



HAL
open science

“ L’action de groupe libérée mais l’action de groupe martyrisée ”, note sous l’arrêt du Conseil d’État, Ass, 11 octobre 2023, Amnesty International et autres, n° 454836

Benjamin Pouchoux

► **To cite this version:**

Benjamin Pouchoux. “ L’action de groupe libérée mais l’action de groupe martyrisée ”, note sous l’arrêt du Conseil d’État, Ass, 11 octobre 2023, Amnesty International et autres, n° 454836. 2023. hal-04342126v1

HAL Id: hal-04342126

<https://hal.science/hal-04342126v1>

Submitted on 13 Dec 2023 (v1), last revised 27 Dec 2023 (v2)

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.

Copyright

« L'action de groupe libérée mais l'action de groupe martyrisée », note sous l'arrêt du Conseil d'État, Ass, 11 octobre 2023, Amnesty International et autres, n° 454836

Résumé : Dans son arrêt du 11 octobre 2013, *Amnesty International et autres*, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a admis la recevabilité de l'action de groupe destinée à faire cesser les contrôles d'identité au faciès au terme d'une appréciation très indulgente au regard des termes de la loi et exprimée dans une motivation trop indigente au regard de l'importance de la question. Fermant les yeux sur les problèmes de recevabilité que posait cette action en particulier, elle a en revanche jeté un regard un peu réducteur sur cette nouvelle voie de droit lorsqu'elle a esquissé le cadre jurisprudentiel de l'action de groupe en cessation.

Le 11 octobre dernier, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a rejeté au fond l'action de groupe que six associations avaient introduite devant lui aux fins d'obtenir qu'il soit enjoint à l'État de faire cesser la « pratique généralisée de contrôles d'identité discriminatoires par les forces de police et de gendarmerie ciblant les personnes présentant des caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée », plus communément appelés « contrôles au faciès ». Nul doute que les différents aspects de cette décision, ainsi que des riches conclusions l'accompagnant¹, seront plus longuement et bien mieux commentés ailleurs et par d'autres. Qu'il soit ainsi permis de n'en faire qu'une présentation réductrice en s'intéressant à son volet sans doute le moins passionnel, mais non moins passionnant, à savoir le cadre procédural dans lequel elle fut rendue.

C'est effectivement la première fois que la plus haute juridiction administrative, et qui plus est sa formation la plus solennelle, s'est prononcée sur les conditions d'exercice de cette nouvelle forme d'action collective qu'est l'action de groupe et, plus précisément, de la procédure générale d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations qui est organisée par 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 ainsi que par les dispositions du code de justice administrative introduites par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle afin d'offrir un « cadre commun » aux différentes procédures d'actions de groupe ouvertes devant les juridictions administratives². L'action qui fut utilisée en l'espèce dispose de deux objets, indemnitaire et injonctif, pouvant être utilisés de façon cumulée ou séparée. Elle est censée permettre à une poignée d'associations de saisir le juge administratif ou judiciaire afin qu'il constate qu'une même personne a fait subir une discrimination directe ou indirecte fondée sur le même motif à un groupe de personnes physiques et ainsi obtenir, sans accord préalable de leur part, la réparation des préjudices qu'elles ont subis mais aussi, ce qui était seulement demandé ici, la cessation du manquement que représente cette discrimination.

Sachant que sa décision serait donc pionnière en la matière, l'Assemblée du contentieux en a profité pour consacrer huit considérants au « cadre juridique applicable à l'action de groupe » et, en réalité, surtout si ce n'est exclusivement à l'action de groupe en cessation. La densité et la lourdeur du cadre destiné à accueillir les futures

¹ Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty international et autres*, n° 454836 (disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>).

² Le cadre commun applicable devant les juridictions judiciaires, dans lequel ne rentre pas l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence mise en place en 2014 devant ces seules juridictions, est lui toujours contenu dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

actions de groupe interrogent - voire inquiètent - alors autant que la superficialité et la légèreté du raisonnement suivi par l'Assemblée du Conseil d'État pour statuer sur la recevabilité de l'action dont elle était saisie. En effet, si l'échec de cette action - qui était tout de même pendante depuis juillet 2021 - était prévisible dans la mesure où la plupart des mesures réclamées par les associations requérantes invitaient le juge à s'engager sur un chemin miné d'actes de gouvernement, il était en revanche surprenant que la solution ne fût pas plus expéditive. Non seulement en raison des problèmes de compétence, qui ne furent véritablement abordés qu'au stade de l'appréciation de son bien-fondé, mais aussi en raison des conditions de recevabilité qui viennent encadrer l'usage de cette nouvelle voie de droit et, en particulier, de la plus rigoureuse d'entre elles qui est la limitation temporelle posée en 2016 pour l'usage d'une partie des procédures d'actions de groupe devant les juridictions administratives et judiciaires.

Cette décision ressemble ainsi moins à une libération, même conditionnelle, pour l'action de groupe qu'à un transfert de prison puisque la souplesse de son appréciation, sans doute intéressée, de la limitation temporelle posée par le législateur (I) est immédiatement compensée par la rigidité du cadre jurisprudentiel dans lequel il essaye d'enserrer cette nouvelle voie de droit (II).

I- Le manquement systémique et continu confronté à la limitation temporelle du cadre législatif : discriminations partout, date nulle part

Alors même qu'il n'y avait raisonnablement rien à attendre de l'examen au fond de la requête, la décision du Conseil d'État parvient à décevoir s'agissant de l'examen de sa recevabilité. Préférant visiblement fermer les yeux sur les problèmes que pouvaient poser cette action, le Conseil d'État a effectivement perdu une occasion de marquer enfin les bornes temporelles d'une partie des procédures d'actions de groupe appartenant au cadre commun applicable devant les juridictions administratives (A) et d'explicitier clairement comment le cadre législatif applicable aux actions de groupe peut accueillir des actions mettant en cause des manquements qui présentent une dimension « systémique » (B).

A- La limitation temporelle de la procédure d'action de groupe, une barrière toujours invisible

Pourtant conscient que l'action de groupe générale en matière de lutte contre les discriminations est notamment soumise à la limitation temporelle posée par le II de l'article 92 de loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 (1), le Conseil d'État n'a pas daigné préciser la date couperet qu'elle contient et semble même l'ignorer (2).

