

LES CONDITIONS REQUISES POUR FAVORISER LA « CONTRACTUALISATION » DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE*

Le contrat est ce qui permet à la volonté libre des personnes de s'inscrire ensemble dans le monde. Il constitue un danger lorsque la volonté disparaît derrière le consentement : par son consentement, la personne ne fait plus qu'offrir sa soumission à la puissance d'un contractant qui lui dicte sa loi. Or, dans le mouvement dit de « contractualisation du Droit », l'on observe, soit de la part des organes étatiques soit de la part des entreprises, une tentation d'utiliser les accords, convention et engagements pour capter des consentements. Pour conserver les bienfaits de l'essence même du contrat, il faut développer dans ce mouvement de contractualisation tout ce qui favorise les volontés et mettre sous surveillance et limites ce qui relève des consentements mécaniques et contraints.

1. *Souvenirs anciens et profonds*. Le thème de la « contractualisation du droit » ne peut qu'à la fois me rappeler des souvenirs et m'ouvrir des perspectives. D'abord parce que cette « contractualisation » de tout renvoie au « modèle du marché », sujet sur lequel j'avais écrit dans les Archives de philosophie du Droit en 1995¹, article auquel Mustapha Mekki s'est référé dans sa démonstration introductive. Tous les intervenants ont également beaucoup évoqué la place de la « volonté » : la même année, j'ai publié un article sur « La distinction entre la volonté et le consentement dans le droit

* Professeure de Droit, directrice du *Journal of Regulation & Compliance*, Directrice de l'École européenne de Droit de la Régulation et de la *Compliance*. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, librement accessible à l'adresse suivante : (<https://mafr.fr/fr/article/favoriser-ou-pas-la-contractualisation-du-droit-in>).

¹ M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », in Archives de Philosophie du Droit (APD), *Droit et esthétique*, t. 40, Sirey, 1995, pp. 286-313.

des contrats » dans la Revue trimestrielle de droit civil², tandis qu'en 2000, lorsque nous avons décidé de consacrer le volume des Archives de philosophie du Droit, dont j'étais rédactrice-en-chef, au thème général de « L'obligation », j'avais choisi de traiter la perspective « Volonté et obligation »³. Ces questions demeurent ouvertes et notre avenir s'y joue.

2. *Toujours remettre sur le métier, pour trouver de nouvelles solutions à de nouveaux enjeux.* Il y a en effet toujours urgence à revenir sur cette tension entre la volonté qui permet aux personnes d'être libres, le contrat étant alors le moyen pour elles de concrétiser cette liberté, tandis que le consentement parce que celui-ci peut cesser d'être l'expression de cette liberté pour devenir un objet de marché, détaché de la volonté, les marchés de consentement étant un grand danger de l'espace numérique, par lesquels la démocratie elle-même pourrait défaillir de l'intérieur. C'est sous cet angle que j'ai approfondi ce thème au regard de l'espace numérique, notamment dans un article de 2018, « Oui au principe de la volonté, non aux consentements purs »⁴.

3. *Lier contrat, obligation, compliance, vigilance et juge.* Au regard de cette urgence, de cette ambivalence du contrat, qui peut être la meilleure ou la pire des choses du fait même de ce jeu entre la volonté et le consentement, avec de nombreux collègues dans un travail collectif autour du *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*, nous publions un ouvrage « *L'obligation de compliance* »⁵, dont la « vigilance » constitue la « pointe avancée », tandis que le Conseil d'État et la Cour de cassation ont publié en 2024 un ouvrage fondateur : « *De la Régulation à la Compliance : quel rôle pour le juge ?* »⁶. Ces thèmes de l'obligation, du devoir, de la vigilance, de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), de l'office du procureur, du régulateur et du juge, y sont tous abordés et mis en corrélation.

4. *Penser d'une façon unifiée la contractualisation, et l'usage du contrat, puis cerner les conditions sous lesquelles cette contractualisation et cet usage du contrat sont admissibles. Plan.* Il ressort de l'examen des textes, des décisions et des pratiques que ceux-ci sont difficiles à appréhender en ce que la « contractualisation » concerne toutes les branches du droit, que le plus

² M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, n° 3, 1995, pp. 573-578.

³ M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », in Archives de Philosophie du Droit (APD), *L'obligation*, t. 44, Sirey, 2000, pp. 129-151.

⁴ M.-A. Frison-Roche, « Oui au principe de la volonté, Non aux consentements purs », Mélanges Pierre Godé, 2018, hors commerce (<https://mafr.fr/fr/article/oui-au-principe-de-la-volonte-non-aux-consentement>).

⁵ M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », JoRC et Dalloz, sous presse.

