

Actes du colloque

*La contractualisation
de la production
normative*

11, 12 et 13 octobre 2007

*Colloque de clôture du programme de recherche
« Le système juridique à l'ère de la
contractualisation »
développé au sein du Centre René DEMOGUE de
l'Université Lille 2,
avec le soutien de la
Mission de recherche Droit et justice*

Responsables scientifiques :

*Sandrine CHASSAGNARD-PINET, Maître de
conférences à l'Université Lille 2*

*et David HIEZ, Professeur à l'Université du
Luxembourg*

PREMIERE JOURNEE

LA CONTRACTUALISATION DES REGLES JURIDIQUES

**I / CONTRACTUALISATION ET MUTATION DE LA PRODUCTION
NORMATIVE**

CONTRACTUALISATION ET REGULATION

Par Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Directeur du CERSA-CNRS

L'analyse des rapports entre contractualisation et régulation présuppose au préalable une définition de ce qu'il convient d'entendre par « régulation ». Le terme est en effet devenu un de ces mots passe-partout, « omnibus », qui recouvre des significations extrêmement différentes, entre lesquelles oscillent ceux qui l'emploient, passant parfois subrepticement de l'une à l'autre¹. Il s'agit de rompre avec cette dérive des significations, en revenant à la conception originnaire de la régulation.

1° La notion de régulation est d'abord apparue au XVIII^e siècle dans les sciences techniques. Dès 1728, on entend par « régulateur » un système de commande destiné à maintenir constante la valeur d'une grandeur, quelles que soient les perturbations qui pourraient la faire varier : la machine à vapeur de Watt comporte ainsi un régulateur à boules, destiné à éviter les risques d'explosion ; on parlera du régulateur de température ou thermostat, du régulateur de vitesse etc... Au XIX^e siècle, l'usage se répand en physiologie : même si Claude Bernard ne l'emploie pas, le terme renvoie aux équilibres dynamiques du corps (par exemple, la régulation « thermique ») ; par régulation, on entend la fonction qui assure la constance des caractéristiques du milieu intérieur d'un être vivant, en dépit des variations du milieu extérieur.

La notion connaîtra au XX^e siècle une spectaculaire diffusion dans les sciences sociales, d'abord sous l'influence du développement de la cybernétique, puis dans le cadre de la théorie générale des systèmes. La régulation constitue en effet un élément-clé de la théorie générale des systèmes : tout système organisé, formé d'un ensemble d'éléments inter-dépendants et inter-agissants serait en permanence confronté aux facteurs de déséquilibre et d'instabilité provenant de son environnement ; la régulation recouvre l'ensemble des processus par lesquels les systèmes de toute nature cherchent à maintenir leur « état stationnaire », en annulant l'effet des perturbations extérieures.

¹ J. Chevallier, « De quelques usages du concept de régulation », in M. Miaille, dir., *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, pp. 71 sq.)

2° Pour assurer sa survie, pour préserver sa cohésion, toute société a besoin, à l'instar de tout système organisé, de dispositifs de régulation. La régulation apparaît ainsi inhérente à l'existence du corps social : il ne s'agit donc pas d'une fonction nouvelle, qui serait la marque des sociétés contemporaines, comme on l'affirme trop souvent ; il n'y a pas de société concevable sans mécanismes de régulation. Ceux-ci seront seulement conçus de manière différente selon les différents types d'organisation sociale.

Corrélativement, la fonction de régulation est au principe même de l'État, en tant qu'instance préposée au maintien de la cohésion sociale. Le maintien de cette cohésion ne passe pas seulement par l'affirmation et la défense de l'identité collective du groupe (fonction de symbolisation) ainsi que par la protection et la sauvegarde de l'ordre social (fonction de domination) ; il suppose aussi que les comportements sociaux soient harmonisés et les conflits sociaux résolus. Mais l'État n'est pas la seule instance de régulation sociale (schéma totalitaire) : les sociétés sont des sociétés complexes, fondées sur l'entrelacement de multiples dispositifs de régulation plus ou moins coordonnés et contrôlés par l'État.

Enfin, si le droit doit bien être envisagé comme un mode de régulation des comportements, à travers l'imposition de certaines règles de conduite dotées d'une puissance normative particulière, ce n'est pas le seul mode possible : il existe d'autres mécanismes de régulation parallèles au droit ou qui entretiennent des rapports complexes d'imbrication avec lui (par exemple les normes techniques) ; ces rapports sont réversibles, le droit prenant tout autant appui sur eux qu'ils ne prennent appui sur lui.

La régulation n'est donc pas une fonction nouvelle ; elle n'est pas l'apanage de l'État et elle ne passe pas nécessairement par le canal du droit ; mais cette fonction est conçue de manière fort différente selon les sociétés, la place de l'État dans la régulation du fonctionnement social étant plus ou moins étendue et le degré de juridicité de la régulation plus ou moins important. Mieux encore les formes même de cette juridicité sont variables.

La question de la contractualisation doit dès lors être inscrite dans une réflexion plus générale sur l'évolution des normes de régulation dans les sociétés contemporaines. On montrera que les deux modèles classiques de régulation, dont l'opposition ne saurait être surestimée, tendent à évoluer par le jeu d'une poussée contractuelle, qui rencontre toutefois certaines limites.

I / LES DEUX MODÈLES DE RÉGULATION

Le point de vue large qui a été retenu conduit à distinguer deux modèles classiques de régulation, qui ont toujours coexisté bien que suivant un équilibre variable selon le contexte historique : un modèle privé de régulation, reposant sur le contrat (régulation « horizontale » résultant d'un accord de volontés) ; un modèle public de régulation, fondé sur la loi (régulation « verticale » résultant de l'imposition de règles). Il s'agit de modèles idéal-typiques qui, non seulement en pratique coexistent, mais encore entretiennent des rapports d'imbrication.

A) *Le modèle privé de régulation*

L'État, on l'a dit, n'est pas la seule instance de régulation : les différents acteurs sociaux contribuent eux-mêmes à travers leurs échanges à construire le tissu indispensable à l'existence et à la survie de la société ; le contrat par lequel ces échanges sont formalisés apparaît ainsi comme un moyen de régulation du fonctionnement social². A travers le contrat, les acteurs sociaux décident des formes et des limites de leurs engagements réciproques, à partir d'un principe de liberté et d'égalité ; ils créent par là-même un cadre formalisé et normalisé d'interaction, à l'intérieur duquel se déploieront leurs échanges.

1° Ce modèle contractuel est conçu dans la pensée libérale traditionnelle, hostile à l'interventionnisme étatique, comme l'instrument privilégié, sinon exclusif, de régulation des rapports économiques et sociaux : l'empilement des contrats conduirait de proche en proche à l'édification d'un ordre collectif. Cette vulgate libérale, quelque peu oubliée avec le développement de l'État-providence, a été réactivée par le discours néo-libéral³ : le marché est perçu comme le moyen le plus efficace, le plus rationnel et le plus juste d'harmonisation des comportements ; et le contrat apparaît comme le vecteur de la construction de l'« ordre de marché » au sens où l'entend Hayek, c'est-à-dire un « ordre spontané » (catallaxie), engendré par la confrontation et l'ajustement des préférences individuelles. On sait que pour Hayek⁴, la régulation par le marché, via la technique contractuelle, est la seule forme compatible avec la liberté, si tant est qu'« une société libre est une société pluraliste, sans hiérarchie commune de fins particulières » : chacun est conduit par le gain qu'il recherche à servir des besoins collectifs dont il n'a pas la connaissance directe ; l'ordre de marché appelle seulement l'existence d'une « armature permanente de lois », règles définies a priori, fixes, impersonnelles, identiques pour tous, qui encadrent le jeu des rapports contractuels assurant la régulation du fonctionnement social.

2° La croyance en la possibilité d'un modèle contractuel de régulation, alternatif à la régulation étatique et garantissant un fonctionnement économique et social optimal, est illusoire. La régulation ne saurait être ramenée au contrat, réduite à l'univers contractuel, conçue comme le produit « naturel », des engagements réciproques souscrits par les acteurs économiques et sociaux. Le retour aux fondements mêmes du concept de régulation le montre bien : tout système organisé serait en permanence confronté à des facteurs de déséquilibre et d'instabilité ; pour contrebalancer ces facteurs, il faut qu'existe une instance de régulation, un « régulateur » (le terme a précédé celui de régulation), capable, par la position d'extériorité et de supériorité qu'il occupe par rapport aux intérêts en présence, de ramener la diversité à l'unité, l'hétérogénéité à l'homogénéité, le désordre à l'ordre. Même ramenée à un contrôle social diffus

² Dimension plus évidente encore dès l'instant où l'on passe du « contrat-échange » au « contrat-organisation », selon la distinction éclairante faite par Paul Didier (en ce sens M.A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *Revue trimestrielle de droit civil*, juillet-septembre 2004, pp. 451 sq.)

³ Voir Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, Coll. Corpus-Essais, 2002.

⁴ *Droit, législation et liberté*, Tomes 1 et 2, 1973, PUF, 1980.

ou à un ordre de marché spontané, la régulation implique donc toujours un lieu à partir duquel les exigences puissent être confrontées, l'unité conçue et les ajustements nécessaires opérés.

L'édifice contractuel lui-même impose l'existence d'une instance chargée de garantir sa validité et son effectivité : il s'adosse nécessairement à la « loi » et suppose la sanction d'un « juge ». Toute relation juridique implique la « triangulation » : Alexandre Kojève⁵ a bien montré que le particularisme du droit réside dans l'intervention d'un « tiers » impartial et désintéressé, qui s'effectue à l'occasion d'une « interaction » entre deux parties et dont l'objectif est d'annuler la réaction éventuelle du second à l'action du premier. On aboutit dès lors à la figure de l'État, conçu comme principe d'ordre, dont l'intervention permet de faire tenir ensemble les divers éléments constitutifs de la société, en leur imposant la discipline d'un projet collectif.

Le modèle privé de régulation, fondé sur le contrat, ne saurait donc jouer de manière exclusive : s'appuyant sur l'État, il est nécessairement combiné avec le modèle public de régulation.

B) Le modèle public de régulation

Alors que le modèle privé de régulation passant par les engagements réciproques des acteurs sociaux, implique la bilatéralité, le modèle public repose sur l'unilatéralité : expression de la puissance suprême de domination qu'est censé détenir l'État, en tant que titulaire de la « souveraineté »⁶, la régulation publique passe par l'imposition de règles, d'obligations de comportement aux acteurs sociaux. Sans doute, les règles de droit édictées par l'État ne sont-elles pas toujours formulées de manière impérative — sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction, ou sous la forme négative d'un interdit ou d'une prohibition ; mais, si elles peuvent être permissives, en autorisant certains comportements, ou habilitatrices, en conférant une capacité d'action, elles ne se réduisent jamais à une simple constatation : elles comportent des prescriptions auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir, établissent des modèles de comportement auxquels ils sont tenus de se conformer⁷.

1° Ce modèle de régulation public a connu une sensible évolution avec l'avènement de l'État-providence. D'une part, le champ de la régulation publique s'étend : l'État est désormais invité à intervenir dans tous les domaines de la vie sociale, afin de parvenir à une société plus harmonieuse et mieux intégrée ; il devient la clef de voûte de la société. Responsable du développement économique il est appelé à intervenir pour corriger les fluctuations du marché et veiller au maintien des grands équilibres ; investi de fonctions de régulation sociale, il est chargé de prendre les mesures correctives et compensatoires indispensables pour préserver la cohésion sociale. D'autre part, les formes de cette

⁵ *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, pp. 24-25.

⁶ J. Chevallier, « Souveraineté et droit », in D. Maillard Desgrées du Loü, dir., *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2005, pp. 203 sq.

⁷ J. Chevallier, Introduction, « La normativité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 57.

régulation publique s'infléchissent. Un droit nouveau apparaît, un droit « interventionniste »⁸, conçu comme un instrument d'action aux mains de l'État et visant, non plus à encadrer les comportements, mais à atteindre certains objectifs, à produire certains effets économiques et sociaux : alors que le droit moderne « de type formel » garantissait l'autonomie des acteurs sociaux, ce droit nouveau « de type matériel » et « de type réflexif »⁹ manifeste des « visées régulatrices », en cherchant à agir sur les équilibres sociaux. Parallèlement, l'État est amené à se substituer de plus en plus à l'initiative privée pour fournir des prestations et des services directement au public : la régulation des comportements s'opère sous couvert de la prestation. Cette conception de la régulation sous-jacente à l'État-providence sera, on l'a vu, la cible des critiques néo-libérales, opposant à la régulation étatique la fonction régulatrice du marché.

2° Il convient cependant de ne pas caricaturer ce modèle public de régulation : l'État a toujours entretenu avec les acteurs sociaux un autre type de relations, de nature plus égalitaire, fondées sur l'accord de volontés et non sur l'imposition unilatérale de règles, de modèles de comportement ; et le développement de l'interventionnisme, consécutif à l'avènement de l'État-providence, a entraîné un recours croissant aux techniques contractuelles. Désormais présent dans toutes les sphères de la vie sociale, l'État sera amené, pour exercer les responsabilités nouvelles qui lui incombent, à renouveler ses méthodes d'action ; la contractualisation apparaît comme un compromis entre la logique d'un État devenu socialement actif et le cadre d'une société pluraliste ; l'application rigide et uniforme de la loi fait place à des procédés de négociation avec les acteurs sociaux. L'économie a été le point d'application privilégié de ces formes nouvelles de contractualisation : l'État s'est vu contraint de composer avec les pouvoirs économiques privés, en s'efforçant d'obtenir leur collaboration pour la réalisation des objectifs de politique économique ; la contractualisation permet de formaliser ces relations, en précisant les engagements des uns et des autres.

On voit ainsi que l'opposition entre les deux modèles classiques de régulation, l'un privé passant par le contrat, l'autre public reposant sur l'unilatéralité, doit être relativisée : non seulement ces deux modèles, loin d'être exclusifs l'un de l'autre, coexistent (il y a donc toujours « co-régulation »), mais encore ils sont en réalité imbriqués l'un dans l'autre et se présupposent réciproquement. Néanmoins, l'alliage entre eux a varié : alors qu'au stade de l'État libéral, le modèle privé tend à dominer, au stade de l'État-providence le modèle public l'emporte, suscitant les vives critiques des néo-libéraux. Un nouvel équilibre semble caractériser la période contemporaine, avec le développement de la logique contractuelle aussi bien dans qu'au-dehors du public.

⁸ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, 2^{ème} éd., 1983

⁹ G. Teubner et autres, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1986.

II / LE MOUVEMENT DE CONTRACTUALISATION

Le mouvement de contractualisation résulte de deux phénomènes convergents : d'une part, le repli de l'État-providence, notamment dans le domaine économique, conduit à donner une place plus grande à la régulation privée, et donc au contrat ; d'autre part, la régulation publique tend elle-même à avoir recours davantage aux techniques contractuelles pour agir sur les comportements sociaux. Cependant, si le contrat est ainsi utilisé, plus que par le passé, comme instrument de régulation, cela ne signifie pas pour autant qu'il se substitue purement et simplement aux procédés unilatéraux classiques.

A) *L'extension de la régulation privée*

La régulation juridique d'origine privée a pris une importance croissante à la faveur du mouvement de déréglementation des années quatre-vingt : tout se passe comme si l'on était en présence de vases communicants, tout repli de l'ordre juridique étatique créant un espace libre que les ordres privés concurrents tendent à investir. Or, la régulation privée passe, on l'a vu, de manière privilégiée par la technique contractuelle, dans la mesure où elle suppose l'accord des intéressés. Cet accord est au principe même de l'idée d'« auto-régulation » : alors que le modèle public de régulation présuppose la séparation entre auteurs et destinataires de la régulation, l'auto-régulation implique la coïncidence des deux (les régulés étant en même temps les régulateurs) ; et le contrat est donc son expression privilégiée.

1° Sans doute, la dimension contractuelle tend fréquemment à s'estomper dans le domaine économique, par le jeu de l'institutionnalisation : l'exercice d'une même activité professionnelle donne souvent naissance à des groupes professionnels structurés, qui encadrent l'activité de leurs membres et leur imposent le respect de certaines normes de comportement, de certaines disciplines ; dans de nombreux secteurs on trouvera ainsi des documents qui, sous des appellations diverses (guides de bonnes pratiques, référentiels, recommandations, codes d'usage, lignes directrices, standards, spécifications...) apportent aux professionnels des outils et des repères pour la conduite de leur activité¹⁰. Ces dispositifs professionnels d'auto-régulation sont diversement articulés aux dispositifs publics¹¹. Quatre configurations au moins sont possibles : tantôt l'autorégulation professionnelle a un rôle supplétif par rapport à une régulation publique faible et inefficace ; tantôt, elle vient compléter la régulation publique en précisant son contenu et des fonctions (« co-régulation ») ; tantôt elle s'exerce par délégation de l'autorité publique ; tantôt enfin l'État se réserve un pouvoir d'approbation ou d'homologation des règles édictées par les professionnels. Dans ces deux dernières hypothèses, l'État tend à s'effacer derrière les

¹⁰ Voir par exemple sur les normes techniques M. Lanord-Farinelli, « La norme technique : une source de droit légitime », *Revue française de droit administratif*, n° 4, 2005, pp. 738 sq et sur les référentiels P. Sablière, « Une nouvelle source de droit ? les « documents référents », *Actualité juridique-Droit administratif*, n° 2, 2007, pp. 66 sq.

¹¹ Voir F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française d'administration publique*, n° 109, 2004, pp. 23 sq.

professions organisées, en leur transférant sa puissance de contrainte juridique, mais en se réservant un pouvoir de contrôle.

Cette « publicisation » de la régulation privée entraîne par là-même un certain effacement de la dimension contractuelle. Néanmoins, le contrat reste le vecteur privilégié de la régulation d'origine privée et il tend à devenir un instrument privilégié de l'organisation et de la régulation des marchés. Comme l'a montré Marie-Anne Frison-Roche¹², la régulation publique repose en effet de plus en plus elle-même sur un soubassement contractuel qu'elle encadre mais qu'elle contribue aussi à développer et à enrichir : la régulation des marchés ouverts à la concurrence passe pour l'essentiel par les rapports contractuels noués entre les opérateurs ; le régulateur public intervient seulement en tant que juge des contrats, pour trancher les litiges entre les opérateurs. On le constate par exemple en matière de télécommunications : les accords d'interconnexion passés en vue d'assurer l'accès au réseau sont placés sous le contrôle de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), qui s'assurera notamment du respect des « exigences essentielles » ; et l'ARCEP statuera sur les éventuels différends, en assumant une fonction « quasi-contentieuse », dont l'exercice est entouré de garanties d'ordre procédural¹³. La loi du 10 février 2000 a donné des pouvoirs identiques à la Commission de régulation de l'énergie (CRE), concernant les différends entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux électriques.

2° Le glissement vers le modèle contractuel de régulation privé est plus net dans le domaine des relations sociales. Un équilibre variable existe selon les pays entre les normes d'origine conventionnelle, négociées entre les partenaires sociaux, et les normes d'origine étatique, résultant des lois et règlements : alors que dans les autres pays européens, la négociation collective prime, la France offrait un cas de figure singulier, du fait de l'omniprésence de l'État et de la densité consécutive des règles de droit social : la régulation des relations sociales provenait pour l'essentiel des lois et règlements, la négociation collective, n'ayant qu'une faible place.

Ce système a été remis en cause au cours des années 1990 : tandis qu'au nom de l'exigence de flexibilité de l'emploi on assistait à l'allègement des contraintes du droit du travail, la revendication d'une place nouvelle accordée à la négociation collective a été formulée par le patronat, avec l'appui de certains syndicats. Constatant que l'État a envahi le domaine social, en dessaisissant progressivement les syndicats et les organisations professionnelles d'employeurs de leurs responsabilités de gestion et en rétrécissant leur domaine et leur capacité de négociation, le projet de « refondation sociale » lancé par le MEDEF en février 2000 se proposait de redonner sa force à la démocratie sociale par le dialogue et le contrat : dans le cadre des principes généraux fixés par la loi, il conviendrait de privilégier désormais

¹² Article précité.

