE, 12 janvier 1966, *Chambre syndicale des cochers et voitures de place de la région parisienne*, Rec. Lebon, p. 28, **330, 990**

CE, 30 mars 1966, *Société industrielle foncière et routière de Levret*, Rec. Lebon, p. 254, **950**

CE, Sect., 24 novembre 1967, *Sieur Noble*, n° 66271, **411**

CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. Lebon p. 607, **1274**

CE, 22 mai 1968, *Ministre de l'éducation nationale c. Demoiselle Khalef*, Rec. Lebon, p. 991, **337**

CE, Sect., 11 octobre 1968, *Allard*, Rec. Lebon p. 486, **1113**

CE, Sect., 31 janvier 1969, *Cie méditerranéenne de films*, Rec. Lebon, p. 60, **465**

CE, 13 juillet 1962, *Archambaud et Dame Bour*, Rec. Lebon, p. 473, **1063**

CE, Sect., 19 octobre 1962, *Ministre de l'Intérieur c. Dubost*, Rec. Lebon, p. 558, **374**

CE, Ass. 2 juillet 1965, *Syndicat indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air-France*, Rec. Lebon, p. 398, **586**

CE, 5 janvier 1966, *Mejasson*, n° 64863, Rec. Lebon, tables, p. 1057, **465**

CE, Sect., 13 juin 1969, *Commune de Clefcy*, n° 76261, **940**

CE, 15 avril 1970, *Jeanson*, n° 79291, **1063**

CE, Ass., 8 janvier 1971, *URSSAF des Alpes-Maritimes*, Rec. Lebon, p. 11, **922**

CE, 6^e et 3^e sous-sections réunies, 8 janvier 1971, *Dame Clément et Sieur Kapferer*, n° 79748, **1063**

CE, 27 janvier 1971, *Ministre de l'Intérieur c. Hurtaud*, Rec. Lebon, p. 68, **942**

CE, Sect., 26 février 1971, *Ministre de l'Intérieur c. Aragon*, Rec. Lebon, p. 172, **420**

CE, 5 novembre 1971, *Commune de Billières*, Rec. Lebon, p. 667, **337**

CE, Sect., 7 janvier 1972, *Elections au conseil de l'unité d'enseignement et de recherche des lettres et sciences humaines de l'université de Limoges*, n° 82373, Rec. Lebon p. 26, **465**

CE, 12 janvier 1972, *Société éditions du square*, Rec. Lebon, p. 35, **337**

CE, Ass., 12 avril 1972, *Sieur Brier*, Rec. Lebon, p. 272, **187**

CE, Sect., 23 juin 1972, *Syndicat des métaux (CFDT) (CFTC) des Vosges et autres et SA Perrin électronique*, Rec. Lebon, p. 473, **929**

CE, Ass., 21 juillet 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*, Rec. Lebon, p. 584, **330**

CE, Sect., 1^{er} décembre 1972, *Mlle Obrego*, n° 80195, **572**

CE, Sect., 30 mai 1973, *Syndicat intercommunal des eaux de Casserousse*, n° 84794, **781**

CE, Sect., 13 décembre 1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c. Dlle de Gratet du Bouchage*, n° 91496, **338**

CE, 14 février 1975, *Epoux Merlin*, Rec. Lebon, p. 110, **939**

CE, 21 décembre 1977, *Elections municipales de Congis-Thérouanne*, Rec. Lebon, p. 842, **411**

CE, Sect., 13 octobre 1978, *ADASEA du Rhône*, Rec. Lebon, p. 368, **1095**

CE, Sect., 23 février 1979, *Ministre de l'Équipement c. Association « Des amis des chemins de ronde »*, Rec. Lebon, p. 75, **365**

CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 11 janvier 1980, *Fédération nationale de travaux publics*, n° 16165, **1063**

CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, n° 07636, **284**

CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 28 mai 1980, *Commune d'Evvaux-les-Bains*, n° 17583, **1063**

CE, 4^e et 1^e sous-sections réunies, 19 décembre 1980, n° 19176, **352**

CE, Sect., 19 juin 1981, *Carliez*, n° 20619, **323**

CE, Sect., 8 janvier 1982, *Lambert*, n° 18237, **586**

CE, Sect., 17 décembre 1982, *Société Radio Monte-Carlo*, n°s 23582, 23667, **579, 586**

CE, Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, n°s 34252, 34798, **939**

CE, 25 mars 1983, *Gaboriau*, n° 11124, **929**

CE, Sect., 25 mars 1983, *Société générale d'entreprises pour les travaux publics*, n° 36037, **929**

CE, Sect., 4 mai 1984, *Syndicat CFDT du Ministère des Relations Extérieures*, n° 45980, **614, 753**

CE, 10^e et 5^e sous-sections réunies, 13 février 1985, *Syndicat CFDT des personnels des services publics parisiens et a.*, n°s 38759, 38773, 38774, 38775, 38776, **940**

CE, 6^e sous-section, 21 juin 1985, *Société de roulements Nadella S.A.*, n° 43651, **929**

CE, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 5 juillet 1985, *Association communale de chasse agréée de Bonvillard*, n°s 35571, 35920, **567**

CE, 11 octobre 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT et a.*, n°s 28106, 34811, 34812, **586**

CE, 2^e et 6^e sous-sections réunies, 6 novembre 1985, *Société Coudert*, n° 48630, **757**

CE, Sect., 17 octobre 1986, *Martin*, n°s 59994 et 61142, **1112**

CE, Sect., 17 octobre 1986, n° 63472, **1112**

CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, n° 62470, **374**

CE, 10^e sous-section, 28 avril 1986, *Mme Allard-Latour*, n° 74517, **337**

CE, 7^e et 8^e sous-sections réunies, 2 juillet 1986, n° 51232, **1563**

CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV 6*, n°s 81131, 82432, 82437, 82443, **932**

CE, 2^e et 6^e sous-sections réunies, 18 novembre 1987, *Marcy*, n° 75312, **365**

CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 23 décembre 1987, *Association « Les amis du socialisme »*, n° 66624, **747**

CE, Sect., 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, n° 68166, **374**

CE, Sect., 23 décembre 1988, *Département du Tarn c. Barbut*, n° 60678, **351**

- CE, 1^{ère} et 4^e sous-sections réunies, 8 février 1989, *Comité de défense du chemin de ronde de Damgan*, n° 44566, **567**
- CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 31 mars 1989, *Commune de Septèmes-les-Vallons*, n° 80272, **374**
- CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, Lebon, Tables, p. 855, **365**
- CE, 5^e et 10^e sous-sections réunies, 3 novembre 1989, *Jaguar Driver's Club et a.*, n° 66363, **343**
- CE, Section de l'intérieur, avis, 14 novembre 1989, n° 346040, **90**
- CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 5 novembre 1990, *Péan*, n° 79657, **469**
- CE, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur*, n° 80969, **365**
- CE, Sect., 25 janvier 1991, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, n°s 103143, 107100, 107101, **929, 932**
- CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470, **511**
- CE, 10^e et 3^e sous-sections réunies, 17 février 1992, *Société Textron*, n° 73230, **1095**
- CE, Ass., 10 avril 1992, *Société Montalev*, n° 60419, **763, 785, 929, 931, 935, 987**
- CE, 7^e et 10^e sous-sections réunies, 2 avril 1993, n°129906, **334**
- CE, 1^e et 4^e sous-sections réunies, 24 avril 1992, n° 116489, **1095**
- CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, n°s 120437, 120737, **1274**
- CE, Sect., 6 novembre 1992 *Mme Perrault*, n° 93734, **1288**
- CE, 7 avril 1993, *Groupes autonomes de l'enseignement public*, Rec. Lebon T., p. 944, **567**
- CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 1^{er} octobre 1993, *Société le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas*, n° 54660, **428**
- CE, 1^{ère} et 4^e sous-sections réunies, 18 février 1994, *Galmiche*, Rec. Lebon, T., p. 1102, **987**
- CE, 3^e sous-section, 22 juin 1994, *Commune de Lançon-Provence*, n°s 124183, 125046, **337, 338**
- CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, Rec. Lebon, p. 208, **430**
- CE, Ass., 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France*, n° 171277, **1274**
- CE, 16 octobre 1995, *M. Fourcade*, n° 124385, **351**
- CE, 8^e et 9^e sous-sections réunies, 30 octobre 1995, *OPHLM CU Strasbourg*, n° 105251, **1095**
- CE, 2^e et 6^e sous sections-réunies, 10 mars 1995, *Association « Le droit pour la justice et la démocratie »*, n° 125271, **591**
- CE, Sect., 10 juillet 1995, *Laplace*, n° 141654, **746**
- CE, Sect., 22 mars 1996, *Mmes Paris et Roignot*, n° 151719, **351**
- CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 29 mars 1996, *Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production d'EDF-GDF*, n° 148945, **586**
- CE, Sect., 6 mai 1996, *Association « Aquitaine Alternatives »*, n° 121915, **431**
- CE, 1^e et 4^e sous-sections réunies, 3 juillet 1996, *société ABC Engineering*, n° 112171, **1270**
- CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536, **428**
- CE, 1^{ère} et 4^e sous-sections, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, n° 114956, **374**
- CE, 2^e et 6^e sous-sections réunies, 9 décembre 1996, *Assaupamar*, n° 155477, **592**
- CE, 7^e et 10^e sous-sections réunies, 10 février 1997, *Association de défense, de protection et de valorisation du patrimoine naturel et historique de Corse*, n° 140841, **331**
- CE, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 19 mars 1997, n°167677, **913**
- CE, 10^e et 7^e sous-sections réunies, 28 mars 1997, *Solana*, n° 182912, **743, 747**
- CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques et a.*, n° 131688, **747**
- CE, avis 2^e et 6^e sous-sections réunies, 7 mai 1997, n° 184499, **921**
- CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n° 169907, **1097**
- CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, n°s 159496, 159508, **431**
- CE, Sect., 3 avril 1998, *Fédération de la plasturgie*, n° 177962, **567**
- CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 6 mai 1998, *Le Roy*, n° 154038, **465**
- CE, Sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, n° 158592, **511**
- CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 8 avril 1998, n° 169183, **749**
- CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 8 avril 1998, *Société NRJ*, n° 172333, **749**
- CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 8 avril 1998, *Société NRJ*, n° 172334, **749**

CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lixieux*, n° 149662, **428**

CE, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 13 mars 1998, *Association de défense des agents publics*, n° 173705, **591**

CE, 4^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 25 novembre 1998, *Chèze et commune de Bièvres*, n°s 162926 et 163037, **403**

CE, 5^e et 3^e sous-sections réunies, 17 mai 1999, *Le Briquir*, n° 123952, **1288**

CE, Sect., 11 juin 1999, *Ministre de l'Intérieur c. M. El Moubaden*, n° 185545, **511**

CE, Sect., 11 juin 1999, *Sadin*, n° 167498, **1287**

CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 10 novembre 1999, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro*, n° 181538, **758**

CE, Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrières des travailleurs des postes et des télécommunications*, n° 176261, Rec. Lebon, p. 354, **431**

CE, 6^e et 2^e sous-sections réunies, 29 novembre 1999, *Mme Wach*, n°s 179624, 188976, **890**

CE, Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, n°s 199622, 200124, **1275**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 15 mars 2000, n° 185837, **338**

CE, 17 mai 2000, *Morlay*, n° 191387, **1563**

CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 21 juin 2000, *Midelton*, n° 179218, **514**

CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, n° 202058, **366**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 5 juillet 2000, *Mégret et Mekhantar*, n° 206303, **1282**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 28 juillet 2000, *Dakar*, n° 212941, **744**

CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, n° 229163, **349**

CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 28 février 2001, *Fédération française des masseurs kinésithérapeutes rééducateurs et M. Aupetit et a.*, n°s 205476, 209474, **1494**

CE, Sect., 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Aneur*, n° 229773, **535, 539**

CE, ord. 21 mars 2001, *Syndicat de lutte pénitentiaire de l'union régionale Antille-Guyane*, n° 231087, **939**

CE, ord., 23 mars 2001, *Société Lidl*, n° 231559, **536**

CE, ord., 2 avril 2001, n° 231965, **877**

CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n° 213229, **129, 1000**

CE, Sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du nord*, n° 221458, **122, 1097**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 juillet 2001, *Association de droit allemand « Stiftung Jean Arp und Sophie Tauber »*, n° 224032, **940**

CE, ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840, **536**

CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Kechichian et a.*, n° 219562, **758**

CE, ord., 15 mars 2002, *Delaplace*, n° 244078, **535**

CE, ord., 25 avril 2002, *Société Saria Industries*, n° 245414, **536**

CE, 29 avril 2002, *Capellari*, n° 240322, **1233**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 17 mai 2002, *Hofmann*, n° 231290, **947**

CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 5 juin 2002, *Choukroun*, n° 202667, **1288**

CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 29 juillet 2002, *Griesmar*, n° 141112, **1288**

CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 18 octobre 2002, *Diraison*, n° 231771, **337**

CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kérevant*, n° 252051, **536**

CE, Sect., 13 décembre 2002, *Morez*, n° 243109, **337**

CE, 5^e et 7^e sous-sections réunies, 18 décembre 2002, *Association Promouvoir*, n° 232273, **744**

CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 30 décembre 2002, *Rimonteil de Lombares*, n° 240635, **754**

CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 3 février 2003, *Wirbel*, n° 240630, **783**

CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n° 230804, **566**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 30 avril 2003, *Union nationale des industries de carrières et de matériaux de construction*, n° 244139, **1095**

CE, 2^e sous-sections jugeant seule, 6 juin 2003, *Fédération C.F.T.C. des postes et des télécommunications, Confédération française de l'encadrement C.G.C. France Télécom, et Fédération syndicale S.U.D.-P.T.T.*, n°s 231324, 233846, 233987, **579, 586**

CE, 5^e et 7^e sous-sections réunies, 9 juillet 2003, *Marzouk*, n° 220437, **1112, 1182**

CE, 1^{ère} et 2^e sous-sections réunies, 23 juillet 2003, *Syndicat SUD-Travail*, n° 251148, **585, 587**

CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 30 juillet 2003, *Keffer*, n° 210344, **758**

CE, 3^e sous-section, 3 novembre 2003, n° 258322, **130**

CE, Sect., 5 novembre 2003, *Association Convention vie et nature pour une écologie radicale*, n° 259339, **1269**

CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 3 décembre 2003, n° 250140, **420**

CE, Ass., 12 décembre 2003, *USPAC-CGT-Syndicat CGT des personnels des affaires culturelles*, n°s 239507 245195, **330**

CE, 4^e et 6^e sous-sections réunies, 17 décembre 2003, n° 258253, **426**

CE, ord., 6 février 2004, n° 264169, **130**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays loudunais*, n° 250482, **592, 593**

CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité*, n° 241152, **317**

CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886, **129, 355**

CE, 7^e sous-sections jugeant seule, 23 juin 2004, *Syndicat départemental du personnel civil des armées C.F.D.T.*, n° 256153, **585**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 5 novembre 2004, *Association Bretagne littoral environnement urbanisme « Bleu »*, n° 264819, **593**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 29 novembre 2004, n° 266964, **587**

CE, Sect., 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Coeur*, n° 259290, **467**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 20 mai 2005, *Reboul*, n° 267836, **1156**

CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 27 juillet 2005, *Mme Macé et Fédération Intervo CFDT*, n° 255395, **929, 933**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 27 juillet 2005, *M. Sopena et a.*, n° 278147, **1096**

CE, ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, **511**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 28 décembre 2005, n° 270237, **587**

CE, 7^e sous-sections jugeant seule, 9 décembre 2005, *M. Jean-Jacques X. et a.*, n° 274925, **585**

CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 8 mars 2006, n° 278999, **426**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 5 avril 2006, *Mme Dumont et a.*, n° 275742, **450**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 26 avril 2006, n° 278730, **337**

CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 17 mai 2006, *Bellanger*, n° 268938, **746**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 9 juin 2006, *Association des usagers des médias d'Europe*, n° 267898, **743**

CE, Sect., 18 juillet 2006, *Mme Elissondo Labat*, n° 283474, **1233**

CE, 6^e sous-section jugeant seule, 27 novembre 2006, n° 253650, **587**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 7 février 2007, *Sablé*, n° 280373, **1063**

CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279222 **1282, 1283**

CE, 5^e et 4^e sous-sections, 9 mars 2007, *Commune de Grenoble*, n° 278665, **479**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 12 mars 2007, n° 297888, **593**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 11 mai 2007, *Société Media Ratings*, n° 286508, **748**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections-réunies, 9 juillet 2007, *Ministre de l'écologie et du développement durable c. société Terrena*, n° 288367, **1578**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 13 juillet 2007, *Société « Editions Tissot »*, n° 294195, **467**

CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, **428, 430**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 26 septembre 2007, n° 263747, **573**

CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 30 novembre 2007, *Société L'immobilière groupe Casino*, n° 304825, **409**

CE, Sect., 30 novembre 2007, *Tinez et a.*, n° 293952, **743, 748-751, 754**

CE, ord., 19 février 2008, *Profil France*, n° 311974, **1239**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 20 février 2008, n° 294396, **1167**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 28 février 2008, *Ministre d'État, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. M. W*, n^os 294396, 295250, **1075**

CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 7 mai 2008, n^o 292954, **240**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 16 juin 2008, *Cimade*, n^o 300636, **536**

CE, 9^e sous-section jugeant seule, 6 août 2008, *M. Antoine A.*, n^o 296634, **1081**

CE, ord. 5 septembre 2008, *Société Direct annonces*, n^o 319071, **1396**

CE, Sect., 3 octobre 2008, *Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe*, n^o 305420, **432**

CE, Sect., 3 octobre 2008, *Roche*, n^o 291928, **409**

CE, Ass., 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres*, n^o 282920, **1275**

CE, Sect., 11 décembre 2008, *Association de défense des droits des militaires (ADEFDROMIL)*, n^os 307405, 307403 et 306962, **573, 573, 623**

CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, n^o 274000, **740**

CE, ord., 19 février 2009, n^o 324864, **1002**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 27 mai 2009, *Hontang*, n^o 310493, **511**

CE, 1^e et 6^e sous-sections réunies, 1^{er} juillet 2009, *Département du Nord*, n^o 318960, **546**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 1^{er} juillet 2009, *La fourmi vouvrillonne*, n^o 319238, **601**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, n^o 297013, **515**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 2 octobre 2009, *Perchais*, n^o 312712, **942**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 16 novembre 2009, *Société les Résidences de Cavalière*, n^o 308624, **301, 868**

CE, Ass., 28 décembre 2009, *Béziers I*, n^o 304802, **429**

CE, 1^{ère} sous-section jugeant seule, 26 février 2010, *M. Bernard A.*, n^o 324689, **1081**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 12 mai 2010, *Alberigo*, n^o 333565, **1233**

CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 2 juin 2010, *Commune de Loos*, n^o 309446, **330, 336, 355, 998**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 juin 2010, *Mme Ponsard*, n^o 325319, **511**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 2 juillet 2010, *Bellanger*, n^o 322521, **746, 757**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 23 juillet 2010, *Société Tonax*, n^o 328757, **1282**

CE ord., 13 août 2010, *Ministre de l'immigration c. Mbala Nzuzi*, n^o 342330, **536**

CE, 20 octobre 2010, *Lafarge*, n^o 312461, **1563**

CE, Ass., 22 octobre 2010, *Bleitrach*, n^o 301572, **533**

CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 17 septembre 2010, n^o 317105, **1080**

CE, sect., 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n^os 314449, 314580, **510, 511, 1266**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 3 décembre 2010, *Société SMP Technologie*, n^o 332540, **1288**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 11 mai 2011, n^o 331153, **431**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n^o 337349, **429**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 3 août 2011, *Mme Buguet et a.*, n^o 330566, **449**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 21 octobre 2011, *Société Auto-Bilan France*, n^o 342498, **1287**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 18 novembre 2011, *M.B, ADIFE, ADIFS*, n^o 332082, **337**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 5 décembre 2011, n^os 319545, 338379, **743, 750, 754**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n^os 348647, 348648, **428, 430**

CE, Ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n^o 303678, **468**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 30 décembre 2011, n^o 350458, **416**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 janvier 2012, *Berthé*, n^o 350529, **1124**

CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 22 février 2012, *Mme de Saint-Sever*, n^o 333713, **411**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture, Provence-Alpes-Côte d'Azur, M^{me} Arnaud-Eraud*, n^o 343410, **469**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 12 mars 2012, *CHU de Besançon*, n° 327449, **1102, 1182**

CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 20 juin 2012, *Société Sosaca*, n° 342714, **1580**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 25 juin 2012, *Collectif antinucléaire 13 et autres*, n° 34639, **591, 593**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, n°s 334062, 347163, **749**

CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 4 juillet 2012, n° 338829, **1080**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 23 juillet 2012, *Electricité de France*, n° 347088, **1124**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 juillet 2012, *Société AIS 2*, n° 340026, **1143**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 3 octobre 2012, *Ministre de la Défense c. Société Arx*, n° 357248, **409**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 17 octobre 2012, *Fédération nationale des associations d'accueil et de réinsertion sociale et la Cimade*, n° 353576, **1096**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 22 octobre 2012, *Martazanov*, n° 328265, **467**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 26 novembre 2012, *Mme Cordière*, n° 354108, **403**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 26 novembre 2012, *ARJEL*, n° 351163, **743**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 26 novembre 2012, *Krikorian*, n° 350492, **1275**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 17 décembre 2012, *Société d'exploitation du casino de Fouras et Commune de Fouras*, n° 294597, **431**

CE, ord., 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire internationale des prisons et a.*, n°s 364584, 364620, 364621, 364647, **536**

CE, 6^e sous-section jugeant seule, 1^{er} mars 2013, n° 357178, **587**

CE, 6^e sous-section jugeant seule, 1^{er} mars 2013, n° 357698, **587**

CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 25 mars 2013, *Association Les Ailes Varoises*, n° 355568, **411**

CE, 6 juin 2013, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 368816, **1233**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 13 juin 2013, n° 362981, **520**

CE, Sect., 25 juillet 2013, *OFPPA c. Mme Edosa Félix*, n° 350661, **15, 138, 465, 466**

CE, ord., 27 août 2013, *Société Mercedes-Benz France*, n° 370831, **1233**

CE, 5^e section jugeant seule, 5 octobre 2013, n° 363991, **1196**

CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 9 octobre 2013, *MJA (SELAFSA)*, n° 359161, **750**

CE, Ass., 13 novembre 2013, *Daban*, n° 347704, **130, 511, 514**

CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 4 décembre 2013, *Société Bricoman et Société Immochan France*, n° 349277, **940**

CE, Sect., 6 décembre 2013, *M. A. B.*, n° 363290, **536**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 13 décembre 2013, n° 361593, **1314**

CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374505, **546**

CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 5 février 2014, *Voies navigables de France*, n° 364561, **1495, 1496**

CE, Ass., 14 février 2014, *Lambert*, n° 375081, **468**

CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, n°354596, **331, 593**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 28 mars 2014, *SNES*, n° 361042, **1143**

CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994, **15, 134, 140, 338, 428, 430-432, 434**

CE, ord., 23 avril 2014, n° 378085, **536**

CE, Ass., 6 juin 2014, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques (FCPE) et Union nationale lycéenne (UNL)*, n° 351582, **754**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 17 juin 2014, n° 368867, **1124**

CE, avis, 18 juin 2014, *SCI Mounou et a.*, n° 376113, **402, 412**

CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme Lambert*, n° 375081, **1233**

CE, 4^e et 5^e sous-sections réunies, 2 juillet 2014, n° 368590, **192**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 23 juillet 2014, *Société d'édition et de protection route*, n° 354365, **516**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 23 juillet 2014, *Fédération des syndicats de fonctionnaires*, n° 362559, **933**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 30 juillet 2014, *Cimade*, n° 375430, **341, 945**

CE, 1^{ère} section jugeant seule, 27 août 2014, n° 370725, **1196**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 26 septembre 2014, *Syndicat CFE-CGC/UNSA France Télécom-Orange*, n°380164, **587**

CE, Ass., 30 décembre 2014, *Bonnemaison*, n° 381245, **514**

CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 16 janvier 2015, *Société Métropole Télévision*, n° 386031, **961**

CE, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 2 février 2015, *Castronovo c. Commune d'Aix-en-Provence*, n° 373520, **434**

CE, Sect., 4 février 2015, *Ortiz*, n°s 383267, 383268, **124, 1166**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 11 février 2015, n° 372359, **486**

CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 27 février 2015, *La Poste*, n° 376598, **514**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 30 mars 2015, *ASPAS*, n°s 375144, 374394, **284, 314, 323**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 15 avril 2015, n° 373893, **349**

CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 6 mai 2015, *Association tutélaire d'Ille-et-Vilaine*, n° 375036, **467**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705, **338, 593**

CE, avis, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 29 mai 2015, *Association Nonant Environnement*, n° 381560, **138, 300-302**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 3 juillet 2015, n° 371433, **411**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 27 juillet 2015, *M. Baey*, n° 367484, **49**

CE, Sect., 25 septembre 2015, n° 372624, **349**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 4 novembre 2015, *Ligue Française pour la Défense des Droits de l'Homme et du Citoyen c. Commune de la Madeleine*, n° 375178, **331, 336, 345-347, 355**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le Racisme et pour le respect de l'identité française, SARL Les productions de la Plume et M. B.*, n°s 376107, 376291, **343**

CE, 6^e et 1^{ère} sous-sections réunies, 9 novembre 2015, n° 386296, **1314**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 12 novembre 2015, n° 372121, **520**