⁶ Conseil d'État et Cour de cassation, *De la régulation à la compliance : quel rôle pour le juge ?*, La Documentation Française, 2024, 241 p.

souvent elle vise très peu de mécanismes au sein de celles-ci, mais aux conséquences très grandes, qu'on y trouve paradoxalement peu de contrats. Il faudrait sans doute voir au-delà des branches du droit à partir de mécanismes isolés au sein de chacune pour avoir une représentation fiable de ce qui se passe. En effet, ce qui procure de l'unité relève pour l'instant de l'appréciation portée sur ces mécanismes spécifiques, unité provenant alors d'une sorte d'approbation en bloc ou d'une désapprobation en bloc. L'on ne sépare jamais une pratique, que l'on ne connaît jamais parfaitement, de l'idée que l'on en a : l'on aime l'idée que s'accorder suffit à constituer une bonne solution ou l'on rejette l'idée que se mettre d'accord puisse s'appliquer à tout et produire toujours du bien. À partir de ce jugement de valeur, c'est l'ensemble des techniques qui sera toujours apprécié d'une façon ou d'une autre. Mais il serait utile de s'arracher de cet affrontement sans pour autant s'enfermer dans une seule technique, par exemple la convention judiciaire d'intérêt public en droit français (CJIP), pour penser en unité la contractualisation du Droit et son outil technique qu'est le contrat, cette confusion entre l'outil et le modèle constituant la première des difficultés, en reconnaissant tous les obstacles pour ce faire. Cela permettra d'identifier mieux les conditions sous lesquelles cette contractualisation est admissible, quelle que soit la branche du Droit.

I. PENSER EN UNITÉ LA CONTRACTUALISATION ET SON OUTIL TECHNIQUE : LE CONTRAT

5. *Difficultés de compréhension liées au fait que le contrat n'est qu'un des outils de la « contractualisation ».* La difficulté vient souvent du fait que l'on ne sait pas de ce dont on parle. Le juriste qui s'appuie sur des termes précis, requis pour l'art obligé de la qualification, croit être dans le droit des contrats, alors que le terme de « contractualisation » désigne plutôt le recours à des techniques d'engagement, de négociation, d'accord, et de « consentement » à une « proposition » faite par une entité qui ne sera pas même une personne juridique. C'est alors le sujet privilégié de la sociologie, de la science politique, d'analyse économique ou de la psychologie sociale, mais personne ne songe par exemple à revendiquer l'application du droit des contrats au résultat obtenu. Le « contrat » ne serait donc qu'une image... Pourtant, ce sont parfois de véritables contrats, parfois en début de « *process* » (car il devient difficile de parler de procédure, et donc par exemple de droits de la défense...) parfois en fin de parcours, notamment lorsque des contrats de transaction interviennent en bonne et due forme.

6. *Enjeu de hiérarchie des normes si le contrat devenait le « modèle » des normes qui lui sont pourtant hiérarchiquement supérieures.* De la même

façon que la réglementation est et n'est qu'un outil de la régulation⁷ et que la conformité est et n'est qu'un outil de la compliance⁸, le contrat ne serait qu'un outil de la contractualisation. Mais réglementations et conformité ne brisent pas la hiérarchie des normes. En effet, les réglementations sont hiérarchiquement inférieures aux lois et aux Constitutions, de la même façon que les outils de « conformité » qui assurent le respect des textes applicables assurent l'effectivité de cette hiérarchie. Dans la hiérarchie des normes, le contrat est à un niveau inférieur aux règlements. Dès lors, que le contrat obéisse à une logique différente à celle des réglementations, lois et Constitutions, ne pose pas de difficulté, puisque la hiérarchie, dont les juges sont les gardiens, impose aux contractants d'ajuster leurs volontés à une obligation de compatibilité aux normes supérieures qui s'imposent à eux.

7. *Nécessité d'éviter le modèle du « contrat total » : ne pas se limiter au critère de l'efficacité, choisir de s'ancrer d'une façon substantielle dans des « Buts Monumentaux ».* Mais si les contrats deviennent le modèle, ce qu'Alain Supiot désignerait volontiers comme le « modèle total », reflet du « marché total »⁹, ce sont alors les réglementations, lois et Constitutions qui incorporent une logique contractuelle avec laquelle c'est à eux de devenir compatibles, basée sur la négociation, l'accord et l'exécution de l'engagement dont le juge est le garant de l'exécution, ce qui inverse la hiérarchie des normes. L'on peut l'admettre, mais il faut alors fonder cette logique-là. C'est l'enjeu même de la théorie du droit de la compliance, basée non pas sur la seule efficacité, car cela est porteur de grands dangers puisque pouvant s'appliquer à tout projet politique, mais sur des « Buts Monumentaux »¹⁰, au regard desquels les contrats doivent s'interpréter et être contrôlés par le juge¹¹.

