

En guise de points de départ : cinq horizons lointains

Laura Miccoli, Fiorella Dal Monte, Roberto Pomiatto,
Robin Médard Inghilterra, Balthazard Durand

Sommaire 1. De la confrontation des cas d'étude à la conciliation des idées : tentative d'une modélisation – expérimentale et relative – de la représentation. – 2. Analyse du 1er temps de la représentation : le rapport représenté-représentant et la question du consentement. – 2.1. Première question : de quelles manières se manifeste le consentement du représenté ?. – 2.2. Deuxième question : dans quelle mesure les modalités de la représentation sont-elles négociées au moment de l'établissement du consentement ?. – 3. Analyse du deuxième temps de la représentation : la relation représentant-tiers et l'autonomie du représentant dans le cadre de la représentation. – 3.1. Première question : comment l'autonomie du représentant se manifeste-t-elle dans le cadre de la représentation ?. – 3.2. Deuxième question : jusqu'où se manifeste l'autonomie du représentant dans le cadre de la représentation ?. – 3.3. Troisième question : quelle est la finalité ou la justification de l'autonomie dont jouit le représentant dans le cadre de la représentation ?. – 4. Analyse du troisième temps de la représentation : la relation tiers-représenté et l'imputation du discours du représentant au représenté.

L'analyse menée par Miccoli porte sur une action spécifique en droit administratif italien, qui permet de substituer l'administration en cas de carence dans la gestion d'un service public. Si dans un premier temps, les bénéficiaires sollicitent la mise en conformité de l'administration dans l'exécution du service, en l'absence de réaction, le juge dispose du pouvoir de nommer un commissaire et de celui d'imposer un cadre à son action.

Le commissaire peut être perçu alternativement comme un auxiliaire du juge ou comme un *représentant* de l'administration. À la suite de sa désignation, la discussion concerne, d'une part, la portée du pouvoir d'injonction du juge, et, d'autre part, le contrôle de l'administration et l'autonomie laissée au commissaire.

Balthazar a quant à lui insisté sur le fait que les avocats procèdent par l'élaboration de discours de représentation afin de faciliter le succès

Il presente contributo racchiude la trascrizione delle riflessioni svolte durante le giornate di studio che si svolgono annualmente tra i dottorandi dell'Università Ca' Foscari di Venezia e di quella di Paris-Nanterre. Il tema prescelto per gli incontri tenutesi nei giorni 4-5-6 ottobre 2017 era: "la rappresentanza", tema la cui trasversalità traspare dalla diversità delle considerazioni di partenza elaborate dai singoli partecipanti all'atelier. Gli incontri di studio hanno consentito una prima decostruzione della materia, evidenziando punti in comune e divergenze delle esperienze giuridiche dei due Paesi, riguardate in ottica comparativa.

des prétentions des requérants. Ces discours sont l'une des étapes de la transformation de récits ordinaires dans un langage juridique. À l'issue de cette traduction, ils ne correspondent que partiellement au récit initial. Toutefois, la liberté de l'avocat est à nuancer par les conditions de collaboration déterminées avec le client ainsi que par des contraintes systémiques, issues de représentations partagées du droit et du rôle des juges.

En complément, le travail de Pomiatto porte sur la détermination, en Italie, du responsable de l'obligation de soins au sein d'un établissement de santé privé, lorsque le patient ne s'adresse pas à la clinique mais directement à un médecin libéral employé par cette structure. Selon la jurisprudence française, coexistent deux contrats : un contrat médical entre le médecin et le patient, ainsi qu'un contrat d'hospitalisation et de soins entre le patient et l'établissement. En revanche, la jurisprudence italienne a toujours soutenu que l'établissement de santé demeure tout de même responsable de la totalité des prestations de soins, y compris celle incombant au médecin. Cependant, les motivations fournies par la jurisprudence italienne en soutien de cette thèse ne paraissent pas toujours convaincantes. À ce propos, en effet, Pomiatto remarque que le médecin – du moment où le médecin négocie sa prestation avec le patient, il sait bien qu'il peut compter sur la disponibilité « hôtelière » de la clinique, car c'est bien cela que l'établissement souhaite – pourrait à juste titre être considéré comme le représentant de l'établissement de santé.