CE, ord., 23 novembre 2015, *Ministre de l'intérieur et Commune de Calais*, n° 394540, **1233**

CE, Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport*, n° 383149, **432**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 10 février 2016, *Peyret et Vivier*, n° 387507, **404**

CE, 6^e sous-sections jugeant seule, 26 février 2016, n° 386483, **1314**

CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 9 mars 2016, n° 384092, **426**

CE Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres*, n°s 368082, 390023, **132**

CE, 10^e et 9^e chambres, 13 avril 2016, *Cimade et autres*, n° 394114, **343**

CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 15 avril 2016, *Fédération nationale des usagers des transports*, n° 387475, **351**

CE, 7^e chambre, 4 mai 2016, n° 388679, **1196**

CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez*, n° 396848, **126, 128, 130, 471, 475, 481, 491, 505, 520**

CE, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 2 juin 2016, n° 395033, **430**

CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 27 juin 2016, *Syndicat régional CFDT santé sociaux de Corse*, n° 388758, **567**

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 27 juin 2016, *Bernabé et a.*, n° 382319, **1282**

CE, Sect., 1^{er} juillet 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n° 393082, **940**

CE, Ass., 13 juillet 2016, *M. Czabaj*, n° 387763, **130, 931**

CE, 1^{ère} chambre, 27 juillet 2016, n°s 396840, 391219, **404**

CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres et Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, n°s 402742, 402777, **331**

CE, ord., 26 septembre 2016, *Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, n° 403578, **331**

CE, 7^e et 2^e chambres réunies, 26 septembre 2016, n° 393738, **588**

CE, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 21 novembre 2016, n° 392560, **936**

CE, 8^e chambre jugeant seule, 30 novembre 2016, n° 393208, **753**

CE, 9^e et 10^e chambres réunies, 7 décembre 2016, n° 389299, **662**

CE, 9^e et 10^e chambres réunies, 7 décembre 2016, n° 390062, **754**

CE, 7^e et 2^e chambres réunies, 23 décembre 2016, *Association Études et Consommation CFDT du Languedoc Roussillon*, n° 392815, **434**

CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 30 décembre 2016, *Marlier-Bion*, n° 387354, **417**

CE, 4^e et 5^e chambres réunies, 18 janvier 2017, n° 386144, **891**

CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 7 février 2017, *Association Aides et a.*, n° 392758, **331**

CE, 1^{ère} et 6^e chambres réunies, 24 février 2017 *Fédération des employés et cadres CGT-Force ouvrière et autre*, n°s 391716, 391718, 391719, 391724, **346**

CE, 4^e et 5^e chambres réunies, 15 mars 2017, *Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, n° 387728, **355**

CE, 1^{ère} et 6^e chambres réunies, 17 mars 2017, *M. et Mme Malsoute*, n° 396362, **403**

CE, 10^e chambre, 20 mars 2017, n° 400867, **891**

CE, 6^e et 1^{ère} chambre réunies, 29 mars 2017, *Association Garches est à vous*, n° 395419, **606**

CE, 7^e chambre, 31 mars 2017, *Société Commercialisation décharge et travaux publics*, n° 403297, **325**

CE, 1^{ère} et 6^e chambres réunies, 24 mai 2017, *Fédération des employés et cadres de la CGT - Force Ouvrière et a.*, n°s 392661, 392676, 392678, **330, 593**

CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 19 juin 2017, n° 398442, **750, 753**

CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 21 juin 2017, n° 396427, **130**

CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445, **433**

CE, 6^e et 1^{ère} chambre réunies, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre France*, n° 394254, **317**

CE, 6^e et 1^{ère} chambres réunies, 12 juillet 2017, n° 406327, **1233**

CE, 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 13 juillet 2007, *Mme Abric c. Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, n° 297742, **744**

CE, 2^e et 7^e chambres réunies, 19 juillet 2017, n° 402185, **240**

CE, 5^e et 4^e chambres réunies, 27 juillet 2016, *Duc c. Centre hospitalier de Grenoble*, n° 388098, **1063**

CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 juillet 2017, *Section française de l'OIP*, n° 410677, **1233**

CE, 4^e et 5^e chambres réunies, 16 octobre 2017, n°s 383459, 395480, **533**

CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571, **518-520**

CE, 7^e et 2^e chambres réunies, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982, **434**

CE, 8^e et 3^e chambres réunies, 14 février 2018, *Association Anti-G*, n° 416294, **1063**

CE, Sect., 23 mars 2018, *Syndicat Force ouvrière Magistrats*, n°s 406066, 406498, 407474, **379, 381**

CE, 7^e chambre, 26 avril 2018, n° 408136, **1196**

CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, **138**

CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 6 juin 2018, *Ligue des Droits de l'Homme c. Commune de Béziers*, n° 410774, **331**

CE, 10^e et 9^e chambres réunies, 11 juillet 2018, n° 413782, **747, 753**

CE, 2^e et 7^e chambres réunies, 26 juillet 2018, *Serre*, n° 405917, **343**

CE, 3^e et 8^e chambres réunies, 7 décembre 2018, n° 401812, **132, 349**

CE, Sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678, **353-355, 754**

CE, 2^e et 7^e chambres réunies, 28 décembre 2018, n° 422695, **420, 687**

CE, 4^e et 1^{ère} chambre réunie, 30 janvier 2019, *Société Exane*, n° 411132, **467**

CE, 8^e et 3^e chambres réunies, 7 mars 2019, *Commune de Valbonne*, n° 417629, **434**

CE, 8^e et 3^e chambres réunies, 18 mars 2019, *Commune de Chambéry*, n° 411462, **49**

CE, avis, Sect., 27 mars 2019, *Consorts Rollet*, n° 426472, **1383**

CE, 5 avril 2019, *Société mandataires judiciaires associés*, n° 413712, **354**
CE, ord., 21 juin 2019, n° 43171, **587**
CE, ord., 27 juin 2019, n° 431515, **587**
CE, 3^e chambre, 12 septembre 2019, n° 431862, **1423**
CE, 6^e et 5^e chambres réunies, 6 novembre 2019, *Société Natixis Asset Management*, n° 414659, **1436**
CE, 3^e et 8^e chambres réunies, 2 décembre 2019, n° 434359, **1423**

2- Cours administratives d'appel

CAA de Nancy, 26 mars 1991, n° 90NC00025, **103**
CAA Lyon, formation plénière, 5 avril 1993, *SA Lorenzy Palanca*, n° 90LY00810, **1053**
CAA de Paris, 3^e chambre, 30 décembre 1996, n° 95PA02185, **103**
CAA de Nantes, 2^e chambre, 3 février 1999, *Ministre de l'agriculture et de la pêche c. Association eau et rivières de Bretagne*, n° 96NT01934, **615**
CAA de Nantes, 3^e chambre, 25 mars 1999, n° 96NT01112, **103**
CAA Nancy, 3^e chambre, 4 mai 2000, n° 96NC00577, **103**
CAA de Nantes, 2^e chambre, 30 décembre 2003, *Association Manche Nature*, n° 00NT02011, **640, 642, 643, 670**
CAA Lyon, 3^e chambre, 7 décembre 2004, n° 04LY00567, **620**
CAA, 1^{ère} chambre, 5 avril 2005, *N. c. Préfet de la Savoie*, n° 04LY01719, **1018**
CAA de Douai, 1^{ère} chambre, 30 mars 2006, *SA Caudis, Association de défense du commerce local de Caudry*, n° 04DA00116, **203, 612**
CAA de Marseille, 2^e chambre, 20 juin 2006, *Girard*, n° 03MA01575, **1042**
CAA de Lyon, 1^{ère} chambre, 22 juin 2006, *Société Celaur énergies et M^{me} Derail*, n° 06LY00237, **612**
CAA de Lyon, 1^{ère} chambre, 12 octobre 2006, *Association de défense du cadre de vie des communes du Publier et Thonon*, n° 03LY01134, **612**
CAA de Bordeaux, 1^{ère} chambre, 7 février 2008, *Association Tchernoblaye*, n° 06BX00814, **646**

CE, Sect., 6 décembre 2019, *Syndicat des copropriétaires du Monte-Carlo Hill*, n° 417167, **49**
CE, Sect., 6 décembre 2019, *Abdi*, n° 416762, **1063**
CE, Ass., 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy et a.* n°s 425981, 425983, 428162, **1281**
CE, ord., 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674, **4**
CE, ord., 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057, **4**

CAA de Lyon, formation plénière, 1^{er} avril 2008, n°s 07LY01399, 07LY01626, **615**
CAA de Bordeaux, 4^e chambre, 23 octobre 2008, *M. Delplanque*, n° 06BX01926, **1043**
CAA Lyon, 23 avril 2009, *Association Club mouche saumon Allier et a.*, n° 07LY02634, **314**
CAA de Lyon, 4^e chambre, 25 juin 2009, n° 07LY01811, **592**
CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, n° 07NT03775, **314**
CAA de Bordeaux, 3^e chambre, 20 décembre 2011, n° 11BX00494, **388**
CAA Nantes, 2^e chambre, 17 février 2012, *UFC Que-choisir de Rennes*, n° 10NT02014, **124**
CAA de Marseille, 2^e chambre, 17 septembre 2012, n° 10MA01803, **103**
CAA Douai, 2^e chambre, 30 avril 2013, *Société C.*, n° 11DA01758, **124**
CAA de Nancy, 1^{ère} chambre, 30 avril 2013, n° 14NC01582, **412**
CAA de Versailles, 6^e chambre, 17 octobre 2013, n° 11VE03369, **103**
CAA de Nantes, 2^e chambre, 29 novembre 2013, n° 11NT02489, **468**
CAA de Marseille, 1^{ère} chambre, 19 décembre 2013, n° 12MA03207, **468**
CAA de Marseille, 1^{ère} chambre, 20 mars 2014, n° 13MA03143, **412**
CAA de Douai, 1^{ère} chambre, 26 juin 2014, n° 13DA02115, **642**

CAA de Nantes, 5^e chambre, 23 décembre 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, n° 13NT01737, **317, 756**

CAA de Lyon, 1^{ère} chambre, 29 septembre 2015, n° 14LY01039, **412**

CAA de Marseille, 5^e chambre, 5 octobre 2015, n°s 14MA03679, 14MA03695, **587**

CAA de Marseille, 9^e chambre, 16 octobre 2015, n° 14MA01001, **412**

CAA de Marseille, 7^e chambre, 15 décembre 2015, n° 14MA00604, **103**

CAA de Marseille, Chambres réunies, 6 avril 2016, n° 12MA02987, **468**

CAA de Bordeaux, 5^e chambre, 31 mai 2016, n° 15BX02051, **412**

CAA de Douai, 2^e chambre, 5 juillet 2016, n° 15DA01895, **347**

CAA de Paris, 4^e chambre, 12 juillet 2016, n° 15PA03424, **468**

CAA de Marseille, 1^{ère} chambre, 6 octobre 2016, n° 13MA03759, **103**

CAA de Nantes, chambres réunies, 14 novembre 2016, n° 15NT02386, **468**

CAA de Nantes, chambres réunies, 14 novembre 2016, n° 15NT02883, **468**

3- Tribunaux administratifs

TA de Rennes, 15 mars 2001, *Association « Agir ensemble pour Combril-Sainte-Marine »*, RJE, 2001, p. 417, **642**

TA de Dijon, 16 décembre 2003, *Association de défense des sites des vallées de l'Yonne et de la Cure*, n°s 021321, 021651, **615**

TA de Bordeaux, 23 février 2006, *Association Tchernoblaye*, n° 051317, **646**

TA Rennes, 25 octobre 2007, *Association Halte aux marées vertes et a.*, n° 0400630, **314**

TA de Paris, 29 avril 2010, *Association des familles victimes du saturnisme*, n° 0718905, **642**

TA de Cergy-Pontoise, 24 avril 2015, n° 1304351, **646**

TA de Dijon, 28 août 2017, n°s 1502100, 1502726, **468**

TA de Nice, 29 juin 2018, *Syndicat national indépendant des agents territoriaux*, n°1702101, **1152**

CAA de Nancy, 2^e chambre, 20 décembre 2016, n°s 16NC00572, 16NC00544, **103**

CAA de Paris, 6 avril 2017, *Société Exxane c. Défenseur des droits*, n° 15PA03145, **467**

CAA de Paris, 6^e chambre, 16 mai 2017, n° 16PA02012, **468**

CAA de Paris, 3^e chambre, 28 novembre 2017, n° 17PA00107, **455**

CAA de Lyon, 1^{ère} chambre, 18 janvier 2018, n° 16LY00172, **412**

CAA de Paris, 3^e chambre, 21 mars 2018, n° 16PA01288, **642, 663**

CAA de Nancy, 1^{ère} chambre, 19 juillet 2018, n° 17NC01498, **468**

CAA de Nancy, 3^e chambre, 2 octobre 2018, n° 16NC01794, **468**

CAA de Lyon, Chambres réunies, 23 octobre 2018, n° 17LY03323, **469**

CAA de Marseille, 7^e chambre, 30 novembre 2018, n° 18MA01494, **468**

CAA de Lyon, 5^e chambre, 11 avril 2019, n° 17LY00933, **468**

CAA, Bordeaux, 2^e chambre, 12 mai 2020, n° 19BX00794, **1152, 1176**

TA de Nice, 29 juin 2018, *Syndicat national indépendant des agents territoriaux*, n°1702169, **1152**