8. *Difficultés de compréhension liées au fait que le droit des contrats correspond de moins en moins au « modèle du contrat ».* Le sujet est d'autant plus difficile à appréhender techniquement que toutes les branches du droit semblent atteintes par ce « mouvement de contractualisation », caractérisé assez peu par la présence véritable de contrats, mais plutôt par une façon de

⁷ M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, chron., pp. 610-616.

⁸ M.-A. Frison-Roche, « Le Droit de la Compliance », *D.*, 2016, chron., pp. 1871-1874 ; M.-A. Frison-Roche, « Compliance et conformité : les distinguer pour les articuler », *D.* 2024, chron., pp. 497-499.

⁹ A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, 173 p.

¹⁰ M.-A. Frison-Roche, « Approche juridique des outils de la compliance. Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du Droit de la Compliance par ses "buts monumentaux" », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, coll. « Régulations & Compliance », JoRC et Dalloz, 2021, pp. 27-38 ; M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », JoRC et Dalloz, 2022, 520 p.

¹¹ M.-A. Frison-Roche, « Contrat de compliance, clauses de compliance », *D.*, 2022, chron., pp. 2115-2117.

faire à base de négociation et d'accords obtenus, quelle que soit la qualité des personnes et entités impliquées dans un tel processus, alors que le droit des contrats s'éloigne de ce modèle. Cela n'est certes pas vrai du « modèle du marché » : l'adoption du modèle du marché s'accompagne de la prédominance du droit de la concurrence et des échanges instantanés par contrats¹². Mais cela n'est pas le cas de beaucoup de contrats qui structurent des relations dans la durée. Tandis que le contrat de travail a pendant quelques décennies recouvré sa nature bilatérale, ce qui a conduit Gérard Lyon-Caen à qualifier d'une façon critique ce mouvement de « réversibilité du contrat de travail »¹³, le droit des contrats a été d'une part comme transpercé par un droit de la consommation qui a contaminé le droit commun de sa logique protectrice de l'un contre l'autre, tandis que les droits subjectifs ont « fondamentalisé » le droit des contrats. Ainsi n'est plus resté que le modèle... Et l'un des sujets techniques est de savoir si des parties peuvent dans le silence des textes adopter des pactes nus, selon la terminologie romaine, la liberté contractuelle n'ayant en rien la même puissance constitutionnelle qu'elle a aux États-Unis. La jurisprudence autour des pactes extra-statutaires se construit autour de cette question-là. Il est donc remarquable qu'en droit français la contractualisation du droit semble avoir « profité » ou « atteint » toutes les branches du droit, sauf le droit des contrats. Ainsi les mécanismes ici étudiés, par exemple dans le procès ou entre l'État et les régions, relèvent techniquement du plan, de l'engagement ou de la convention, mais pas du contrat.

9. *Une question simple : si la loi n'a rien prévu, peut-on convenir toujours ?* Mais si l'on revient à des questions simples : dans le silence des textes et même lorsque des lois ont prévu des dispositifs, peut-on se mettre d'accord sur un objet et l'exécuter, saisir un juge de droit commun lorsque l'exécution ou la formation ou le sens du contrat pose difficulté ? Quand je m'instruis des analyses menées sur ce qui est qualifié de « contractualisation », par exemple la convention judiciaire d'intérêt public, je comprends que cela ne signifie pas pour autant que le parquet propose un contrat. Pourrait-il faire un accord qui excède les prévisions précises du Code de procédure pénale ? En se basant sur son pouvoir très large d'opportunité des poursuites ? En affirmant qu'il peut proposer un véritable contrat mettant fin à la poursuite, voire à l'instance, puisqu'il y a contractualisation ?

¹² V. P. Reis, « La concurrence », pp. 133-151 ; J.-C. Roda, « Le marché », pp. 493-512, in J.-B. Racine (dir.), *Le Droit économique au XXI^e siècle. Notions et enjeux*, coll. « Droit & Économie », LGDJ-Lextenso, 2020.

¹³ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 1997, 99 p.