¹³ La loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle est venue confirmer ce rôle de l'autorité de régulation en matière de règlement des litiges relatifs à l'interconnexion en cas d'échec des négociations entre deux opérateurs ; elle donne au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) un rôle comparable, et cette fois nouveau, en lui confiant le règlement des différends survenus entre éditeurs, éditeurs et distributeurs, distributeurs de services de communication audiovisuelle : la procédure applicable est inspirée de celle en vigueur devant l'ARCEP.

le contrat dans l'entreprise, ou à défaut le contrat collectif de branche. Différents « chantiers » ont ainsi été ouverts, avec un succès variable, le Conseil constitutionnel ayant apporté une caution à ce mouvement de rééquilibrage entre loi et contrat, en indiquant que le législateur ne pouvait remettre en cause le contenu d'accords négociés entre les partenaires sociaux que pour un motif d'intérêt général suffisant (décision du 13 janvier 2000, confirmée par celle du 13 janvier 2003).

Une réforme plus globale du « dialogue social » a été engagée à partir de l'accord sur la négociation collective : si l'extension du champ de la négociation résultant de la loi du 4 mai 2004 n'a guère été suivie d'effet, la loi du 31 janvier 2007 impose une procédure de « concertation préalable » avec les organisations syndicales représentatives pour tout projet de loi portant sur les relations de travail, l'emploi et la formation professionnelle ».

Ce mouvement de contractualisation résultant d'une place plus importante donnée à la régulation privée se double d'un accent nouveau mis sur le contrat comme instrument de régulation publique.

B) La contractualisation de la régulation publique

Indissociable de la crise de l'État-providence, la promotion du thème de la régulation recouvre une conception nouvelle du rôle imparti à l'État, en tout premier lieu dans l'économie : rompant avec la logique interventionniste, qui érigeait l'État en agent privilégié de modernisation et lui confiait la gestion de secteurs-clés de l'économie, elle conduit à faire de l'État, non plus un acteur, mais un arbitre ; sa fonction consisterait pour l'essentiel à poser des règles aux opérateurs et à veiller au maintien d'un équilibre global. La mise en œuvre de cette fonction suppose la réunion de certaines conditions : une position d'extériorité par rapport au jeu économique ; une capacité d'arbitrage entre les intérêts en présence ; une action continue pour procéder aux ajustements nécessaires. Prenant appui sur des autorités nouvelles, dotées d'un statut d'indépendance, la régulation semble dès lors postuler un rapport de distanciation et d'autorité : la finalité poursuivie justifie l'attribution au régulateur d'un ensemble de pouvoirs, habituellement dissociés, allant de l'édiction de normes de portée générale jusqu'à un pouvoir de contrôle et de sanction, en passant par la prise de décisions individuelles, qui lui permettent d'imposer aux opérateurs certaines disciplines ; avec la régulation, on en revient ainsi, à première vue, à la conception traditionnelle d'une action publique chargée d'encadrer le jeu social, à partir d'une position d'extériorité et de supériorité, et à travers la mise en œuvre de pouvoirs de contrainte, définis et délimités par la loi.

1° Cette présentation tendrait cependant à ignorer la conception nouvelle de l'action publique inhérente au thème de la régulation. Telle qu'elle est désormais conçue, la « régulation » est en effet aux antipodes du dirigisme par lequel l'État entend organiser le développement économique : elle présuppose l'existence de marchés ouverts, dans lesquels des opérateurs divers, disposant d'une capacité d'action autonome, déploient des stratégies concurrentielles ; la régulation vise seulement à assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble, sans fausser pour autant le jeu de l'économie marchande.

Cette contrainte se traduit d'abord par un principe de proximité : la mise en place d'instances spécifiques et les règles adoptées pour leur composition répondent à cette exigence : le régulateur doit être un « régulateur de terrain », disposant d'une connaissance intime du secteur qu'il est chargé de réguler. Corrélativement, des relations étroites vont s'établir entre le régulateur et les opérateurs : la régulation repose sur la confrontation et l'arbitrage d'intérêts sociaux qu'il s'agit d'harmoniser ; elle postule donc que ces intérêts soient à même de se faire entendre. Aussi des procédés informels de négociation vont-ils se greffer sur les procédures formelles de décision ou de sanction, en les vidant d'une part de leur substance : « dépouillant le langage unilatéral de la réglementation, évitant le commandement, le régulateur s'emploie à la concertation, à la persuasion, à la pédagogie, à l'exemplarité, parfois à l'avertissement ou aux préconisations »¹⁴ ; la contractualisation devient ainsi le prolongement logique de la régulation.

2° Plus significativement encore, la régulation elle-même passera par la voie d'arrangements négociés avec les opérateurs. Sans doute, cette contractualisation reste généralement du domaine de l'informel, en se développant sous le couvert d'une unilatéralité apparente ; une formalisation est cependant possible comme le montre l'exemple de l'audiovisuel. La loi du 17 janvier 1989 a en effet introduit un système de contractualisation des rapports entre le CSA et les opérateurs privés¹⁵ : la délivrance par le CSA des autorisations d'émettre est désormais subordonnée à la signature d'une convention fixant les obligations à la charge de l'exploitant et les pénalités auxquelles il s'expose en cas de non-respect ; dans sa décision du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel a considéré que « le fait pour le législateur de subordonner l'octroi d'une autorisation à la passation d'une convention répond au souci de permettre au CSA d'adapter à chaque situation particulière les règles de portée générale définies par la loi du 30 septembre 1986 ». On s'est interrogé sur la portée de tels accords qui, conditionnant la délivrance d'actes unilatéraux, apparaissent tout au plus comme des « quasi-contrats » ; et l'application du système a été décevante, les manquements aux obligations acceptées par voie contractuelle n'ayant été qu'épisodiquement sanctionnés ; cependant, de nouvelles conventions ont été signées à l'occasion du renouvellement en 1996 puis en 2001 des autorisations. La transposition de ce système pour l'ARCEP, via l'autorisation des réseaux indépendants, ou à la CRE, via l'appel d'offres en matière de production d'électricité, est envisageable. La contractualisation pourrait être aussi un moyen d'assurer la coordination des formes de régulation étatique et des mécanismes d'auto-régulation mis en œuvre par les groupes professionnels¹⁶.

La contractualisation apparaît ainsi comme la figure emblématique du « droit de régulation », qui tend à se diffuser dans tous les domaines de la vie sociale. Ce droit de régulation constituerait une nouvelle

¹⁴ Y. Gaudemet, « Introduction », in *Revue française d'administration publique*, préc. p. 15.

¹⁵ J. Chevallier, « De la CNCL au CSA », *Actualité juridique-Droit administratif*, 1989, pp. 59 sq.

¹⁶ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po-Daloz, 2004, p. 491.

figure, un « autre corps » du droit¹⁷, n'ayant plus guère à voir avec le « droit réglementaire » classique : succédant au droit « abstrait, général et désincarné », « droit jupitérien » exprimant la transcendance étatique, il serait caractérisé par « son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir » ; il s'agirait d'un « autre droit », marqué par le pragmatisme et la flexibilité. Or ce pragmatisme pousse à recourir, de préférence aux commandements juridiques traditionnels, à des techniques différentes, relevant d'une « direction juridique non autoritaire des conduites »¹⁸ : plutôt que de contraindre, il est préférable de convaincre par des moyens plus informels d'influence ou de persuasion ; et la contractualisation apparaît comme le moyen privilégié de ce mode souple de régulation des comportements.

Ce mouvement de contractualisation de l'action publique doit cependant être évalué à sa juste mesure. D'abord, il ne s'étend pas de manière uniforme à tous les domaines de l'action publique et ne signifie évidemment pas que soit évacuée « la part de commandement qui s'exprime par l'ordre de la loi ou du règlement », ni abolie « la nécessaire universalité de certaines règles qu'une mosaïque d'engagements contractuels viendrait ruiner »¹⁹. Ensuite, il renvoie souvent moins à une réalité juridique précise qu'il n'évoque un nouveau style de rapports fondé sur le dialogue et la recherche de consensus, plutôt que sur l'autorité. Enfin, et surtout, loi et contrat se situent, non dans un rapport d'opposition, mais suivant une « échelle de continuité »²⁰, dans la mesure où l'on passe de l'un à l'autre. Sous ces réserves, il n'en reste pas moins que l'essor de la contractualisation traduit bien une inflexion en profondeur des modes de régulation dans les sociétés contemporaines.

¹⁷ G. Timsit, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996, pp. 375 sq.

¹⁸ P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982, pp. 287 sq.

¹⁹ R. Denoix de Saint Marc, « La question de l'administration contractuelle », *Actualité juridique-Droit administratif*, n° 19, 2003, p. 971.

²⁰ J.M. Pontier, « Le droit administratif et la complexité », *Actualité juridique-Droit administratif*, 2000, p. 187.

LA CONTRACTUALISATION ET LA RECHERCHE D'UNE LEGITIMITE PROCEDURALE

Par Pascal LOKIEC

Professeur de droit privé à l'Université de Paris XIII

La contractualisation de la production normative est avant tout la réaction à un modèle de plus en plus décrié : celui de l'interventionnisme étatique. La règle ne doit plus être imposée de l'extérieur, mais définie par ses destinataires, par ceux à qui elle s'applique. A l'évidence, le contrat est le mode de production normative qui épouse le mieux cette exigence, puisque les contractants élaborent eux-mêmes la norme qui va s'appliquer à eux. S'exprime ici une aspiration particulièrement prisée des anglo-saxons : l'autonomie. La contractualisation - et c'est sans doute son principal caractère - se traduit en effet par le passage de sources hétéronomes à des sources autonomes, en l'occurrence le contrat. Ce mouvement se manifeste dans de multiples lieux du droit : il n'est plus de politique publique acceptable sans une dose de contractualisation, le contrat étant aujourd'hui perçu comme un puissant instrument de modernisation de la gestion publique. L'idée de contractualisation est plus saugrenue lorsqu'on se déplace du côté du droit privé, dont le contrat constitue la figure dominante. Il est vrai toutefois que, si le contrat est resté depuis l'adoption du code civil la voie principale par laquelle le droit institue une relation juridique entre personnes privées, il a fortement décliné en tant que source du contenu obligationnel de ces relations. Parler aujourd'hui de contractualisation en droit privé, c'est ainsi souligner la réhabilitation du contrat comme mode de production normative, à l'instar de la place grandissante du contrat de travail et de l'accord collectif en droit du travail, ou de la faveur accordée aux statuts et aux pactes d'actionnaires en droit des sociétés.

Cette aspiration des acteurs à gouverner eux-mêmes leurs relations, à fixer eux-mêmes les règles qui s'appliquent à elles, en un mot à s'auto-réguler, a de quoi convaincre, et elle exerce un fort pouvoir de

séduction. La critique en est d'autant plus difficile, et doit être d'autant mieux armée. La critique traditionnelle est bien connue : la contractualisation épouse l'idéologie libérale, et traduit un inacceptable désengagement de l'Etat à définir ce qui est juste ou légitime dans la société. Car c'est avant tout en termes de légitimité que la critique de la contractualisation s'affirme. Face à la légitimité consensuelle incarnée par la contractualisation (est juste ce qui est voulu par les individus), il conviendrait, selon ses détracteurs, de préférer une légitimité substantielle (est juste ce qui est conforme à l'intérêt général, incarné notamment par l'ordre public).

Cependant, l'interventionnisme étatique paraît si dévalué aujourd'hui que cette alternative ne convainc pas pleinement. Sans doute la contractualisation peut elle être critiquée au nom d'une vision étatique du droit, le juste étant l'apanage du législateur. Mais cette approche a montré ses limites, tout au moins dans certains domaines réfractaires à l'interventionnisme étatique. Ce sont d'autres pistes qu'il faut explorer, à mi-chemin entre un libéralisme débridé et un étatismes pur.

Celle ici envisagée, qui conduit à la recherche d'une légitimité procédurale, souffre d'un handicap de départ : son inscription dans un vocable et son assimilation à une littérature particulièrement aride pour le juriste : la "procéduralisation". En s'intéressant à l'idée davantage qu'au vocabulaire, on dira que la procéduralisation consiste en la montée des principes de procédure dans notre droit, là où la contractualisation s'analyse comme l'extension des principes contractuels²¹. Leur analyse combinée, qui constitue l'objet du présent article, passe par la distinction entre trois modèles de régulation.

Le premier modèle, celui de l'Etat social, constitue l'antithèse de la contractualisation. Selon ce modèle, qui prône l'interventionnisme étatique, l'Etat prescrit "ce qu'il faut faire", se substitue aux acteurs pour définir leurs intérêts, pose des interdictions. En bref, il réglemente, c'est à dire "ordonne par avance des faits qui se produiront dans le futur"²². A l'idée de réglementation doit être associée celle de statut, corps de règles dont le contenu est "indépendant des volontés individuelles des intéressés"²³. Le statut s'oppose ainsi au contrat. C'est notamment par le développement d'une logique statutaire, limitant considérablement la place du contrat, que s'est développée la protection de la partie faible dans les rapports contractuels de droit privé. Doit-on dès lors être surpris que la contractualisation soit l'un des corollaires du démantèlement des statuts ? Comme il a été souligné, "le démantèlement des statuts est la contrepartie nécessaire des progrès du contrat. Il vise à émanciper les hommes de toutes les normes

21 X. Lagarde, *La procéduralisation du droit (privé)*, in *Les évolutions du droit, Contractualisation et procéduralisation*, PUR, 2004, p. 141

22 M. Hécard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, 1997, p. 94.

23 G. Scelle, *Précis élémentaire de législation industrielle*, Sirey, 1927, p. 173.

susceptibles de limiter ce qu'ils sont et ce qu'ils font, et concerne donc aussi bien l'état civil que l'état professionnel des personnes"²⁴.

Le second modèle, qui épouse parfaitement l'idée de contractualisation, est celui de l'Etat libéral. A suivre ce modèle, fondé sur l'abstentionnisme étatique, l'Etat laisse les acteurs libres de définir le contenu de leurs actions. Le contrat est la figure emblématique de ce modèle, dominé par la liberté contractuelle et le principe de l'autonomie de la volonté qui lui est souvent associé. Si l'Etat intervient dans les rapports contractuels, ce n'est pas pour dicter leur contenu, mais tout au plus pour s'assurer que ce contenu est bien conforme à la volonté des parties, au moyen par exemple du mécanisme des vices du consentement.

Le troisième modèle, s'il est sans doute plus proche du second que du premier, est conçu comme une voie alternative à ce qui est diagnostiqué comme une crise du modèle de l'Etat social et une injustice du modèle de l'Etat libéral. Cette troisième voie peut être analysée comme un compromis entre ces deux modèles car, si elle ne repose pas sur l'idée de réglementation, elle n'emporte pas pour autant un renoncement à l'emprise du droit sur le contenu de l'action. Cette emprise s'opère, de manière originale, en dictant aux individus non pas "ce qu'il faut faire" mais "comment il faut faire". Tel est l'objet de la procédure. Il ne s'agit pas pour l'ordre juridique de s'en remettre à la liberté contractuelle, pas davantage qu'il n'est question de définir une réglementation étatique. Il s'agit d'organiser les conditions d'une discussion - par exemple une négociation - aux termes de laquelle la règle sera élaborée²⁵.

La recherche d'une légitimité procédurale conduit à porter la critique de la contractualisation à deux niveaux. A un premier niveau de critique, une telle recherche invite à enrichir la procédure contractuelle, en substituant à la légitimité consensuelle généralement associée au contrat une légitimité procédurale. Le second conduit à dépasser la procédure contractuelle au profit d'une procédure plus élaborée, dont l'essor constitue l'un des traits du droit contemporain : la procédure décisionnelle. Le prisme du droit glisse alors du contrat (I) vers la décision (II).

I. Le prisme du contrat

Si la contractualisation remet au premier plan la volonté des individus, elle peut être analysée autrement. Dans cette autre perspective, le contrat est légitime non pas parce qu'il correspond à la

24 A. Supiot, *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale*, in *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ 2007, p. 29

25 J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

volonté des contractants, mais parce qu'il a été adopté suite à une procédure elle-même légitime. De consensuelle, la légitimité devient procédurale, et l'attention du droit glisse de la volonté contractuelle (A) vers la procédure contractuelle (B).

A. La légitimité consensuelle

La volonté contractuelle - C'est à une légitimité consensuelle que répond principalement la contractualisation de la production normative, à travers l'idée selon laquelle la règle, pour être légitime, a besoin de l'onction du consentement de celui à qui elle s'applique. Le sens premier de la contractualisation, c'est en effet l'idée selon laquelle la règle n'est légitime que si ses destinataires y ont consenti. Partout, le consentement revient en scène, là où la norme n'avait pas besoin du consentement de son destinataire pour être légitime. Lorsqu'il est question de "contractualisation du droit des successions", c'est en raison de la place grandissante accordée aux accords de volonté dans un domaine traditionnellement dominé par l'ordre public²⁶. C'est ce même changement de légitimité, d'une légitimité fondée sur l'intérêt général vers une légitimité consensuelle, que produit la contractualisation en droit pénal. Il a été relevé que "la contractualisation du droit pénal se manifeste par une proposition faite par un représentant de l'Etat à un délinquant qui demeure libre d'accepter ou de refuser. Il s'agit d'une rencontre de volontés"²⁷. On conçoit aisément l'ampleur des perturbations que cause ce changement de légitimité, dans le domaine qui est le sien.

La promotion de la justice consensuelle a des raisons qui ne sont pas qu'idéologiques. Elle constitue parfois le seul remède - nous verrons qu'il en existe au moins un autre - à la complexité de situations qui rendent impossible une solution imposée *a priori*. En effet, dans des domaines particulièrement complexes, se retrancher derrière la volonté des acteurs évite de trancher entre des valeurs qui toutes ont vocation à justifier une solution. Etant donné la complexité de la société actuelle, vu la difficulté à hiérarchiser les valeurs (intérêt général, droits de l'individu érigés en droits fondamentaux, liberté/protection, valeurs marchandes ...), il est de plus en plus difficile de trancher à propos du juste. L'essor de la logique de proportionnalité, qui dispense le législateur de trancher *a priori* entre les valeurs en concurrence, en est une conséquence directe. Il n'est guère plus aisé, en effet, pour le législateur de définir le juste *a priori* que pour un juge de se prononcer sur le juste *a posteriori*. La contractualisation du droit de la famille répond en grande partie à ce souci, étant donné la grande difficulté, alors même que l'intérêt de l'enfant a été érigé en valeur étalon, à définir cet intérêt. Mieux vaut dès lors s'en remettre à un accord entre les intéressés. Aucune maxime ne rend mieux compte de cette délégation du juste aux

26 P-M Reverdy, La contractualisation de la transmission successorale, LPA, 14 février 2007

27 F. Alt - Maes, *Vers une contractualisation du droit pénal*, in Les évolutions du droit, Contractualisation et procéduralisation, PUR, 2004, p. 51

individus que l'expression de Fouillée " qui dit contractuel dit juste". C'est évidemment tout le sens d'une société libérale que de laisser les individus définir eux-mêmes leur intérêt, à travers l'expression de leur volonté.

Une conception volontariste du contrat - Assise sur une légitimité consensuelle, la contractualisation renvoie à un contrat fondé sur la volonté des contractants, autant dire à une conception volontariste du contrat. En cela, elle s'accommode parfaitement d'une expression souvent dévaluée parce qu'elle irait de pair avec une approche jusnaturaliste du droit : l'autonomie de la volonté. L'expression rend fidèlement compte de la contractualisation qui traduit, d'une part l'aspiration des individus à l'autonomie, d'autre part la réhabilitation de la volonté comme mode de légitimation de la norme.

Car, à force de solidarisme contractuel, d'ordre public de protection, on en oublie presque que le contrat est l'instrument par lequel les individus agencent, en principe à leur guise (la liberté contractuelle reste le principe, malgré les multiples exceptions), leurs rapports. Avant d'être une figure entre les mains du juge ou du législateur pour rétablir un certain équilibre entre les parties (loyauté, clauses implicites, cause, ordre public ...), le contrat est un instrument entre les mains des parties. Et un contrat qui échapperait en totalité ou presque à leur volonté ne devrait pas être qualifié de tel. C'est ainsi en raison de son défaut de légitimité consensuelle que la contractualisation du PARE a été écartée par le Tribunal de grande instance de Paris. Selon les juges parisiens, « la signature d'un [PARE] ne peut être considérée comme une contractualisation des rapports entre l'allocataire et l'ASSEDIC, les engagements pris à cette occasion n'étant que le rappel des obligations voulues par le législateur »²⁸.