1- La limitation temporelle applicable à la procédure générale d'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations

Il faut tout d'abord relever que le Conseil d'État a expressément étendu aux actions de groupe ayant seulement pour objet la cessation d'un manquement cette condition de recevabilité formelle, apparue avec l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence dont l'objet est exclusivement indemnitaire, qui impose aux groupements demandeurs de motiver leurs requêtes par l'atteinte à des intérêts personnels homogènes, motivation qui se matérialise par la présentation de « cas individuels » lors de l'introduction de l'action. Cette extension, qui est loin d'être neutre pour l'utilité de l'action de groupe³, n'était toutefois pas si évidente que cela. En effet, même si la rédaction des dispositions du cadre commun ou celles des dispositions propres à cette action de groupe ne font apparemment pas varier les conditions d'introduction de l'instance en fonction de l'objet de l'action, il faut se rappeler que cette condition de recevabilité n'est apparue dans les dispositions propres à l'action de groupe en matière de protection des données personnelles qu'à partir du moment où elle s'est vue aussi reconnaître un objet indemnitaire ce qui pouvait laisser penser que le législateur en 2016 avait entendu en exempter les actions de groupe en cessation « sèches ».

Ensuite, ce qui était plus prévisible, il apparaît que les « cas individuels » présentés doivent être nominatifs, circonstanciés et que les lésions aux intérêts personnels qu'ils donnent à voir soient postérieures à la date retenue par le II de l'article 92 de loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 pour délimiter sur le plan temporel les manquements ou les faits générateurs qui, étant à leur origine, sont susceptibles être visés par certaines des actions de groupe que cette loi mit en place. En effet, afin de rassurer les potentiels défendeurs et leurs assureurs, le législateur a posé en 2016 une limitation temporelle à l'applicabilité d'une partie de ces actions, dont celle générale en matière de lutte contre les discriminations⁴, en excluant qu'elles puissent être mises en œuvre, aussi bien dans leur volet indemnitaire qu'injonctif, s'agissant de faits générateurs ou de manquements antérieurs à « l'entrée en vigueur de la présente loi ». Cette disposition scélérate destinée à brider ce nouveau « véhicule procédural »⁵ avait jusqu'alors fait l'objet d'une interprétation aussi rigoureuse que surprenante de la part des quelques juridictions judiciaires et administratives saisies d'actions de groupe en matière de lutte contre les discriminations et, plus précisément, des actions spéciales en matière de lutte contre les discriminations imputables à un employeur.

Ces interprétations étaient effectivement rigoureuses car il apparaissait qu'il importe peu que le manquement ou le fait générateur litigieux apparue avant cette date couverte continue à produire des effets par la suite comme le montrent les décisions rendues par le tribunal judiciaire de Paris dans l'affaire *Safran Aircraft Engines*⁶ et par les

³ Cf. *Infra*.

⁴ Il s'agit plus précisément des actions qui se voient attribuer un objet indemnitaire dans la version initiale de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Sont effectivement exclues du champ d'application de cette disposition aussi bien l'action de groupe en matière de protection des données personnelles, dont l'objet indemnitaire n'est apparue qu'avec la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, que l'action de groupe exclusivement indemnitaire en matière de santé qui, bien qu'ayant été rattachée aux cadres communs applicables devant les juridictions judiciaires et administratives, fut créée par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 dite de « modernisation de notre système de santé » et échappa alors miraculeusement à une telle restriction.

⁵ Soraya AMRANI-MEKKI, « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP G*, n° 45, 2 novembre 2015, 1196.

⁶ TJ Paris, 15 décembre 2020, *S.A Safran Aircraft Engines*, n° RG 18/04058.

juridictions administratives lyonnaises dans l'affaire *Syndicat de personnel d'encadrement de la Ville de Lyon*⁷. Elles étaient néanmoins aussi surprenantes puisque le tribunal judiciaire de Paris présenta alors cette disposition comme une application du principe de non-rétroactivité des lois posé par l'article 2 du code civil, en dépit de la neutralité de ces dispositions procédurales sur le droit substantiel applicable⁸, et, dans l'affaire *Syndicat de personnel d'encadrement de la Ville de Lyon*, la rapporteure publique en première instance vit dans son application un motif de rejet au fond de la requête conduisant à se prononcer sur l'extinction d'un droit de créance des personnes défendues qui peuvent pourtant toujours agir à titre individuel⁹.

L'interprétation des dispositions posant cette condition de recevabilité est alors moins évidente qu'il n'y paraît. Il est en effet seulement question de « l'entrée en vigueur de la présente loi ». Or les différentes dispositions contenues dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 avaient des dates d'entrée vigueur variables¹⁰.

2- Une date couperet introuvable

Que faut-il donc entendre par « loi » au sens et pour application de ce II de l'article 92 ? S'agit-il de l'ensemble des dispositions législatives contenues dans ce texte ou bien seulement d'une partie d'entre elles et, le cas échéant, lesquelles ? En prêtant un minimum de rationalité au législateur, il conviendrait de se tourner vers les dispositions relatives à l'action de groupe et qui, apparaissant en elles-mêmes difficilement applicables, ne pouvaient déceintement entrer en vigueur qu'au moment de l'entrée en vigueur du décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 qui fut pris pour leur application et publié au Journal officiel du 10 mai 2017¹¹.

Il est toutefois difficile de savoir si c'est cette dernière option interprétative qui fut retenue dans l'arrêt du 11 octobre 2023. En effet, cette date d'entrée en vigueur n'est mentionnée ni dans la motivation de l'arrêt¹², ni dans les conclusions. Ces dernières semblent néanmoins retenir une date antérieure à celle de l'entrée en vigueur du décret de mai 2017 puisqu'au moment de démontrer le respect de la condition formelle de recevabilité précédemment évoquée elles se contentent d'évoquer le cas d'un contrôle d'identité effectué en mars 2017¹³.

⁷ CAA Lyon, 7ème chambre, *Syndicat de personnel d'encadrement de la ville de Lyon et organismes rattachés UGICT-CGT*, 15 juillet 2021, n° 19LY02440 ; TA Lyon, 29 avril 2019, *Syndicat de personnel d'encadrement de la Ville de Lyon et organismes rattachés UGICT-CGT c. Commune de Lyon*, n° 1806281.

⁸ Neutralité qui fut soulignée plusieurs fois par le Conseil constitutionnel lors de son contrôle de lois ayant mis en place ces procédures (CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, § 26 ; CC, n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. § 98) et qui fut rappelé d'ailleurs par le Conseil d'État dans cet arrêt du 11 octobre 2013.

⁹ Elisabeth de LACOSTE LAREYMONDIE, « Action de groupe devant le juge administratif : recevabilité et champ d'application de la loi », *AJDA*, 2019, p. 1527.