10. *Il n'y aurait de contractualisation que dans les cas d'ouverture et les conditions prévus par la loi.* De la même façon, si une entreprise, assujettie par la législation à une obligation légale de vigilance, contractualise cette obligation, cesse-t-elle d'être légalement responsable pour ne l'être plus que contractuellement ? L'entreprise, selon les termes mêmes de la loi de 2017, ne peut cesser d'être personnellement responsable comme l'a rappelé la décision du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017¹⁴ car c'est la loi qui l'oblige. Dès lors, aucun contrat ne pourrait conduire à un transfert de cette responsabilité, principe repris par la Directive du 13 juin 2024 CS3D (*Corporate Sustainability Due Diligence*), le contrat étant un mode de réalisation de l'obligation pas de limitation de celle-ci. La ligne de partage va être délicate à opérer. Le législateur est donc bien toujours « présent à la table des contractants », pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier. Mais les contractants peuvent aussi ajouter à la lettre de la loi si c'est pour donner de l'ampleur à l'esprit de celle-ci. Les parties au contrat pourraient alors sortir des seules hypothèses visées par le législateur.

11. *Le contrat ne pourrait-il se développer que dans les cas d'ouverture et conditions prévus par la loi ? : situation paradoxale d'une administration toute-puissante par le contrat.* Ainsi et pour embrasser ces deux exemples de la convention judiciaire d'intérêt public et des stipulations de vigilance, les entités concernées ne pourraient-elles pas sur feuille blanche organiser des conventions, en se référant notamment à des obligations éthiques et sans plus viser aucune loi ? Le souci d'autrui que le devoir de vigilance exprime peut s'ancrer dans une stipulation contractuelle se référant à une charte éthique ou à la seule volonté des parties sans plus viser la loi de 2017 ou la directive du 13 juin 2024. A quelle source le juge devra-t-il se référer ? Le contrat pourrait prétendre suffire à tout, être l'instrument naturel du mouvement de contractualisation, son point d'achèvement.

12. *Engendrement de critiques de tous les côtés, fondées sur un excès de puissance, soit de la part des entreprises, soit de la part de l'État.* Cette évolution a plutôt pour l'instant déclenché un concert de critiques, dans deux sens opposés. En effet, ceux qui pensent que l'État doit rester le maître des normes et de leur application constatent que la « contractualisation » de son action a permis aux entreprises d'accroître leur puissance et que, sous couvert

¹⁴ Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre* ; v. par ex. M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la *compliance* », *D.*, 2022, chron., 2022, pp. 621-624 ; « Penser et manier la Vigilance par ses Buts Monumentaux de *Compliance* », in I. Grossi (dir.), *La société vigilante*, *JCP E*, n° 31-35, 3 août 2023, pp. 16-20 ; « Devoir de vigilance : progresser », in A. Bres, C. Maubernard (dir.), *Le devoir de vigilance des entreprises : l'âge de la maturité ?*, coll. « Droit & Economie », Bruylant, 2024.

de servir un intérêt général universel qu'elles définissent désormais au passage¹⁵, elles seraient devenues toutes puissantes, les régentes du monde¹⁶ et les propriétaires de notre avenir. Il ne s'agirait pas d'une dérive de quelques entreprises, mais d'un excès de pouvoir inhérent à elles, car leur nature est dans l'expansion, ce qui ne serait pas dans la nature de l'État, les entreprises n'étant pas parties au *contrat social*. Il faudrait donc faire rentrer le fleuve détourné dans son lit et mettre les entreprises sans frontière à leur juste place : celle d'assujetties à la loi.

Mais l'on trouve une critique tout autant violente de la part de ceux qui insistent sur le fait que cette contractualisation n'a en rien fait entrer le principe de liberté contractuelle dans les procédés nouvellement bâtis : ainsi et de fait, l'entreprise ne peut pas refuser la convention judiciaire d'intérêt public ; de la façon et de droit, elle doit demeurer vigilante sans pouvoir refuser de l'être. Dès lors qu'elle est contrainte d'accepter, elle perd ce qui est le fondement même du contrat et de la convention : la liberté négative de refuser l'accord. Elle doit par avance donc se résoudre à signer ce qui n'est qu'un acte unilatéral accepté et non pas un acte élaboré en commun. La contractualisation serait dès lors comme une soumission plus cruelle, puisqu'acceptée, la citation de La Boétie sur la « soumission volontaire » revenant sous la plume sous ceux qui voient sous cette contractualisation une forme nouvelle de tyrannie.

13. *L'actuel dialogue de sourds du fait du caractère symétrique des critiques*. Ces critiques ont du mal à se nourrir les unes les autres en ce qu'elles sont en bloc et se développent en symétrie l'une de l'autre. Elles peuvent l'une et l'autre s'appuyer sur des exemples. Comme elles n'ont pas de points de contact, elles se développent en parallèle. Sans perdre le bénéfice de ces critiques émises d'une façon continue de part et d'autre, l'on peut changer la perspective pour trouver une unité à cet usage de la négociation et de l'accord ou de l'adhésion (ce à quoi renvoie la « contractualisation »).