TA de Poitiers, 19 décembre 2018, *Syndicat CGT des hospitaliers saintais*, n° 1702835, **1152**

TA de Bordeaux, 25 janvier 2019, *Association promotion de défense des étudiants*, n° 1804379, **1131**

TA de Lyon, 31 janvier 2019, n° 1607996, **431**

TA de Lyon, 31 janvier 2019, n° 1704388, **431**

TA de Lyon, 31 janvier 2019, n° 1709083, **431**

TA de Paris, 7 mars 2019, *Alternative Police CFDT*, n° 816174, **1131**

TA Cergy-Pontoise, 14 mars 2019, n° 1812883, **1176**

TA de Lyon, 29 avril 2019, *Syndicat de personnel d'encadrement de la Ville de Lyon et organismes rattachés*, n° 1806281, **1206, 1131**

TA de Nice, 29 mai 2019, *Syndicat CGT des fonctionnaires territoriaux de la ville de Cannes*, n° 1804265, **1152**
TA de Clermont-Ferrand, 29 mai 2019, *Syndicats CGT FO des hospitaliers de Montluçon*, n° 1702299, **1152**
TA de Versailles, ord., 18 juin 2019, n° 1903153, **1423**
TA de Montreuil, 25 juin 2019, n° 1802202, **317**
TA de Strasbourg, ord., 25 août 2019, n° 1904994, **1423**
TA de Cergy-Pontoise, 4 octobre 2019, *Association de défense des droits constitutionnels des actionnaires*, n° 1903123, **1152**

TA de Lyon, 11 décembre 2019, *Syndicat SNUDI-FO 01*, n° 1809258, **1152**
TA d'Orléans, 7 janvier 2020, *Sections syndicales 37 et 41 du SNUIPP. FSU*, n° 1802544, **1152**

TA de Montreuil, 2 juillet 2020, n°s 1704275, 1704392, 1704394, **1106**
TA de Paris, 24 juillet 2020, *Le grand barreau de France*, n° 1903067, **1152**

C- Juridictions judiciaires

1- Cour de cassation

Cass., 7 avril 1813, *S.*, 1813, 1, p. 327, **206**
Civ., 26 juillet 1848, *D.*, 1852, 5, p. 97, **241**
Civ., 7 mars 1855, *Quartier, D.*, 1855, 1, p. 8, **890**
Crim., 31 mars 1859, *Bressac c. médecins de Lyon et Ministère public, D.P.*, I, 1859, p. 190, **63**
Civ., 15 janvier 1873, *D.*, 1873, 1, p. 249, **885**
Civ., 16 décembre 1891, *DP*, 1892, 1, p. 177, **886**
Civ., 1^{er} décembre 1885, *DP*, 1886, 1, p. 251, **885**
Civ., 23 juin 1892, *Affaire Joost, S.*, 1892, 1., p. 41, **767**
Crim., 14 mai 1908, *D.*, 1909, 1, p. 133, **572**
Req., 27 juin 1911, *D.*, 1914, 1, p. 93, **206**
Civ., 4 mars 1913, *Cardinal Luçon c. Association fraternelle des instituteurs de la Marne, DP*, 1913, I, p. 321, **214, 572, 927**
Ch. réunies 5 avril 1913, *DP*, 1914, I, p. 65, **67, 214, 220, 242**
Crim., 25 juillet 1913, *Suter-Siniard, D.*, 1915, 1, p. 150, **396**
Crim., 18 octobre 1913, Bull. crim., n° 449, **435**
Civ., 23 juillet 1918, *DP*, 1918, I, p. 52, **162, 242, 769**
Ch. réunies., 15 juin 1923, *DP*, 1924. 1., p. 153, **284, 927**
Crim., 3 janvier 1925, Bull. crim., n° 5, **164**
Civ., 25 novembre 1929, *DH*, 1930, 1, p. 28, **67, 162, 769**
Civ., 27 juillet 1937, *D.P.*, 1938, I, p. 5, **184**
Civ., 16 février 1948, *JCP éditions Avoués*, 1948, IV, n° 147, **206**
Crim., 26 avril 1952, Bull. crim. n° 106, **366**
Civ. 2, 28 janvier 1954, n° 54-07.081, **218**
Crim., 16 décembre 1954, *D.*, 1955, p. 287, **164, 768**
Com., 17 janvier 1956, *D.*, 1956, p. 265, **218**

Crim., 30 janvier 1957, Bull. crim. n° 101, **397**
Crim., 15 janvier 1958, Bull. cons. sup. pêche, 1958, n° 34, p. 125, **445**
Crim., 19 novembre 1959, *Milbaud*, Bull. crim. n° 449, **397**
Crim., 2 mars 1961, Bull. crim. n° 137, **397**
Crim., 21 août 1961, *Fobran*, Bull. crim. n° 363, **1276**
Civ. 2, 20 février 1964, Bull. civ II, n° 168, **1461**
Crim., 22 janvier 1970, n° 69-90.898, **438**
Soc., 23 février 1970, Bull. civ. V., n° 148, **791**
Civ. 2, 3 juin 1970, Bull. civ. II, n° 196, **901**
Crim., 14 janvier 1971, n° 70-90.558, **284, 947**
Com., 7 juin 1971, n° 69-10.254, **352**
Civ. 1, 23 février 1972, n° 71-10.157, **611**
Soc., 3 novembre 1972, *STIC-CFDT c. Total*, n° 71-40.728, **967**
Crim., 22 mai 1973, Bull. crim. n° 229, **397**
Civ. 1, 5 décembre 1973, *Société « les ciments de l'Adour » c. Darrigues et a., JCPG*, 1975, II, n° 18115, **1458**
Civ. 3., 15 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 359, **203**
Civ. 1, 27 mai 1975, Bull. civ. I, n° 174, **274, 1327**
Soc., 26 novembre 1975, Bull. Soc. n° 562, p. 475, **567**
Soc., 16 novembre 1977, n° 75-41.041, **967**
Soc., 18 janvier 1978, Bull. civ. V., n° 49, **791**
Crim., 8 février 1979, Bull. crim. n° 58, **397**
Civ. 1, 6 mars 1979, Bull. civ. I, n° 81, **592**
Soc., 17 mars 1980, Bull. Soc. n° 263, p. 199, **567**
Civ. 2, 15 avril 1981, n° 80-10.228, **885**
Crim., 1^{er} décembre 1981, Bull. crim., n° 316, **435**

Com., 10 mai 1982, n° 80-16.125, **213**

Com., 18 octobre 1982, Bull. civ. IV, n° 316, **885**

Civ. 1, 16 novembre 1982, n° 81-15.550, **284**

Civ. 2, 1^{er} décembre 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, p. 137, **213**

Com., 4 octobre 1983, n° 82-12.415, **886**

Civ. 2, 19 octobre 1983, *Société Banque de financement industriel c. Genou et a.*, *Gaz. Pal.* 1984, p. 34, **961**

Crim., 7 février 1984, n° 82-90.338, **284**

Crim., 27 mars 1984, Bull. crim., n° 128, **567**

Crim., 11 mai 1984, Bull. crim., n° 170, **776**

Soc., 20 mai 1985, n° 83-60.040, **239**

Crim., 29 avril 1986, n° 84-93.719, **284**

Crim., 23 juin 1986, n° 85-91.469, **768**

Crim., 22 octobre 1986, Bull. crim., n° 302, **606**

Crim., 11 mars 1987, n° 83-94.993, **577**

Civ. 1, 18 janvier 1989, n° 87-12.901, **1233**

Soc., 23 janvier 1990, n° 86-14.947, **218**

Civ. 1, 14 février 1990, n° 88-17.815, **886**

Crim., 6 mars 1990, n° 88-81.385, **299**

Soc., 20 juin 1990, *Société d'Encouragement pour l'Amélioration des Races de Chevaux et a. c. Syndicat CGT PMU*, Bull. Civ. V n° 308, **869**

Civ. 3, 4 janvier 1991, Bull. civ. I, n° 1, **891**

Crim., 14 janvier 1991, n° 90-81.133, **398**

Civ. 1, 4 avril 1991, n° 90-04.008, **466**

Civ. 2, 5 avril 1991, Bull. civ. II, n° 109, **891**

Crim., 16 avril 1991, n° 90-87.509, **589**

Com., 14 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 160, **891**

Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, **467**

Civ. 1, 11 juin 1991, Bull. civ. I, n° 199, **891**

Civ. 2, 10 juillet 1991, n° 90-15.407, **213**

Civ. 1, 14 mai 1992, n° 90-14.047, **770**

Soc., 3 février 1993, Bull. civ. V, n° 42, **891**

Civ. 2, 1^{er} décembre 1993, *M^{me} Illy-Meffre*, *JCPG*, 1994, IV, n° 328, **567**

Soc., 12 janvier 1994, *SA Socratrem c. Syndicat Filpac CGT et a.*, n° 91-20.443, **869**

Soc., 10 mai 1994, *Syndicat CGT Sollac Dunkerque c. SA Sollac*, Bull. Civ. V n° 173, **869**

Crim., 30 janvier 1995, n° 93-81.730, **1224**

Crim., 3 mai 1995, n° 95-80.725, **577**

Civ. 1, 7 juin 1995, n° 93-16.089, **901**

Crim., 21 mai 1996, n° 94-83.370, **606**

Crim., 27 novembre 1996, Bull. crim. n° 431, **606**

Civ. 2, 29 janvier 1997, n° 95-10.046, **887**

Soc., 20 mars 1997, Bull. civ. V, n° 120, **899**

Crim., 24 juin 1997, n° 96-82.424, **436, 576**

Crim., 27 octobre 1997, n° 96-83.698, **1224**

Soc., 3 mars 1998, *Syndicat du Livre Moselle c. Sollac*, n° 96-11.115, **869**

Crim., 11 mars 1998, n° 97-81.584, **606**

Soc., 1^{er} février 2000, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy c. Société Servair*, n° 98-46.201, **795, 852, 980**

Soc., 1^{er} février 2000, n° 98-41.624, **961**

Crim., 7 mars 2000, n° 99-85.565, **440**

Crim., 24 octobre 2000, n° 99-87.682, **577**

Civ. 1, 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 274, **1102**

Com., 5 décembre 2000, n° 98-17.705, **855**

Soc., 18 décembre 2000, n° 98-17.739, **330**

Crim., 30 janvier 2001, n° 00-81.292, **577**

Civ. 1, 2 mai 2001, n° 99-10.709, **306**

Soc., 2 mai 2001, n° 98-45.894, **899**

Soc., 12 juin 2001, *Enrodisney*, n° 00-14.435, **866**

Civ. 1, 16 octobre 2001, n° 00-12.259, **611**

Civ. 2, 29 novembre 2001, Bull. civ. II, n° 175, **203**

Crim., 15 janvier 2002, n° 01-83.284, **1211**

Soc., 23 janvier 2002, n° 99-44.356, **899**

Com., 9 avril 2002, n° 99-19.600, **885**

Crim., 9 avril 2002, Bull. crim., n° 82, **1211**

Crim., 9 octobre 2002, n° 01-88.831, **577**

Crim., 17 décembre 2002, n° 01-85.650, **589**

Crim., 29 avril 2003, n° 02-86.603, **441**

Civ. 1, 20 janvier 2004, Bull. civ. I, n° 22, **1211**

Civ. 2, 27 mai 2004, n° 02-15.700, **284**

Civ. 2, 24 juin 2004, n° 02-16.989, **1012**

Com., 28 septembre, 2004, n° 00-21982, **1211**

Com., 25 janvier 2005, n° 03-11.770, **1211**

Civ. 1, 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, **1225**

Civ.1, 1^{er} février 2005, n° 03-16.905, **1225**

Civ. 1, 1^{er} février 2005, n° 03-16.935, **1225**

Civ. 1, 21 février 2006, Bull. Civ. I, n° 95, **1033**

Soc., 22 février 2006, *Sigma Kalon et a. c. FNIC-CGT*, n° 04-14.771, **873**

Civ. 2, 3 mai 2006, Bull. Civ. II, n° 112, **897**

Crim., 3 mai 2006, n° 05-85.715, **285**

Crim., 4 mai 2006, *Philippe P. et Arnaud L.*, n° 05-81.743, **441**

Civ. 1, 30 mai 2006, Bull. Civ. I, n° 276, **1033**

Crim., 12 septembre 2006, n° 05-86.958, **284**

Soc., 20 septembre 2006, *Syndicat CFDT c. AJD*, n° 04-10.765, **873**

Civ. 2, 5 octobre 2006, n° 05-17.602, **770**

Civ. 2, 7 décembre 2006, n° 05-20.297, **284, 577**

Com., 19 décembre 2006, n° 05-14.816, **888**

Civ. 1, 30 janvier 2007, n° 04-15.543, **352**

Crim., 22 février 2007, n° 14-82.526, **735**

Soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340, **866, 873**

Civ. 2, 14 juin 2007, n° 06-15.352, **577**

Ass. Plén. 7 juillet 2006, *Cesareo*, n° 04-10.672, **53**

Crim., 25 septembre 2007, n° 05-88.324, **626, 878**

Civ. 3, 26 septembre 2007, n° 04-20.636, **284, 577**

Crim., 21 novembre 2007, n° 07-82.322, **441**

Soc., 18 décembre 2007, n° 06-45.132, **1124**

Civ. 3, 27 février 2008, n° 06-21.965, **240**

Com., 8 juillet 2008, *Le Galec*, n° 07-16.761, **826, 851, 853, 860**

Com., 8 juillet 2008, *ITM*, n° 07-13.350, **851**

Civ. 1, 18 septembre 2008, n° 06-22.038, **284**

Civ. 1, 8 janvier 2009, n° 06-17.630, **1225**

Soc., 4 février 2009, n° 07-42.697, **1206**

Crim., 11 février 2009, n° 08-83.870, **439**

Soc., 3 mars 2009, n° 07-44.676, **979**

Ass. Plén., 13 mars 2009, n° 08-16.033, **53**

Crim., 7 avril 2009, n° 08-84.627, **578**

Com., 5 mai 2009, n° 08-15.264, **851**

Civ. 3, 1^{er} juillet 2009, n° 07-21.954, **284**

Soc., 23 septembre 2009, n° 08-42.108, **352**

Soc., 18 novembre 2009, *Syndicat général des transports du Rhône CFDT c. Sté DSV*, n° 08-44.175, **795**