¹⁰ V. notamment l'article 114 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

¹¹ 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 XXIe siècle.

¹² Pour sa part, le tribunal judiciaire de Paris avait lui pris la peine de motiver sa décision sur ce point et retenu la date du 20 novembre 2016.

¹³ Ce cas individuel n'est évoqué en revanche dans la motivation de l'arrêt que pour apprécier l'existence d'un manquement de l'État, c'est-à-dire postérieurement à l'analyse de la recevabilité de l'action de groupe qui n'est pas du tout motivée sur ce point.

A l'interrogation initiale sur la date couperet du II de l'article 92 en succèdent donc d'autres : les conclusions furent-elles suivies sur ce point par la formation de jugement ? Quelle date antérieure à l'entrée en vigueur du décret du 6 mai 2017 faut-il alors retenir pour apprécier le respect de cette limitation temporelle ? Faut-il interpréter « la loi » mentionnée au II de l'article 92 comme une référence aux dispositions de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui sont entrées en vigueur dès le lendemain de sa publication au Journal officiel indépendamment du lien qu'elles peuvent entretenir avec la procédure d'action de groupe ? Faut-il considérer que les dispositions du décret du 6 mai 2017 n'étaient finalement pas nécessaires pour que les dispositions législatives relatives à la procédure d'action de groupe pussent entrer en vigueur ? L'arrêt d'Assemblée du 11 octobre 2023 nous apprend-il que le vénérable article 1^{er} du code civil a été implicitement abrogé par cet obscur II de l'article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ?

Autant de questions vertigineuses dont la réponse importe finalement peu au regard des conditions dans lesquelles le Conseil d'État a apprécié le respect de cette limitation et qui donne de toute façon aux futurs requérants les moyens de la contourner. En effet, une fois armé – ou non – de la date d'entrée en vigueur mentionnée au II de l'article 92, il convient de situer par rapport à elle le manquement ou – dans le cadre d'une action en responsabilité – le fait générateur unique dont procèdent les multiples atteintes individuelles aux personnes appartenant au groupe que l'association requérante prétend défendre. Ce sont alors les dispositions propres aux différentes actions de groupe qui donnent les catégories de manquements ou de faits générateurs admissibles. Il s'agissait donc ici de trouver le manquement à l'origine des discriminations directes subies par les personnes mentionnées dans la requête des associations requérantes qui constituent elles-mêmes des manquements aux dispositions de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. Or, le manquement unique, commun et originel visé par les associations requérantes n'était en réalité ni facile à identifier, et par là même à dater, ni même à rattacher aux manquements visés par les dispositions de l'article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, à savoir une « discrimination directe ou indirecte » « fondée sur un même motif et imputable à une même personne ».

B- La limitation temporelle de l'action de groupe, une barrière désormais de papier

Pour obtenir le prononcé d'injonctions permettant de faire cesser les contrôles d'identité au faciès opérés par des agents de l'État, les associations requérantes ne se contentaient pas d'évoquer l'existence de cette pratique discriminatoire qu'elles présentaient comme « générale » et « systémique », elles évoquaient aussi « l'inaction » de ce même État face à elle. Ce faisant, il y avait en réalité deux manquements qui étaient certes de nature différente mais liés entre eux puisque l'inaction apparaît alors comme l'accessoire de la pratique discriminatoire et, surtout, qui étaient imputables *in fine* à la même personne publique et concernaient le respect d'obligations posées *a priori* par les mêmes normes. Autrement dit, il s'agissait d'obtenir du juge administratif qu'il fit cesser l'inaction de l'État, en tant que responsable notamment de l'organisation du service public de la justice judiciaire, à prévenir des pratiques qui sont susceptibles d'entraîner sa condamnation devant les juridictions judiciaires au titre du fonctionnement de ce service public. Ces circonvolutions imposaient donc au Conseil d'État de procéder en deux temps pour apprécier le respect de la condition temporelle de recevabilité. En effet, il ne devait pas seulement considérer « l'inaction » qui constituait en réalité le manquement visé par l'action en cessation (2), il devait nécessairement s'intéresser auparavant à la « discrimination systémique » alléguée dont cette inaction constituait

l'accessoire (1). Pour percer cet épineux problème de l'origine commune des discriminations individuelles présentées par les associations dans leur requête, la formation de jugement fit alors usage d'un rasoir d'Ockham à deux lames qui irritera sans doute les peaux les plus sensibles aux conditions législatives de recevabilité mais permettra au moins de libérer en partie l'action de groupe du carcan de l'article 92, du moins si l'on prend au sérieux la désinvolture de son raisonnement sur la question.

1- La discrimination systémique comme manquement principal évoqué par l'action en cessation

Le manquement principal évoqué par les associations requérantes n'était pas présenté comme une discrimination « directe » ou « indirecte », ainsi que l'exigent les termes de la loi de 2008, mais comme une forme de discrimination « systémique ». Afin d'apprécier l'existence, et éventuellement dater, ce manquement principal, encore faut-il pouvoir le définir et, à ce titre, on ne saurait se contenter de la présenter comme une discrimination procédant d'un « Système ». En effet, la circularité d'une telle définition offre sans doute un dessous de verre élégant pour orner des discussions de comptoir mais n'est guère opératoire pour apprécier le respect de conditions de recevabilité.

Fort heureusement, il est possible de compter sur le Défenseur des droits qui intervient dans cette affaire comme *amicus curiae* à la demande du Conseil d'État. En effet, dans ses différents avis et observations, notamment devant le tribunal judiciaire de Paris dans l'affaire précédemment évoquée, le Défenseur des droits ne cesse de présenter les procédures d'action de groupe comme un levier de reconnaissance des discriminations « systémiques » et de lutte contre celles-ci, quitte alors à surévaluer quelque peu la portée du dispositif et risquer d'effrayer des juridictions qui, comme dans l'affaire *Safran Aircraft Engines*, verraient ainsi se changer devant elles une réforme du droit procédural en réforme du droit substantiel en partie grâce à la magie du verbe de certains requérants et de cette sainte institution administrative et, par là même, fournir des arguments aux défendeurs qui voudraient s'en protéger en faisant appel au principe de non-rétroactivité de la loi. Peu échaudé visiblement par ce précédent et à l'idée de passer du statut d'ami de la cour à celui d'ennemi de l'action, le Défenseur des droits a repris pour partie le contenu de ses précédentes observations dans lesquelles il est alors possible de trouver une définition de la discrimination systémique. Il apparaît alors en substance qu'elle se présente comme un ensemble de discriminations - directes comme indirectes - affectant une catégorie de personnes qui procède d'un ensemble de facteurs pouvant eux-mêmes entretenir des rapports entre eux¹⁴. C'est d'ailleurs peu ou prou la définition qui se dégage des conclusions de la rapporteure publique lorsqu'elles font référence à la notion de « pratiques administratives » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'illustrer¹⁵. En revanche, le Conseil d'État, peu sensible apparemment à l'entreprise de promotion notionnelle des requérants et du Défenseur des droits, semble avoir voulu se prémunir contre cette contagion sémantique en confinant cet adjectif entre des guillemets dans les motifs de sa décision et évoquer plutôt un manquement « structurel », ce qui les prive sans doute d'une victoire symbolique mais substantiellement revient au même.