Parce que le contrat n'est alors utilisé que comme un « outil », la « contractualisation » étant elle-même un moyen, il convient de regarder concrètement les finalités. Non pas d'une façon abstraite, car cela mène toujours au procès d'intention. Soit l'on présente abstraitement l'État se prévalant abstraitement de l'intérêt général qu'il incarnerait toujours et

¹⁵ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, coll. « Bibliothèque de la pensée juridique », Classique Garnier, 2016, 326 p.

¹⁶ A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, coll. « Les sens du droit », Dalloz, 2015, 320 p. V. not. A. Supiot, « Introduction. L'entreprise face au marché total », pp. 15-22 ; plus particulièrement, v. S. Manacorda, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », pp. 191-208.

définitivement usant de la contractualisation avec des opérateurs économiques qui seraient au mieux stratèges, qui y contribueraient par intérêts ; soit que l'on présente abstraitement les opérateurs comme exerçant leur liberté dont ils sont les titulaires en s'ajustant avec les États affaiblis et dépendants pour développer des actions à long terme dans un monde global qu'ils maîtrisent mieux.

D'une façon plus concrète, lorsque l'on examine l'ensemble des techniques objets des négociations et des accords, techniques qui sont à la fois des contours plus étroits que les branches classiques du droit à travers lesquelles nous les appréhendons, mais aussi souvent de dimension plus ample que celles-ci, ce sont toujours les mêmes finalités qui sont poursuivies : des finalités systémiques à l'aune desquelles les pouvoirs des uns et des autres doivent s'ajuster¹⁷.

14. *Opportunité de donner une nouvelle unité par les buts systémiques fixés par le politique pour tous, laissant aux opérateurs la liberté des moyens, sous la supervision des régulateurs et des juridictions.* Si l'on identifie la spécificité de l'action publique lorsqu'elle repose sur l'assentiment du destinataire, lequel participe à l'élaboration de la norme et reçoit donc celle-ci volontiers, ce qui fut souvent désigné comme de la « corégulation », voire de la « métaréglulation », cette façon de faire, sauf à se dissoudre dans l'art de la politique et de la sociologie générale sur « le droit négocié », il s'agit toujours de viser des finalités systémiques : lutter contre des défaillances systémiques (bancaire et financière), agir pour l'amélioration des systèmes (probité, dignité, durabilité).

Ces buts systémiques sont établis par le politique, par des lois et des principes. L'Union bancaire est le parangon de cette structuration, tout en convergeant vers un seul et simple but : éviter la disparition du système bancaire européen. Parce que ces systèmes – bancaire, financier, énergétique, numérique, climatique – sont tenus dans la durée par des entreprises cruciales, ce sont elles qui sont en charge de l'effectivité, l'efficacité et l'efficience des dispositifs pour atteindre ces buts. Les contrats, conventions et engagements sont alors un outil comme un autre, se mêlant aux sanctions et aux récompenses sans plus distinguer les uns des autres, le même mécanisme pouvant manier les deux.

15. *Liberté des opérateurs de dessiner les moyens au regard des finalités auxquelles ils peuvent adhérer sans pouvoir substituer au politique qui les fixe.* Le contrôle du pouvoir des entreprises à construire les moyens que cela engendre, face à l'État qui est légitime à fixer les buts, mais qui a conscience

¹⁷ M.-A. Frison-Roche, *Concevoir le pouvoir*, 2021 (<https://mafr.fr/fr/article/le-pouvoir-pour-mieux-servir>), sous presse pour les Mélanges en hommage à Emmanuel Gaillard.

de ses limites, s'opère donc au regard des Buts qui sont des contraintes et pour l'un et pour l'autre¹⁸.

Cela suppose qu'à la fois les entreprises soient maîtresses des outils qu'elles mettent en place et en œuvre pour satisfaire la volonté politique d'atteindre des buts systémiques, volonté politique à laquelle elles peuvent éventuellement adhérer, mais à laquelle elles ne peuvent pas se substituer. Ainsi la responsabilité sociétale des entreprises, leur *raison d'être* ou leur mission peut leur permettre de renforcer l'expression de ces buts, leur volonté convergeant alors avec celle de l'autorité publique, la volonté des entreprises venant en « renfort » de celle du politique, mais la volonté des entreprises ne doit pas leur permettre de se substituer aux autorités publiques qui ont l'apanage de fixer les buts¹⁹.