Crim., 8 décembre 2009, n° 09-81.607, **90**

Civ. 1, 25 mars 2010, *SA VGC distribution c. Association UFC 38*, n° 09-12.678, **1224**

Crim., 30 mars 2010, n° 09-84.279, **606**

Crim., 30 mars 2010, n° 09-87.255, **606**

Soc., 2 juin 2010, *Société Yusen Air and sea service France*, n° 08-40.628, **469**

Civ. 3, 9 juin 2010, n° 09-11.738, **322**

Soc., 16 juin 2010, n° 09-40.183 à 09-40.223, **352**

Soc., 30 juin 2010, n° 09-42.393, **588**

Crim., 9 novembre 2010, n° 09-88.272, **284**

Crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674, **381**

Com., 1^{er} mars 2011, n° 09-71.252, **718**

Com., QPC, 8 mars 2011, n° 10-40.700, **805**

Civ. 1, 26 mai 2011, n° 10-15.676, **1033**

Civ. 3, 8 juin 2011, n° 10-15.500, **322**

Crim., 4 octobre 2011, n° 11-80.198, **626, 627**

Civ. 2, 4 janvier 2012, n° 11-40.081, **1580**

Soc., 23 mai 2012, n°s 11-11.551, 11-19.331, 11-11.612, 11-13.017, 11-14.301 et 11-19.009, **1124**

Civ. 3, 5 juin 2012, n° 11-17.919, **192, 598**

Civ. 1, 12 juillet 2012, n° 11-17.510, **103, 1182**

Com., 9 octobre 2012, n° 11-19.833, **975**

Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526, **1435**

Civ. 1, 23 janvier 2013, n°s 10-21.177, 10-22.815, **1225**

Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, **352**

Crim., 23 avril 2013, n° 12-83.244, **589**

Soc., QPC, 5 juin 2013, n° 12-27.478, **870-873**

Civ. 3, 6 juin 2013, n° 12-20.062, **1518**

Crim., 7 octobre 2013, n° 02-88.383, **900**

Soc., 14 novembre 2013, n° 13-14.094, **352**

Civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, **471, 510**

Crim., 22 janvier 2014, n° 12-88.042, **598**

Soc., 22 janvier 2014, n° 12-27.478, **860**

Soc., 4 juin 2014, n° 13-15.142, **352**

Com., QPC, 27 novembre 2014, n° 14-16.644, **1563**

Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, **874**

Com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, **874**

Com., 5 mai 2015, n° 14-16.644, **888, 1563**

Com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, **874**

Com., 29 septembre 2015, n° 13-25.043, **874**

Civ. 1, 30 septembre 2015, n° 14-16.273, **1233**

Civ. 3, 22 octobre 2015, n° 14-11.776, **471, 1233**

Civ. 1, 12 novembre 2015, n° 14-21.309, **1275**

Civ. 3, 17 décembre 2015, n° 14-22.095, **1233**

Civ. 3, 21 janvier 2016, n° 15-10.566, **1233**

Civ. 1, 6 juillet 2016, n° 15-21.811, **852**

Civ. 1, 9 novembre 2016, n° 15-24.210, **533**

Civ. 3, 26 janvier 2017, n° 15-27.580, **1090**

Com., 20 avril 2017, n° 15-21.859, **891**

Civ. 1, 20 septembre 2017, n° 16-18.035, **592**

Civ. 2, 9 novembre 2017, n° 16-20.404, **533**

Crim., 31 janvier 2018, n° 17-80.659, **299, 577**

Civ. 2, 3 mai 2018, n° 17-17.362, **1196**

Civ. 1, 16 mai 2018, n° 17-17.904, **1196**

Civ. 2, 24 mai 2018, n° 17-17.962, **1196**

Civ. 1, 27 juin 2018, n° 17-10.891, **1408**

Crim., 4 décembre 2018, n° 18-31.364, **577**

Civ. 1, 19 juin 2019, n° 18-10.424, **1089, 1090**

Crim., 8 septembre 2020, n° 19-84.995, **299, 322, 395, 576**

2- Cours d'appel

CA de Paris, 9 octobre 1971, *Gaz. Pal.*, 1972, 1, p. 410, **947**

CA de Colmar, 10 février 1977, *D.*, 1977 p. 471, **947**

CA de Versailles, 29 mai 2007, n° 06/00563, **826**

CA de Paris, 27 mars 2012, *SEPR*, n° 2009/16623, **516**

CA d'Aix-en-Provence, 10 octobre 2013, *Krikorian et autres*, n° 2013/684, **1275**

CA de Grenoble, 3 juillet 2014, n° 09/03013, **975**

CA de Paris, pôle 1, 1^{ère} chambre, 15 septembre 2014, *Booking.com NV et Booking.com France*, n° 15/07435, **851**

CA Paris, 28 septembre 2017, n° 17/00854, **319**

CA de Paris, pôle 4, chambre 3, 9 novembre 2017, n° 16/05321, **1089, 1090**

CA de Paris, 31 janvier 2018, n° 15/11920, **1136**

3- Tribunaux de grandes instance

TGI de Marseille ord., 3 juin 2013, *Krikorian et autres*, n° 13/01008, **1275**

TGI de Paris, 1^{ère} chambre actions de groupe, 27 janvier 2016, n° 15/00835, **1089**

TGI de Nanterre, 6^e chambre, 2 septembre 2016, n° 1509494, **1426**

TGI de Nanterre, 6^e chambre, 2 décembre 2016, n° 1508610, **1426**

TGI de Nanterre, 6^e chambre, 6 janvier 2017, n° 1602674, **1426**

TGI de Paris, 1^{ère} chambre actions de groupe, 8 novembre 2017, n° 17/01643, **1436**

TGI de Paris, 1^{ère} chambre actions de groupe, 20 décembre 2017, n° 16/13225, **1089**

TGI de Paris, 1^{ère} chambre, actions de groupe, 21 mars 2018, n° 17/07001, **1106**

TGI de Nanterre, 14 mai 2018, n° 14/11846, **1089, 1090**

TGI de Paris, 3 octobre 2018, n° 15/07353, **1089**

TGI de Paris, 12 février 2019, *Google c. UFC-Que Choisir*, n° 14/07224, **1151**

D- Tribunal des conflits

TC, 2 juin 1908, *Girodet c. Morizot*, Rec. Lebon, p. 597, **769**

TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, Rec. Lebon, p. 617, **1114**

TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. époux Barbier*, n° 1908, **587**

TC, 25 janvier 1988, *Bunelier*, Rec. Lebon, p. 483, **1095**

TC, 23 février 2004, *Commune d'Auribeau-sur-Siagne*, n° C3381, **939**

TC, 15 décembre 2008, *Kim c. Etablissement français du sang*, n° 3652, **587, 1124**

TC, 15 décembre 2008, *Voisin c. RATP*, n° 3662, **587, 1124**

TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau c. INAPORC et M. Cherel et a. c. CNIEL*, n°s 3828-3829, **515, 1124**

TC, 2 mai 2011, *Société Europe Finance et Industrie c. Autorité des marchés financiers*, n° 3766, **755**

TC, 6 juillet 2015, *K. et autres*, n° 03995, **1275**

II- Juridictions européennes

A- Commission européenne des droits de l'homme et Cour européenne des droits de l'homme

- Comm. EDH, Avis du 30 juin 1959, *Szwabowicz c. Suède*, n° 434/58, **1564**
- Comm. EDH, 17 décembre 1968, *Eglise de Scientologie c. Royaume-Uni*, n° 3798/68, **166**
- CEDH (Plén.), 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, n° 4464/70, **262**
- CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, **738**
- CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, **508, 516, 550**
- Comm. EDH, 5 mai 1979, *X and Church of Scientology c. Sweden*, n° 7805/77, **166**
- CEDH, Plén., 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n°s 7151/75, 7152/75, **189**
- Comm. EDH, 4 mai 1983, *Syndicat X c. France*, n° 9900/82, **166**
- Comm. EDH, 15 mars 1984, *Association A et H c. Autriche*, n° 9905/82, **166**
- CEDH (chambre), 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, **189**
- CEDH (chambre), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, n° 8793/79, **189**
- CEDH, 24 avril 1986, *Deumeland c. R.F.A.*, n° 9384/81, **108**
- CEDH, 25 mai 1986, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, n° 8562/79, **108**
- CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84, **508**
- CEDH, 26 février 1993, *Salesi c. Italie*, n° 13023/87, **108**
- CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael c. Royaume Uni*, n°16424/90, **824**
- CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, n° 15963/90, **735**
- CEDH, (G.C.), 20 février 1996, *Lobo machado c. Portugal*, n° 15764/89, **824**
- CEDH, (G.C.), 20 février 1996, *Vermeulen c. Belgique*, n° 19075/91, **824**
- CEDH, (G.C.), 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, **509**
- CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, n° 17862/91, **525**
- CEDH 18 février 1997, *Nideröst-Hubert c. Suisse*, n° 18990/91, **824**
- CEDH, 16 décembre 1997, *Eglise catholique de la Canée c. Grèce*, n° 25528/94, **166**
- CEDH, 30 juillet 1998, *Oliveira c. Suisse*, n° 25711/94, **735**
- CEDH (G.C.), 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, n° 23452/94, **189**
- CEDH, (G.C.), 20 mai 1999, *Rekvenyi c. Hongrie*, n°2590/94, **525, 550**
- CEDH, 3^e section, 29 février 2000, *L'association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et a. c. France*, n° 45053/98, **166**
- CEDH, 29 mai 2001, *Franz Fisher c. Autriche*, n° 37950/97, **735**
- CEDH, 4^e section, 2 août 2001, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, n° 35972/97, **166**
- CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, **118**
- CEDH, 2^e section, 2 juillet 2002, *Göktaş c. France*, n° 33402/96, **735**
- CEDH., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, **877**
- CEDH, 2^e section, 27 mai 2003, *Crisan c. Roumanie*, n° 42930/98, **278**
- CEDH, 1^{ère} Section, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, **500**
- CEDH, (G.C.), 12 février 2004, *Perez c. France*, n° 47287/99, **825, 896**
- CEDH, 4^e section, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et a. c. Espagne*, n° 62543/00, **166, 295, 444**
- CEDH, 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, n° 31443/96, **529**
- CEDH, 27 juillet 2004, *Slimani c. France*, n° 57671/00, **529, 536**
- CEDH, (G.C.), 6 juillet 2005, *Natchova et a. c. Bulgarie*, n°s 43577/98, 43579/98, **525**
- CEDH, 2^e section, 28 mars 2006, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et*

Mox contre la France, n° 75218/01, **277-279, 293-295, 298, 683**

CEDH, 14 décembre 2006, *Markovic et autres c. Italie*, n° 1398/03, **1275**

CEDH, 1^{ère} section, 11 avril 2007, *Augusto c. France*, n° 71665/01, **421**

CEDH, 2^e section, 12 juin 2007, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox c. France*, n° 75218/01, **293, 682, 683**

CEDH, (G.C), 13 novembre 2007, *D.H. et al. c. République tchèque*, n° 57325/00, **528**