Malgré la place de la volonté dans l'analyse contractuelle, la contractualisation ne se réduit pas à la promotion d'une justice consensuelle. Ce qui justifie le recours à la contractualisation c'est aussi, et peut-être surtout, le recours à une certaine procédure d'élaboration de la règle. D'une justice consensuelle, on glisse alors vers une justice négociée²⁹.

B. Une légitimité procédurale

La recherche d'une légitimité procédurale conduit à développer une autre conception du contrat, distincte à la fois de la conception volontariste et de la conception solidariste qui lui est souvent opposée. Il ne s'agit de mettre en avant ni la volonté ni la solidarité ou la loyauté contractuelles, mais la procédure contractuelle.

28 TGI Paris, 2 juill. 2002, RJS 2002/10, n^o 1161; D. 2003, p. 2923, obs. Y. Rousseau, Dr. soc. 2002, p. 881, obs. X. Pretot, RDC 2005, p. 257, note J. Rochfeld.

29 B. Pereira, *Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?*, D. 2005, p. 2041.

La procédure contractuelle - Le lien entre contractualisation et procédure est presque systématique lorsque la contractualisation est invoquée comme mode alternatif d'élaboration de la règle, dans les politiques publiques telles que celles de l'éducation, de la santé ou de l'environnement. S'agissant des premières, l'Académie de Toulouse sur la contractualisation a constitué un groupe de travail chargé de rendre cohérente la "démarche" de contractualisation³⁰. En vertu de cette démarche contractuelle, "chaque établissement élabore un projet d'établissement (...); le document qui en résulte permet d'engager un dialogue entre l'académie et l'établissement, l'établissement et la collectivité de rattachement ; le résultat de ce dialogue est ensuite inscrit dans un contrat qui vaut engagement mutuel de l'académie et de l'établissement, de la collectivité et de l'établissement." Dans le domaine de la santé, on peut lire dans un rapport de l'Organisation Mondiale de la Santé sur la contractualisation que "la logique de l'interrelation entre les acteurs - que par commodité, nous appellerons la *contractualisation*, (...) repose sur une action concertée des acteurs de la santé pour améliorer la performance du système de santé"³¹. C'est là encore la procédure qui est mise en valeur lorsqu'il est question de contractualisation en droit de l'environnement. Il est relevé que "ce droit négocié de l'environnement présente par rapport à la réglementation directe des pollutions de réels avantages en terme d'implication des partenaires - favorisée par le dialogue -, de flexibilité et de rapidité d'élaboration..."³². Dans ces illustrations, ce n'est pas la légitimité consensuelle qui est invoquée à l'appui de la contractualisation, mais la légitimité procédurale (dialogue, concertation, interrelation).

La procédure contractuelle est également prise en compte dans la régulation des rapports de droit privé, comme mode alternatif de production normative, notamment pour pallier les déficiences du modèle de l'Etat social. Le droit du travail, fer de lance de l'interventionnisme étatique, en offre un exemple particulièrement topique, à travers le recours accru à la négociation collective. La question du travail de nuit des femmes mérite l'attention à cet égard. A l'interdiction du travail de nuit des femmes, caractéristique du modèle de l'Etat social, a succédé un dispositif original fondé sur la négociation collective. En vertu de l'art L 213-1 du code du travail, la "mise en place dans une entreprise ou un établissement du travail de nuit (...) ou son extension à de nouvelles catégories de salariés sont subordonnées à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement". Le législateur a ainsi cherché une alternative entre, d'un côté la liberté contractuelle et les limites qui lui sont inhérentes dans un rapport inégalitaire comme le rapport

30 <http://www.ac-toulouse.fr/web/3717-action-102-le-projet-fondement-dune-contractualisation-avec-les-autorites-academiques-et-les-collectivites.php>

31 Rapport de l'OMS, *le rôle de la contractualisation dans l'amélioration de la performance des systèmes de santé*, n°1, 2004, p. 8.

32 M-P Blin-Francomme, *Internormativité et réseau d'autorités : regards sur la méthode communautaire en droit de l'environnement*, LPA, 6 octobre 2004, n°200, p. 54

de travail, de l'autre l'interdiction systématique du travail de nuit des femmes , qui a du reste été jugée contraire au principe d'égalité entre les sexes par la Cour de justice des communautés européennes³³.

Envisagée sous l'angle procédural, la contractualisation présente des vertus différentes de celles que véhicule la légitimité consensuelle. Elles sont au moins au nombre de deux :

En premier lieu, le contrat met en adéquation la création (par les contractants) et l'application (aux contractants) de la norme, par contraste avec la norme imposée qui par définition n'est pas élaborée par celui ou ceux à qui elle s'applique. En second lieu - ce qui n'en est qu'une conséquence - le contrat permet une "contextualisation" de la norme. La procédure permet l'adaptation de la règle à son contexte d'application, tandis qu'une règle hétéronome est plaquée indépendamment de ce contexte. "Il est évident que le premier avantage que peuvent trouver, tant l'employeur que les salariés et leurs représentants, à la négociation d'un plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel, que celle-ci soit anticipée, ainsi que l'envisage l'article L. 320-3 du Code du travail à propos de l'accord de méthode, ou qu'elle se produise lors de l'établissement du plan lui-même ou à la suite de sa présentation au comité d'entreprise, c'est de parvenir à la conclusion d'un accord qui contienne les mesures les mieux adaptées au regard de la situation de l'entreprise, pour éviter des licenciements, en réduire le nombre ou favoriser la reconversion professionnelle des salariés licenciés"³⁴, peut-on lire sous la plume d'un conseiller à la Cour de cassation.

Une conception procédurale du contrat - La recherche d'une légitimité procédurale invite à considérer que le contrat n'est pas juste du seul fait qu'il respecte l'ordre public et les bonnes moeurs, ou qu'il exprime la volonté des contractants, mais du fait qu'il a été adopté suite à une procédure juste. Si la volonté doit être respectée, ce n'est pas en raison d'une ontologie (elle aurait une valeur immanente) mais parce qu'elle résulte d'une délibération rationnelle³⁵. C'est alors la procédure contractuelle qui doit être développée.

Deux angles permettent de donner force à cette approche du contrat, qui n'a pas eu les faveurs des rédacteurs du code civil. Ils présentent un point commun : ne pas réduire la procédure contractuelle à l'accord de volontés, qui ne constituerait que le dénouement du processus.

33 C.J.C.E., 25 juillet 1991, arrêt C-345/89.

34 P. Bailly, *La contractualisation des plans de sauvegarde de l'emploi*, Gaz. Pal., 14 août 2007 n° 226, P. 38

35 V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ 2007 p.78.

Le premier angle consiste à placer au premier plan la négociation. C'est presque une banalité de souligner que le droit français accorde une attention insuffisante à la phase des négociations. Lorsqu'elle est prise en compte, cette phase dite des pourparlers ne relève d'ailleurs pas de l'ordre du contrat, mais du droit de la responsabilité délictuelle. Seule l'inscription de cette phase dans l'ordre contractuel, à l'instar du droit allemand, permettrait de donner corps à l'idée de procédure contractuelle. Reconnaissons toutefois que la procédure contractuelle trouve dans le droit positif actuel des terrains favorables, depuis que l'obligation de loyauté a les faveurs du droit positif. Celle-ci a d'ores et déjà enrichi le processus contractuel d'une possibilité, voire d'un droit à la "renégociation"³⁶. Toutefois, dans l'attente de la consécration d'une obligation générale de loyauté, qui s'appliquerait lors de la formation comme lors de l'exécution du contrat, le droit français ne peut être considéré comme accordant une place privilégiée à la négociation contractuelle. Il n'est pas isolé. La négociation n'a pas bonne presse dans l'analyse économique du droit, parce qu'elle induirait des coûts de transactions. Les clauses-types, préconstituées, sont effectivement moins coûteuses mais sont dépourvues de toute légitimité procédurale, alors même que leur légitimité consensuelle est douteuse. A ce titre, asseoir le contrat sur une légitimité procédurale offre une critique soutenue de certaines figures contractuelles, en particulier du contrat d'adhésion. Quelle est la légitimité procédurale d'un contrat, du reste traditionnellement opposé au "contrat négocié"³⁷, et défini comme "celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance"³⁸ ? La mise à l'écart de la discussion, élément clé de la légitimité procédurale, témoigne des insuffisances du contrat d'adhésion au regard de la légitimité procédurale.

Le second angle est celui qui exprime le mieux la perspective procédurale. A concevoir l'accord de volontés comme le dénouement d'un processus délibératif, on en vient à considérer que contracter consiste à prendre une décision : la décision de contracter. Le droit de la consommation et le droit du travail offrent des illustrations topiques de cette approche. Les obligations d'information et les délais de réflexion ou de rétractation nécessaires à la formation des contrats de crédit immobilier ou de crédit à la consommation organisent un processus décisionnel, tout comme les règles de recrutement prévues par le code du travail régissent la "décision"³⁹. Il faut bien admettre, en effet, que la formation du contrat de crédit immobilier ou de crédit à la consommation ne peut pas être réduite à un accord de volontés. Il n'en va pas différemment de celle du contrat de bail ou du contrat de travail. Bien davantage, si l'on se place du côté du consommateur, du bailleur ou de l'employeur, l'idée d'accord n'est que secondaire. L'accord n'est que le dénouement d'un processus de décision, dont l'objet est l'élaboration d'un choix : le choix de

36 Cass. soc., 25 févr. 1992, D. 1992, Somm. p. 294, note A. Lyon-Caen ; D. 1992, Jur. p. 390, note Défossez, Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV n° 338.

37 Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 3^e éd, p. 217.

38 Art 1102-5 Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Rapp. remis à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, le 22 septembre 2005.

39 Art. L 412-2 C. trav. qui intègre l' « embauchage » parmi les « décisions » de l'employeur.

contracter et/ou le choix du contractant. Contracter, dans cette perspective, consiste à prendre une décision : sélectionner un salarié, souscrire un contrat de crédit, choisir une banque plutôt qu'une autre.

L'accord, dans cette perspective, ne fait que finaliser la décision. Et l'expression d'une volonté s'efface au profit d'une situation plus objective, qui convie à un tout autre registre : celui de la décision.

II. Le prisme de la décision

Si le lien entre procédure et contrat est possible, celui entre procédure et décision est nécessaire. La légitimité procédurale, et le mode de régulation auquel elle renvoie, invitent à mettre en avant une figure dont le juriste de droit privé est peu familier : la décision. Qu'elle émane d'un juge, d'une autorité administrative (indépendante ou non), d'un employeur, de parents, la prise de décision constitue un élément clé dans l'élaboration du droit. La procédure décisionnelle est aujourd'hui en plein essor, en droit public comme en droit privé (A). Cet essor autorise à faire aujourd'hui du paradigme de la décision une possible alternative à celui du contrat, dans la perspective d'un renouvellement des modes de production normative (B).

A. La procédure de décision

Dans sa vie personnelle comme professionnelle, l'individu est amené à prendre quotidiennement des décisions. La plupart, souvent futiles (se lever, choisir son déjeuner) sont indifférentes au droit. Nombre d'entre elles l'intéressent, telles la décision de se marier, de contracter un emprunt, celle d'un conseil d'administration de fermer un site de production, ou encore celle d'un juge. Par contraste avec le juriste de droit public, la décision n'a guère suscité l'attention du juriste de droit privé, ce qui s'explique en grande partie par la force de l'idée contractuelle dans ce champ du droit. Si l'administration bénéficie d'un pouvoir de décision unilatérale, l'ordre juridique n'habilite qu'exceptionnellement les acteurs privés à produire de la norme en dehors de la voie du contrat. Pourtant, un certain nombre de branches du droit privé ont pour objet non pas le contrat mais le contrôle d'une décision.

La décision - La plus significative des décisions organisées par le droit privé est sans nul doute la décision judiciaire, dont on sait qu'elle n'obéit pas au paradigme contractuel. Le terme "décision" est largement employé par le Nouveau code de procédure civile, par exemple à l'article 445 qui dispose que le jugement énonce la « décision » sous forme de dispositif. Malgré la forte contractualisation de la procédure civile, la décision de justice n'est pas, en principe, contractualisée. Fort heureusement, la force

obligatoire de la décision de justice ne suppose pas le consentement du justiciable. L'exemple est significatif car le jugement a une très forte légitimité procédurale, et offre aux autres décisions saisies par le droit un modèle de décision particulièrement élaboré. De même, un pan entier du droit du travail prend pour objet non pas le contrat mais la décision. Le licenciement est caractérisé par une "décision" de licenciement⁴⁰, et nul ne songerait à le contractualiser. De même, l'employeur ne peut, sauf cas d'urgence, prendre des "décisions unilatérales"⁴¹ tant que la négociation collective annuelle obligatoire est en cours. Tout un pan du droit des sociétés s'applique non pas à un contrat ou à une stipulation contractuelle mais à des décisions. La gérance des sociétés civiles s'opère en effet par des "décisions"⁴² tout comme l'acte de révocation est conçu comme une "décision"⁴³. Quant au droit médical, il a accompli un pas important vers le paradigme de la décision, avec la loi du 4 mars 2002, dont l'une des dispositions cardinales est relative à la "décision" médicale⁴⁴. Nombre de décisions sont reconnues par l'ordre juridique sous d'autres vocables. Parmi les notions équivalentes à celles de décision, figure celle de "mesure". Les règles de non discrimination ont ainsi pour objet "les mesures" du chef d'entreprise⁴⁵, tout comme l'exclusion d'un associé est caractérisée par une "mesure d'exclusion"⁴⁶. L'"acte" constitue un autre équivalent fonctionnel de la décision, ce qu'illustrent les "actes" de l'autorité parentale⁴⁷, parfois d'ailleurs qualifiés de "décisions"⁴⁸.

La promotion de la décision, au détriment du contrat dont l'un des mérites a précisément été de chasser l'unilatéralisme, pourrait être considérée comme un dangereux appel à l'arbitraire, si la décision n'était aujourd'hui dotée d'une forte légitimité procédurale.

40 Art. L 122-14 C. trav.

41 Art. L 132-29 C ; trav.

42 Art. 1852 et s. C. civ.

43 Cass. com. 4 juin 1996, Rev. sociétés 1996, p. 750

44 Cf Art. L 1111-4 C. santé publ. tel que prévu par la loi du 2 mai 2002 : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé » ; art. L 111-5 : « Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre (...) » ; la catégorie de décision occupe également une place non négligeable dans le code de déontologie médicale : cf not. Art. 63 : « Sans préjudice des dispositions applicables aux établissements publics de santé et aux établissements privés participant au service public hospitalier, le médecin qui prend en charge un malade à l'occasion d'une hospitalisation doit en aviser le praticien désigné par le malade ou son entourage. Il doit le tenir informé des décisions essentielles auxquelles ce praticien sera associé dans toute la mesure du possible » ; art. 69 : « L'exercice de la médecine est personnel ; chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes » ; art. 92 : « Un médecin ne peut accepter que dans le contrat qui le lie à l'établissement de santé où il est appelé à exercer figure une clause qui, en faisant dépendre sa rémunération ou la durée de son engagement de critères liés à la rentabilité de l'établissement, aurait pour conséquence de porter atteinte à l'indépendance de ses décisions ou à la qualité de ses soins » ; art. 95 al. 1 : « Le fait pour un médecin d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat ou un statut à une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions ».

45 Art. L 123-4 ; L 900-5 C. trav.

46 Cass. com. 15 nov. 1967, Bull. civ. IV n° 288.

47 Cf not. Art. 373-4 C. civ.

48 Art. 371-1 C. civ. Tel que modifié par la loi du 4 mars 2002 : « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

La procédure - Les liens entre la procédure et la décision s'expliquent par la nature même de cette dernière. Parce que "décider c'est choisir", le droit ne peut dicter le contenu de la décision. Il peut par contre prescrire la façon dont elle doit être prise, afin qu'elle ne constitue pas un choix arbitraire. C'est ce que permet l'organisation d'une procédure. En ce sens, le droit administratif organise une "procédure d'élaboration des décisions"⁴⁹. L'administration se voit ainsi imposer des exigences préalables à la prise de décision : énoncer des propositions, organiser une enquête publique, procéder à des consultations ou encore motiver la décision. C'est tout autant le cas en droit privé. La décision de licencier ou la sanction disciplinaire en droit du travail en constituent des exemples significatifs, tout comme la décision d'assemblée générale en matière de copropriété. Cette dernière est "adoptée au terme d'une procédure qui permet à chacun de prendre position, de défendre son point de vue, de tenter de convaincre, d'exprimer ses choix"⁵⁰. Que dire des décisions sociales pour lesquelles le droit des sociétés organise des procédures complexes ? On peut ainsi affirmer que "chaque fois qu'une personne, qu'elle soit publique ou privée, physique ou morale, exerce un pouvoir au détriment d'autrui, elle est susceptible d'être contrainte dans son action par une exigence procédurale"⁵¹.

Deux types de règles régissent la prise de décision, et lui confèrent une forte légitimité procédurale.

Les premières ont pour objet la concertation préalable à la décision et visent à lui conférer une certaine acceptabilité. Loin de l'unilatéralisme primaire qui fait de la décision un choix arbitraire, le droit privé exige de plus en plus une décision concertée, permettant à son destinataire de la discuter. La concertation se traduit le plus souvent par une exigence de contradiction de la décision. Etranger à la logique contractuelle, le consentement le privant de toute utilité, le principe du contradictoire trouve précisément son siège naturel dans l'idée de décision. Et ce n'est pas par hasard si la décision de justice constitue le principal siège du contradictoire. A défaut de consentir à la décision, son destinataire doit y participer, et ainsi être à même d'y apporter la contradiction. A la contradiction, s'ajoute parfois la motivation de la décision. Elle permet, à l'instar de l'information et de la consultation, d'atténuer l'unilatéralisme de la décision et de donner à son destinataire accès aux motifs d'une décision qui s'impose à lui. L'essor du contradictoire au-delà du procès constitue un des importants mouvements du droit privé. Il n'a rien à faire avec le contrat, car on n'apporte pas la contradiction à une solution que l'on a acceptée.

La seconde série de règles consiste dans l'organisation d'un véritable processus de décision : c'est alors le temps dans la prise de décision qui est pris en compte. L'ordre juridique exige parfois de l'auteur de la

49 Y. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien 1996, n° 1121, p. 1011.

50 C. Atias, *Principe majoritaire et modification réputée non écrite du règlement de copropriété*, D. 2001 Chr. p. 879.

51 S. Guinchard et al, *Droit processuel*, 3ème éd., Dalloz, 2005, p. 1094.

décision qu'il la conçoit comme un "processus"⁵², autre traduction de l'exigence de procédure. Le droit élabore ainsi un mécanisme décisionnel, par lequel la décision devient "le résultat d'un processus complexe d'interactions largement déterminé par les structures au sein desquelles il se déroule et par les positions de chacun des participants"⁵³. Sont exigés un préavis, une série d'actes préparatoires, des étapes préalables à la décision. La forme la plus aboutie du processus décisionnel est la décision sous la forme d'un plan. Il ne saurait toutefois être question, étant donné la contrainte que constitue pour l'auteur de la décision l'élaboration d'un plan, d'en faire une exigence générale de procédure. En ce sens, le plan intéresse avant tout des décisions revêtant une importance particulière, sinon extrême, qu'il s'agisse de la survie de l'entreprise⁵⁴, du maintien d'au moins dix salariés dans celle-ci⁵⁵ ou encore du surendettement d'une personne physique⁵⁶.

Ces exigences, dont l'essor constitue l'un des mouvements les plus significatifs du droit privé, font que le paradigme de la décision a de plus en plus vocation à constituer une alternative à celui du contrat comme mode d'agencement des rapports juridiques. Du reste, il n'entre pas dans l'objet du présent article et dans les compétences de son auteur de rendre compte de l'équipement considérable dont bénéficie la décision en économie et en sociologie. La théorie de la décision bénéficie de travaux extrêmement nombreux, dont certains ont franchi les portes de l'analyse économique du droit (théorie des jeux notamment), qui pourraient sans nul doute être utiles à la construction juridique de la théorie de la décision. L'objectif poursuivi est à chaque fois d'encadrer le choix des décideurs, sans pour autant leur en dicter le contenu. L'économie y contribue par des calculs de probabilités et de risques, le droit par l'élaboration de procédures.