Dans un cadre différent, Dal Monte a examiné le cas de la représentation dans le traitement des données personnelles recueillies sur le web à travers les mécanismes d'*opt-in* et d'*opt-out*. Selon la modalité envisagée, le choix de l'utilisateur de concéder l'exploitation de ses données se révèle conscient ou inconscient, impactant son aptitude à prendre connaissance du contenu du contrat d'exploitation des données, des finalités poursuivies et des tiers potentiellement impliqués. Dans les deux cas, il serait possible de percevoir dans ces mécanismes une illustration de la représentation où le représenté (i.e. l'utilisateur) cède ses informations au profit du responsable du traitement, qui en devient le représentant. En dépit des abus récurrents, ce dernier devrait alors exercer ses prérogatives dans les limites de la délégation reçue.

Enfin, Médard Inghilterra a quant à lui étudié les mécanismes d'action en substitution en matière de discrimination en droit français. Dans le cadre de ces mécanismes, applicables de manière variable en droit pénal, civil et administratif, une association ou un syndicat se substitue à la victime de discrimination pour défendre sa cause devant les juridictions. Ils agissent ainsi comme représentants de la victime. De manière peu éloignée, la récente action de groupe instaurée par la loi du 18 novembre 2016 permet aux victimes, cette fois nombreuses, de voir leurs intérêts portés devant les cours par les acteurs collectifs.

1 De la confrontation des cas d'étude à la conciliation des idées : tentative d'une modélisation – expérimentale et relative – de la représentation

À l'issue de la confrontation de nos diverses interventions, plusieurs constat ont émergé. Le premier concernait la disparité de nos propos ainsi que les représentations particulières de "la représentation" qu'ils mettaient en scène. À cet égard, les mécanismes juridiques ou techniques de représentation étudiés étaient divergents. De même, les objets de la représentation différaient également en fonction des cas d'étude. Quant aux finalités du processus, elles ne faisaient pas exception à cette dissonance généralisée (e.g. action en justice, action commerciales, modalités de mise en jeu de la responsabilité).

En conséquence, la première étape de notre démarche commune fut de s'interroger sur le point commun de nos interventions respectives et ce, afin de saisir l'essence – ou une simple émanation de celle-ci *a minima* – de la représentation. Le premier point de conciliation reposait sur l'analyse des relations dynamiques qui existaient entre trois parties : un représenté, un représentant et un tiers. Le second fut l'importance que nous accordions à l'efficacité du processus de représentation en optant systématiquement pour une appréciation fondée sur le point de vue interne du représenté : le procédé a-t-il rempli la fonction envisagée selon lui ?

La deuxième étape de notre démarche fut d'envisager, à partir de nos différents cas d'étude, les caractéristiques de la représentation et, plus particulièrement, de tenter, certes de manière imparfaite, une décomposition des dynamiques actives au sein de ce processus. Cette tentative déboucha sur une décomposition en trois phases :

- une première phase relative à la relation liant le représenté et le représentant. Cette phase, constituant le premier temps du processus, nous a semblé particulièrement digne d'intérêt en raison de l'enjeu qui se noue, à savoir la question délicate du consentement du représenté ;
- une deuxième phase, relative cette fois à la relation entre le représentant et le tiers, quel qu'il soit (e.g. magistrat, société commerciales, client). L'intérêt manifeste de ce second temps du processus de représentation nous a paru relever essentiellement de l'identification de la marge d'autonomie dont dispose le représentant à l'égard du représenté afin de faire valoir sa cause face au tiers ;
- une troisième et dernière phase fut finalement identifiée, propre aux rapports existant entre le tiers, récepteur du discours du représentant, et le représenté. Ce troisième temps permet la finalisation du processus de représentation par le biais de l'imputation du discours et du comportement du représentant au tiers.

Une fois ces considérations posées, la troisième étape de notre démarche

commune fut immédiatement de souligner les limites de notre approche. D'un point de vue théorique, il s'agissait de proposer une modélisation expérimentale, nécessairement relative. Cette relativité est engendrée par la faiblesse de la modélisation en ce qu'elle ne respecte pas les standards théoriques du modèle. Tout d'abord, chaque critère du modèle est supposé être exclusif et ne pas se retrouver dans les autres modèles concevables de la représentation. Or, cette exigence n'est guère respectée puisque plusieurs critères pourraient fort bien se retrouver comme éléments structurants de "modélisation" alternatives élaborées par certains de nos collègues. De plus, les critères identifiés ne sont pas nécessairement exhaustifs et il aurait été possible de poursuivre ce travail de modélisation en identifiant d'autres caractéristiques.