CEDH, (G.C), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, **573**

CEDH, 18 décembre 2008, *UNEDIC c. France*, n° 20153/04, **550**

CEDH, 15 janvier 2009, *Ligue du monde islamique et organisation islamique mondiale du secours islamique c. France*, n°s 36497/05, 37172/05, **90**

CEDH, (G.C), 10 février 2009, *Sergueï Zolotonkhine c. Russie*, n° 14939/03, **735**

CEDH, 2^e section, 24 février 2009, *Erablère A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07, **295, 298**

CEDH, 5^e Section, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 36815/03, **550**

CEDH, 6 juillet 2010, *Gözel et Özer c. Turquie*, n°s 43453/04, 31098/05, **1012**

CEDH, 5^e section, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06, **381**

CEDH, 1^{ère} section, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10, **543**

CEDH, 2^e section, 28 juin 2011, *Ligue des musulmans de Suisse et a. c. Suisse*, n° 66274/09, **166**

CEDH, (G.C), 20 octobre 2011, *Nejdet Sabin et Perihan Sabin c. Turquie*, n° 13279/05, **550**

CEDH, 5^e section, 13 décembre 2011, *Association Greenpeace France c. France*, n° 55243/10, **166, 298**

CEDH, 17 janvier 2012, *GALEC c. France*, n° 51255/08, **828, 853**

CEDH, 5^e section, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39474/07, **498**

CEDH, 27 juin 2013, *Vassiss et autres c. France*, n° 62736/09, **381**

CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18698/10, **735**

CEDH, 17 avril 2014, *Guerdner c. France*, n° 68780/10, **525**

CEDH, 5^e section, 10 juillet 2014, *Tanda-Muzinga c. France*, n° 2260/10, **438**

CEDH, (G.C), 17 juillet 2014, *Centre de Ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n° 47848/08, **527**

CEDH, 2 octobre 2014, *Matelly c. France*, n° 10609/10, **573**

CEDH, 2 octobre 2014, *ADEFDRMIL c. France*, n° 32191/09, **573**

CEDH, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Suède*, n° 7356/10, **735**

CEDH, 27 janvier 2015, *Rinas c. Finlande*, n° 17039/13, **735**

CEDH, 5^e section, 12 juillet 2016, *A.B. et a. c. France*, n° 11593/12, **498**

CEDH, (G.C), 15 novembre 2016, *A. et B. c. Norvège*, n°s 24130/11, 29758/11, **735, 737**

B- Cour justice des communautés européennes et Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c. Commission européenne*, aff. C-25/62, **267**

CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm et a. c. Bundeskartellamt*, aff. C-14/68, **738**

CJCE, 20 mars 1985, *République italienne c. Commission*, aff. C-41/83, **706**

CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. C-222/84, **832**

CJCE, 4 février 1988, *Mary Murphy et autres c. An Bord Telecom Eireann*, aff. C-157/86, **1288**

CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-70/87, **268**

CJCE, 28 février 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu*, aff. C-234/89, **1432**

CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, **1092**

CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Conseil des Communautés européennes*, aff. C-69/89, **268**

CJCE, 19 novembre 1991, *Franconich et Bonifaci*, aff. C-6/90, aff. C-9/90, **1281**

CJCE, 23 mars 1993, *Weber c. Parlement*, aff. C-324/91, **267**

CJCE, 24 octobre 1996, *Commission c. Lisrestal*, aff. C-32/95 P, **833**

CJCE, 5 mai 1998, *Dreyfus c. Commission*, aff. C-386/96 P, **268**

CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas*, aff. C-367/96, **413**

CJCE, 23 mars 2000, *Dionysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, aff. C-373/97, **413**

CJCE, 14 décembre 2000, *Masterfoods c. HB Ice Cream*, aff. C-344/98, **1432**

CJCE, 21 juin 2001, *Moccia Irme*, aff. C-280/99 P à C-282/99 P, **1012**

CJCE, 24 janvier 2002, *Commission c. République Italienne*, aff. C-372/99, **1225**

CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes c. République Française*, aff. C-52/00, **1104**

TPI, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c. Commission*, T-177/01, **267**

CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores (UPA) c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50-00 P, **267**

CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Autriche*, aff. C-224/01, **516**

CJCE, 5^e chambre, 11 décembre 2003, *AMOK Verlags GmbH c. A & R Gastronomie GmbH*, aff. C-289/02, **687**

CJCE, 1^{er} avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P, **267**

CJCE, ord., 21 novembre 2005, *CGT, CFDT, CGC et a.*, aff. C-385/05, **1052**

CJCE, 21 juin 2007, *Jonkman e.a.*, aff. C-231/06, **1290**

CJUE, 2^e chambre, 16 juillet 2009, *Commission c. Irlande*, aff. C-427/07, **684, 687**

CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08, **1173**

CJUE, (G.C.), 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, aff. C-409/06, **1290**

CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. n° C-279/09, **678**

CJUE, (G.C.), 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, aff. C-240/09, **450**

CJUE, (G.C.), 5 avril 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable contre Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, aff. C-119/09, **1314**

CJUE, 22 juin 2011, *Landtova*, aff. C-399/09, **1288**

CJUE, 21 décembre 2011, *CHU de Besançon c. T. Dutrueux, CPAM du Jura*, aff. C-495/10, **1102, 1182**

CJUE, (G.C.), 14 février 2012, *Toshiba*, aff. C-17/10, **738**

CJUE, (G.C.), 28 février 2012, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, aff. C-41/11, **1290**

CJUE, 26 avril 2012, *N. Fogyasztóvédelmi Hatóság c. I. Távközlési Zrt*, aff. C-472/10, **1225**

CJUE, 5 juin 2012, *Bonda*, aff. C-489/10, **738**

CJUE, 22 novembre 2012, *M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-277/11, **833**

CJUE, (G.C.), 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, **735, 738**

CJUE, 4^e chambre, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos c. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-260/11, **682, 684**

CJUE, 11 avril 2013, *Soukupová*, aff. C-401/11, **1288**

CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz*, aff. C-523/11, C-585/11, **1012**

CJUE, (G.C.), 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami et a. c. Commission européenne et a.*, aff. C-583/11P, **268**

CJUE, (G.C.), 19 décembre 2013, *Telefónica*, aff. C-274/12 P, **268**

CJUE, 2^e chambre, 13 février 2014, *Commission c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-530/11, **687**

CJUE, 1^{ère} chambre, 27 février 2014, *Stichting Woonlinie et a. c. Commission*, aff. C-133/12 P, **268**

CJUE, 27 février 2014, *Pobotovost's. r. o. c. Miroslav Vasuta*, aff. C-470/12, **466**

CJUE, (G.C.), 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, C-129/14 PPU, **739**

CJUE, 19 juin 2014, *Specht et a.*, aff. C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12, **1291**

CJUE, 13 janvier 2015, *Conseil et Commission c. Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe*, aff. C-404/12 P et C-405/12 P, **268, 450**

CJUE, 28 janvier 2015, *ÖBB Personenverkehr*, aff. C-417/13, **1288**

CJUE, 1^{ère} chambre, 15 mars 2018, *North East Pylon Pressure Campaign et Sheehy*, aff. C-470/16, **684, 685**

CJUE, (G.C), 28 avril 2015, *T & L Sugars Ltd et Sidul Açúcares Unipessoal Lda c. Commission*, aff. C-456/13, **268**

CJUE, 9 septembre 2015, *Unland*, aff. C-20/13, **1291**

CJUE, 4^e chambre, 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, aff. C-543/14, **685**

CJUE, 9 mars 2017, *Petya Milkova*, aff. C-406/15, **1288**

CJUE, (G.C), 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci, Magiste International SA c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, aff. C-537/16, **739**

CJUE, 1^{ère} chambre, 17 octobre 2018, *Volkmar Klohn c. An Bord Pleanála*, aff. C-167/17, **685**

Table des matières

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	13
SECTION 1 : Objet de la recherche et méthode retenue	23
SECTION 2 : Définitions des termes du sujet	25
§1- L'action collective	25
A- L'intérêt collectif.....	26
1- L'intérêt	26
2- L'intérêt collectif.....	28
B- Les rapports entre l'action en justice et les intérêts collectifs	41
1- L'omniprésence des intérêts collectifs dans les actions juridictionnelles.....	42
2- L'analyse dynamique de l'action collective.....	43
a- L'analyse dynamique de l'action en justice.....	44
b- L'identification de l'action collective et de ses formes	52
§2- Les groupements privés	55
§3- Le droit public français	63
SECTION 3 : Les problèmes soulevés par l'action collective en droit public français	67
§1- La mise en cause de l'unité du pouvoir politique exprimée à travers l'intérêt général.....	68
A- Le rejet de l'action collective des groupements privés au nom de la dogmatique unitaire	68
B- La tolérance à l'égard des groupements privés.....	71
1- La reconnaissance progressive de l'existence de groupes et de groupements privés infra-étatiques	72
2- L'emprise croissante des groupements privés sur les conditions d'expression de la volonté souveraine.....	76
§2- Les actions collectives des groupements privés : entre mise en œuvre et mise en cause du primat de l'individu.....	82
A- La montée des singularités	82
1- La « subjectivisation » des rapports de droit public : une expression inadéquate	83
2- La montée des singularités : une expression plus pertinente	90

B-	La place des actions collectives appréciée à l'aune de la montée des singularités dans les rapports de droit public	93
1-	La montée des singularités dans les rapports de droit public.....	93
a-	La promotion de l'autonomie personnelle.....	93
b-	Les manifestations de la montée des singularités dans la production normative des autorités publiques	94
i-	L'articulation entre le commun et le singulier dans la production normative des autorités publiques	94
ii-	La montée des singularités à travers l'orientation individualiste des voies de droit	98
2-	L'action collective des groupements privés remise en question.....	103
a-	La résilience et le développement de l'action collective des groupements privés	103
b-	La dynamique de l'action collective en question	105
	SECTION 4 : L'orientation de l'étude	107
	PREMIERE PARTIE : L'essor de l'action collective des groupements privés en droit public français : une dynamique sous contrôle	111
	TITRE I : L'utilité d'une action atypique pour le jurislatureur français.....	113
	CHAPITRE 1 : L'action collective des groupements privés : une action en justice atypique	115
	SECTION 1 : La représentation et la défense des intérêts collectifs.....	115
§1-	Le recours à la représentation en l'absence d'intérêt personnel	115
A-	L'incompatibilité entre l'intérêt collectif et l'intérêt personnel exclusif.....	115
1-	Les limites de la distinction entre les intérêts collectifs « altruistes » et les intérêts collectifs « égoïstes »	116
a-	La distinction entre les intérêts collectifs « égoïstes » et « altruistes ».....	116
b-	La discussion de l'utilité de la distinction entre des intérêts collectifs « égoïstes » et « altruistes ».....	118
2-	L'incompatibilité conceptuelle occultée par la distinction entre les intérêts collectifs « altruistes » et les intérêts collectifs « égoïstes ».....	125
a-	L'incompatibilité entre le droit subjectif et l'intérêt collectif supra-personnel.....	126
b-	L'exigence d'un intérêt personnel comme dernier stigmate de la confusion de l'action et du droit subjectif.....	131
B-	Une utilisation ambivalente et inappropriée de la notion de représentation	137