De ce fait, la décision est loin d'être cet acte arbitraire, reliquat d'une culture hiérarchique et paternaliste. Elle constitue un processus riche, encadré, qui, dans la quête d'une meilleure légitimité procédurale, ne peut que retenir l'attention du juriste. La décision est en définitive dotée d'un équipement procédural bien plus imposant que le contrat, et l'importance aujourd'hui attachée par l'ordre juridique au contradictoire dans la prise de décision est sans commune mesure avec la relative indifférence dont fait l'objet la négociation des contrats du point de vue juridique. Une raison au moins à cela : la légitimité consensuelle, si l'on veut bien souscrire à l'idéologie libérale, peut à elle seule légitimer le contrat. Elle ne peut par contre justifier l'acte d'un seul, fut-il investi d'un pouvoir légitime (un juge, un employeur ...), à moins de considérer qu'un acte de volonté s'imposant à autrui trouve sa légitimité dans la volonté de celui

52 R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, p. 341.

53 Y.-F. Livian, *Introduction à l'analyse des organisations*, Economica 1995, p. 61.

54 Art. L 621-62 et s. C. com.

55 Dans une même période de trente jours et dans une entreprise de plus de cinquante salariés, art. L 321-4-1 C. trav.

56 Art. L 331- C. consom.

dont il émane, ce qui est proprement inacceptable dans un Etat de droit. Ce sont ainsi d'autres formes de légitimité qu'il convient de convoquer, dont la légitimité procédurale.

B. Le domaine de la décision

1. La tentation est grande aujourd'hui de fondre le modèle du contrat et celui de la décision dans une idée générale, globalisante, d'autorégulation car permettre aux époux de définir eux-mêmes les conséquences de leur divorce ou habiliter l'employeur à adopter des sanctions disciplinaires ou à édicter un règlement intérieur participe à chaque fois d'un mouvement d'autorégulation. Si la tentation existe aujourd'hui de confondre la contractualisation et la régulation unilatérale, c'est en raison d'un double mouvement.

D'un côté, la décision se "consensualise" en ce sens qu'elle est de plus en plus concertée. L'aspiration à faire participer les destinataires de l'acte à son élaboration, qui constitue la caractéristique de la contractualisation, se retrouve dans la décision. Il est de plus en plus souvent question de "contractualisation" lorsqu'est en cause le contrôle d'une décision. L'article rédigé sur la contractualisation des services de la défense dans le cadre du présent programme de recherche est particulièrement symptomatique : on peut y lire, pour décrire le "processus de contractualisation" qu'au système cloisonné et hiérarchisé de décision unilatérale à caractère vertical, émanant des sommets de la hiérarchie au sein des armées, succède un système de type "contractuel" reposant sur une négociation concertée et transversale des éléments de la décision"⁵⁷. Si la tendance existe à assimiler contractualisation et décision concertée, c'est en raison de la proximité des registres : accord, consentement, participation, consultation, négociation, avis, volonté. La proximité du vocabulaire masque la coexistence de deux registres bien distincts : d'un côté celui de l'accord (consentement, négociation, volonté), de l'autre celui de la décision (consultation, avis, participation). La confusion tient au fait que la procéduralisation des décisions conduit à y associer de plus en plus les destinataires de la décision, mais les finalités diffèrent : d'un côté l'acceptation de l'acte, de l'autre son acceptabilité. La distinction entre négociation et consultation éclaire la différence de registre. Contrairement à la négociation qui relève d'une logique de contrat, la consultation n'a pas pour finalité la conclusion d'un accord, mais l'expression d'un avis dans le cadre d'une décision prise par autrui. L'article 37 du code de déontologie médicale, relatif à la décision de fin de vie, offre un exemple particulièrement topique de la proximité des registres. Il en ressort que " la décision est prise par le médecin en charge du patient, après concertation avec l'équipe de soins si elle existe et sur l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant ... La décision prend en compte les

⁵⁷ C. Bouillart, O. Leclercq, P.-A. Lecocq, "Les services de la défense à l'heure de la contractualisation", in *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p.102.

souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans les directives anticipées, s'il en a rédigées, l'avis de la personne de confiance qu'il aurait désignée, ainsi que celui de la famille ou à défaut celui d'un de ses proches". Cette disposition pousse loin la concertation ("concertation", "avis", "consultant", "motivation"), mais ne va pas jusqu'à la contractualisation de la décision de fin de vie. Dépourvue de légitimité consensuelle, la décision ici envisagée trouve sa légitimité dans sa procédure d'élaboration, constituée d'un processus décisionnel particulièrement élaboré⁵⁸.

Inversement, le contrat se procéduralise. L'idée de processus, de prise en compte du temps est classiquement étrangère au contrat. Le contrat est en principe un acte instantané, sur lequel le temps n'a pas de prise, que ce soit lors de sa formation ou de son exécution. La mise en cause de cette vision du contrat que provoque l'essor de la procédure contractuelle accroît le risque de confusion entre contrat et décision.

En définitive, cette exigence d'implication des destinataires de la norme dans son élaboration, qui constitue sans doute l'un des traits majeurs du droit contemporain, irradie bien au-delà du contrat et de la contractualisation. Il ne faudrait pas qu'elle conduise à voir du contrat partout, alors qu'une société où tout est contractuel serait ingérable. Un accord ne peut être exigé sur tout, comme l'illustrent deux exemples bien connus. On veut bien faire appel aux partenaires sociaux pour négocier avant d'adopter une loi, mais il n'est pas question de soumettre cette adoption à leur accord. Une excessive contractualisation de la décision politique la rendrait improbable. Le droit privé offre un autre exemple : la fixation du prix dans les contrats cadre. C'est en grande partie parce qu'il est apparu inadéquat d'obliger les parties à un contrat de distribution à conclure chaque année des contrats d'application pour fixer le prix, qu'a été accordé un pouvoir de décision au fournisseur. La question essentielle est alors de développer un modèle de décision suffisamment élaboré pour que l'unilatéralisme, qui constitue un mode essentiel de production de la norme, rivalise avec le contractualisme en termes de légitimité.

Mais pour cela, il ne faut pas que de la procédure. Promouvoir la légitimité procédurale ne signifie pas délaisser les autres formes de légitimité. Le contrat n'est pas juste du seul fait qu'il résulte d'une procédure, aussi élaborée soit-elle, ce qu'atteste le nécessaire respect de l'ordre public et des bonnes moeurs. La décision n'est pas juste du seul fait que son destinataire en a été informé et consulté. Le procéduralisme pur est dangereux. Il ne saurait être prôné comme mode exclusif de légitimation de la norme, au risque de développer une société qui n'affirmerait plus ses valeurs, et les laisserait varier au gré des accords et des discussions. Ceux-ci doivent être bornés par des règles substantielles, à l'image de

58 Ce sujet a causé de nombreuses controverses doctrinales en droit public, s'agissant de l'acte unilatéral accepté, tout au moins concerté. Selon la doctrine dominante, il n'en devient pas pour autant un « contrat », G. Quintane, *Action publique et "ambiances contractuelles"*, in *Contractualisation et procéduralisation*, PUR, 2004, p. 31.

l'ordre public et des bonnes moeurs qui délimitent classiquement l'activité contractuelle, ou des droits fondamentaux auxquels sont aujourd'hui soumis l'ensemble des actes et des normes qui composent l'ordre juridique.

CONTRACTUALISATION ET RECHERCHE D'UNE LEGITIMITE TECHNIQUE

Par Anne PENNEAU

Professeur à l'Université de Lille 2

Centre Demogue

« Contractualisation et recherche d'une légitimité technique », que de perspectives si l'on en juge par la portée du mot « technique », dont on sait qu'il désigne ce qui se rapporte à la mise en oeuvre d'un art, l'art étant lui-même « *une manière de faire des choses selon une certaine méthode* »⁵⁹, ce qui, a priori, nous renvoie tout aussi bien aux techniques du discours qu'aux techniques militaires, et encore à celles de la musique, de la peinture, de la menuiserie, des machines, sans oublier la technique juridique !

⁵⁹ Dictionnaire Littré

Il ne sera évidemment pas ici question de beaux arts ou de rhétorique, puisque le thème qui rassemble les présentes contributions est celui de la légitimité technique des « productions juridiques non étatiques ». L'intention des subtils organisateurs de ce programme de recherche est donc en fait d'inviter à examiner la légitimité de productions afférentes à des techniques qui, de par leur nature, ne découlent pas directement de l'art du droit, mais qui sont susceptibles d'y participer car elles sont déterminantes de l'appréciation d'une situation juridique. Signalons d'emblée le présupposé sur lequel se fonde nécessairement cette approche, c'est-à-dire celui qui tient la règle technique pour une règle de droit à part entière, et qui est aujourd'hui assez unanimement admis⁶⁰.

Les techniques envisagées, pour les préciser, sont donc, en premier lieu, celles des arts mécaniques, c'est-à-dire celles de l'artisanat et de la mécanisation, dont les virtualités juridiques s'actualisent lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue d'une obligation dans un rapport de créancier à débiteur. A ces techniques au sens propre, s'assimilent celles auxquelles renvoie l'expression « civilisation technique »⁶¹, c'est-à-dire plus rigoureusement, les « technologies ». Il s'agit alors de techniques issues, non pas seulement de l'expérimentation, mais de la science. C'est, selon l'heureuse formule de Michel Serres, *ce que les enfants enseignent à leurs parents (la technique étant ce que les parents enseignent à leurs enfants)* c'est-à-dire la robotique, les nouvelles technologies, incluant celles dites de l'information ou encore celles, par exemple, de la science biomédicale. Nous sommes ici dans le domaine des sciences dures.

Partant de là, la question se pose nécessairement de savoir s'il ne faudrait pas, en second lieu, faire entrer dans notre objet d'étude les techniques des sciences humaines. Les termes du sujet s'y prêtent puisque l'on peut transposer l'observation précédente relative à la portée juridique des techniques des sciences dures à diverses techniques des sciences humaines. Pensons, par exemple, aux techniques de gestion des ressources humaines qui déterminent notamment certains aspects des conditions d'embauche et interfèrent avec droit à l'emploi et pouvoir de direction⁶². De même la technique comptable, qui a partie liée avec l'appréciation juridique des actes de gestion.

⁶⁰ A. Supiot et I. Vacarie, Déréglementation, Santé, sécurité et libre circulation des marchandises (règles juridiques et normes techniques), D.S. 1993, p. 18 ; L. Boy, « Normes », Revue Internationale de droit économique, n° 2, 1998, p. 127.

⁶¹ Nicolas Berdiaeff, Conférence du 4 septembre 1947, Rencontres internationales de Genève

⁶² C'est si vrai que la loi encadre ces techniques par l'art. L. 121-7 al. 2 c. tr. : « Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés et des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie ».

Ainsi voit-on que l'approche de la légitimité technique en termes de « productions juridiques », telle que nous y invite le titre sous lequel se place l'intitulé de notre sujet, permet de transcender la diversité des disciplines techniques.

Reste que la problématique de cette contribution est celle de la « légitimité technique » et, plus précisément, la légitimité technique au regard du phénomène de « contractualisation ». Il s'agit donc finalement de s'interroger sur les conditions de la légitimité de la *production* technico-juridique et la question est de déterminer si le fait qu'une règle technique soit issue d'un processus de contractualisation contribue ou non à valider la nouvelle devise sur laquelle un certain courant d'opinion semble être tenté de vouloir fonder l'émergence d'un ordre social meilleur: « Qui dit contractualisé dit-il légitime ».

« Légitime », « contractualisé », deux termes polysémiques dont il faut encore, avant toute autre chose, préciser l'acception qu'on en retiendra pour cerner le sens de notre recherche.

« Contractualisé », voici qui fait resurgir la trame sur laquelle nous travaillons nécessairement et qui est faite de technique juridique. Une trame cependant à plusieurs couleurs puisque les précédents travaux inscrits dans le programme de recherche ont montré le caractère évanescent de la définition de la contractualisation. Pour ce qui nous concerne, on posera dans la continuité des observations précédemment faites par M. Pascal Ancel⁶³, qu'elle se manifeste tantôt, de la façon la plus classique qui soit, par l'intermédiaire d'un contrat individuel, tantôt par la création-consécration d'une norme technique en tant que norme de référence générale par un groupe identifiable qui fonctionne sur un mode consensuel et que l'on peut rattacher à l'appellation de forme contemporaine de la contractualisation.

La « légitimité » technique est sans doute, quant à elle, une notion encore plus évanescente que la contractualisation. Le dictionnaire du vocabulaire juridique Cornu nous dévoile les sens juridiques de la notion de légitimité. C'est d'abord, d'un point de vue civiliste, ce qui est « *fondé de droit* », de même que « *accordé ou réservé par la loi* » (sens 2), mais aussi « *digne d'être pris en considération... comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc...) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social* » (sens 3), ou encore « *conforme à la justice, à l'équité* » (sens 4). La question qui se pose à nous est de savoir si la légitimité technique s'apprécie à l'aune des critères de la légitimité au sens juridique ? Est-ce une seule et même chose que de réfléchir en termes de légitimité technique ou de légitimité juridique ? Sans doute possiblement non car on peut concevoir que la légitimité technique s'apprécie du

⁶³ Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in Approche renouvelée de la contractualisation, in, Approche renouvelée de la contractualisation sous la direction de S. Chassagnard-Pinet-Pinet et D. Hiez, PUAM, éd. 2007, p. 15 et s.

strict point de vue des données de la science dont relève la technique considérée par sa seule matière. Les hommes de l'art savent dire dans bien des cas, chacun dans leur spécialité, quelle technique est réalisable et les effets que l'on peut en attendre. Mais la réception de la technique par le droit suppose de considérer que l'approche selon les données de la science n'est que l'un des paramètres de la légitimité technique. Dans sa fonction normalisante, elle se pare de toutes les couleurs de la légitimité juridique. Comme y a insisté M. Alain Supiot⁶⁴ au commencement des présents travaux, l'art législatif suppose de prendre en considération non seulement la vérité, mais aussi l'opportunité. Nous retiendrons effectivement une conception de la légitimité technique inspirée des critères de la légitimité juridique. Pour les besoins de l'art du droit⁶⁵, une conception de la légitimité technique, d'aucuns diraient « la normalité »⁶⁶, tenant compte, sans prétendre à une absolue neutralité – l'impossible neutralité technique comme Ellul l'a démontré⁶⁷-, au-delà des données strictement scientifiques et techniques, de considérations sociologiques et sociales, éthiques ou encore économiques s'impose⁶⁸.

Il faut donc voir si la contractualisation technique, non seulement se rencontre, mais encore, si c'est bien le cas, si elle est souverainement légitimante. A partir de quoi, la question de la légitimité technique se laisse irrésistiblement absorber par la question première des conditions de la légitimation technique ainsi que par celle des diverses modalités de la contractualisation. C'est pourquoi l'on verra en premier lieu que le pouvoir de légitimation *technique* par le contrat est limité (I) et en second lieu en quoi les formes contemporaines de la contractualisation peuvent œuvrer dans le sens de la légitimité *technique*⁶⁹ (II).

I - Les limites du pouvoir de légitimation *technique* par le contrat individuel

On posera ici comme hypothèse de travail que le contrat individuel est un outil privilégié de la légitimation technique. La légitimation s'entend dès lors a priori dans l'ordre des relations inter partes. Elle correspond à une délimitation des attentes légitimes d'un créancier vis-à-vis de son débiteur, dont l'interface est la délimitation de l'obligation du débiteur vis-à-vis de son créancier. Par référence au principe de liberté contractuelle, on pourrait supposer que le pouvoir des parties est ici absolu. Mais nous verrons que ce n'est pas tout à fait vrai dans la mesure où ce pouvoir des parties s'inscrit dans un ordre normatif qui le soumet à des normes supérieures dont l'emprise sur la matière technique ne doit pas être

⁶⁴ Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in Approche critique de la contractualisation, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, LGDJ, coll. Droit et Société, 2007.

⁶⁵ Ph. Jestaz, Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, RTDCiv. 1979, p. 480.

⁶⁶ S. Chassagnard-Pinet, La notion de normalité en droit privé français, Thèse Toulouse, 2000, dactyl., spé p. 86 et s.

⁶⁷ Ellul, La technique, ou l'enjeu du siècle, Armand Colin, 1954.

⁶⁸ G. Dabignat-Deharo, Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé, LGDJ 2004, n° 360 et s., 421 et s.

⁶⁹ L'italique soulignera la conception précisément hétérogène de la légitimité ici retenue.

négligée (B). Avant cela, il n'est pas inutile de s'interroger sur le rôle de la pratique contractuelle dans la construction de cet ordre normatif et, plus précisément sur le pouvoir de légitimation de la technique par la réitération de choix techniques, ce qui nous renvoie à la question de l'usage (A).

A - Les limites de la légitimation de la technique par l'usage

L'usage technique, « l'usage de fait » selon la terminologie d'Escarra⁷⁰, s'est inscrit dans les sources du droit sur fond de la référence qui y est faite dans l'article 1135 du Code civil. Bien avant que le concept de contractualisation ne perce, la doctrine l'a identifié et la jurisprudence en a apparemment reconnu la portée normative propre en admettant en substance que, lorsqu'une technique domine la pratique de façon générale et constante depuis un temps certain, elle est présumée entrer dans les prévisions des parties, malgré leur silence.

L'usage technique correspond ainsi sans doute, historiquement, à l'une des premières réceptions de productions juridiques non étatiques par le droit. Une réception qui n'allait pas de soi et qui a suscité des oppositions doctrinales, dont il faut pourtant souligner qu'elles étaient attachées, non pas seulement à l'idée que la production n'était pas de source étatique (motif tiré de l'ordre institutionnel), mais à l'idée que la règle technique ne pouvait être assimilée à la règle juridique⁷¹ (motif tiré de la matière de la règle), d'après une conception réductrice de cette dernière aujourd'hui abandonnée.

La légitimation par l'usage, qu'il soit ou non technique, est toujours restée limitée et précaire d'après le droit positif. On sait en effet que quelle que soit la matière dans laquelle il s'inscrit, l'usage technique n'est opposable qu'à la partie issue du milieu professionnel dans lequel il s'est établi ou à celle qui a à tout le moins a été informée de l'existence de cet usage⁷². D'un autre côté, l'hypothèse de la force légitimante par l'usage n'est, au vu de la jurisprudence, que pur artifice lorsque la matière de cet usage relève des sciences dures en raison de la portée spécifique en ce cas des critères de la détermination du contenu obligationnel des contrats, du point de vue aussi bien actif que du point de vue passif. La jurisprudence montre, en effet, que les juges, sur la base implicite ou explicite de l'article 1134 al. 3 ou de l'article 1135 c.civ. , autrement dit de la loyauté contractuelle, n'assimilent pas tout usage à un usage légitime. Ils se réfèrent au standard de règles de l'art qui, au contraire de l'usage, ne se fonde pas

⁷⁰ De la valeur juridique de l'usage commercial, *Annales de droit commercial*, 1910, p1 et s.

⁷¹ F. Leymarie, *Les usages commerciaux*, thèse Bordeaux, 1970, n° 49.

⁷² M. Pédamon, *Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial*, *RTDCom.* 1959, p.335 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ 2001, Introduction au droit, n° xxx ; G. Cornu, *Droit civil*, Introduction, éd. Montchrestien 2007, n° 429

principalement sur les habitudes, mais sur des exigences définies par référence aux données actuellement acquises de la science et de la technique qui se définissent, dans ces matières relevant des sciences dures et par différence par rapport aux matières de sciences humaines, par référence à une réalité corporelle qui ne procède pas des conventions humaines, mais de lois de la nature⁷³. Si le créancier a, dans le silence même du contrat, le pouvoir d'exiger au moins la conformité à cet usage, le débiteur ne saurait s'abriter sur la conformité d'une pratique à l'usage pour démontrer qu'il a été satisfait à une obligation de moyens. La force de l'usage peut certes donner l'apparence de resurgir par une manifestation expresse de la volonté des parties de limiter, dans une relation donnée, l'obligation à ce qui est d'usage. Mais, en vérité, ce n'est pas de l'usage que la force juridique vient alors, mais seulement de la volonté individuelle des parties qui s'exprime dans une clause s'analysant comme une clause limitative de responsabilité soumise aux conditions de validité du droit positif⁷⁴.