Par conséquent, notre propos se veut nécessairement relatif et illustre davantage une démarche collective établie sur une journée et demie, qui correspond certes au fond de nos contributions, mais qui ne saurait prétendre constituer une modélisation véritablement aboutie. En somme, en l'absence de définition claire de la représentation, l'objectif de la démarche était simplement de comprendre, à partir d'un faisceau d'indices fournis par l'analyse de nos différents cas d'espèce, la nature des relations qui s'activent pour lier les trois acteurs de la représentation (i.e. représenté, représentant, tiers). Une fois ce premier travail établi, il s'agit à terme d'envisager l'efficacité du processus de représentation, apprécié du point de vue interne du représenté, par l'analyse de la continuité ou de la discontinuité des niveaux de discours entre les trois acteurs, et observable par la superposition de l'intention initiale du représenté et de l'objet d'imputation du tiers à celui-ci.

2 Analyse du 1er temps de la représentation : le rapport représenté-représentant et la question du consentement

En préalable, il nous faut encore une fois relativiser cette étape ou plus exactement l'identification de l'objet central de celle-ci tant il semble possible de concevoir des cas de représentation pour lesquels le consentement du représenté ne disposerait pas d'une place centrale voire ne serait pas indispensable. Tel est notamment le cas lorsque le représenté n'est pas en capacité de consentir (e.g. mineur, majeur incapable).

Une fois cette précision établie, il nous est possible de préciser les deux questions qui nous ont particulièrement intéressées :

- de quelles manières se manifeste le consentement du représenté ?
- dans quelle mesure les modalités de la représentation sont-elles négociées au moment de l'établissement du consentement ?

2.1 Première question : de quelles manières se manifeste le consentement du représenté ?

Partant de nos diverses contributions, nous avons identifié quatre modalités de recueil du consentement.

La première hypothèse, idéale, concerne celle du recueil du consentement de manière explicite, après information détaillée sur la finalité de la représentation. Nous parlons alors de « consentement explicite, conscient et éclairé ». En guise d'illustration, la contribution de Médard Inghilterra évoque le cas des actions en substitution des associations qui agissent au nom de la victime de discrimination. Pour ce faire, il est nécessaire, en droit civil, de recueillir un consentement explicite, écrit, après avoir informé la victime de trois choses : « *la nature et l'objet de l'action envisagée* », « *le fait que l'action sera conduite par l'association qui pourra exercée elle-même les voies de recours* » et « *le fait que l'intéressé pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'association ou y mettre fin* ».

La deuxième hypothèse concerne celle du recueil explicite du consentement, sans information nécessairement détaillée. Nous parlons ici de « consentement explicite non motivé ». Une telle manifestation du consentement se retrouve, entre autres, dans la contribution de Durand axée sur la contractualisation de la relation client-avocat, qui implique nécessairement l'existence d'un mandat, écrit ou oral, donné par le client à l'avocat, qui devient alors son représentant. Il en va de même pour la contribution de Dal Monte, évoquant le recueil des données lorsque celui-ci procède par le biais d'un mécanisme d'*opt-in*, permettant à l'utilisateur du web de matérialiser son consentement en cochant les cases prévues à cet effet.

La troisième hypothèse est celle d'un « consentement implicite mais matérialisé ». À l'inverse des mécanismes d'*opt-in*, les mécanismes d'*opt-out* par exemple rendent empiriquement vérifiable la matérialisation de l'acte de consentement en dépit du fait que le contenu ce celui-ci ne soit pas nécessairement connu et désiré par l'utilisateur du web.

Enfin, la quatrième hypothèse est celle d'un « consentement implicite non matérialisé ». Comme le souligne Pomiatto, l'habilitation du médecin à représenter la clinique à l'égard du patient est implicite et non matérialisée, exigeant en conséquence de faire reposer l'engagement de responsabilité de la clinique sur une présomption de consentement. De même, en droit français, lorsqu'un syndicat agit en substitution d'une victime de discrimination, celle-ci n'a pas à fournir de consentement expresse. Seul suffit qu'elle s'abstienne de contester cette action dans un délai de quinze jours après que le syndicat lui ait notifié son intention.

Reste à envisager l'objet de ce consentement, à savoir les modalités concrètes de la représentation.

2.2 Deuxième question : dans quelle mesure les modalités de la représentation sont-elles négociées au moment de l'établissement du consentement ?

Sans véritable innovation, il est ici possible de distinguer deux hypothèses alternatives.

Dans la première hypothèse, une négociation s'opère entre le représenté et le représentant. Tel est notamment le cas lors de la contractualisation des relations entre un avocat et son client, portant sur la finalité poursuivie (e.g. quantification minimale de la demande au titre de la réparation du préjudice subi), du montant des honoraires ou encore des parties à appeler dans la cause. Cette perspective se retrouve également dans le cadre du recours en substitution portée par une association lorsque la victime de discrimination choisit de collaborer au recours.