16. *Supervision des entreprises par des régulateurs, des juridictions et des parties prenantes.* Puisque les entreprises ont les moyens d'action, que le législateur les recherche pour cela et leur demande de les exercer, mais ne permet pas d'une façon aveugle l'exercice de cette puissance sur les choses et sur autrui, le système juridique va organiser la supervision des entreprises. Le meilleur exemple est là encore le système bancaire. Au-delà du droit de la régulation bancaire, portant sur les structures, s'exerce le droit de la supervision bancaire, s'appliquant aux opérateurs bancaires, en ce qu'ils tiennent eux-mêmes le secteur et sont les mieux placés pour en gérer les risques et mettre en œuvre une politique. Plus encore s'y articule un droit de la compliance bancaire, obligeant les acteurs à un comportement interne conforme aux attentes systémiques²⁰. D'une façon analogue, d'une façon plus récente, mais ayant vocation à se renforcer, l'espace numérique engendre des autorités publiques de supervision dont le pouvoir s'étend sans considération des limites territoriales. Les juges sont au centre de l'ensemble et sont en train de changer la conception de leur office, aussi bien leur office processuel que leur office substantiel²¹. Les parties prenantes, notamment par les droits

¹⁸ M.-A. Frison-Roche, « L'usage des puissances privées par le Droit de la Compliance pour servir les droits de l'Homme », in J. Andriantsimbazovina (dir.), *Puissances privées et droits de l'Homme. Essai d'analyse juridique*, coll. « Horizons européens », Mare & Martin, 2024, pp. 279-295.

¹⁹ Sur les conséquences techniques de cela, aussi bien en droit des sociétés qu'en droit des contrats, M.-A. Frison-Roche, « L'obligation de *compliance*, entre volonté et consentement : obligation sur obligation vaut », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de Compliance*, préc.

²⁰ Sur le mouvement général décalqué de ce secteur, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, série « Régulations », JoRC et Dalloz, 2017, 140 p.

²¹ M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, *Journal of Regulation & Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », JoRC et Dalloz, 2023, 500 p. ; *idem*, « Le contentieux systémique », *D.* 2024, chron. ; *idem* (dir.), *Le contentieux systémique émergent*, coll. « Droit & Economie », LGDG-Lextenso, sous presse.

processuels qu'elles possèdent et les obligations nouvelles d'information extrafinancière pesant sur les entreprises cruciales, obligent également les entreprises à rendre des comptes sur les efforts effectivement effectués.

17. *Face à cette unité, trouver les conditions pour que ces procédés de négociations, engagements et accords soient admissibles.* Mais en pratique, comment faire pour que la négociation, l'accord, l'engagement, la convention ne soit pas l'expression de la volonté d'un seul (la seule *puissance* de l'Autorité publique, la seule *puissance* de l'entreprise) ? Il faut que le système juridique insère des conditions tout en désignant des gardiens effectifs pour le respect de ces conditions. Ces conditions ne sont pas propres à tel ou tel mécanisme, ou à telle ou telle branche du droit, mais reposent sur la distinction et l'articulation entre la volonté et le consentement.

II. IMPOSER DES CONDITIONS ET DES GARDIENS POUR UN MODÈLE CONTRACTUEL BÉNÉFIQUE DANS L'ÉLABORATION DU DROIT ET DE L'ACTION PUBLIQUE

18. *Penser les conditions pratiques des négociations et des engagements à travers la distinction de la volonté et du consentement.* Comme il avait été souligné²², le droit classique des obligations considère que le consentement est ce par quoi la libre volonté d'une personne s'exprime, trace et preuve de celle-ci, l'échange des consentements étant ce qui formalise la rencontre des volontés. Si ce consentement devient autonome de la volonté de la personne, alors il devient un objet qui peut n'être plus le « signe » de rien, devenir un objet que la personne va céder. Lorsque les personnes sont dans des systèmes très puissants, qu'il s'agisse de l'Administration (c'est alors l'entreprise qui pourrait être dépossédée de sa volonté et ne plus pouvoir « que consentir sans vraiment vouloir ») ou qu'il s'agisse du marché (c'est alors l'autorité publique qui pourrait être dépossédée de sa volonté et ne plus pouvoir « que consentir sans vraiment vouloir »), ou des systèmes technologiques ou climatiques contre lesquels les volontés n'auraient plus « prise ». Le mouvement de contractualisation est donc bénéfique s'il fait place sous le contrôle du juge à l'expression des libres volonté tandis qu'il est reprochable s'il exprime la soumission des uns à la puissance des autres par la production massive de consentements. En pratique, il faut donc éviter la désarticulation entre volonté et consentement pour que favoriser la contractualisation du droit signifie favoriser la rencontre de volontés libres et éclairées.

²² M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, n° 3, 1995, pp. 573-578 ; *supra* n° 1.