Ainsi se dément l'hypothèse selon laquelle la réitération de pratiques contractuelles individuelles aurait une force légitimante de techniques impliquées par l'exécution d'un contrat en dehors de la volonté des parties. L'usage technique ne saurait être considéré comme une source propre du droit. Il n'y a jamais que des règles techniques plus identifiables que d'autres et celles qui sont d'usage, selon un sens plus commun que juridique, sont mieux identifiables, sans que cela puisse laisser préjuger de la portée juridique de la règle technique considérée. La soumission très générale de la technique à l'obsolescence du fait de l'accélération du rythme des évolutions ne fait que renforcer l'invalidation d'un concept positif d'usage technique.

Il reste à vérifier dans quelle mesure le contrat, dans sa forme la plus classique, pourrait être l'instrument de l'exercice d'un pouvoir individuel de légitimation technique inter partes.

B.- Les limites du pouvoir de légitimation *technique* inter partes par le contrat individuel

Reprenons ici l'idée que la détermination contractuelle étant dominée par le principe de la liberté, il irait de soi que les parties peuvent librement déterminer son contenu. On la sait aujourd'hui fort contestée en raison de la multiplication des normes légales imposant un contenu au contrat et en raison aussi des greffes d'origine prétoriennes, sur lesquelles la doctrine s'exprime abondamment en se focalisant, cependant assez généralement, sur les aspects juridiques du contrat que sont notamment l'obligation d'information, le choix du contractant, les clauses légales, l'obligation d'assurance, les conditions de la

⁷³ A. Penneau, Règles de l'art et normes techniques, LGDJ 1989, n° 173 et s. ; G. Dabignat-Deharo, préc., n° 391 et s.

⁷⁴ Sur laquelle, A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, éd. Montchrestien, 2005, n° 426.

résiliation⁷⁵. Nous avons aujourd'hui l'occasion d'insister sur un aspect moins présent dans les travaux consacrés à la théorie générale du contrat, qui est celui du déclin du pouvoir de légitimation de parties concernant les techniques impliquées par l'exécution de leur contrat.

Dans cette approche de la légitimité, où elle est regardée comme une extension de la légalité et de la licéité, vient le moment de préciser en quoi les choix techniques individuels exercés par l'intermédiaire d'un contrat ne sont pas la pure et simple résultante des possibilités techniques. Au-delà de la loi « technique » des parties, existent des normes qui, par la voix du législateur ou celle de la jurisprudence, assurent un contrôle de légitimité technique et extirpent de l'ordre du possible, ce qui est acceptable.

1/ Les choix contractuels des parties impliqués par l'exécution d'un contrat peuvent d'abord être soumis à l'appréciation des juges qui, selon les cas, les confrontent aux impératifs aussi bien de l'équilibre contractuel que de la conformité à l'intérêt général, via un ordre public virtuel.

On a déjà traité de ce qui concerne l'équilibre contractuel en faisant référence à la supériorité de l'exigence du respect des règles de l'art sur l'usage technique. Ce qui vaut vis-à-vis de l'usage, vaut a fortiori en l'absence même de tout usage. Inutile donc de s'attarder sur le fait que la jurisprudence protège les contractants en situation de faiblesse contre l'unilatéralisme dans la détermination des composantes techniques de l'exécution du contrat en contrôlant le respect des obligations de moyens par référence aux données actuellement acquises de la sciences. Gardons simplement en mémoire que le principe même de l'obligation de moyens repose sur l'idée que le contrat ne saurait, sous réserve de clauses licites, que légitimer subjectivement des techniques objectivement légitimes.

C'est une autre question que de s'intéresser à la portée légitimante du contrat au regard de l'ordre public virtuel, c'est-à-dire, non pas directement fondé sur la loi qui impose ou interdit certaines techniques, mais fondé sur des principes généraux, comme l'a notamment illustré le contentieux relatif à la procréation par le moyen de la gestation pour autrui.

Pour la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière⁷⁶, indépendamment de toute interdiction légale particulière, l'ordre public s'oppose à ce qu'un enfant soit adopté par la femme qui l'a fait

⁷⁵ Sur ces analyses et celles de la doctrine en sciences sociales, E. Serverin, *Lectures socio-juridiques sur l'Etat et le contrat*, in *Approche critique de la contractualisation préc.*, spé, p ; 98 et s.

⁷⁶ Ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. civ.*, A.P., n°4 ; D.1991.417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; J.C.P. 1991 II 21752, note Fr. Terré.

concevoir et porter par autrui : « Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même Code ; Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

Bien que la question sur laquelle la haute juridiction s'est prononcée n'ait pas été celle de la validité du contrat de portage d'enfant, les termes dans lesquels la partie prétendant à l'adoption avait argumenté rejoignent nos préoccupations. Ils avaient conduit la cour d'appel de Paris, dont l'arrêt est cassé dans l'intérêt de la loi⁷⁷, à s'appuyer sur l'intérêt de l'enfant à cette adoption ainsi que sur l'état actuel de la science et des mœurs pour admettre cette adoption. Pour la cour d'appel donc, l'admission de l'adoption ne résultait pas de la simple installation de la situation de fait, mais bel et bien d'une contractualisation légitimante de la technique du portage d'enfant pour autrui. Cette légitimation s'entendait au sens large, embrassant dans un même mouvement l'acquiescement individuel de la prétendante à l'adoption traduit par l'accord conclu avec la mère porteuse ainsi que le consensus social sur la question. Cette vue des choses comportait aussi la légitimation objective de l'emploi du procédé technique du portage d'enfant comme moyen de parvenir à la constitution d'un lien de filiation. Or, c'est bien ce contre quoi réagit la Cour de cassation qui, suivant l'opinion de son rapporteur qui avait estimé que « si la légitimité du procédé soulève de graves objections, sa licéité appelle, elle aussi, de très sérieuses réserves »⁷⁸, indique que « ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption ». Ainsi réfute-t-elle la portée légitimante de l'opinion générale en même temps qu'elle stigmatise le contrat individuel de portage d'enfant comme l'instrument, évidemment illégitime, du détournement d'une institution.

On voit ainsi que la légitimité technique est bien plus que la simple faisabilité et qu'au-delà des convictions individuelles, il faut tenir compte de l'ordre public virtuel dont la jurisprudence se fait la gardienne, éventuellement sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, comme l'a démontré le contentieux du changement d'état civil des transsexuels⁷⁹.

2/ C'est ensuite dans la loi, entendue au sens large, que la privation de liberté trouve le plus classiquement sa source. Des considérations de protection de la santé des personnes ont depuis longtemps

⁷⁷ Le rapport de M. Y. Chartier, mettant en valeur la légitimité de la décision eu égard à la situation d'espèce en soulignant que « s'agissant d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, une éventuelle cassation ne remettrait pas en cause (l'état civil de la jeune enfant) », préc., p. 11 et sur les incidences de cette considération sur l'inscription au registre de l'Etat civil en conséquence d'un jugement d'un pays admettant la gestation pour autrui, Cour d'appel de PARIS, 1ère Chambre, Section C, 25 octobre 2007, RG 06/00507.

⁷⁸ Rapport de M. Y. Chartier, préc., p. 419.

⁷⁹ Le 25 mars 1992, Arrêt B... c/France 57/1900 248 319, D. 1993, jur., p. 101, obs. J.P. Marguenaud; RTDCiv. 1992, p. 540, obs. J. Hauser.

été à l'origine d'un interventionnisme technique sous la forme de listes de produits interdits, comme les ouvrages de droit des contrats le signalent à propos de l'illicéité de l'objet de l'obligation et de la distinction entre les choses qui sont dans le commerce et celles qui ne le sont pas.

Il faut aujourd'hui insister sur une modification de la méthode de l'interventionnisme étatique pour servir une palette d'objectifs de plus en plus large du fait de l'extension du champ de ce que l'on peut nommer ordre public technique ou technologique⁸⁰. Le changement de méthode se trouve dans le fait que les produits sont de moins en moins appréhendés au cas par cas, mais le sont par catégorie, comme, par exemple, en ce qui concerne l'exigence de marquage CE au titre de condition de mise sur le marché⁸¹. Quant à la diversification des préoccupations d'ordre public, elle s'illustre de façon éclatante dans les projets relatifs à la protection de l'environnement, nécessairement appréhendée à l'échelon européen et mondial⁸². Ces projets sont source de multiples contraintes – contraintes de performances des produits et procédés, de préservation des ressources d'énergie – dont les conséquences sur la liberté individuelle de légitimer une technique par un choix contractuel seront immenses dans certains secteurs professionnels, tels que le secteur agricole, l'industrie automobile ou encore l'immobilier. Il pourrait devenir, par exemple, impossible de prévoir l'emploi de méthodes traditionnelles de construction en fonction de leurs vertus esthétiques, dès lors qu'elles seraient insusceptibles de procurer les performances d'isolation thermique imposées.

La source de contrainte se trouve alors dans un cadre général porté par une directive transposée dans des lois ou règlements, mais c'est dans des normes techniques, en principe élaborées de façon consensuelle par des organismes de normalisation, que siège la règle technique contraignante. Anticipant sur la portée de ces normes qui seront à titre principal envisagées en seconde partie, il faut dès à présent remarquer qu'au-delà de l'apparence créée par la qualification de droit « mou » sous laquelle on a tendance à les placer, ces normes sont dans bien des cas destinées à s'imbriquer le droit « dur ». Elles peuvent en devenir la substance, comme dans le cas où la conformité à ces normes devient le moyen pratique privilégié pour pouvoir revendiquer le marquage CE et ainsi accéder au marché européen. Dès lors, il s'observe que, par l'institutionnalisation de structures de contractualisation de la norme technique, les pouvoirs publics nationaux ou européens (et même sans doute l'OMC, entité publique internationale) favorisent, finalement, l'absorption de la technique par des normes contraignantes. C'est donc un fait

⁸⁰ Cf. sur cette notion, Th. Ivainer, De l'ordre public technique à l'ordre public technologique, JCP éd. G 1972, I, 2495. Par ailleurs, signalons le rapport ambigu avec la liberté contractuelle découlant de la législation relative à l'expérimentation sur l'homme, cf. B. Edelman, La recherche biomédicale dans l'économie de marché, D. 1991, chr., p. 203.

⁸¹ B. Cavalié, Le marquage CE., JCP éd. E 1996, I, 605.

⁸² Sur la dimension européenne de l'action réglementaire et le contrôle exercé par la Cour de Justice, V. Ch. Noiville, Science, décision, action : trois remarques à propos du principe de précaution, LPA 2 novembre 2004, p. 10

incontestable que, à l'heure où l'on parle beaucoup de déréglementation et de régulation, l'emprise de la législation technique s'accroît considérablement au détriment de la liberté contractuelle.

La légitimité de ce cadrage dépend de la mesure dans laquelle les formes contemporaines de contractualisation par le truchement desquelles il est aujourd'hui pourvu au besoin d'encadrement normatif, est précisément susceptible de promouvoir la légitimité *technique*.

II. - La légitimité *technique* d'après les formes contemporaines de la contractualisation

Dès le XVII^e siècle, on débattait des arts et sciences dans les sociétés savantes réunissant les esprits éclairés des grands de ce monde. Dès 1666 cependant, l'intérêt de la puissance publique pour les évolutions des sciences se manifesta clairement et Colbert, ce admirable précurseur, réunit bi hebdomadairement un groupe de scientifiques⁸³ dans la bibliothèque du Roi. En 1699, Louis XIV donna un règlement à cette formation, créant ainsi l'Académie royale des sciences⁸⁴. Abolie par la Convention en 1793, l'Académie des sciences (tout court) renaquit des cendres de l'Académie royale et s'établit comme une entité sui generis fort reconnue.

Ce très bref historique n'a d'autre ambition que de se remémorer l'ancienneté du phénomène de l'investiture publique de groupements dédiés à la science et à la technique en contrepoint de la modernité du débat sur la contractualisation.

Après avoir explicité que toute production issue d'une structure créée par les pouvoirs publics ne procède pas d'une démarche de contractualisation, aussi largement que l'on puisse concevoir cette notion (A), il faudra tenter de déterminer à quelles conditions un processus de contractualisation, quand il existe, a quelques chances de rapprocher de l'objectif de légitimité *technique* poursuivi (B).

A . - L'institutionnalisation par les pouvoirs publics de structures de contractualisation en matière technique

On peut considérer qu'il existe aujourd'hui quatre grandes structures d'origine étatique ou ramenées dans le giron de l'Etat afin de participer aux évolutions scientifiques et techniques : les Universités,

⁸³ Parmi eux, des mathématiciens tels que Huygens, Leibniz, Hevelius, Viviani, Romer et Newton. Huygens et l'astronome danois Romer.

⁸⁴ En 1667, c'est la création de l'observatoire de Paris dédié à l'expérimentation scientifique.

l'Académie des sciences (revivifiée par une réforme en 2002 en raison, précisément de l'accélération des bouleversements techniques)⁸⁵, le CNAM (1794), puis, plus récemment, le CNRS (1939). Les orientations de leurs travaux sont impulsées soit par des commandes passées par l'Etat, soit par l'initiative des chercheurs. Elles ont pour mission, non seulement pour certaines de produire des évolutions techniques, mais plus généralement d'évaluer celles issues aussi bien de l'activité du secteur privé que de celle du secteur public. Il pourrait paraître assez incongru de les évoquer à propos des productions non étatiques en raison de leur rattachement des ministères d'Etat. Mais, force est tout de même de constater que, dans la mesure où même dans les cas où ils ont le statut de personnel administratif⁸⁶, les chercheurs travaillant dans ces différentes structures ne sont pas, du point de vue des aspects scientifiques de leur activité qui seuls nous intéressent, soumis à la hiérarchie administrative qui caractérise habituellement l'exercice des agents de l'Etat⁸⁷, et que, dès lors, leur production se réalise sous la condition caractéristique essentielle de la production non étatique dont nous nous préoccupons.

Cette indépendance vis-à-vis de l'Etat, ajoutée à l'indépendance vis-à-vis du secteur privé tant qu'elle aura une chance de perdurer grâce au financement étatique, confèrent, si ce n'est la neutralité technique, une aura de légitimité aux productions des structures citées. Pour autant, on ne saurait aller jusqu'à pouvoir dire que celles-ci procèdent d'une démarche de contractualisation. Il leur manque, dans la plupart des cas la collégialité et l'interdisciplinarité, qui sont les conditions pour assurer la légitimité de l'appréciation portée sur un objet technique aux fins de lui conférer une portée juridique. Ces productions sont donc, en principe, à considérer comme des opinions, dont l'autorité ne peut que participer à l'accréditation d'une légitimité *technique* d'un objet sans suffire à la fonder tout à fait.

Or, au cours du XX^è siècle, l'accélération de l'évolution scientifique technique, la multiplication et la sophistication des possibilités, qui recèle des risques à la fois individuels et collectifs, sont à l'origine d'un besoin crucial de confrontation des opinions pour définir la légitimité *technique*, supposant ainsi la recherche d'un consensus obtenu par la technique de la contractualisation. L'Etat moderne, confronté à l'impossibilité de le faire lui-même, a créé différentes structures chargées de *normer* la légitimité *technique*. Cette extériorisation de l'appréciation des techniques lui est nécessaire non seulement pour

⁸⁵ Article 3 de ses statuts lui confère la mission d': « *une réflexion sur la place occupée dans le monde par la recherche menée en France, sur l'organisation de la recherche, sur les orientations des programmes scientifiques, ainsi que sur la technologie et les applications des sciences* »

⁸⁶ On met ici à part le cas de l'Académie des sciences qui est une entité originale dont les statuts sont approuvés par l'Etat et dont l'indépendance des membres est toute particulière.

⁸⁷ Cf. la consécration comme PFRLR du principe d'indépendance des professeurs d'Université, DC n° 83-165 du 20 janvier 1984 ; DC du 20 janvier 1984 et aussi DC - n° 2001-446 du 27 juin 2001.

accomplir sa mission propre de réglementation⁸⁸, mais aussi pour satisfaire à son rôle d'aide à la production de la loi et l'aide à l'appréciation judiciaire. Ces structures s'inscrivent, en France, dans deux modèles juridiques bien différents qui sont, d'une part celui de l'autorité administrative indépendante (AAI), ici considérées comme des autorités non étatiques car seulement para étatique, d'autre part celui des organismes de normalisation technique à statut.

De nombreuses autorités administratives indépendantes ont pour mission principale d'apprécier la légitimité *technique*. Selon une approche pluridisciplinaire ou tout au moins pluripartite, elles sont sensées refléter un consensus sur cette légitimité *technique*. C'est le cas des bien connus Commission de sécurité des consommateurs, Commission nationale informatique et libertés ou Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Commission de sécurité des consommateurs. Mais c'est aussi le cas d'autres structures dont le domaine de compétence est plus étroit, comme l'Autorité de contrôle des nuisances sonores et aéroportuaires. La construction de l'Europe en a suscité d'autres, comme, par exemple, les agences européennes dédiées à la sécurité des réseaux de l'information, la sécurité et la santé au travail, comme en ce qui concerne le Comité consultatif national d'éthique.

La mission de normalisation technique est, elle, confiée à des organismes purement privés et constitués sous la forme d'associations à tous les niveaux où ils existent, c'est-à-dire aussi bien national qu'europpéen ou mondial⁸⁹. Ils opèrent dans les domaines les plus variés de la production technique et fonctionnent, sur un modèle de contractualisation version contemporaine. Leurs textes fondateurs leur imposent une double exigence de consensus. Une première exigence tient au fait que les projets de normes doivent être adoptés par un vote formel des membres du bureau de normalisation, qui sont censés représenter les différentes parties intéressées à la norme comme on le verra. Ce vote requiert, si ce n'est l'unanimité (qui est la condition du contrat, mais sans doute pas de la contractualisation), une forte majorité⁹⁰. La seconde exigence de consensus se traduit par le fait que toute personne dispose d'un droit

⁸⁸ A. Penneau, Sécurité des personnes : Réglementation ou normalisation ; quelles évolutions, quelles limites ? Mélanges G. Viney, éd. Dalloz, à paraître.

⁸⁹ A. Penneau et D. Voinot, J. Cl. Concurrence – Consommation, Normalisation, Fasc. 870.

⁹⁰ La norme est un « *document établi par consensus, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné* » (extrait du Guide ISO/CEI 2). Le consensus est défini comme un « *accord général caractérisé par l'absence d'opposition ferme à l'encontre de l'essentiel du sujet émanant d'une partie importante des intérêts en jeu et par un processus de recherche de prise en considération des vues de toutes les parties concernées et de rapprochement des positions divergentes éventuelles* ». Note : « Le consensus n'implique pas nécessairement l'unanimité » (extrait du Guide ISO/CEI 2).

de critique par le biais de l'enquête publique obligatoire⁹¹ avant l'adoption du projet de norme par le bureau de normalisation et, ensuite son homologation par l'organisme de normalisation lui-même. Cette possibilité prétend assurer l'adhésion des destinataires potentiels des applications de la norme aux travaux du normalisateur.

Voici qui nous montre que la contractualisation de la norme technique sous l'égide des pouvoirs publics est, tout naturellement potentiellement dirigée vers la promotion de techniques légitimes. Mais encore faudrait-il, pour pouvoir admettre sans réserve que toutes les conditions pour parvenir au but sont effectivement réunies, vérifier que le processus de contractualisation soit soumis à des exigences particulières.

B. - La légitimité *technique* par la contractualisation institutionnalisée : entre modèle théorique et réalité

Il ne suffit pas d'en référer à l'existence d'un consensus pour garantir la légitimité *technique* tant il est vrai que, comme le contrat, la contractualisation est une technique réversible de la régulation des pouvoirs⁹². Il faut donc préciser qui contractualise et dans quelles conditions, autrement dit pénétrer autant que faire se peut dans les coulisses de ce qui est donné en spectacle.