Dans la seconde hypothèse, celle par exemple de l'*opt out*, les modalités et les conditions de la représentation ne sont absolument pas négociées mais imposées unilatéralement. Pour le cas particulier de la commercialisation des données recueillies dans le cadre de la navigation sur internet, doit être noté que le consentement, dont le contenu n'est pas négociable, est fréquemment érigé en un préalable indispensable à la poursuite de la consultation dudit site internet. Dans la contribution de Miccoli l'administration n'est pas en mesure de refuser la nomination du commissaire désigné par le juge, et doit consentir à collaborer avec celui-ci, sans être en mesure d'impacter, en fonction de ses attentes, les modalités de représentation.

En guise de conclusions intermédiaires, il nous est possible de souligner la diversité des modalités de recueil de consentement, élément indispensable et structurant de la représentation, y compris dans l'hypothèse où celui-ci serait implicite. Ce consentement est de surcroît objectivable car, même en cas de silence ou de consentement implicite, les règles de droit prévoient une présomption de consentement.

3 Analyse du deuxième temps de la représentation : la relation représentant-tiers et l'autonomie du représentant dans le cadre de la représentation

À ce stade, nous nous sommes posés trois questions dont les réponses respectives nous ont semblées susceptibles d'éclaircir la nature des relations opérant entre le représentant et le tiers :

- comment se manifeste l'autonomie du représentant par rapport au représenté dans le cadre de la représentation à l'égard du tiers ?

- jusqu'où cette éventuelle autonomie du représentant est-elle susceptible de se manifester ?
- quelle est la finalité et quelle est la justification de l'autonomie du représentant ?

3.1 Première question : comment l'autonomie du représentant se manifeste-t-elle dans le cadre de la représentation ?

Une fois de plus, au regard des diverses contributions, il nous est possible d'identifier une pluralité des manifestations de l'autonomie en fonction des cas envisagés.

En ce qui concerne les cas d'études de Durand, Miccoli et Médard Inghilterra, davantage fondés sur une représentation dans le cadre judiciaire, cette autonomie s'exerce notamment par le choix des arguments juridiques, des mécanismes procéduraux à mettre en œuvre, par la sélection des faits pertinents, le choix des qualifications juridiques retenues, le choix des acteurs impliqués (e.g. témoins, parties appelées dans la cause) ou, plus largement, par tous moyens techniques propres à l'argumentation et à la préparation de l'action judiciaire.

Les objets d'étude de Dal Monte et Pomiatto illustrent en revanche une autonomie plus faible du représentant, dans la mesure où celle-ci se manifeste essentiellement dans le choix du tiers à impliquer dans le cadre du processus de représentation ; qu'il s'agisse du choix des sociétés auxquelles seront communiquées les données personnelles de l'utilisateur du web par la société dépositaire de celles-ci ou du choix du client par le médecin vis-à-vis duquel il est susceptible d'engager la responsabilité de la clinique.

3.2 Deuxième question : jusqu'où se manifeste l'autonomie du représentant dans le cadre de la représentation ?

Sans grande surprise, l'autonomie du représentant est encline à se manifester jusqu'à ce qu'elle rencontre des limites. Ce simple constat permet de reformuler l'interrogation initiale autour de la nature de ces limites. Il est alors possible d'envisager une catégorisation binaire.

En premier lieu, il existe des limites à l'autonomie du représentant qui sont liées à la relation représenté-représentant, notamment des limites dérivées du consentement initial. Ces limites sont qualifiées de « limites internes ». Elles peuvent être prédéterminées, établies dès le départ, ou évolutives, c'est-à-dire établies au fur et à mesure de la relation de représentation.

Les limites initiales ou prédéterminées se retrouvent à titre illustratif

dans les contributions de Durand, Miccoli et Médard Inghilterra lorsqu'est considérée la prédétermination de la finalité de la représentation, à savoir la demande de réparation du dommage devant telle ou telle juridiction. Le représentant n'est pas en mesure d'agir à d'autres fins en raison de la limitation de son mandat. De même, l'analyse de Dal Monte souligne qu'il demeure possible pour l'utilisateur du web de s'abstenir de cocher (*opt-in*) ou de décocher (*opt-out*) les cases correspondant aux finalités potentielles, à l'usage futur des données personnelles concédées. La société qui collecte ces données ne peut alors pas utiliser les données collectées pour d'autres finalités.