¹⁴ DEFENSEUR DES DROITS, décision n° 2021-195, 29 octobre 2021, p. 5-6.

¹⁵ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume Uni*, req. n° 5310/71, § 159 cité in Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty international et autres*, n° 454836, p. 24.

Ce n'est alors pas l'absence de manquement qui pose un problème au regard de la rédaction du II de l'article 92 mais plutôt le trop-plein. Le cadre posé par cet article et calibré par l'usage du singulier apparaît effectivement trop étroit pour accueillir le caractère multifactoriel de cette discrimination. Il impose de simplifier le phénomène en faisant le tri dans ce canevas de manquements pour isoler une tête de réseau, ce qui serait alors possible en s'adossant à ce « système » organisé, en principe familier au juge - et d'ailleurs lui-même discriminatoire au sens premier du terme - que constitue l'ordre juridique. En faisant passer cette notion « issue des sciences sociales »¹⁶ sous les fourches caudines d'un juridisme étroit, il serait alors possible d'isoler le niveau normatif auquel se situe la clef de voûte du système discriminatoire et d'ailleurs d'apprécier par la même occasion la compétence du juge pour la faire cesser. Dans le cas présent, cela revenait à rechercher une disposition ou bien des dispositions ayant trait à l'organisation du service public judiciaire dont l'application aurait pu conduire aux manquements constatés par les juridictions judiciaires dans le cadre de son fonctionnement.

Néanmoins, le caractère multifactoriel de la discrimination alléguée préoccupa visiblement moins le Conseil d'État que le terme employé pour la désigner puisqu'à aucun moment, que ce soit dans la motivation de l'arrêt ou même dans les conclusions, l'origine de ce système discriminatoire ne fut recherchée, ni *a fortiori* datée. Cette question ne fut finalement abordée que façon allusive dans l'une des fins de non-recevoir soulignant que les manquements à l'origine des lésions individuelles n'étaient pas imputables à une seule personne comme l'exigent les dispositions propres à l'action de groupe générale en matière de lutte contre les discriminations. La formulation de cette fin de non-recevoir peut alors étonner puisque les juridictions judiciaires ont bien réussi à imputer ces fautes de service commises par des fonctionnaires de police à une seule personne : l'État. Elle fut alors écartée par le Conseil d'État au motif que ce n'étaient pas ces manquements qui étaient visés par l'action en cessation, mais le manquement accessoire « qui résulterait d'une inaction de l'État » à les faire cesser¹⁷.

En effet, n'ayant pu mettre la main sur une disposition encore en vigueur en droit français dont l'objet ou l'effet aurait pu faire passer les lois d'apartheid pour des édits de tolérance, les associations requérantes s'étaient concentrées, de façon plus judicieuse, sur la carence de l'État en présence de telles pratiques. Cela restait néanmoins audacieux et ne permettait pas de résoudre le problème de recevabilité.

2- L'inaction comme manquement accessoire visé par l'action en cessation

Cela restait audacieux car, pas plus que la « discrimination systémique », « l'inaction » n'est mentionnée, au moins explicitement, par l'article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 et ne peut donc en principe constituer le « manquement » requis pour apprécier le respect de la condition posée par le II de l'article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Certes, les dispositions du cadre commun ne permettent d'obtenir du juge qu'il enjoigne au défendeur de cesser lui-même un manquement qui lui est imputable mais aussi de faire cesser celui commis par autrui. Toutefois, dans cette configuration, par ailleurs un peu artificielle ici au regard des données de

¹⁶ DEFENSEUR DES DROITS, Décision n° 2021-195, 29 octobre 2021, p. 5.

¹⁷ La partie des observations du Défenseur des droits destinée à démontrer que « les contrôles d'identité discriminatoires constituent un manquement de l'État à ses obligations au sens de l'article L. 77-10-1 du code de justice administrative » peuvent donc apparaître hors sujet ou à tout le moins insuffisantes (DEFENSEUR DES DROITS, décision n° 2021-195, 29 octobre 2021, p.17).

l'espèce, rien n'interdisait de penser que c'était tout de même la date de naissance du manquement à faire cesser qu'il convient de considérer et non celui qui consisterait à ne pas le faire cesser. En outre, le choix de ne considérer ainsi que l'inaction, et de l'intégrer par là même aux manquements évoqués par II de l'article 92 pour l'appréciation de la recevabilité de l'action, n'est pas suffisant pour se désintéresser totalement des problèmes que peut poser l'appréhension de la discrimination systémique alléguée. Sans aller jusqu'à considérer que les deux manquements sont synchronisés, force est de constater que l'identification, et par là même la datation, du manquement accessoire reste bien dépendante pour partie de celle du manquement principal à plus forte raison lorsque, comme c'était le cas ici, est en cause l'effectivité des mêmes normes.

Il était sinon possible de considérer que cette inaction est en elle-même constitutive de l'une des discriminations visées par la loi de 2008. C'est semble-t-il la voie qu'emprunta la rapporteur publique dans ses conclusions lorsqu'elle estima que le fait de ne pas prévenir le risque de subir un contrôles au faciès peut contribuer à une forme de « harcèlement discriminatoire », c'est-à-dire à une espèce de pratique discriminatoire prohibée par les dispositions de la loi de 2008 telles qu'interprétées à l'aune des directives anti-discriminations, elle-même à l'origine d'une forme de préjudice continu d'anxiété¹⁸. Une telle solution est alors plus respectueuse de la lettre du cadre procédural mais elle ne règle que la moitié du problème puisqu'il reste encore à dater ce manquement qui conserve toujours un caractère accessoire par rapport à l'existence du système rendant probable ces contrôles d'identité discriminatoires dont il s'agit de se prémunir.