1/ Les études consacrées à la normalisation technique aussi bien qu'aux autorités administratives indépendantes, ont fait apparaître quelles sont les conditions premières de la réalisation de l'objectif de légitimité technique. Il s'agit, outre l'indépendance financière de la structure⁹³, de l'interdisciplinarité des membres du groupe et de leur impartialité.

En ce qui concerne les AAI, une étude approfondie de Mme Frison-Roche remise au Sénat le 15 juin 2006⁹⁴ relève que ces conditions sont satisfaites dans la mesure où la désignation des membres est toujours placée sous le contrôle des pouvoirs publics et où des administrations ainsi que des ordres

⁹¹ Méthode qui tend à s'étendre puisque, dans la logique de la « better regulation » initiée par les autorités communautaires, des procédures d'enquête sur les pans entiers du droit sont revisités à partir d'enquêtes publiques menées électroniquement, comme par exemple en ce qui concerne le droit de la consommation.

⁹² Pascal Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ 2004.

⁹³ Rapport du Conseil d'Etat 2007, éd. La documentation française, p. 64.

⁹⁴ Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié, M. A. Frison-Roche, Etude annexée au rapport au Sénat de M. P. Gélard, Session du Sénat 15 juin 2006.

juridictionnels y sont aussi représentés⁹⁵. Cette étude insiste aussi sur le rôle de la collégialité et de la règle de majorité dans les processus décisionnel de ces autorités⁹⁶.

En ce qui concerne les organismes de normalisation, la réalisation de ces conditions formelles de la recherche de légitimité *technique* ne peut qu'être conditionnée par le caractère privé associatif dans lequel elle s'inscrit. C'est précisément pourquoi d'ailleurs, en ce qui concerne l'AFNor, qui nous servira d'exemple, le décret du 24 mai 1941 créateur d'un statut de la normalisation a, dès l'origine, instauré une tutelle étatique principalement exercée par l'intermédiaire d'un délégué interministériel aux normes⁹⁷ et que six fonctionnaires des principaux ministères intéressés ont été placés dans le conseil d'administration de l'association⁹⁸.

Mais, la normalisation technique est d'abord et avant tout la « chose » des acteurs économiques et toute la force de la norme de référence est fondée sur leur rôle dans le processus de légitimation de la norme. Afin de réguler les conflits d'intérêts inhérents à la diversité des acteurs économiques intéressés à un même objet technique et de parvenir à l'objectif d'intérêt général ambitionné⁹⁹, le statut de la normalisation technique vise à obtenir que le consensus s'établisse entre le plus grand nombre possible d'intérêts antagonistes.

La normalisation technique institutionnellement reconnue et organisée par l'Etat se fonde donc bien, pour promouvoir la légitimité *technique*, sur une logique de compensation des pouvoirs entre les acteurs privés intéressés, associée à une exigence de pluripartisme¹⁰⁰.

Ce pluripartisme se retrouve d'abord dans la composition du conseil d'administration de l'AFNor, qui réunit des représentants des professions à proportion de 60 % et, pour le reste, des membres élus par l'assemblée générale, des fonctionnaires, des représentants des intérêts des consommateurs, des intérêts des partenaires sociaux, des collectivités territoriales et des personnalités et des membres du personnel de l'association. Au sein des commissions de normalisation, qui sont les ateliers où l'on confectionne les

⁹⁵ Point 6.0 et suivants du rapport préc. On notera en point 6.1.14 que l'auteur préconise que les garanties soient aussi exigées des cadres techniques qui préparent les dossiers.

⁹⁶ Point 9.1.5 du rapport préc.

⁹⁷ Art. 3, 3-1, 4 de l'actuel régime issu du décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 portant réforme du statut de la normalisation tel que modifié.

⁹⁸ Art. 3 des statuts de l'AFNor.

⁹⁹ M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la théorie des intérêts en droit privé, LGDJ 2004, n° 1050

¹⁰⁰ Sur la procéduralisation comme condition de légitimité des productions normatives privées ou mixtes, L ; Boy, Normes, Réseau européen droit et société, [Nhttp://www.reds.mshparis.fr/communication/textes/boyl.htm#](http://www.reds.mshparis.fr/communication/textes/boyl.htm#)

normes, le décret requiert la présence « *des représentants des différentes catégories de partenaires intéressés par leur utilisation et notamment les organisations représentatives de consommateurs* »¹⁰¹. L'AFNor, qui a la mission générale d'élaborer des « *normes de référence* »¹⁰², doit contrôler que ces conditions sont remplies¹⁰³. Aux niveaux européen et international, c'est l'attribution du pouvoir de vote aux organismes nationaux de normalisation qui est censée donner, par ricochet, les garanties du multipartisme garant de la compétence, l'indépendance et l'impartialité dans le consensus conduisant à l'élaboration des normes.

Une fois les rouages mis en perspective, reste à savoir ce qu'il en résulte en pratique.

2/ Le rapport précité¹⁰⁴ sur les AAI ne signale pas de hiatus préoccupant entre les objectifs et les pratiques¹⁰⁵. Les difficultés inhérentes à la réalisation de l'objectif visant à garantir ces conditions y sont amplement discutées, mais sans signaler que les faits révéleraient des dysfonctionnements patents. Le Conseil d'Etat avait pourtant abouti à des conclusions bien plus critiques dans un rapport établi en 2001, soulignant les flottements patents concernant les processus décisionnels de la production normative des AAI¹⁰⁶.

En ce qui concerne les organismes de normalisation, des appréciations critiques sont aussi formulées. Monsieur Marc Sapir, directeur du bureau syndical technique situé à Bruxelles¹⁰⁷ révèle, par exemple, que la participation des syndicats est difficilement réalisée par l'intermédiaire de la représentation des organismes de normalisation, dans la mesure où de nombreux Etats n'ont pas institutionnalisé une consultation formelle des syndicats sur les projets de normes européennes. Par ailleurs, il évoque la difficulté représentée par le coût de la participation aux travaux de normalisation.

¹⁰¹ Art. 7 du décret du 26 janvier 1984 préc.

¹⁰² Art 1^{er} du décret du 26 janvier 1984 préc.

¹⁰³ Art. 8 du décret du 26 janvier 1984 préc.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ On notera une réserve de ce rapport sur la question de la compétence technique, point 6.1.5.

¹⁰⁶ Les autorités administratives indépendantes, La documentation française, not. p. 347 et s. sur la collégialité, spé p. 351 et s. On peut, dans le même sens, s'interroger sur le cas du comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 (art. 11) ne régit le processus de décision (vote secret) que pour ce qui concerne sa section technique qui, en pratique, est peu active. En pratique, le consensus est donc finalement recherché sans qu'il soit procédé à un vote formel, seule la possibilité d'exprimer une *opinion dissidente* anonyme ou non étant offerte à chacun des membres.

¹⁰⁷ La participation du Bureau Technique Syndical Européen pour la Santé et la Sécurité aux travaux européens de normalisation, journées Berlin 15 mars 1999, <http://hesa.etui-rehs.org/fr/newsevents/files/BERLIN.pdf>, p. 5

D'une manière très générale, on peut estimer que ce coût est, à tous niveaux un obstacle essentiel à l'efficacité du pluripartisme. La normalisation a souvent effectivement un double coût pour ceux qui y participent. A titre principal, il faut citer la rémunération des représentants des intéressés dans les instances où l'on élabore la norme. Rappelons à ce sujet que la durée de cette élaboration se compte en années, qu'elle suppose un tel degré de spécialisation que seuls certains experts hautement rémunérés possèdent. Ce coût est un obstacle à la participation des syndicats ou des associations de consommateurs. Il l'est aussi pour les petites entreprises qui, même si elles disposent en leur sein d'un sachant, pourraient pâtir de ses absences pour cause de participation aux instances de normalisation. S'ajoute encore à cela, assez fréquemment, le coût représenté par le simple accès aux instances de normalisation. Monsieur Sapir signale que certains pays soumettent le droit de participer aux commissions de normalisation au paiement d'une cotisation. Pour les comités techniques européens, la participation de parties intéressées, quand elle ne résulte pas d'un mandat donné par les organismes nationaux, suppose systématiquement le paiement d'un droit d'accès¹⁰⁸. Le CECODHAS, organisme européen dédié au logement social¹⁰⁹ insiste sur l'inconvénient que cela représente pour la représentation effective des acteurs non professionnels, en dépit des aides apportées par les pouvoirs publics et par les organismes de normalisation eux-mêmes pour soutenir la représentation de ces acteurs¹¹⁰. Dans la réalité, la participation s'analyse fréquemment, du point de vue des professionnels cette fois, comme un investissement et obéit dès lors au principe de la recherche d'un retour sur investissement. C'est ce qui explique que les structures de normalisation soient, dans bien des cas et quel que soit le niveau où l'on se place, essentiellement le siège d'opérations de lobbying¹¹¹ incompatibles en toute rigueur avec les exigences de consensus. C'est si vrai que le

¹⁰⁸ Qui ne confère d'ailleurs pas droit de vote pour ne pas perturber l'équilibre présumé des représentations par les organismes nationaux.

¹⁰⁹ Contribution au projet de communication de la Commission sur la normalisation européenne, Bruxelles, décembre 2003 ; [http://www.union-habitat.org/structu/m-europe.nsf/62569fb6fa5eb929c12566e20077b9ba/5b8e979c0559ddec1256ea70032d130/\\$FILE/normalisation%20contribution%20cecodhas%20FR.doc](http://www.union-habitat.org/structu/m-europe.nsf/62569fb6fa5eb929c12566e20077b9ba/5b8e979c0559ddec1256ea70032d130/$FILE/normalisation%20contribution%20cecodhas%20FR.doc)

¹¹⁰ V. le Comité pour la politique en matière de consommation (COPLOCO) auprès de l'ISO. ; Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 23 mars 2006 en vue de l'adoption de la décision n° .../2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un programme d'action communautaire dans le *domaine de la protection des consommateurs* (2007-2013), « Action 6 »

¹¹¹ J.B. Racine, Normalisation, certification et droit de la concurrence, Rev. Int dr. Eco, 1998/2, p. 147, M. Lanord, La norme technique et le droit : à la recherche de critères objectifs, RRJ, 2005/2, p. 620 et s., spé, p. 635 et s. ; H. Ben youssef, G. Grolleau, K. Jebi, L'utilisation stratégique des instances normatives de normalisation environnementale, Rev. Int dr. Eco., 2005/4, p. 367 ; Rapport sur le commerce mondial 2005, OMC, p. 100 et s. L. BOY

Parlement et le Conseil européens ont tenté d'apporter des correctifs par une décision du 24 octobre 2006¹¹² dont on ne connaît évidemment pas, pour l'instant, les retombées pratiques.

L'élargissement du contexte géopolitique de la contractualisation par la normalisation à la dimension mondiale alimente d'autres critiques relatives à l'existence d'un consensus légitimant. Ainsi est-il souligné que l'impossibilité de participer à l'élaboration des normes internationales et même à celle des normes européennes depuis l'élargissement de l'Europe, dans laquelle se trouvent généralement les pays émergents, met à mal la prétention à appréhender globalement la légitimité technique¹¹³. Effectivement, l'absence de représentation efficiente de ces pays au stade de la genèse de la norme ne permet pas de garantir la légitimité de celle-ci vis-à-vis du contexte socio-économique propre de ces pays.

Les débats critiques suscités par le développement de normes comptables internationales¹¹⁴ ou encore le fonctionnement de l'ICANN en matière de noms de domaines¹¹⁵, montrent que les difficultés à établir

¹¹² Décision relative au financement de la normalisation européenne, JOUE, 15 décembre 2006, L. 315/9.

¹¹³ Rapport OMC sur le commerce mondial, 2^e partie, Le commerce, les normes commerciales, p. 103 et s. ; G. Belem, Responsabilité sociale des entreprises et développement durable : quel potentiel pour la norme ISO 26000, *Bulletin Oeconomia Humana* ; UQUAM, Vol 5, No 1, pp.3-6; Janvier 2007., spé, p. 5 et 6 . FAO, Rapport de la Quarante-huitième Session du Comité Exécutif de la Commission du Codex Alimentarius, juin 2001, Annexe II ; G. Belem, Responsabilité sociale des entreprises et développement durable : quel potentiel pour la norme ISO 26000, *Bulletin Oeconomia Humana* ; UQUAM, Vol 5, No 1, pp.3-6; Janvier 2007., spé, p. 5 et 6 ; Rapport OMC sur le commerce mondial, 2^e partie, Le commerce, les normes commerciales, p. 103 et s. Pour une approche plus générale, v. Ch. Guillard, L'intégration différenciée dans l'Union Européenne, éd. Bruylant 2006.

¹¹⁴ G. Heem et Ph. Aonzo, Quelle légitimité pour l'IASB dans la production des normes comptables, Ouverture, n° 54, http://www.experts-comptables-fr.org/webecf/Ouverture54/p28_29.htm « La simple référence à l'intérêt général ne suffit pas à fonder la légitimité de l'organisme. L'IASB Foundation ne peut tirer sa légitimité de sa seule existence qui se pérennise grâce à la nomination des nouveaux membres par les membres qui en font déjà partie. Certes, les autorités publiques participent déjà dans une certaine mesure à l'élaboration des normes dans le cadre des consultations menées par l'IASB, de même que certains de ses membres (l'un d'eux vient actuellement du CNC) assurent une mission de liaison avec les normalisateurs nationaux. Néanmoins, à la lumière des insuffisances de l'autorégulation, la légitimité de l'IASB serait mieux assurée si les autorités publiques, tout particulièrement communautaires, étaient davantage intégrées, selon des modalités techniques variables, à la création de ces normes comptables internationales. Cette légitimité sera d'autant mieux affirmée si elle conjugue plusieurs éléments : une indépendance de l'organisme, une procédure formalisée d'élaboration des normes présentant des garanties d'objectivité et d'impartialité, l'association des autorités publiques à l'adoption des normes ».

¹¹⁵ P. Fortin' Gouvernance de l'internet : quelle légitimité pour l'ICANN, lettre électronique de l'IRIS, 12 avril 2002, <http://www.google.fr/search?hl=fr&q=Gouvernance+de+l%27internet+%3A+quelle+l%C3%A9gitimit%C3%A9+pou+r+l%27ICANN+%3F+&btnG=Recherche+Google&meta=>

les conditions d'une normalisation axée sur le paradigme de la légitimité sont aussi ressenties dans des pays développés. Un fait de l'actualité de la normalisation permet cependant de glisser une note d'optimisme dans des propos critiques, car il illustre positivement l'idée que, lorsque les négociateurs de la norme sont dans une situation d'égalité en termes de compétence et de représentation et que la décision résulte d'un vote formel, c'est bien la norme *techniquement* légitime qui triomphe et non pas celle qui serait la plus conforme aux intérêts d'un acteur économique dominant. L'AFP, relayée par la presse généraliste et spécialisée nous a effectivement appris en septembre dernier qu'un projet de norme sur les formats bureautiques, très inspiré par le géant Microsoft, avait été rejeté par 26% des voix.

Si, pour maintenant conclure, on ne devait retenir que trois idées, la première serait que la pratique de la contractualisation en matière technique n'est pas, même dans ses formes contemporaines, d'essence démocratique, mais d'essence oligarchique. La deuxième idée serait, qu'en conséquence de la première, il faut considérer favorablement la soumission organisationnelle des structures de contractualisation technique, même privées, à l'emprise des pouvoirs publics. La troisième idée serait enfin qu'il faut, en toute hypothèse, que les productions non étatiques conservent leur statut de règles facultatives et maintenir le principe d'un contrôle judiciaire de légitimité *technique* aussi longtemps que la pratique de la contractualisation recèlera toutes les faiblesses bien connues de la pratique contractuelle.

II CONTRACTUALISATION DE LA LOI

LA PARTICIPATION DES ACTEURS SOCIO-ECONOMIQUES AU PROCESSUS PRE-PARLEMENTAIRE : NI CONTRACTUALISATION NI NOUVEAUTE

Par Jean-Daniel DELLEY

Professeur de droit public à l'Université de Genève

Peut-on parler de contractualisation de la gestation de la loi, comme le suggère le premier sous-titre de la partie de ce colloque consacrée aux productions juridiques étatiques ? Et faut-il voir dans les pourparlers qui précèdent l'adoption de la loi par le Parlement une pratique nouvelle qui caractériserait l'Etat contemporain, cet Etat qui aurait troqué la décision unilatérale, expression de l'exercice de son autorité, contre la décision négociée, résultat de la recherche du consensus ? Je ne vois pas trace de contrat dans l'association des acteurs socio-économiques à la préparation des projets législatifs, une pratique par ailleurs déjà fort ancienne et qui ne me semble pas relever « d'une progression de l'autonomie de l'individu et d'une régression concomitante de l'hétéronomie au sein du système juridique » (Chassagnard-Pinet 2007 :11).

Dans le cadre de la préparation des projets législatifs et même réglementaires, on observe que l'administration fait appel à la collaboration d'acteurs sociaux et d'experts pour (a) obtenir des informations factuelles et ainsi améliorer la connaissance du champ dans lequel elle doit intervenir et (b) détecter les soutiens et les oppositions à telle ou telle stratégie, de manière à trouver une solution de compromis. En pratiquant de la sorte, l'administration vise à faciliter l'adoption parlementaire de son projet, à en assurer l'acceptabilité par les destinataires et à créer des conditions favorables à sa mise en œuvre. Je vais illustrer cette pratique et en dégager les motifs en m'appuyant sur l'exemple de la Suisse.

En Suisse, l'ouverture du processus législatif aux acteurs socio-économiques se manifeste dès la naissance de l'Etat fédéral au milieu du 19^{ème} siècle. L'administration centrale, très peu développée parce que l'essentiel des activités étatiques repose sur les cantons, se tourne vers les organisations de l'économie pour obtenir des informations, en particulier en matière douanière. Ces organisations, qui ont vu le jour et acquis une stature nationale bien avant les partis politiques (Linder 1999 :109), deviennent donc très rapidement les interlocuteurs privilégiés de l'administration fédérale, non seulement pour la préparation mais encore pour la mise en œuvre de la législation. Cette collaboration trouve sa légitimation constitutionnelle en 1947 avec l'adoption des articles dits économiques, qui attribuent à la Confédération quelques compétences de politique économique et obligent les autorités à consulter les organisations socio-économiques pour tout projet de concrétisation normative dans ce domaine. Puis la Constitution instaure cette obligation de consultation des milieux intéressés pour quelques domaines de compétence mineurs de l'Etat central (Cinéma, protection civile, bourses d'études, nationaux résidant à l'étranger). Mais en réalité, au fil du temps, la pratique s'est développée à tel point que la consultation des acteurs socio-économiques vaut règle générale dès après 1945. Cette consultation porte non seulement sur la quasi-totalité des projets constitutionnels et législatifs ; elle est de plus largement ouverte aux organisations et personnes qui en font la demande. Il faut attendre 1970 pour que le gouvernement formalise sa pratique dans une directive qui porte sur l'ensemble de la procédure pré-parlementaire (Sciarini 1999 :603). Enfin la nouvelle Constitution de 1999 – à vrai dire plus une réécriture du texte

fondamental qu'une nouvelle Constitution - reconnaît explicitement aux cantons, aux partis et aux milieux intéressés le droit de « se prononcer sur les actes législatifs importants et les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires, ainsi que sur les traités internationaux importants » (art. 147).

Déroulement de la phase pré-parlementaire

Une première ébauche de projet est élaborée au sein de l'administration, plus rarement par un expert externe. Cette ébauche sert de base de travail à une commission d'experts externes à l'administration ou mixte (administration + experts externes) ou encore à un groupe de travail de l'administration dont on attend un avant-projet. Ce dernier est éventuellement retravaillé par l'administration compétente et soumis à une double procédure de consultation interne : les offices de l'administration concernés par le projet d'abord, puis les sept départements (ministères). Selon les résultats, le projet peut subir des modifications plus ou moins importantes. Puis il est communiqué au gouvernement qui décide de l'ouverture de la procédure de consultation externe, telle qu'elle est prévue par l'art.147 Cst. Les réponses sont analysées par l'administration compétente et l'avant-projet éventuellement remanié. S'ouvre alors une nouvelle fois la double procédure de consultation interne déjà mentionnée, à la suite de quoi le gouvernement adopte le projet à l'intention du Parlement.