1-	La référence à l'existence d'une « représentation-mandat » comme négation du caractère supra-personnel de l'intérêt collectif défendu	139
a-	Une applicabilité contrariée de la maxime « Nul ne plaide par procureur » aux actions collectives	139
i-	L'action collective des groupements privés comme dérogation totale ou partielle à la maxime	140
ii-	Le sens de l'incompatibilité entre la maxime et l'action collective.....	142
iii-	L'action collective hors du champ d'application de la maxime	145
b-	La confusion à l'origine de l'applicabilité de la maxime à l'action collective	147
2-	La référence à la théorie de l'organe comme négation de la liberté de se regrouper.....	149
§2-	La mise en lumière de la fonction symbolique de la représentation.....	158
A-	La représentation comme une revendication performative	159
B-	L'action juridictionnelle du groupement et l'habilitation à agir comme tentative de structuration d'un groupe latent.....	164
1-	L'action collective des groupements privés et son organisation comme vectrices de revendications de représentativité	164
a-	Les groupements privés requérants comme auteurs et sujets de revendications de représentativité	165
b-	Les relations entre les différentes revendications internes et externes de représentativité	169
2-	La structuration du groupe latent : enjeu de lutte pour le pouvoir symbolique.....	171
CONCLUSION DE LA SECTION 1		174
SECTION 2 : Les multiples fondements juridiques d'une action en justice mutagène.....		174
§1-	Des fondements juridiques hétérogènes	174
A-	La multiplication des fondements spéciaux	175
B-	La mobilisation ponctuelle des fondements généraux.....	184
1-	La personnalisation de l'intérêt pour agir des groupements privés	184
2-	Une reconnaissance hésitante de l'intérêt personnel des groupements privés.....	189
a-	Une reconnaissance implicite d'un intérêt propre des groupements privés par les juridictions nationales et européennes	189
i-	La reconnaissance par des juridictions internes	190

ii-	La reconnaissance imposée au niveau européen	195
b-	Une reconnaissance à éclipses et contrariée.....	198
i-	Les palinodies des juridictions.....	198
ii-	Le refus implicite du Conseil constitutionnel.....	203
§2-	L'action collective des groupements privés : agent mutagène des voies de droit et du litige	207
A-	La finalité normative d'actions collectives en responsabilité	208
1-	La fonction répressive d'actions collectives en responsabilité	208
2-	La fonction préventive d'actions collectives en responsabilité	212
B-	La dimension jurisprudentielle du litige révélée par des actions collectives des groupements privés.....	216
1-	L'évolution de la jurisprudence sur l'intérêt pour agir des unions de groupements et des associations nationales	217
2-	La portée jurisprudentielle comme critère d'appréciation de l'intérêt pour agir des groupements privés.....	221
a-	La méthode traditionnelle d'appréciation de l'intérêt pour agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir	221
b-	L'innovation introduite dans le cadre des actions collectives des groupements privés...	226
	CONCLUSION DE LA SECTION 2.....	235
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	236
	CHAPITRE 2 : La révélation des vertus correctrices de l'action collective des groupements privés	237
	SECTION 1 : Les limites des autres actions publiques et privées	237
§1-	Les défaillances des actions publiques et privées.....	237
A-	L'atténuation de l'obligation de défense des intérêts collectifs pesant sur les autorités publiques	238
1-	La compétence largement discrétionnaire des autorités publiques	238
a-	L'affirmation de l'opportunité dans l'exercice d'actions publiques	238
b-	La mise en œuvre de leur compétence discrétionnaire par les autorités publiques.....	241
2-	La mise en cause de la dépendance des autorités publiques à l'égard du pouvoir politique	244
B-	Une faculté de soutien entravée pour les actions des personnes privées.....	252

1-	Les actions en défense d'intérêts personnels mises au service de la défense des intérêts collectifs	252
2-	Les limites des autres actions privées en défense d'intérêts personnels	257
a-	Les obstacles juridiques à l'accès au juge.....	257
b-	Les obstacles non-juridiques à l'accès au juge.....	262
i-	L'obstacle financier.....	262
ii-	Les autres obstacles non-juridiques	274
§2 –	La correction apportée par l'action collective des groupements privés	276
A-	Le soutien aux organes habilités à défendre des intérêts collectifs.....	276
1-	L'opportunité d'une action complémentaire en l'absence d'intérêt propre ou suffisamment spécial susceptible d'être atteint.....	276
a-	Le contournement des obstacles juridiques devant les juridictions administratives.....	276
b-	Le contournement des obstacles juridiques devant les juridictions judiciaires	283
2-	Une action complémentaire imposée par la nature des intérêts supra-personnels en jeu ..	287
B-	Le soutien aux intérêts personnels.....	293
1-	Un accompagnement para-juridictionnel de la montée des singularités	294
2-	Un accompagnement juridictionnel de la montée des singularités.....	295
a-	La saisine du juge par les groupements.....	295
b-	Le soutien contentieux au cours de l'instance	298
	CONCLUSION DE LA SECTION 1	307
	SECTION 2 : Les tempéraments nécessaires à la montée des singularités	308
§1-	Les appréciations hyper-contextualisées comme expression de la montée des singularités	309
A-	Le rejet de la distinction entre les contrôles ou les appréciations abstraites et concrètes	309
1-	La distinction en fonction de l'absence ou de la présence de données factuelles dans le contrôle du juge	311
2-	La distinction des appréciations en fonction de la nature des circonstances prises en compte	313
B-	Les différentes classes d'appréciations retenues.....	317
§2-	Les effets délétères d'une appréciation hyper-contextualisée.....	323
A-	La dimension collective du litige épargnée par l'appréciation hyper-contextualisée	324

B-	Les inconvénients de l'appréciation hyper-contextualisée	326
§3-	L'action collective des groupements privés : instrument de montée en généralité	338
A-	Les manifestations de l'appréciation catégorielle comme forme de montée en généralité	338
1-	Les manifestations de l'appréciation catégorielle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	339
2-	Les manifestations de l'appréciation catégorielle dans la jurisprudence des juridictions nationales.....	342
B-	Les groupements privés, premiers bénéficiaires de l'appréciation catégorielle	346
1-	Les effets du point de vue de la protection des droits.....	347
2-	Les effets du point de vue de la prévisibilité du droit applicable	349
3-	Les effets pour l'action collective des groupements privés.....	353
	CONCLUSION DE LA SECTION 2.....	356
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2	356
	CONCLUSION DU TITRE 1	356
	TITRE 2 : Le développement contrarié de l'action collective des groupements privés.....	359
	CHAPITRE 1 : Une protection équilibrée des intérêts collectifs.....	361
	SECTION 1 : La sélection des groupements privés habilités à exercer une action collective	363
§1-	Le filtrage direct de l'action collective des groupements privés	363
A-	Les exigences communes aux différentes voies de droit	363
1-	La vérification du pouvoir d'agir en justice.....	364
2-	L'exigence de légalité lato sensu du groupement privé.....	365
3-	L'exigence d'adéquation	370
a-	La source de la lésion susceptibles de motiver la requête	370
i-	La limitation des lésions dans les contentieux mettant en jeu les droits de la partie civile	
	371	
ii-	La limitation des lésions dans le contentieux de l'excès de pouvoir.....	373
b-	L'exclusion des objets statutaires trop larges	382
B-	Les critères de filtrage propres à certaines voies de droit	386
1-	L'ancienneté de l'association requérante.....	386
a-	Le champ de l'exigence d'ancienneté.....	387

b-	Les modalités d'appréciation de l'exigence d'ancienneté.....	392
2-	L'existence d'une activité réelle de la part de l'association requérante	394
a-	Une exigence législative.....	395
b-	Une exigence jurisprudentielle	396
i-	Une prise en compte ponctuelle de l'activité réelle	396
ii-	Un avantage à relativiser pour les groupements actifs.....	400
3-	L'acquisition de la personnalité juridique.....	404
4-	La reconnaissance administrative de l'association	408
a-	Le champ et la portée de ces formes de reconnaissance administrative.....	408
b-	Les modalités de la reconnaissance administrative.....	414
i-	Les différentes formes de la reconnaissance administrative	414
ii-	Les conditions d'octroi de la reconnaissance	416
§2-	Le filtrage indirect de l'action collective des groupements privés	426
A-	Le filtrage <i>de jure</i>	426
1-	L'objet statutaire	427
2-	La composition du groupement	429
3-	Les conditions d'organisation et de fonctionnement	435
a-	Un contrôle des instances dirigeantes	436
b-	Une défense efficace des intérêts visés par les statuts	438
4-	L'ancienneté de l'entité.....	442
5-	La nature des activités exercées	445
B-	Le filtrage <i>de facto</i>	450
1-	Les obstacles financiers pour les groupements privés	450
2-	Une prise en compte éphémère et limitée de l'exigence d'un coût non-prohibitif des procédures dans le contentieux de l'environnement	452
a-	La lutte contre les coûts prohibitifs dans le contentieux de l'environnement.....	452
b-	La protection éphémère de certains groupements face aux conclusions reconventionnelles en contentieux de l'urbanisme.....	456
	CONCLUSION DE LA SECTION 1	460

SECTION 2 : L'action collective à l'épreuve du redéploiement des fonctions contentieuses	460
§1- L'action juridictionnelle des groupements privés, victime collatérale de la remise en cause de l'institution juridictionnelle.....	461
A- Le redéploiement des fonctions contentieuses	461
B- La mise en cause de l'utilité de l'action juridictionnelle des groupements privés.....	463
1- Des motifs structurels en partie communs avec le développement de l'action collective des groupements privés.....	463
2- Une remise en cause indirecte de l'utilité des actions collectives des groupements privés.	466
§2- Une remise en cause limitée de l'existence de l'activité contentieuse des groupements.....	471
A- Une place ménagée aux groupements dans le cadre des modes extra-juridictionnels d'exercice de la fonction contentieuse	471
1- L'effet d'éviction associé aux modes extra-juridictionnels d'exercice de la fonction répressive	472
2- L'association des groupements privés à l'exercice extra-juridictionnel des fonctions contentieuses	472
B- La préservation de l'action juridictionnelle des groupements privés.....	477
1- Le maintien de la répression pénale à la disposition des groupements	477
2- Le report d'une partie du contentieux répressif vers la juridiction administrative.....	484
a- Les recours en réformation ou en annulation à la disposition des groupements privés..	484
b- Le recours en responsabilité extracontractuelle à la disposition des groupements privés	493
CONCLUSION DE LA SECTION 2.....	495
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	496
CHAPITRE 2 : Une protection des intérêts collectifs marquée par l'individualisme juridique	497
SECTION 1 : Les manifestations procédurales de l'individualisme juridique.....	501
§1-Les manifestations de l'individualisme juridique devant les juridictions judiciaires	501
A- La coexistence de l'action individuelle et de l'action des ligues de défense	502
B- L'accord préalable de la victime comme condition de recevabilité d'actions collectives	503
§2- Les manifestations de l'individualisme juridique devant les juridictions administratives	505
A- La garantie du primat des intérêts personnels dans le cadre de voies de droit usuellement présentées comme individualistes.....	506

B-	La garantie du primat des intérêts personnels dans le cadre de voies de droit usuellement présentées comme holistes.....	507
§3-	Les garanties supra-législatives du primat des intérêts personnels	509
A-	La garantie constitutionnelle	509
1-	La décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989	509
2-	La décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011	514
3-	Les droits tirés du principe de la contradiction	517
B-	Les garanties européennes.....	521
1-	La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	521
2-	Le droit primaire et le droit dérivé de l'Union européenne	523
a-	Le droit primaire de l'Union européenne.....	523
b-	Le droit dérivé de l'Union européenne.....	524
	CONCLUSION DE LA SECTION 1	525
	SECTION 2 : Le champ d'application de l'obligation supra-législative d'accord préalable	526
§1-	La limitation à certaines demandes introduites pour défendre en priorité un intérêt personnel identifié.....	527
A-	La transposition des directives anti-discrimination : simple prétexte au développement de l'action de substitution	527
B-	La limitation de l'obligation d'accord préalable à l'action de substitution	530
1-	L'appréciation de la Chambre commerciale	531
2-	L'appréciation du Conseil constitutionnel	532
C-	Une définition évolutive de l'action de substitution par les juridictions.....	533
1-	Une action exercée exclusivement dans l'intérêt personnel d'autrui	534
2-	Une action exercée dans un intérêt exclusif de l'intérêt général.....	535
3-	Une motivation circonstanciée	536
§2-	L'exclusion discutabile d'autres actions collectives des groupements privés	537
A-	L'exclusion des demandes ayant pour but prioritaire la satisfaction d'un intérêt supra-personnel	537

B-	L'exclusion d'une partie des demandes motivées par l'atteinte à l'intérêt personnel d'un tiers	540
C-	Une délimitation discutable au regard des autres incidences de l'action et du jugement	543
1-	Les hésitations sur la place des autres incidences du jugement.....	544
2-	Le cas de la représentation mutuelle.....	545
3-	Le cas de l'autorité absolue de la chose jugée.....	548
a-	Une opposabilité étendue.....	548
b-	Le problème de l'opposabilité étendue devant le juge pénal	551
c-	L'indifférence de la Cour de cassation à un risque finalement exceptionnel	553
	CONCLUSION DE LA SECTION 2.....	554
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2	554
	CONCLUSION DU TITRE 2.....	555
	CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	556
	SECONDE PARTIE : L'accélération de la dynamique : l'essor de nouvelles formes d'actions collectives.....	557
	TITRE 1 : La mise en place des nouvelles actions collectives	559
	CHAPITRE 1 : La nécessité de nouvelles actions collectives	561
	SECTION 1 : La mise en œuvre de la limitation d'inspiration individualiste devant les juridictions internes.....	563
§1-	L'encadrement de l'action collective des groupements privés dans le contentieux de l'excès de pouvoir.....	563
A-	Les présentations traditionnelles de l'intérêt pour agir des groupements dans le recours pour excès de pouvoir.....	564
1-	La conception originelle exposée par Jean Romieu.....	564
2-	Une première rupture : la conception de Corneille	567
3-	Une troisième grille de lecture à la paternité et à l'utilité douteuse	568
a-	Une paternité douteuse	569
b-	Une valeur descriptive discutable	571
B-	La conception généralement retenue par le Conseil d'État	575
1-	Une summa divisio entre les actes individuels et les actes non-individuels	575
2-	La subdivision entre actes individuels favorables et défavorables.....	578