Loin de conduire à la condensation du manquement principal qui resta finalement à l'état gazeux, l'appréciation de ce manquement accessoire rajouta une couche sur l'écran de fumée. En effet, non seulement ledit manquement présente aussi un caractère « systémique » ou plutôt « structurelle » selon les termes du Conseil d'État, mais sa formulation négative semble le rendre encore plus évanescent. Il ne fut alors pas plus ciblé que le manquement principal au moment de l'appréciation de la recevabilité de l'action. Quant à la dimension temporelle de l'inaction, elle ne fut en réalité abordée, dans les conclusions de la rapporteur publique ainsi que dans la motivation de la décision, que pour souligner son caractère « continu ». Il ne s'agissait toutefois pas de s'interroger sur la recevabilité de l'action au regard des dispositions du II de l'article 92 mais d'écarter une autre fin de non-recevoir soulevée en défense et soulignant que le manquement à faire cesser aurait disparu en même temps que les effets que pouvaient produire les contrôles d'identité litigieux. Surtout, à aucun moment, la date de commencement de ce manquement continu ne fut évoquée, ni même tout simplement son identification envisagée.

Pourtant, là encore, s'il était sans doute difficile de saisir et de dater le commencement d'un tel manquement, cela ne semblait pas impossible. Après tout, le gardien des deniers publics ne manque pas d'imagination lorsqu'il s'agit de déterminer une année de rattachement pour les créances indemnitaires que de tels manquements peuvent faire naître. Surtout, le gardien de la légalité administrative a montré qu'il était tout à fait apte à identifier, par exemple, le moment à partir duquel un acte réglementaire devient illégal et rien ne semble s'opposer à la transposition d'un tel raisonnement face à de tels manquements. En effet, quitte à faire preuve ici d'un normativisme un peu obtus, qu'il soit permis de trouver que l'opposition entre le contrôle de la légalité de l'action administrative et celui de l'inaction « systémique » ou « structurelle » de l'administration conduisant à évaluer l'efficacité de politiques publiques n'est pas plus convaincante que celle entre les contentieux « objectifs » et

¹⁸ Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty international et autres*, n° 454836, p. 20.

« subjectifs » dans la mesure où tout contrôle – par définition – implique de procéder à une évaluation et que l’efficacité en question est toujours appréciée par rapport à des obligations légales. Sans doute eût-il été alors envisageable de dater le manquement accessoire visé par les associations en considérant notamment la date à compter de laquelle seraient entrées en vigueur les normes faisant peser sur les pouvoirs publics mis en cause cette obligation de faire cesser quitte ensuite à le désynchroniser avec le manquement principal, non pas en dissociant artificiellement les normes interdisant de procéder à des contrôles au faciès et celles imposant de les faire cesser ou les personnes qui y sont soumises, mais en appréciant l’existence d’une carence fautive à partir de la « grille » synthétisée par la rapporteur publique dans ses conclusions et reprise ensuite par l’Assemblée. Une telle analyse permettrait aussi d’apprécier le niveau normatif pertinent pour mettre fin à cette inaction et, par là même, la compétence du juge pour connaître de l’action de groupe en cessation.

Il reste que l’Assemblée du contentieux ne daigna pas faire cet effort d’identification et de datation du manquement visé par l’action de groupe que ce soit au moment d’apprécier sa compétence et la recevabilité de l’action – ce qu’elle aurait pourtant dû faire d’office – ou même lors du règlement de l’affaire au fond. Obnubilée par la volonté de se prononcer sur la question des contrôles au faciès ou effrayée par l’aspect ectoplasmique des manquements invoqués, elle ne s’est d’ailleurs pas plus embarrassée de la volonté du législateur que de l’ordre d’examen des questions contentieuses en n’abordant seulement au stade de l’appréciation du bien-fondé de l’action les problèmes de compétence que posait le contenu d’une partie des mesures demandées par les associations requérantes.

L’arrêt du 11 octobre 2023 offre ainsi aux groupements attributaires de la qualité pour agir dans les actions de groupe une formidable voie de contournement de la condition posée par le II de l’article 92 en présence de manquements avec un effet continu qui leur avait été refusée par le tribunal judiciaire de Paris dans l’affaire *Safran Aircraft Engine* et les juridictions administratives lyonnaises dans l’affaire *Syndicat de personnel d’encadrement de la ville de Lyon*.

Ainsi, pour prendre une situation similaire à celle dont les juridictions lyonnaises avaient eu à connaître, c’est-à-dire en présence de discriminations provoquées par l’illégalité d’un règlement encore en vigueur, il conviendrait de ne pas viser le manquement constitué par cette illégalité si jamais cette dernière est antérieure à la date visée par le II de l’article 92 mais d’aller chercher ce manquement accessoire qui consiste pour l’administration à ne pas laisser inappliqué un règlement illégal. Autant d’ailleurs éviter cette distinction artificielle entre « action » et « inaction » et ne considérer que l’effet continu du manquement ou du fait générateur, en réalité indépendant de sa forme, suffit pour neutraliser les inconvénients du II de l’article 92. Celui-ci devrait donc désormais être interprété comme permettant l’exercice d’actions de groupe tendant à la cessation de manquements ou à la réparation des préjudices découlant de faits générateurs qui, bien qu’ayant commencé à produire des effets avant cette date couperet - et toujours inconnue - de l’entrée en vigueur, continuent à en produire ensuite. Dans le cadre des actions de groupe à objet indemnitaire, il ne serait même pas obligatoire qu’ils continuent à en produire à la date à laquelle le juge statue mais seulement que subsistent les préjudices qu’il a provoqués. Dans le cas contraire, ce serait offrir une prime à la reformulation voire à la non-motivation des requêtes qui ne serait pas cohérente avec l’objectif, exprimé par la rapporteur publique dans ses conclusions et repris visiblement à son compte par l’Assemblée du contentieux, d’éviter les détournements de la procédure d’action de groupe.

Tous les futurs utilisateurs des procédures d'action de groupe soumises à cette condition de recevabilité temporelle devront donc bénéficier devant les juridictions administratives des largesses interprétatives dont l'Assemblée du contentieux fit preuve dans sa décision du 20 octobre dernier, même lorsqu'ils n'inviteront pas le juge à se prononcer sur des sujets de société aussi brûlants que peuvent l'être les contrôles d'identité au faciès. En effet, personne ne peut penser que le Conseil d'État soit capable de passer ainsi par pertes et profits la volonté du législateur – aussi inique puisse-t-elle sembler – au motif que « l'émotion dépasse les règles juridiques » pour reprendre les déclarations d'un ancien ministre de l'Intérieur au sujet des manifestations s'étant déroulées après l'affaire « George Floyd »¹⁹ ou encore parce qu'il serait vital pour l'institution qu'elle pût aussi faire entendre sa partition avant que la question n'arrive sur la scène européenne²⁰. Ce serait effectivement pousser un peu loin la communion de pensée avec l'administration active ou considérer que la formation la plus solennelle de la plus haute juridiction administrative traite parfois avec un peu trop de légèreté son office juridictionnel et jurisprudentiel.