Or, le droit civil traditionnel n'a pas appréhendé cette articulation entre volonté et consentement au-delà de la théorie des vices du consentement, que l'on ne songe d'ailleurs pas à appliquer aux mécanismes spécifiques de la contractualisation, par exemple la convention judiciaire d'intérêt public. C'est plutôt le droit économique qui pourra le faire, d'une part parce qu'il part des situations de fait et, d'autre part, parce qu'il intègre davantage la dimension systémique de celles-ci²³. Le droit économique va le faire en imposant de nombreuses conditions qui vont justifier l'ensemble de ces mécanismes, conditions dont les régulateurs et les juges sont gardiens de l'effectivité.

19. *L'idéal de restaurer l'intimité entre consentement et volonté, pris en charge par le droit de la compliance numérique.* La première condition est radicale et consiste à veiller à ce que le lien ne soit plus brisé entre la volonté de la personne et son consentement qui circule pourtant sur le marché. C'est expressément l'objet du Règlement européen du 27 avril 2016 que l'on désigne très hâtivement de « RGPD », mais dont le titre complet est *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*. Il faut s'arrêter à ce titre, car il s'agit en effet tout à la fois de faire circuler ces valeurs que sont les informations et, parce qu'elles concernent des personnes physiques, de permettre à la volonté de celles-ci d'en conserver une maîtrise, le consentement qu'elles donnent à leur captation, leur maniement et leur transfert devant demeurer la preuve de leur volonté libre et éclairée pour ce faire.

La garde de cette volonté conservée a été directement confiée aux entreprises qui manient ces données, à travers le droit de la compliance²⁴. Les autorités publiques en charge de l'effectivité comme les juges, notamment la Cour de justice de l'Union européenne, ont obligé les entreprises à mettre en place les technologies pour préserver, voire pour restaurer, ce lien entre consentement et volonté, le droit de la compliance étant alors la voie par laquelle cet espace peut être régulé.

20. *Favoriser les négociations et accords en veillant à ce que tous les intérêts impliqués y soient représentés.* Mais cette restauration est souvent difficile. Il faut alors non plus être dans une perspective de « restauration », en renouant au profit de la personne concernée le lien entre son consentement et sa volonté, mais plus directement assurer le souci de son intérêt. En effet, dans bien des mécanismes visés par la contractualisation, des intérêts ne sont

²³ Sur cette dimension systémique, v. *supra* n° 14.

²⁴ V. par ex. M.-A. Frison-Roche, « Penser le monde à partir de la notion de "donnée" », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, série « Régulations », JoRC et Dalloz, 2016, pp. 7-16.

pas représentés directement, l'accord se faisant à deux, alors que les intérêts sont très divers. Pour ne prendre qu'un exemple, les victimes ne sont pas parties à la convention judiciaire d'intérêt public. L'on considère que le Parquet, en tant qu'il vise l'intérêt général, aura souci d'elles en proposant une indemnisation à leur faveur dans la proposition qu'il formule envers l'entreprise. Des associations de victimes contestent cette présentation. L'on peut penser que le contrôle du juge serait sur ce point bienvenu, mais ce contrôle demeure formel.

D'une façon plus générale cependant, le cercle des personnes concernées s'élargit, ne serait-ce qu'à travers la nouvelle notion de « parties prenantes », notion de plus en plus juridique. Les associations doivent avoir une plus grande place dans les mécanismes de concertations et l'action publique. De cela, le droit du travail est un exemple.

21. *Promouvoir la catégorie juridique de « cause systémique »*. En outre, les autorités publiques et le juge administratif à leur suite agissent dans une perspective systémique qui leur est naturelle, Administration ou ministère public, que l'on présente celui-ci comme représentant la société globale, l'intérêt général ou la loi. Dès lors, les procédures et les contentieux qui s'enclenchent et se déroulent sous leur impulsion ont cette nature systémique. Cette nature s'accroît lorsque des systèmes au sens plus précis du terme sont impliqués, comme le système bancaire, financier, numérique, climatique, etc. Les cas de conflits dans lesquels ces systèmes sont impliqués méritent d'être qualifiés de « causes systémiques », comme cela fût proposé en 2021²⁵, engendrant un « contentieux systémique » que l'on voit aujourd'hui émerger²⁶. La plupart des mécanismes de contractualisation concernent des causes systémiques, qui mêlent les différentes branches du droit, et pénètrent ainsi dans les procès, que ceux-ci soient répressifs, administratifs, commerciaux ou civils, selon les mêmes techniques. Il s'agit toujours de trouver des solutions qui permettent aux systèmes impliqués de perdurer à l'avenir, la notion de *durabilité* étant essentielle et transformant de ce fait l'office du juge. Les autorités de régulation et les entités qui peuvent porter ce souci du futur, les organisations non gouvernementales étant aussi porteuses de cela, y ont un rôle central. Tout ce qui peut procéduralement les rapprocher, notamment la technique de la médiation, doit y être favorisé. Les techniques qui favorisent l'information de l'autre, et l'information du juge,

²⁵ M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portés devant le juge », 2021 (<https://mafr.fr/fr/article/lhypothese-des-causes-systemiques/>).