§2- La mise en œuvre de la condition d'accord dans l'action de substitution devant les juridictions administratives et judiciaires.....	583
A- L'accord préalable de la victime	583
1- La forme de l'accord préalable	583
2- La portée de l'accord de la victime	587
B- La condition d'information	589
1- L'obligation d'information de la victime.....	589
2- Le moyen d'information de la victime	590
3- Le contenu de l'information.....	592
§3- Les possibilités de contournement de la limitation.....	594
A- Un équilibre pérenne entre intérêts collectifs et individuels	595
1- La jurisprudence sur l'intérêt pour agir des unions et des fédérations comme amorce d'un infléchissement maintes fois annoncé.....	595
2- Une analogie trompeuse avec la jurisprudence sur l'intérêt pour agir contre les décisions individuelles défavorables	597
B- Les rares possibilités de contournement offerte par la jurisprudence du Conseil d'État	600
CONCLUSION DE LA SECTION 1	601
SECTION 2 : Les limites des instruments traditionnels de gestion des litiges sériels	602
§1- La concentration des demandes	604
A- La jonction des requêtes	604
B- Les requêtes collectives	607
C- L'action en représentation conjointe	609
1- Une tentative de traitement rationalisé des litiges sériels	610
2- Un encadrement strict de l'action des groupements.....	611
a- La sélection drastique des groupements susceptibles d'être mandatés.....	612
b- Le recours à la technique du mandat écrit	613
c- La sollicitation des mandats strictement encadrée.....	614
§2- L'amplification de la portée de la décision juridictionnelle à titre préventif et curatif.....	617
A- Les effets de l'annulation de l'acte réglementaire	618
1- Une faible valeur ajoutée du point de vue de la bonne administration de la justice.....	618

2-	Une utilité limitée pour les groupements défendant des intérêts collectifs.....	620
B-	La procédure d'avis contentieux.....	620
1-	Les effets préventifs et curatifs limités de la procédure d'avis contentieux.....	621
2-	Une marge de manœuvre inexistante les groupements privés défendant des intérêts collectifs 627	
C-	Le traitement par ordonnances des requêtes sérielles.....	630
1-	La mise en cause des droits des justiciables par une procédure à l'efficacité relative du point de vue de la bonne administration de la justice.....	630
a-	L'extension et la rationalisation du dispositif.....	631
b-	Les limites de la technique de la tête de série.....	632
c-	Les droits des justiciables en question.....	634
2-	L'usage opaque par les juridictions d'une prérogative largement discrétionnaire.....	636
	CONCLUSION DE LA SECTION 2.....	637
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	637
	CHAPITRE 2 : L'utilité toute relative des nouvelles actions collectives pour la défense des intérêts collectifs et personnels.....	639
	SECTION 1 : L'extension progressive des nouvelles actions collectives aux rapports de droit public	639
§1-	La loi relative à la consommation.....	639
§2-	La loi de modernisation de notre système de santé.....	647
A-	L'innovation au niveau des défendeurs potentiels.....	648
B-	L'expression de nouveaux besoins.....	649
§3-	La loi de modernisation de la justice du XXI ^e siècle.....	651
A-	Une approche globale des procédures d'action de groupe.....	652
1-	La mise en place d'un cadre commun aux procédures d'action de groupe.....	652
2-	La procédure générale et les procédures spéciales d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations.....	656
a-	La procédure générale d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations 657	
b-	Les procédures spéciales d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations 658	

3-	L'action de groupe en matière environnementale	666
4-	L'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel.....	668
B-	Une nouvelle action en reconnaissance de droits.....	673
1-	Le champ d'application personnel.....	675
a-	Une exigence de sérialité renforcée mais peu restrictive.....	676
b-	Une exigence de délimitation équivoque	677
2-	Le champ des normes sanctionnables	679
a-	Un champ d'application matériel incertain.....	679
i-	L'éclairage du champ d'application par une interprétation systémique.....	679
ii-	L'obscurcissement du champ d'application par des lacunes rédactionnelles.....	680
b-	Un champ d'application formel potentiellement restreint.....	683
	CONCLUSION DE LA SECTION 1	686
	SECTION 2 : L'objet et les potentialités des nouvelles actions collectives	687
§1-	La réparation de préjudices individuels.....	687
A-	L'applicabilité des procédures d'action de groupe aux hypothèses de responsabilité sans faute 687	
B-	Les limitations matérielles du préjudice indemnisable.....	690
C-	Les limitations temporelles du préjudice indemnisable	699
§2-	L'injonction aux fins de cessation du manquement	702
A-	L'ouverture à la défense immédiate d'intérêts supra-personnels.....	702
1-	La consécration de l'autonomie de l'action en cessation d'un manquement	702
2-	Une évolution de la procédure d'action de groupe.....	706
B-	L'utilité de l'action de groupe au regard des mécanismes juridictionnels et non-juridictionnels existants.....	711
1-	Les mécanismes juridictionnels permettant d'obtenir la cessation de l'illicite	712
a-	Les procédures juridictionnelles à objet principal similaire.....	712
b-	Les conclusions accessoires similaires	714
2-	Les mécanismes non-juridictionnels permettant d'obtenir la cessation de l'illicite	715
C-	L'action de groupe en cessation affectée par l'autolimitation du juge administratif	719

1-	Des obstacles en passe d'être levés s'agissant du destinataire de l'injonction.....	720
a-	La neutralisation des obligations de légiférer dans le cadre du contrôle <i>a priori</i>	722
b-	La reconnaissance timide d'obligations de légiférer dans le cadre de la QPC	729
2-	Les limites tenant aux auteurs de l'injonction	732
a-	L'absence de compétence exclusive du Conseil constitutionnel	732
b-	La pérennité de la théorie de l'acte de gouvernement	738
c-	Les possibles voies de contournement	740
§3-	La reconnaissance de droits individuels devant le juge administratif	743
A-	Les limites tenant à la marge d'appréciation du pouvoir réglementaire et du législateur	743
B-	L'action en reconnaissance de droits potentiellement neutralisées par les conditions relatives à la délimitation du groupe défendu	748
	CONCLUSION DE LA SECTION 2	749
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2	750
	CONCLUSION DU TITRE 1	750
	TITRE 2 : Les procédures des nouvelles actions collectives : la rupture dans la continuité	751
	CHAPITRE 1 : Des procédures réservées à quelques groupements privés	753
	SECTION 1 : Des procédures réservées aux groupements privés défendant des intérêts collectifs	755
§1-	La mise à l'écart d'autres requérants privés	755
A-	Le risque d'abus comme prétexte	755
B-	Les auxiliaires de justice ménagés	758
§2-	La mise à l'écart des autorités publiques	764
	CONCLUSION DE LA SECTION 1	767
	SECTION 2 : Des procédures réservées à certains groupements privés	767
§1-	Les exigences de filtrages propres aux actions de groupe.....	768
A-	L'hétérogénéité des critères de filtrages	768
1-	L'obtention d'un agrément.....	769
2-	La condition d'ancienneté	773
3-	Le recours indirect au critère de l'audience électorale	774

B-	Les limites des critères employés	775
1-	La pertinence des critères retenus au regard des contraintes matérielles et financières	775
2-	La limitation des garanties	778
§2-	L'ambivalence des finalités assignées à l'exigence d'adéquation.....	779
A-	L'exigence d'adéquation dévoyée	781
1-	L'exigence d'adéquation dans les procédures spéciales d'action de groupe en matière de discrimination.....	781
2-	L'exigence d'adéquation dans la procédure d'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel.....	784
B-	L'exigence d'adéquation négligée.....	786
	CONCLUSION DE LA SECTION 2.....	788
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	789
	CHAPITRE 2 : Les nouvelles actions collectives à l'épreuve du cadre supra-législatif de l'action collective	791
	SECTION 1 : Les nouvelles actions collectives mises au service de la bonne administration de la justice	791
§1-	L'adaptation et la subsidiarisation de la saisine du juge	792
A-	Les alternatives au règlement juridictionnel du litige collectif.....	792
1-	La mise en place d'une médiation adaptée à l'action de groupe.....	794
a-	La médiation de droit commun applicable aux procédures d'action de groupe	794
b-	La médiation spéciale prévue en matière de santé	795
2-	La réclamation pré-juridictionnelle obligatoire.....	797
a-	Un aménagement limité	798
b-	Les inconvénients de la réclamation préalable	800
i-	La neutralisation de l'effet processuel de l'action de groupe devant les juridictions administratives	800
ii-	La remise en cause de la valeur ajoutée de l'action de groupe en cessation.....	802
B-	Les conditions de saisine de la juridiction compétente.....	806
1-	L'aménagement partiel des conditions d'introduction de l'instance.....	807
a-	L'adaptation partielle du formalisme de la demande	807

i-	La variation des règles de forme selon l'objet des nouvelles actions collectives.....	807
ii-	La variation des règles de forme selon l'ordre juridictionnel saisi des nouvelles actions collectives	808
b-	La détermination de la juridiction compétente dans l'ordre judiciaire et dans l'ordre administratif.....	810
i-	La détermination de la juridiction compétente dans l'ordre judiciaire	810
ii-	La détermination de la juridiction compétente dans l'ordre administratif.....	812
2-	Le concours des actions	814
a-	Le concours entre action collective et actions individuelles devant le juge administratif	815
b-	Le concours entre action collective et actions individuelles devant le juge judiciaire	817
§2-	Le juge : clef de voûte fragile du nouvel édifice procédural.....	818
A-	La figure du juge planificateur au centre des nouvelles actions collectives.....	818
1-	L'établissement du manquement	818
2-	La préparation de la mise en œuvre du jugement.....	823
a-	La formation du groupe bénéficiaire	823
b-	L'information des membres du groupe bénéficiaire	824
i-	La forme de la publicité	825
ii-	Le contenu de la publicité	827
c-	La prévention des difficultés d'exécution.....	829
i-	La prévention de l'inexécution	829
ii-	La modulation dans le temps des effets de la décision.....	833
B-	L'institution juridictionnelle mise à l'abri de l'irruption de la multitude.....	834
1-	La mise en œuvre du jugement dans l'action de groupe indemnitaire.....	835
a-	L'extension différée et asymétrique de l'autorité de la chose jugée pour les membres du groupe	835
b-	La différenciation des procédures de mise en œuvre	837
i-	La procédure de droit commun de mise en œuvre du jugement sur la responsabilité.	838
ii-	Les procédures dérogatoires de mise en œuvre du jugement sur la responsabilité.....	839
2-	La mise en œuvre du jugement dans l'action en reconnaissance de droits	842
C-	Les difficultés d'exécution du jugement.....	846

1-	La mauvaise volonté de la personne condamnée	846
a-	Les modalités de liquidation de l'astreinte.....	846
b-	Les retards d'exécution en matière indemnitaire.....	848
i-	La mise en œuvre des mesures nécessaires à l'exécution du jugement.....	848
ii-	La liquidation juridictionnelle des préjudices non réparés	850
c-	L'exécution juridictionnelle de l'action en reconnaissance de droits	853
2-	La mise en œuvre des voies de recours.....	855
a-	Les recours contre la décision reconnaissant la responsabilité du défendeur et les droits individuels	855
i-	Les recours contre la décision reconnaissant la responsabilité du défendeur et les droits individuels devant le juge judiciaire	855
ii-	Les recours contre la décision reconnaissant la responsabilité du défendeur et les droits individuels devant le juge administratif.....	856
b-	Les recours contre les décisions réglant les litiges individuels	857
	CONCLUSION DE LA SECTION 1	858
	SECTION 2 : L'interprétation du cadre supra-législatif à l'épreuve des nouvelles actions collectives	858
§1-	Une nouvelle appréciation de l'atteinte à la liberté personnelle	860
A-	Une motivation surprenante au regard de la jurisprudence constitutionnelle antérieure	861
1-	La mise en avant du critère de l'autorité de la chose jugée	861
2-	L'occultation du critère de l'effet substantiel	862
a-	La nature des intérêts défendus en priorité	862
i-	L'effet substantiel du jugement de la première phase d'action de groupe	863
ii-	La nature des intérêts défendus en priorité grâce à l'action de groupe indemnitaire ..	867
b-	La valeur constitutionnelle de la prohibition des arrêts de règlement en question	869
B-	Une motivation lacunaire	872
§2-	L'appréciation de l'atteinte aux droits des défendeurs potentiels.....	874
A-	L'équilibre du droit des parties sauvegardé au terme d'une approche globale de la procédure	875
B-	Le respect des principes régissant l'édition des sanctions	877

1- L'appréciation de la condamnation dans le cadre de l'action de groupe avec un objet indemnitaire.....	877
2- L'appréciation de l'injonction juridictionnelle accompagnée d'une astreinte	878
a- L'injonction juridictionnelle	878
b- L'astreinte.....	880
CONCLUSION DE LA SECTION 2.....	880
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	881
CONCLUSION DU TITRE 2.....	881
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	882
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	885
BIBLIOGRAPHIE	890
ANNEXES	927
Index <i>rerum</i>	935
Index des jurisprudences citées	940
Table des matières	964