Les limites évolutives quant à elles, issues de la relation de collaboration continue entre le représenté et le représentant, sont souvent fixées en raison d'un droit de regard du représenté sur l'action du représentant. Tel est le cas dans le cadre du contrôle de l'activité du médecin par la clinique (Pomiato), du contrôle de l'activité de l'avocat par le client (Durand, Miccoli) ou encore dans le cadre du contrôle de l'activité de l'association ou du syndicat par la victime de discrimination (Médard Inghilterra).

En second lieu, il est possible de relever l'existence de limites à l'autonomie du représentant qui ne sont pas inhérentes à la relation représenté-représentant mais qui sont davantage d'ordre contextuel, fournies par le cadre d'action de la représentation. Ces limites, qualifiées de « limites externes », s'expliquent par les règles de fonctionnement du système juridique au sein duquel s'exerce la représentation (e.g. traditions juridiques, styles rédactionnels qui contraignent les écritures, représentations que se font les juristes du droit). Elles peuvent notamment être liées aux diverses formalités procédurales exigées par la juridiction saisie du litige (e.g. délais à respecter, étapes de la procédure, les notifications éventuelles).

3.3 Troisième question : quelle est la finalité ou la justification de l'autonomie dont jouit le représentant dans le cadre de la représentation ?

L'autonomie peut tout d'abord se justifier par la défense de l'intérêt du représenté. Tel est le cas lorsque le représentant reformule le récit de la victime en vue de l'efficacité de l'action contentieuse (Durand, Miccoli, Médard Inghilterra). Cette justification est alors téléologique, en fonction du résultat à atteindre. Plus prosaïquement, la contribution de Pomiato illustre le cas d'une autonomie lucrative du représentant (i.e. le médecin) au bénéfice du représenté (i.e. la clinique).

Cette autonomie peut ensuite se justifier par la poursuite d'intérêts propres du représentant, en vue de profits personnels. Ces intérêts peuvent être d'ordre financier lorsque l'on considère le cas de l'avocat qui est

rémunéré par son activité de représentation via le paiement d'honoraires (Durand) ou du détenteur des données personnelles qui va chercher à les commercialiser. Mais ses intérêts peuvent être de nature diverse, comme lorsqu'une association défend par la représentation un intérêt collectif de lutte contre les discriminations qu'elle incarne (Médard Inghilterra) ou lorsqu'un médecin va rechercher sa protection en cas de faute via un système de responsabilité *in solidum* (Pomiato).

En conséquence, l'action du représentant implique une forme d'autonomie, de liberté et, donc, potentiellement, de distanciation à l'égard de la volonté initiale du représenté. Néanmoins, cette distanciation se trouve limitée par : des contraintes internes à la relation de représentation, notamment les contraintes déterminées par le représenté ; et des contraintes externes, dérivées du contexte dans lequel la représentation s'inscrit. Cette autonomie relative du représentant est alors justifiée par la défense, la poursuite d'un intérêt, qu'il soit celui du représenté ou du représentant. Et alors qu'il existe toujours une combinaison, une articulation des intérêts du représenté et du représentant, il n'existe pas nécessairement une convergence de ces intérêts.

4 Analyse du troisième temps de la représentation : la relation tiers-représenté et l'imputation du discours du représentant au représenté

Le développement contenu dans cette dernière partie consiste à proposer, à ce stade, quelques pistes de réflexion pour le futur.

Le processus de représentation se trouve finalisé lors de la troisième phase, par le biais de l'imputation, considérée comme le mécanisme par lequel le tiers considère que le représentant disparaît. Il impute alors l'acte du représentant au représenté. En guise de conclusion, il est possible d'envisager la question de la représentation sous l'angle de la continuité ou de la discontinuité entre trois situations ou trois niveaux de discours.

Lorsque la continuité entre les trois phases que nous avons identifiées est préservée, le représentant n'est considéré que comme « un moyen », un intermédiaire pour réaliser les intentions du représenté. Pour ainsi dire, la représentation comme processus ou technique juridique s'efface. Seuls persistent ses effets.

L'appréciation de l'efficacité de la représentation nous semble pouvoir être effectuée à l'aune d'un critère tenant à la correspondance entre l'intention initiale du représenté et le résultat du processus. En l'absence d'une correspondance suffisante, l'imputation n'est pas envisageable si bien que la représentation est contestable. Subsistent *in fine* deux points de vue qui peuvent alors entrer en tension :

- le point de vue du représenté qui peut considérer que la représentation n'a pas rempli son office ;
- le point de vue du tiers qui impute tout de même l'acte du représentant et qui conditionne les effets juridiques.