II- L'action de groupe confrontée aux limitations du cadre prétorien : le volet injonctif actuellement domestiqué et le volet indemnitaire prochainement mutilé ?

Les perspectives ouvertes par l'appréciation superficielle de la condition temporelle de recevabilité dans cet arrêt du 11 octobre 2023 n'apparaissent pas très réjouissantes en chaussant les lunettes du Conseil d'État. Elles offrent effectivement une vision un peu déformée de l'action de groupe qui se trouve réduite à sa vocation indemnitaire (A), vocation indemnitaire qui serait elle-même réduite, selon la rapporteure publique, à la mise en œuvre de la responsabilité pour faute (B).

A- L'action de groupe recentrée sur sa vocation indemnitaire

Dans sa description du « cadre juridique applicable à l'action de groupe », le Conseil d'État ne s'est pas contenté de faire rentrer dans le rang l'action en cessation. Il a aussi veillé à ce qu'elle ne puisse toiser les voies de droit plus anciennes l'environnant ce qui n'a pas seulement pour effet de préserver le relief que sa propre jurisprudence a pu leur donner (1), mais en donne aussi à la vocation indemnitaire de cette nouvelle forme d'action collective qui semble être la seule digne d'intérêt à ses yeux (2).

¹⁹ D'ailleurs évoquée dans les conclusions de la rapporteure publique (Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty international et autres*, n° 454836, p. 21).

²⁰ Sur l'aspect « diplomatique » de l'action de groupe, V. Robin MEDARD INGHILTERRA, « Les contrôles au faciès et la diplomatie de l'action de groupe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 10 novembre 2021, consulté le 09 décembre 2023.

1- L'action de groupe en cessation banalisée

Le message de l'Assemblée du contentieux est clair sur au moins un point : l'action de groupe en cessation, pas plus les autres voies de droit, ne permet d'obtenir du juge qu'il se substitue aux pouvoirs publics pour déterminer une politique publique ou qu'il leur enjoigne de le faire. Il semble alors adressé à ces requérants, généralement des associations, qui voyant dans l'action en justice la continuation de la politique par d'autres moyens semblent attendre du juge plus une dissertation qu'une décision de justice et se servent des procédures d'astreintes pour transformer l'actualité juridico-politique en une série à gros budget – public - dont l'inaction de l'État est l'héroïne principale. La décision de l'Assemblée du contentieux n'apparaît toutefois pas seulement comme une réaction face à ce risque de dévoiement de l'action en justice, mais semble aussi destinée à prévenir le délaissement de cette voie de recours de fabrication prétorienne : le recours pour excès de pouvoir.

Certes, il était entendu que les lois sur l'action de groupe ne permettraient pas de bouger les lignes jurisprudentielles ayant tracé le champ de compétence du juge administratif dans les contentieux de la carence de l'État. Il était toutefois possible de se demander si cette action, en permettant de saisir le juge du fond de conclusions principales aux fins d'injonctions, ne permettrait pas de dépasser les quelques limites pouvant encore apparaître ici et là dans la jurisprudence sur les contentieux de la carence administrative en raison tant des limites inhérentes à l'office des juges des référés que du caractère accessoire des injonctions dans le contentieux de l'excès de pouvoir et le plein contentieux indemnitaire. Il n'était même pas non plus certain que les rigidités procédurales de l'action de groupe suffiraient à convaincre les quelques groupements admis à l'utiliser de lui préférer le recours pour excès de pouvoir dans le cadre de leurs stratégies contentieuses. En effet, l'évocation dans un communiqué de presse de cette dernière voie de recours - aussi vénérable soit-elle pour les administrativistes - trouvera toujours moins d'écho que l'action de groupe auprès du grand public tant que Netflix n'aura pas décidé d'adapter à l'écran les aventures du Huron. Cette banalisation de l'action de groupe en cessation à laquelle procède le Conseil d'État dans l'arrêt du 11 octobre 2023 permet ainsi de préserver l'éclat de ses récentes audaces jurisprudentielles en la matière. C'est pourquoi, il faut peut-être aussi lire en filigrane dans sa décision un rappel à l'adresse des requérants - qui voudraient obtenir du juge un résultat au moins aussi décevant sans avoir à démarrer cette imposante machine procédurale - que « ses » étoiles brillent encore et que ce n'est certainement pas l'œuvre du législateur qui pourra leur faire de l'ombre.

Les lourdeurs procédurales lestant l'action de groupe pourraient donc réduire son espérance de vie si le Conseil d'État devait l'entraîner avec lui en continuant de contempler ainsi son reflet dans sa propre jurisprudence. C'est toutefois oublier la vocation indemnitaire de l'action de groupe qui lui permet de se raccrocher aux quelques débris de l'individualisme procédural que les considérations managériales imbibant depuis quelques années cette auguste source du droit administratif ne sont pas encore parvenues à dissoudre.

2- L'action de groupe diminuée

Au terme de cet exercice de nombrilisme jurisprudentiel, l'utilité de l'action de groupe semble se résumer - et c'est sans doute déjà suffisant - à la possibilité qu'elle offre à quelques requérants de défendre les intérêts

individuels d'un groupe de personnes sans avoir à obtenir au préalable un accord de leur part et ainsi de « déroger » au principe « Nul ne plaide par procureur » dans le sens du moins que Romieu lui avait donné dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* du 28 décembre 1906 à partir d'une lecture en diagonal de la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est donc la vocation indemnitaire de cette action qui, par effet contraste, ressort de cette décision pourtant consacrée à une action en cessation « sèche » et alors même que les dispositions des cadres communs ne hiérarchisent pas les deux objets potentiels de l'action voire, pour certaines des dispositions propres à une partie des actions de groupe, tendent même à subsidiariser l'objet indemnitaire²¹.