Caractéristiques de la phase pré-parlementaire

Le gouvernement reste le maître du jeu tout au long de cette phase. C'est à lui que revient la décision d'ouvrir le dossier, de donner le feu vert aux diverses consultations, le cas échéant d'interrompre le processus, tout comme de transmettre le projet au Parlement. Même lorsque l'élaboration de l'avant-projet est confiée à des experts externes, l'administration tient le procès-verbal des délibérations et communique la documentation utile. De ce fait, elle est au courant de l'évolution du dossier dans ce cas de figure également.

Cette phase n'a donné lieu qu'à de rares travaux empiriques et les données disponibles ne portent que sur des périodes relativement brèves (Sciarini 1999 :599). Si le recours à des experts externes est chose courante dans tous les Etats modernes (Cf. infra), en Suisse cette pratique a pris une extension particulièrement forte, en partie à cause des dimensions modestes de l'administration centrale. Pour pallier cette relative faiblesse administrative, le gouvernement s'appuie sur cette « administration de milice » non seulement pour l'élaboration des lois, mais également pour des tâches de surveillance, de mise en œuvre des lois, voire de justice.

Une des rares analyses disponibles a mis en évidence le phénomène de cumul des mandats, un grand nombre d'experts siégeant dans plusieurs commissions simultanément (Germann 1985). D'un point de

vue fonctionnel, on attend de ces experts qu'ils mettent à disposition un savoir technique qui fait défaut à l'administration et qu'ils élaborent des solutions de compromis susceptibles de satisfaire, ou du moins de ne pas mécontenter les intérêts particuliers concernés par le dossier. A noter que les représentants des administrations fédérales, cantonales et des grandes villes ainsi que les universitaires – le « complexe techno-administratif » (Sciarini 1999 : 602) - dominant largement ces commissions.

Si tous les projets législatifs et constitutionnels ne sont pas élaborés au sein de commissions d'experts – dans les années 1970, on estime qu'environ la moitié des projets ont été conçus dans le cadre de telles commissions – (Sciarini 1999 :605), tous par contre font l'objet d'une procédure de consultation largement ouverte, actuellement plus d'une trentaine de projets annuellement. La procédure de consultation doit permettre à l'administration de tester la faisabilité du projet (sa cohérence), le degré de soutien politique qu'il rencontre et son applicabilité (la faisabilité de sa mise en œuvre).

Dans la pratique, cette procédure souffre de plusieurs faiblesses. La représentativité des réponses n'est pas toujours garantie. D'une part, il arrive que des partis politiques, des cantons et des organisations ne participent pas à la procédure, faute de temps et de moyens en personnel ou tout simplement d'intérêt. D'autre part, les réponses n'expriment pas toujours l'opinion des organisations ou des entités publiques participant à la consultation, en particulier lorsqu'un seul fonctionnaire ou service cantonal ou un petit groupe au sein d'une organisation a rédigé la réponse. Par ailleurs les prises de position ne lient pas obligatoirement leurs auteurs : le soutien annoncé à un projet lors de la consultation peut à l'occasion se transformer en opposition lors du scrutin référendaire ultérieur.

Les raisons de la coopération

Nous avons déjà mentionné le fait qu'au 19^{ème} siècle les acteurs socio-économiques se sont organisés plus rapidement que les partis politiques et ont pu devenir ainsi les interlocuteurs privilégiés d'une administration centrale peu étoffée (Linder 1999 :114). Mais ce modèle de coopération ne s'explique pas seulement par le besoin en informations et en compétences d'un Etat baignant dans une culture politique libérale et marquée par le principe de subsidiarité. Il résulte aussi d'un état de fait qui n'est pas propre à la Suisse, à savoir la nécessité pour le pouvoir exécutif de gérer les incertitudes auxquelles il est confronté dans sa tâche de préparation de la législation. C'est pourquoi, dans toutes les démocraties modernes et selon des modalités diverses, on peut observer des pratiques de consultation et de recours à l'expertise externe (Sciarini 1999 :598).

Reste que cette coopération revêt en Suisse une intensité particulière. Des auteurs ont cru voir dans la menace que représente l'arme référendaire la raison principale de cette intensité (Neidhart 1970). Le

référendum, facultatif en matière législative et obligatoire en matière constitutionnelle, intervient en fin du processus législatif et risque d'en annuler le résultat, la loi adoptée par le Parlement. Le droit de référendum fonctionne comme une épée de Damoclès ; il constitue le facteur dominant de l'incertitude. Afin de réduire cette incertitude et de minimiser les risques d'un échec « in fine », une procédure s'est mise en place progressivement qui permet aux acteurs disposant de la capacité référendaire de participer à l'élaboration des lois. Le droit de référendum, qui devait ouvrir l'ère de la démocratie plébiscitaire, a contribué en réalité à façonner une démocratie de négociation, la concurrence a fait place à la concordance. Effectivement on a pu observer un net recul de l'activité référendaire dans les années 1960, l'âge d'or de la démocratie de concordance. Pourtant, dès le milieu des années 1970 et contrairement aux prévisions, l'usage du référendum connaît un regain de vigueur, illustrant l'exacerbation des conflits et la plus grande difficulté à nouer des compromis dans une période de difficultés économiques (Auer/Delley 1979).

Si indéniablement le référendum a constitué un facteur favorisant l'intégration des principales forces socio-économiques et politiques dans le processus de décision, il n'est pas seul en cause. Des auteurs ont mis l'accent sur les transformations importantes du rôle de l'Etat, l'émergence de ce qu'on a appelé l'Etat interventionniste ou propulsif (Morand 1991) dans l'intégration des acteurs sociaux au processus de décision. En devenant agent direct de la reproduction sociale – et non plus seulement garant d'un ordre qui laisse aux individus le soin de fixer leurs objectifs –, l'Etat instrumentalise la loi au service des ambitions qu'il manifeste à l'égard de la société. De ce fait la loi-moyen doit être efficace, avoir un impact conforme aux effets attendus. La collaboration des destinataires à la conception de la loi relève de ce souci d'efficacité : comprendre la logique d'action des destinataires et obtenir leur adhésion à l'intervention publique, c'est améliorer les chances de succès de cette intervention. Cette optimisation de l'action publique peut même conduire à concéder un espace d'autonomie aux destinataires, considérés comme mieux à même de réaliser les objectifs visés que la puissance publique. Ainsi la loi suisse sur la réduction des émissions de CO₂ et la loi sur l'énergie laissent aux différents groupes de destinataires le soin d'atteindre les objectifs de réduction et d'économie de consommation dans des délais fixés. En cas d'échec, la loi prévoit alors des mesures coercitives. Malgré les apparences, nous n'avons pas affaire à un modèle contractuel, puisque la partie étatique peut recourir unilatéralement à la contrainte.

Il faut encore mentionner l'explication proposée par Katzenstein (1985) à la participation des intérêts organisés au processus législatif. Dans une étude comparative entre sept petits pays européens (Autriche, Belgique, Danemark, Norvège, Pays-Bas, Suède et Suisse) et cinq grands pays industriels (Allemagne, Etats-Unis, France, France, Grande-Bretagne et Japon), l'auteur note que les premiers ont été contraints par leur dépendance au marché mondial à « institutionnaliser des arrangements d'étroite collaboration entre les partenaires sociaux et l'Etat » (Kriesi 1995 :343). Selon Katzenstein, ce « corporatisme

démocratique » permet une cohérence politique interne, indispensable pour affronter le libre-échange international, et une stratégie politique flexible.

Conclusion

L'exemple de la Suisse montre que la participation des acteurs sociaux au processus législatif, en particulier au stade préparatoire, relève de causes à la fois générales et particulières. La faiblesse voulue de l'Etat central, sa structure fédérale ont conduit l'administration à s'appuyer très tôt sur les intérêts organisés pour pallier ses lacunes de compétences et d'information. Ce mode de faire a été renforcé par l'introduction du référendum législatif et la nécessité de prévenir les échecs en votation populaire. Ce sont là des caractéristiques propres à la Suisse. Ce modèle corporatiste représente également une adaptation du processus de décision aux caractéristiques de l'Etat propulsif (Wilke 1991 :95s.) et une réponse des petits pays confrontés à la compétition économique internationale (Katzenstein 1985).

Bibliographie

Auer Andreas/Delley Jean-Daniel, « Le référendum facultatif. La théorie à l'épreuve de la réalité », Revue de droit suisse, vol.98, 1979, p.113-138

Delley Jean-Daniel, « La démocratie directe. Un système politique aux portes ouvertes », Pouvoirs, 43, 1987, p.101-114

Chassagnard-Pinet Sandrine/Hiez David (dir.), Approche renouvelée de la contractualisation, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007

Germann Raimund, Experts et commissions de la Confédération, Lausanne, 1985

Katzenstein Peter J., Small States in World Markets, Ithaca, 1985

Kriesi Hans-Peter, Le système politique suisse, Paris, 1995

Linder Wolf, Schweizerische Demokratie, Bern, 1999

Morand Charles-Albert (éd.), L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat, Paris, 1991

Morand Charles-Albert, Le droit néo-moderne des politiques publiques, Paris, 1999

Neidhart Leonard, Plebiszit und pluralitäre Demokratie. Eine Analyse des schweizerischen Gesetzesreferendum, Bern, 1970

Sciarini Pascal, « La formulation de la décision » in Handbuch der Schweizer Politik, Ulrich Klöti et al (éd.), p.590-649

Willke Helmuth, « Le droit comme instrument de guidage néo-mercantiliste de l'Etat », in Morand 1991

L'ADOPTION DE LA LOI : NEGOCIATION ET DELIBERATION

Par Jacques CAILLOSSE

Professeur de droit public Université Panthéon/Assas (Paris 2) CERSA

Chaque fois qu'on remet en question une limite oppositionnelle, loin d'en conclure à l'identité, il faut multiplier au contraire l'attention aux différences, raffiner l'analyse dans un champ restructuré.

Jacques DERRIDA,

Le souverain bien – ou l'Europe en mal de souveraineté,

Cités, PUF, n°30/2007, p. 123.

Celui qui ne négocie pas, ce pourrait être la définition d'un Etat authentique.

Jean CARBONNIER

Sociologie juridique,

PUF, col. « Quadrige »,éd. 1994, p.264.

Le sujet dont il est ici question ne se prête sûrement pas à une lecture exclusive. On pourrait ainsi le concevoir d'un point de vue technique, à la façon d'une réflexion, éventuellement critique, sur le droit parlementaire. Rien n'empêche de l'entreprendre, dans le cadre d'une démarche sociologique, comme une analyse des conditions de production de la loi. La double référence aux notions de délibération et de négociation peut encore inciter à « tirer » le sujet sur un tout autre plan, celui des catégories de la pensée juridique : loi et contrat, statut et convention, etc...Placé face à cet énoncé à sens multiples, il me semble nécessaire d'évoquer par avance les *risques* auxquels est exposé son examen, ainsi que les *conventions* dont ce dernier fera usage ;

Risques

Il convient tout d'abord de ne pas se méprendre sur le caractère nouveau d'un pareil sujet. Sans doute ce thème occupe-t-il aujourd'hui sur les agendas doctrinaux une place croissante. Il n'est pas neuf pour

autant. C'est ainsi qu'il a été fortement agité dans le cours des années 70¹¹⁶. Bien avant cela, la question était au cœur des critiques que Léon DUGUIT adressait à ce qu'il appelait la « conception impérialiste » du droit : pour soutenir cette thèse, ne démontrait-il pas l'importance grandissante de véritables lois-conventions où il n'était évidemment plus possible de voir l'expression unilatérale d'une volonté souveraine¹¹⁷ ? Ces remarques ne visent nullement à banaliser, encore moins à dévaloriser les problématiques actuelles, mais à les inscrire dans une histoire déjà longue.

Pour traiter le sujet ici proposé et éviter d'en fausser la lecture, encore faut-il respecter un certain nombre de règles préalables, aussi banales soient-elles. On veillera, par exemple, à prévenir les pièges de l'intimidation contractuelle. Entendez par là : *l'intimidation par le contrat*, dans la mesure où ce dernier n'est plus tout à fait une institution comme les autres et fonctionne sur le mode d'une nouvelle norme sociale. Pour une part importante en effet, le contrat est devenu l'une des figures emblématiques de la Modernité, celle qu'empruntent, nécessairement, les politiques du Changement. Difficile de se soustraire à cette idéologie contractuelle qui informe de l'intérieur les discours de bien des juristes, qui sont autant de jugements de valeurs. Et pourtant, la pratique, l'expérience sociale du contrat est loin d'être toujours conforme à son idéal-type juridique ! Il n'est sans doute pas inutile de rappeler ici ce que Max WEBER disait déjà du contrat dans sa *Sociologie du droit* : l'accroissement indéniable de la liberté contractuelle en droit moderne ne saurait naïvement se lire comme diminution de la contrainte et augmentation de la liberté individuelle. Prenant pour exemple le contrat de travail, l'auteur ne manque pas d'observer que : « la liberté contractuelle (...) offre la chance par une utilisation intelligente de biens sur un marché libre d'acquiescer un pouvoir sur d'autres. Les intéressés au pouvoir sur le marché sont donc les intéressés d'un ordre juridique de ce genre. Leurs intérêts sont garantis par la création de « pouvoirs de droit » qui créent les schémas d'accords valables. En cas de liberté formelle, ils peuvent être utilisés par tous, en fait cependant ils ne sont accessibles qu'aux possédants et ne font qu'étayer l'autonomie et la position dominante de ces derniers »¹¹⁸.

En retour, cette dédramatisation du contrat ne saurait justifier une relecture magnifiée de la loi à partir de cette seule idée que celle-ci nous délivrerait du fantasme contractuel. Ici, on restera attentif à certaines des analyses de Pierre LEGENDRE qui n'ont rien perdu de leur force, en particulier dans « L'amour du censeur » où l'auteur met en rapport le culte moderne de la loi avec l'existence d'une science perpétuelle

¹¹⁶ On pense notamment à l'étude d'A. HOLLEAUX, *Vers un ordre juridique conventionnel*, Bulletin de l'IIAP, oct.-nov. 1974, p.9-33. Sur ce « travail » déjà ancien du contrat, cf. J. CAILLOSSE, *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*, in *Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. de L. CADIET, Economica, série *Travaux et recherches*, 1987, p.89-124.

¹¹⁷ Cf. L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, ré-éd. La mémoire du droit, 1999, p.120 et s.

¹¹⁸ V. M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, col. *Recherches politiques*, 1986, p.113.

du pouvoir, c'est à dire « un savoir légitime et magistral pour assurer jusqu'aux sujets la communication des censures et faire prévaloir l'opinion des maîtres »¹¹⁹.

Telle est l'opération préalable de « bornage » qu'appelle, à mes yeux, le développement du thème annoncé. Elle nous installe dans cet espace indéterminé d'hybridation institutionnelle où se déploient désormais les formes de la loi.

Conventions

On voit mal comment ne pas revenir sur la réalité de ce couple, indissociable mais toujours au bord de la rupture, que forment en droit les notions de délibération et de négociation. Pour prendre toute la mesure du sujet, force est d'admettre par convention que ce sont bien là deux voies idéalement concevables pour produire du droit. Même si personne n'est dupe de la division : la pratique se charge de mettre ces « modèles » à l'épreuve et de les faire craquer ! On n'en finit plus de les opposer, mais aussi de les combiner. Ainsi se forment ces *hybrides* qui sont l'expression la plus commune des procédures et autres protocoles décisionnels. Reste que pour concevoir les hybrides, il faut commencer par identifier les éléments qui les composent. C'est bien pourquoi, à défaut de vraiment construire des modèles, on se doit de marquer tout ce qui sépare la délibération de la négociation et justifie d'y voir deux formes d'accès à la production normative¹²⁰. Ce n'est pas qu'elles se repoussent mutuellement. Elles peuvent fort bien coexister, mais chacune réfléchit des principes de fonctionnement spécifiques. Si l'on accepte de raisonner ainsi, alors tout oppose la délibération et la négociation¹²¹. Qu'on en juge !

¹¹⁹ Cf. P. LEGENDRE, *L'Amour du censeur*, Le Seuil, 1974, p.5. V. aussi, E. PISIER-KOUCHNER, *L'obéissance et la loi : le droit*, in *Histoire des idéologies*, sous la dir. de F. CHATELET, Hachette, 1978, p.120-142.

¹²⁰ Soyons clair : seul importe ici le couple délibération/négociation. Ce serait une tout autre affaire de s'intéresser au champ sémantique que le mot de délibération compose avec un ensemble de vocables proches, tels que participation, concertation, gouvernance, etc...Prise dans cette configuration : en gros, celle de la démocratie délibérative, la notion de délibération conduit à emprunter d'autres chemins. C'est à « une nouvelle grammaire de l'action publique » (la formule appartient à L. BLONDIAUX et Y. SINTOMER, *L'impératif délibératif*, in *Démocratie et délibération*, Politix, n°57/2002, p.19) que l'on est alors confronté. Ce n'est plus le mode de fabrication de la loi qui est objet d'analyse, mais le discours même d'une loi invitant à la délibération publique, en créant des instances de débat public, par exemple dans les domaines de l'environnement et de l'aménagement du territoire. Bref, nous sommes alors dans l'après-loi, quand il nous faut ici demeurer dans le temps de la fabrication des textes. Le sujet suppose de regarder la délibération du côté de ceux, les représentants, dont l'office est de la pratiquer. Autre chose serait de l'envisager du point de vue général de la démocratie délibérative (v. en ce sens, B. MANIN, *Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique*, Le Débat, n°33/1985, p.72-93. V ; encore, J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, col. *Essais*, 1997, et, le n°10(4)/2004 de la *Swiss Political Science Review* pour son : *Débat : délibération et action publique*, p.147-210).

¹²¹ Cette opposition est construite, on s'en doute, pour les besoins de la présente démonstration. Elle est donc volontairement forcée et radicalisée. La réalité des situations juridiques oblige à plus de nuances : entre les deux voies, les croisements sont multiples ; parfois même ils n'en font qu'une. L'opposition ne concerne donc que des modèles-types construits à des fins didactiques. La production juridique passe, elle, par des modes qui se combinent et s'interpénètrent. On progresse ainsi insensiblement de la délibération à la négociation et inversement. Ajoutons que ce raisonnement est largement tributaire d'une culture politique qui traditionnellement oppose la délibération au marchandage. Ou, si l'on préfère la logique du *forum* à celle du *marché*. Voilà qui ne saurait être théorisé : voyez la place qu'occupe le marchandage dans le fonctionnement ordinaire du Congrès américain par exemple (V. sur ce sujet, B. MANIN, *L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine*, Politix, n°57/2002, p.37-55). Pour autant, il serait déraisonnable d'assimiler les deux logiques décisionnelles, car si la négociation est rarement absente de la délibération, l'inverse n'est guère concevable : la négociation repousse la

De la délibération, pour autant qu'on la considère comme une catégorie juridique, il est possible de retenir quelques marques distinctives dont l'ensemble fait sens, même si pour chacune d'entre elles il faut d'emblée souligner la relativité. Ainsi, la délibération apparaît principalement¹²² comme une affaire d'élus. De même qu'elle obéit à une procédure spéciale qui en règle durablement et publiquement le déroulement, là où chaque négociation fixe ses propres codes. Contrairement à cette dernière dont l'intérêt général n'est pas l'ambition, la délibération se donne pour le mode d'identification de la volonté générale¹²³. On pourrait poursuivre ce petit exercice de mise en opposition, en retenant l'idée de mesure et de calcul : là où il est question de négociation, il y a une matière à partager, fût-elle symbolique. Cet ordre du mesurable et du quantifiable n'est pas a priori celui de la délibération où il est question de faire advenir, dans la confrontation des points de vue, une forme dégagée des contingences du calculable, une exigence commune capable de discipliner les intérêts privés, catégoriels ou collectifs. Poursuivons : si la délibération est la passage obligé vers une décision prise à la majorité, l'élaboration négociée d'une norme procède d'une tout autre logique, celle de l'accord entre partenaires. D'un côté, on coupe, de l'autre, on transige. Mais ce n'est pas tout : rappel ritualisé de l'action première de fondation sociale, la délibération est ce par quoi la communauté des citoyens est réputée agir sur elle-même par la médiation de ses représentants ; rien de tel en négociation. Notons encore que les destinataires de l'acte délibéré ne sont pas appelés à en co-écrire les dispositions¹²⁴, alors que les cocontractants élaborent ensemble les stipulations dans l'œuvre commune de la négociation. De là ce partage entre la délibération dont le résultat est un texte investi d'une portée objective, censé impliquer tout le monde indifféremment et une négociation qui ne fait vivre qu'un accord engageant ses seuls acteurs. Enfin, mais il y aurait bien d'autres rubriques à inscrire dans ce catalogue des contrastes, on peut affirmer que l'échange délibératif est supposé produire, de proche en proche, un *sens* communément partagé, la négociation a pour but d'identifier un *intérêt* commun.