²⁶ M.-A. Frison-Roche, « Le contentieux systémique », *D.* 2024, chron. ; (dir.), *Le contentieux systémique émergent*, coll. « Droit & Economie », LGDJ-Lextenso, sous presse.

notamment construites autour du principe du débat contradictoire, doivent y être favorisées.

22. *Admettre la dégradation de la volonté en consentement mécanique si la personne concernée est effectivement bien traitée.* Mais il peut arriver que soit le lien entre volonté et consentement ne puisse être véritablement reconstitué²⁷, soit que les intérêts en cause, des personnes et des systèmes, ne puissent véritablement être représentés dans les mécanismes de négociation et d'accord. Il faut alors directement prendre en charge le souci de la personne, en comptant sur le solidarisme qui conduit le puissant à prendre en charge le faible alors qu'il n'y a pas intérêt, sur l'éthique des affaires, à la responsabilité sociale, sur la notion de devoir qui conduit le puissant à utiliser l'avantage que lui donne sa situation au bénéfice de celui-ci qui dépend de lui. La sagesse du droit des contrats conduit cette branche du droit-là à ne pas mêler droit et morale, tandis que la déontologie renvoie à un ensemble de pratiques professionnelles cristallisées dans des normes, supervisées par des organes et des ordres qui eux-mêmes rendent compte devant des juridictions. Mais la *Corporate Social Responsibility (CSR)* est avant tout une théorie financière qui est basée sur un calcul de rentabilité plus fin, intégrant davantage de critères et élaboré à plus long terme. Un peu comme le fait un État. Comme manque le mécanisme électif par lequel *in fine* la responsabilité politique s'exprime, c'est alors avant tout sur le terrain du droit de la responsabilité que la réalité de ces présentations peut être éprouvée, comme le montrera l'évolution du devoir de vigilance, mis en place par les entreprises, désormais imposé par le législateur, mais recontractualisé par celles-ci.

23. *Développer un nouveau système probatoire.* Pour que ces engagements ne soient pas seulement un discours, l'enjeu est aujourd'hui de construire un système probatoire, pour l'instant embryonnaire, quelle que soit la branche du droit que l'on considère²⁸. En effet, comme j'ai pu le souligner dès 2020, c'est l'entreprise qui supporte une « obligation de compliance », et notamment au sein de celle-ci une « obligation de vigilance », prévue par les lois au regard des buts systémiques visés par celles-ci. C'est pour exécuter cette obligation légale que des négociations, engagements, accords ont lieu ou sont tentés. Les entreprises, parce qu'elles sont avant tout assujetties à la loi avant d'être débitrices (ou créancières) de stipulations contractuelles, supportent la charge de prouver l'exécution des obligations légales qui les visent.

²⁷ V. *supra* n° 18.

²⁸ M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de *compliance* et l'entreprise. Le système probatoire de la *Compliance* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », JoRC et Dalloz, 2023, pp. 409-442.

Mais cette obligation consiste pour l'entreprise à faire ses meilleurs efforts pour concrétiser ce que les autorités publiques lui ont confié : une part de l'intérêt général global (par exemple au sein de chaînes d'activités). La preuve de cette obligation de moyens doit être apportée par l'entreprise qui doit montrer ce qui a été obtenu au regard des buts, selon une « trajectoire » qui rend possible d'atteindre ceux-ci pour la part qui concerne l'entreprise. Dans cette démonstration probatoire, la part de l'expertise est grande.

Cela est déterminant, non seulement quel que soit le litige et le juge devant lequel celui-ci se déroule, mais encore en dehors de tout contentieux, car les entreprises puissantes doivent aujourd'hui à la fois rendre compte de la façon dont elles exercent leur puissance. L'on ne doit pas équivaloir à les obliger à atteindre ici et maintenant les buts monumentaux visés par le politique ou souhaités par des parties qui leur sont extérieures.

24. *Conclusion : favoriser sous conditions.* Le droit, s'il distingue et réarticule volonté et consentement, s'il distingue et réarticule contractualisation et contrat, s'il protège directement les divers intérêts impliqués en désignant leurs gardiens, peut favoriser ce mouvement de négociations, d'engagements et d'accords : il s'éloigne alors de la culture d'opposition qui épuise sans tomber pour autant dans une culture de domination.

Le droit le peut et le doit parce que la force de s'accorder est dans les personnes et la force de poser des conditions pour cela est dans la loi, tandis que l'art de distinguer les catégories, ici celle de la volonté et du consentement, est le droit lui-même.