L'attraction intellectuelle exercée par la vocation indemnitaire, qui transparait d'ailleurs dans les conclusions dès la présentation du cadre procédural²², affecte aussi les conditions d'exercice de l'action de groupe en cessation et son utilité. Elle explique sans doute pourquoi, au-delà des arguments de texte, la condition de recevabilité formelle tenant à l'obligation de présenter des « cas individuels » au soutien de la demande fut aussi naturellement étendue aux actions de groupe exercées exclusivement en cessation. Ce faisant, le Conseil d'État accepte de limiter l'effet préventif que pourrait avoir une action de groupe en cessation en ne permettant de l'utiliser que lorsqu'il sera déjà trop tard pour une partie du groupe défendable et invite finalement les groupements attributaires de la qualité pour agir à se tourner vers les procédures de référé, si l'urgence l'impose et le permet, ou au moins le recours pour excès de pouvoir qui est décidément un produit difficilement substituable sur le marché des voies de recours.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État, suivant aussi en cela les conclusions de la rapporteure publique²³, a décidé - alors que rien ne l'impose dans la loi - de faire rentrer l'action de groupe en cessation dans le moule de sa jurisprudence sur l'injonction dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle en exigeant que le manquement comme les dommages en résultant n'aient pas cessé à la date à laquelle il statue. On peine toutefois à voir comment il sera alors possible d'apprécier la persistance de dommages subis par les membres du groupe défendu puisque dans le cadre des actions de groupe indemnitaires leur identité ne se révèle qu'au moment de l'exécution de la décision ayant statué sur la responsabilité. Le Conseil d'État aurait donc été plus inspiré de se tourner ici vers les dispositions législatives organisant l'action de groupe plutôt que vers sa jurisprudence ou à tout le moins de s'interroger sur la pertinence de sa transposition à cette nouvelle forme d'action collective puisqu'il n'est pas certain que la petite dernière puisse toujours se glisser facilement dans les vêtements de ses aînées dont il souhaiterait ainsi l'affubler pour réaliser quelques économies de raisonnement.

Si l'action de groupe n'est ainsi appelée à s'épanouir que dans son volet indemnitaire devant les juridictions administratives, il serait souhaitable que le Conseil d'État s'abstienne à l'avenir de la limiter aux hypothèses de responsabilité pour faute.

²¹ V. sur ce point les dispositions propres aux actions de groupe spéciales en matière de lutte contre les discriminations dans les relations avec un employeur privé (Articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du code du travail) ou public (Articles L. 77-11-1 à L. 77-11-5 du code de justice administrative).

²² Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty international et autres*, n° 454836, p. 5.

²³ Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty international et autres*, n° 454836, p. 7.

B- La vocation indemnitaire de l'action de groupe potentiellement circonscrite

La question de l'applicabilité des actions de groupe dans les hypothèses de responsabilité sans faute ne fut pas tranchée par l'arrêt du 11 octobre 2023. Elle fut seulement abordée rapidement – mais fermement – dans les conclusions de la rapporteure publique à l'occasion d'une analyse des dispositions législatives du cadre commun devant les juridictions administratives²⁴. Pour limiter l'action aux hypothèses de responsabilité pour faute, et par là même exclure son applicabilité aux hypothèses de responsabilité sans faute puisqu'elle semblait alors ne pas envisager d'autres causes juridiques, elle mit en avant deux obstacles qui correspondent en réalité à deux conditions différentes d'engagement de la responsabilité à savoir, d'une part, l'existence d'un « préjudice anormal et spécial » qui exclurait l'existence d'une multitude de préjudices individuels (1), et, d'autre part, la référence dans les dispositions législatives du cadre commun à un « manquement » à une obligation préalable pour désigner le fait générateur, c'est-à-dire selon elle à l'existence d'une faute de la part de la personne mise en cause (2).

1- La nature du préjudice indemnisable : un obstacle incompréhensible

Il est difficile de comprendre comment la nature du préjudice indemnisable dans le cadre d'une action en responsabilité sans faute selon les conclusions de la rapporteure publique, c'est-à-dire l'anormalité et la spécialité, pourrait constituer un obstacle à l'exercice d'actions de groupe indemnitaires dont l'objet est de faciliter l'indemnisation d'une pluralité de préjudices individuels.

En effet, d'une part, il est acquis que cette condition relative à l'existence d'un préjudice anormal et spécial n'est pas commune à l'ensemble des actions en responsabilité sans faute. D'autre part, et en tout état de cause, cette condition ne semble en rien dirimante lorsqu'elle trouve à s'appliquer sauf à confondre « spécial » et individuel ou considérer que le nombre de personnes appartenant au groupe spécialement affecté ne serait pas suffisant pour mériter l'application de ce dispositif procédural et ainsi ajouter de façon prétorienne une condition de recevabilité. Cela aurait alors pour effet de subsidiariser l'usage de l'action de groupe en matière indemnitaire, ce que n'a pas voulu faire le législateur français en permettant de défendre grâce à cette nouvelle voie de droit les intérêts d'un groupe qui serait éventuellement composé de seulement deux personnes.

2- La nature du fait générateur invocable : un obstacle incompressible ?

Plus sérieux, en revanche, serait le second obstacle qui tient à la formulation retenue par le législateur, que ce soit d'ailleurs dans les cadres communs ou les dispositions propres aux différentes actions de groupe qui y sont ou non rattachées, pour désigner le fait générateur de la responsabilité que le volet indemnitaire des actions de groupe doit permettre de mettre en œuvre. En effet, dans toutes ces dispositions législatives, le fait générateur de responsabilité est présenté comme un manquement à une obligation conventionnelle ou légale, ce qui n'est pas

²⁴ Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty international et autres*, n° 454836, p. 21, ndbp n°47.

sans rappeler la définition canonique de la faute en droit de la responsabilité civile comme administrative. Si le Conseil d'État devait ainsi reprendre à son compte ce raisonnement, c'est-à-dire considérer que cette mention d'un manquement à une obligation préalable vaut référence à la responsabilité pour faute, cela permettrait sans doute de mettre enfin à un terme ce « Jaques a dit » doctrinal consistant à refuser d'y rattacher la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles et inconstitutionnelles tant qu'il n'aura pas prononcé le mot, mais cela compliquera sûrement l'application de l'action de groupe indemnitaire, en particulier de la première qui fut ouverte devant les juridictions administratives et qui a aussi donné lieu à une première condamnation devant les juridictions judiciaires²⁵ : « l' action de groupe santé ».

Issue de la loi dite de modernisation de notre système de santé²⁶ et intégrée ensuite aux cadres communs applicables devant les juridictions administratives et judiciaires, cette action de groupe a pour objet, et d'ailleurs seulement pour objet, d'obtenir l'indemnisation de préjudices individuels résultant des dommages corporels que peuvent provoquer certains produits de santé et de l'obtenir auprès des producteurs, fournisseurs ou encore des utilisateurs desdits produits. Ce faisant, elle peut conduire les juridictions judiciaires et administratives à se prononcer sur des hypothèses de responsabilité couvertes par les dispositions législatives transposant la directive 85/374/CEE du Conseil, c'est-à-dire un régime de responsabilité qui n'est jusqu'à présent pas classé du côté des régimes de responsabilité pour faute. L'effectivité de ces dispositions pâtirait donc d'une inapplicabilité de l'action de groupe en la matière ou même d'une application conditionnée à la preuve d'un manquement. Il convient même de voir au-delà des hypothèses couvertes par la directive compte tenu du traitement que les juridictions administratives ont décidé de réserver aux actions mettant en cause la responsabilité de l'utilisateur²⁷. Exclure par principe la possibilité d'utiliser l'action de groupe dans cette dernière configuration créerait une différence de traitement difficilement justifiable avec les juridictions judiciaires qui appliquent un système de responsabilité pour faute et l'admettre à la condition d'apporter la preuve d'un manquement reviendrait à procéder à une égalisation par le bas.

Cette malfaçon législative n'est peut-être pas une voie sans issue pour l'action de groupe indemnitaire. Certes, les travaux parlementaires des différentes lois ayant mis en place les actions de groupe ne sont pas d'un grand secours pour corriger ce genre d'errements légistiques puisqu'ils sont soit muets sur la question, soit contradictoires dès le stade de l'étude d'impact²⁸. Les travaux de la doctrine offrent néanmoins quelques échappatoires en forme de pistes de réflexion en ne montrant pas seulement que la responsabilité sans faute n'exclut pas forcément l'existence d'une faute, comme cela ressort déjà de la jurisprudence administrative, mais en démontrant que l'existence d'un manquement à une obligation préalable est finalement une condition

²⁵ Tribunal judiciaire de Paris, 5 janvier 2022, n° 17/07001, jugement dont la rapporteure publique n'avait visiblement pas connaissance au moment de prononcer ses conclusions (Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty internationale et autres*, n° 454836, p. 5), ce qui montre le problème que pose l'absence de mécanisme de publicité dédié aux actions de groupe devant les juridictions judiciaires.

²⁶ Loi pionnière à laquelle la chronologie législative présentée dans les conclusions ne rend malheureusement pas justice (Esther de MOUSTIER, Conclusions inédites sur CE, Ass, 11 octobre 2023, *Amnesty internationale et autres*, n° 454836, p.4.)

²⁷ CE, 5^e et 7^e sous-sections réunies, 9 juillet 2003, *Marzouk*, n° 220437.

²⁸ Pour une analyse de ces travaux préparatoires, qu'il soit permis de renvoyer à Benjamin POUCHOUX, *L'action collective des groupements privés en droit public français*, Thèse. dactyl., Université Paris 1, 2020, 981 p., spéc. n°1180-1182 (disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://hal.science/hal-03279162v2/document>).

d'engagement commune à tout mécanisme de responsabilité²⁹. Il serait donc regrettable que le juge n'accepte pas le moment venu que les requérants puissent les emprunter pour conduire ce véhicule procédural fût-il de fabrication législative et d'inspiration étrangère. L'arrêt d'Assemblée du 11 octobre 2023 *Amnesty international et autres* montre en tout cas que ce ne sont pas les termes de la loi qui l'en empêcheraient.

Conclusion

L'action de groupe martyrisée ? Certainement. Libérée ? Cela reste à voir. Tout d'abord, du côté des juridictions judiciaires, elle ne bénéficie pas encore d'une interprétation aussi indulgente de ses conditions de recevabilité en présence d'un manquement présentant un effet continu. Il conviendra donc sûrement d'attendre l'adoption définitive de la proposition de loi créant un nouveau cadre commun - et cette fois-ci unique - de l'action de groupe devant les juridictions administratives et judiciaires³⁰. En effet, celle-ci fait disparaître la condition temporelle au terme d'une rédaction d'ailleurs quelque peu maladroite mais sans doute moins que ne l'est celle des dispositions relatives au champ des défendeurs potentiels qui risquent de ruiner la volonté d'élargissement ayant présidé à son élaboration. Il faudra aussi sans doute que le Défenseur des droits, en se rappelant de sa vocation première et de celle d'une telle action ou tout simplement que le mieux est parfois l'ennemi du bien, accepte de réfréner ses ardeurs conceptuelles ou bien que les juridictions décident ne pas y prêter trop d'attention puisque le risque ne sera alors plus, comme dans le jugement rendu dans l'affaire *Safran Aircraft Engine*, de contribuer à la légitimation d'une limite déjà existante mais tout simplement d'en faire apparaître une nouvelle. Ensuite, du côté des juridictions administrations administratives, il n'est pas si évident que cela d'apprécier les conditions pour bénéficier de cet assouplissement des conditions de recevabilité, c'est-à-dire de savoir s'il tient à la fois à la forme du manquement visé – l'inaction – et à son effet dans le temps – l'effet continu – ou bien seulement à ce dernier, comme sa pérennité compte tenu du contexte dans lequel la décision fut rendue. Il serait toutefois ironique que des actions de groupe en cessation ou en indemnisation visant un manquement avec un effet continu, et formulé éventuellement sous la forme d'une inaction, ne puissent à l'avenir bénéficier de l'effet cliquet jurisprudentiel provoqué par cet arrêt d'Assemblée en raison seulement du niveau de coloration politique des questions qu'elles permettraient à la juridiction de traiter. Le Conseil d'État ferait effectivement subir aux justiciables se présentant à l'entrée de son prétoire un tri aussi brutal, irrationnel et anxiogène que peut l'être un contrôle d'identité au faciès.

Nevers, le 13 décembre 2023,

Benjamin POUCHOUX
Maître de conférences en droit public-Université de Bourgogne
Membre du Centre de recherche et d'étude en droit et science politique (CREDESPO)
contact : Benjamin.Pouchoux@u-bourgogne.fr

²⁹ Entendu comme « l'opération par laquelle un préjudice, conséquence subjective d'un dommage, est réparé par l'auteur du fait générateur de dommage » (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° 9, p. 10. ; V. aussi 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, 2019, n° 805-811, p. 377-379).

³⁰ Proposition de loi n°87, adoptée par l'Assemblée nationale relative au régime juridique des actions de groupe.