Aussi incomplète soit-elle, il ressort de cette liste que la procédure délibérative, telle qu'elle est instituée par la Constitution et le droit parlementaire, est pensée pour faire advenir la volonté générale. Elle suppose l'organisation d'un débat réglé, une confrontation tendue vers une fin soustraite au marchandage des intérêts privés qui est le propre de la négociation contractuelle. Nul besoin de prétendre

délibération. A l'appui de cette assertion, il serait aisé de convoquer les travaux du Centre de Sociologie des Organisations dans les années 70 (Cf. plus spécialement P. GREMION, *Le pouvoir périphérique : bureaucrates et notables dans le système politique français*, Le Seuil, 1976), autour de la notion de « régulation croisée ».

¹²² La lettre même de la Constitution invite à cette prudence. Si son article 42 al.2 énonce qu' « une assemblée saisie d'un texte par l'autre assemblée *délibère* sur le texte qui lui est transmis », il est dit, article 39, que « les projets de loi sont *délibérés* en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées ».

¹²³ Encore que la loi puisse traduire des volontés particulières. Ainsi que le dit E. ZOLLER (*Introduction au droit public*, Dalloz, col. *Précis*, 2006, p.188) : « la loi, au lieu d'être ce que la Constitution ordonne qu'elle soit, l'expression de la volonté générale, est parfois devenue l'expression de volontés particulières, souvent coalisées contre l'intérêt général ». V. aussi, H. DUPEYROUX, *Sur la généralité de la loi*, Mélanges CARRE de MALBERG, Sirey, 1933, p.137-161.

¹²⁴ Certes, il arrive qu'ils le fassent, mais, c'est une fois la loi élaborée, au moment de sa mise en œuvre.

que les représentants auraient le monopole de la délibération : il suffit de constater qu'elle relève de leur office.

Pour achever ces observations placées sous le signe des conventions, une ultime réflexion sur la méthode s'impose : un traitement complet du sujet énoncé commanderait tout un travail d'analyse des textes, attentif à leur écriture même. La manière dont les lois sont écrites, leur grammaire spécifique est on ne peut plus édifiante. Derrière les phrases, et jusque dans leur scansion, des stratégies d'acteurs sont à l'œuvre. Elles se lisent dans les mots choisis, les métaphores et autres montages sémantiques à l'aide desquels elles cherchent à se faire oublier ou au contraire à s'afficher ouvertement. Cette entreprise dépasse les limites du présent exercice qui tient de l'esquisse plus que d'un programme de recherche abouti !

Une fois identifiés les risques et admises les conventions, reste à rendre compte de la problématique. Elle peut s'énoncer fort simplement ainsi : avant d'accepter et de retenir l'hypothèse d'une adoption négociée de la loi, il faut en établir jusqu'aux conditions de possibilité. Pourquoi cette prudence ? Pourquoi cette manière frileuse, presque suspicieuse, de procéder ? C'est que la question d'une adoption négociée, contractuelle de la loi n'est pas d'emblée une question pertinente ! Tout ne pousse-t-il pas à considérer que l'adoption proprement dite de la loi s'accomplit hors contrat ? Surtout, dans une large mesure, l'hypothèse peut même sembler inutile, puisque tout risque de se jouer en amont, ou encore en aval de l'adoption : dès lors que la préparation négociée du texte est suivie de sa mise en œuvre négociée, la question de son adoption négociée perd de son intérêt. C'est par exemple à cette lecture que nous invite A. SUPIOT lorsqu'il déclare que « la loi devient une norme relative, dont le sens dépend des conventions qui la préparent ou la mettent en œuvre »¹²⁵. Ici, il est clairement fait l'impasse sur le temps de l'adoption, comme s'il ne s'agissait que d'une parenthèse vide, un pur rituel dont la seule justification est celle d'avoir lieu : il met des formes sur un matériau préparé et redéployé ailleurs. Dans l'ensemble du parcours d'élaboration, la séquence de l'adoption est comme neutralisée par des logiques qui lui échappent : qu'il s'agisse de la mise au point du texte à déposer sur le bureau des assemblées, ou de sa réappropriation par les acteurs sociaux dans la mise en œuvre. Cette double détermination fait de la phase de l'adoption un théâtre vide, prémuni contre...les coups de théâtre. Telles sont les raisons pour lesquelles il n'est guère concevable de retenir l'hypothèse de la loi négociée, sans en interroger préalablement les limites et les enjeux.

Jusqu'où une adoption contractuelle de la loi est-elle concevable ? Limites et enjeux d'une interrogation.

¹²⁵ Cf. A. SUPIOT, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, Droit social, 2003, p.61.

Juridiquement parlant, l'affaire est entendue. La question posée est tout simplement incongrue : par essence même, il n'y a pas d'adoption contractuelle de la loi. Aucun espace n'a été pensé pour faire advenir pareille situation. Pour n'en pas douter, il suffit de rappeler comment la ligne de partage séparant la loi du contrat est généralement tracée. Dans une étude qui nous fait voir *Le contrat comme norme dans le droit public positif*¹²⁶, D. de BECHILLON décrit ainsi les raisons d'être de ce tracé : « Celui qui contracte s'engage au sens strict, c'est à dire qu'il définit, par son accord, une part de sa propre situation juridique, vis à vis du coobligé. La convention de ce point de vue, n'est pas comparable à l'ordre de la loi : stricto sensu le législateur ne s'oblige pas. Le contrat ne s'assimile pas non plus à la délibération d'une assemblée locale ou à un arrêté interministériel : les coauteurs de ces actes ne déterminent pas leur situation juridique respective ; tel ministre ne s'engage pas vis à vis de ses homologues ». Ajoutons qu'il en va de même lorsque tel parlementaire vote la loi : ce faisant il ne s'engage nullement envers les autres représentants. Ces bases posées, revenons à la question énoncée ci-dessus : dans quelle mesure, une adoption contractuelle, ou même contractualisée de la loi est-elle juridiquement envisageable ?

A.- Pour formuler une réponse, commençons par nous demander ce que recouvre précisément l'interrogation. La référence à la phase de l'adoption oblige à une double délimitation du champ de la réflexion. Il faut commencer par en éliminer tout le travail de concertation préalable au dépôt d'un texte sur le bureau d'une assemblée et dans lequel sont susceptibles d'intervenir, par exemple, les milieux socio-professionnels ou associatifs, ou encore les élus locaux. De même est-il nécessaire d'exclure de la recherche tout ce qui est postérieur à l'adoption proprement dite de la loi par les deux Chambres, et alors même que s'engagent éventuellement de multiples initiatives en vue d'applications négociées du texte. La contractualisation de la production normative dont il est ici question n'implique rien en deçà ou au delà des opérations constitutives de l'adoption de la loi strictement entendue. Ainsi localisée l'interrogation pourrait laisser perplexe. Rien n'empêche d'ailleurs, du point de vue de la logique du raisonnement, d'admettre d'entrée de jeu les deux propositions suivantes : 1. la contractualisation de la production législative est une réalité juridique difficilement contestable. Ce phénomène tend à impliquer tout le droit de l'Etat, même là où on l'attend le moins. 2. Ce mouvement rencontre malgré tout certaines limites, et se heurte à certaines résistances. C'est ainsi que l'adoption de la loi – il n'est pas ici question du processus plus complexe de sa genèse – continue d'échapper à la logique contractuelle.

B.- L'adoption de ces propositions conduit à « retourner » le sujet. Il prend assurément avec elles un véritable statut d'exception. Parler dans ce cadre de l'adoption de la loi oblige à réfléchir sur le *non contractuel*, ou sur le *hors contrat* ! Acceptons donc l'idée d'une possible adoption négociée de la loi.

¹²⁶ Etude publiée sous ce titre par la RFDA, 1992, p.15 et s.

Toutes les difficultés méthodologiques ne se dissipent pas pour autant, bien au contraire. On en relèvera principalement deux.

Il y a tout d'abord les usages auxquels se prête la notion de contrat, ou ceux qu'on lui fait subir. Sans revenir une fois encore sur la manière dont les différentes sciences sociales se saisissent du contrat¹²⁷, on voit bien les risques qu'il peut y avoir à ne pas faire clairement le choix d'un « terrain ». Dans la perspective du droit public ou politique dans laquelle s'inscrivent les présents développements, on devra d'emblée se demander dans quelle mesure il est acceptable de parler de « contrat » là où l'on s'émancipe totalement de sa notion juridique¹²⁸. Il est certes parfaitement admissible de raisonner en faisant travailler une notion dont on admet toute la plasticité. Mais cette propriété même a ses propres limites. Vient ainsi un moment, ou un seuil où l'on passe de la notion juridique à la métaphore politique. C'est dire que le contrat finit par se perdre dans la nébuleuse des conventions et autres routines collectives. Ainsi parlera-t-on de contractualisation de l'action publique pour décrire une situation dans laquelle le juriste refusera pour sa part de reconnaître un contrat¹²⁹. Pareille constatation vaut bien entendu pour la « séquence » examinée ici : l'adoption de la loi. Qu'il y ait alors délibération et/ou négociation ne signifie nullement qu'il y ait formation d'un contrat. Dans sa forme courante, commune, la loi est le produit nécessaire d'une négociation/délibération. Voilà qui ne fait pas d'elle un contrat ! Sauf à en parler par métonymie¹³⁰. Mais à ce titre, une enquête d'utilité publique serait à sa manière un contrat – pour autant qu'elle n'ait pas été boycottée par ses destinataires !

L'autre difficulté concerne la délimitation de l'espace institutionnel qu'occupe vraiment la loi négociée et délibérée. Question édifiante s'il en est. Car, pour que l'on puisse parler sérieusement de contractualisation à propos de l'adoption de la loi, encore faut-il que celle-ci n'apparaisse pas sous la forme d'une construction nécessaire, dont toutes les composantes seraient données par avance ! Or, pareille situation où le Parlement est mis devant le fait accompli, n'est pas rare. Du fait de l'internationalisation des échanges et de l'intensification juridique de la construction européenne, ce cas

¹²⁷ Cf. J. CAILLOSSE, *Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur du professeur M. GUIBAL, éd. Université de Montpellier I, 2006, p.469-492.

¹²⁸ En l'occurrence, cette référence à la notion juridique de contrat en accepte le flou : on sait qu'en cette matière la doctrine est loin d'être unanime. Mais par delà des divergences de vue qu'il ne saurait être question de nier, il y a en droit le souci de construire, via le contrat, un modèle rigoureux et strict de production normative.

¹²⁹ V. en ce sens mes observations sur le livre de J-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po. 1999, *L'action publique contractuelle : beaucoup de bruit pour rien ?*, Droit et Société, n°47/2001, p.285-293.

¹³⁰ C'est un peu là le sens des « contrats d'action publique » que J-P. GAUDIN, op. cit., place au centre de son propos. Au delà, l'emploi banalisé de la notion de « gouvernance » refléchit à sa manière ce processus de contractualisation des choix en matière d'action publique. Sur cette notion, cf. J. CAILLOSSE, *Questions sur l'identité juridique de la « gouvernance »*, in *La gouvernance territoriale*, sous la dir. de R. PASQUIER, V. SIMOULIN et J. WEISBEIN, LGDJ, col. *Droit et Société*, 2007, p.35-64.

de figure tend même à se banaliser. Il en est ainsi lorsque les Chambres autorisent la ratification des traités internationaux ou transposent des directives communautaires. A cela qui est désormais courant, on ne manquera pas d'ajouter ces situations, classiques elles aussi, où le Parlement est totalement privé de délibération par l'usage de l'article 49 al. 3 de la Constitution, ou en partie lorsque le gouvernement demande l'application de la procédure dite de vote bloqué de l'article 44 al. 3. Mais il faut encore compter avec cette tendance lourde qui pousse le Parlement à déléguer au gouvernement son pouvoir de légiférer. La part des ordonnances de l'article 38 dans la production légiférée de l'Etat a connu ces dernières années une croissance dont les excès n'ont pas échappé à la doctrine¹³¹. S'agissant de cette « loi administrative »¹³², la question qui nous retient cesse de se poser dans le prisme offert par l'opposition délibération/négociation. On le voit, les interrogations auxquelles conduit le sujet annoncé perdent ici tout leur sens, dès lors qu'à propos de loi, il arrive qu'il n'y ait à proprement parler ni délibération, ni négociation, la confection des textes s'accomplissant en dehors des enceintes parlementaires !

C.- Les arguments ne manquent donc pas, qui incitent à « retourner » le sujet, voire à s'en déprendre¹³³. Mais aussi nécessaire soit-elle, cette mise à distance ne saurait faire oublier tout le reste, c'est à dire tout ce qui, aujourd'hui plus que jamais, lie le contrat et la loi. Comme si ces deux institutions ne pouvaient être pensées autrement que l'une par l'autre : la loi intervient à la façon d'un « marqueur » pour le contrat, lequel remplit à son tour une même fonction pour la loi. Il suffit de penser au nombre des figures que composent ensemble la loi et le contrat. Au nombre de ces figures, il y a celle, mythique, de *la loi comme contrat*, dans la mesure même où la fabrication de la loi continue de valoir renouvellement du contrat social. Une autre figure se découvre dans l'institution du *contrat comme loi*, non seulement parce que l'article 1134 du Code civil fait du contrat la loi des parties, mais parce que le contrat se conçoit aussi comme un générateur de normes : n'est-il pas dans certaines situations bien connues, en droit du travail notamment, un mode courant d'élaboration de la loi ? A côté de ces deux figures classiques, il faut pour le moins en évoquer deux autres. Nu ne s'étonnera de trouver ici *le contrat en tant qu'objet de la loi* : l'article 34 de la Constitution réservant à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit des obligations, il est logique que la loi soit un facteur privilégié de la promotion des formes contractuelles.

¹³¹ V. notamment Y. GAUDEMET, *La loi administrative*, RDP, n°1/2006, p.65-84, et, *Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée*, in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de P. PACTET, Dalloz, 2003, p.617-628.

¹³² L'expression appartient à Y. GAUDEMET, op. cit.

¹³³ D'autant que la loi dont je suis porté à parler ici demeure une abstraction singulièrement idéalisée, encore proche, si l'on peut ainsi s'exprimer, de son idéal-type, tel que ROUSSEAU a pu en décrire les composantes dans son célèbre chapitre du *Contrat social* (chapitre 6 du Livre 2, Union générale d'éditions, 1963, col. 10/18, p.81 et s.). La réalité est tout autre. Ainsi que l'observe Y. GAUDEMET, article précité, p.79 : « La fonction de la loi a changé : elle n'est plus tant un acte de droit de souveraineté et d'organisation des valeurs sociales ; elle est souvent un acte du moment, presque de l'instant ; elle utilise les méthodes de l'administration, avec une fonction immédiate de communication publique ». Ainsi rabattue sur la communication, la loi n'est ni délibérée, ni négociée, elle appartient à un autre registre, celui du spectacle. Les développements composant le présent texte supposent d'accepter (cf. infra, la question des conventions) que la loi continue de présenter certaines de marques constitutives de sa propre histoire.

En organisant elle-même l'engouement contemporain pour ces dernières, la loi érige en modèle un contrat dont l'économie finit par l'inspirer : elle est travaillée de l'intérieur par la logique contractuelle. Enfin, il est une autre figure à laquelle l'actualité –celle des relations du travail en particulier- assure une certaine fortune : *le contrat contre la loi*. Il n'est pas rare que le recours à la loi soit présenté comme une sorte de menace, destinée à compenser l'échec de pratiques contractuelles que les « partenaires sociaux » n'ont pas su faire aboutir. Inutile de dire qu'entre toutes ces « figures », bien de combinaisons sont encore possibles. C'est cette situation qui donne sens à une interrogation sur l'adoption négociée de la loi.

L'hypothèse de la loi négociée. Variations sur le thème de la loi-convention

Ainsi qu'on l'a fait valoir plus avant, pareille proposition n'a rien de bien nouveau. Mieux vaut tout de suite admettre que la problématique de la loi négociée participe de notre Histoire. La confection même des Tables de la Loi, telle que l'Ancien Testament nous la donne à voir, n'est-elle pas le résultat d'une édifiante négociation ? Présentant une synthèse des travaux contemporains sur le récit de l'Exode, D. de BECHILLON peut écrire que le Décalogue « ne procède pas d'une pure dictée autoritaire et unilatérale de la Loi, mais bien, dans une certaine mesure, d'un processus de négociation entre Dieu, Moïse et le peuple d'Israël »¹³⁴. Il est vrai que les incessantes relectures de ce récit ne nous disent rien sur la loi moderne, pour ne rien dire de son éventuelle expression post-moderne ! Mais nous voilà avertis : il n'y a rien de vraiment renversant dans le fait de regarder la loi à travers le prisme de la Convention. Et pourtant, qu'on le veuille ou non, la pensée juridique dont nous sommes héritiers semble bien ne pas pouvoir se passer de cette dichotomie fondamentale : il lui faut concevoir la loi contre le contrat et inversement. Or, il n'est plus guère contesté que le statut actuel de ce partage est de plus en plus incertain et problématique. C'est dans cet espace de turbulences qu'on va maintenant tâcher de se risquer. On le fera en deux temps, en jouant sur l'opposition entre les deux affirmations suivantes : 1. le droit spécifiquement applicable à l'adoption stricto sensu de la loi fait prévaloir la logique de la délibération sur celle de la négociation. 2. L'expérience pratique des institutions ne permet pas d'invalider l'hypothèse de l'adoption contractuelle de la loi.

A.- Au regard du droit réglementant le procès de son adoption, la loi est un acte délibéré et non négocié

Dans le cours largement indéterminé de la production de la loi, la phase de l'adoption est sans aucun doute la moins aléatoire. Elle a, du moins elle semble avoir, une origine et une fin définies par la Constitution elle-même. Cette phase, qui est celle de l'écriture proprement dite¹³⁵, est non seulement

¹³⁴ V. D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O.Jacob, 1997, p.209.

¹³⁵ V. sur ce thème essentiel, sous la dir. de D. BOURCIER et C. THOMASSET, *L'écriture du droit ...face aux technologies de l'information*, Diderot éd., 1996

parfaitement identifiable, elle est encore agencée de telle manière que le texte puisse apparaître comme l'expression de cette Unité que compose le Législateur¹³⁶. « Tout l'effort de la doctrine classique, écrit G. TIMSIT¹³⁷, a consisté à préserver de la loi ce fait qu'elle est la loi de l'Un, du Maître, du souverain, de celui qui est seul à pouvoir lui donner le sens qu'en définitive on lui reconnaît ». Et le même auteur d'ajouter¹³⁸ : « Ce qui est important, c'est ce présupposé fondamental auquel ne renonce jamais la doctrine classique, qu'elle est là, devant la Parole dont elle ne fait que dire le sens voulu par celui qui l'a proférée ». Dans le temps juridique de son adoption, la loi est en quelque sorte en plein accord avec sa propre fiction, celle du législateur héroïque dans ses œuvres¹³⁹.

Ici, c'est bien évidemment l'idéologie qui parle, l'idéologie au sens d'un redoublement imaginaire d'une réalité fantasmée. Montages intellectuels qui font bien mieux que donner à voir : ils laissent croire. Et ces croyances sont largement partagées par des juristes qui semblent les pratiquer comme une seconde nature. N'est-il pas pour eux évident que le droit est bien là, en dépôt, dans les mots et les lignes de la loi ? Ces mots, comme le texte qu'ils composent, sont bien le produit voulu de la délibération. Bref, ils sont un produit délibéré dans le double sens de ce terme. C'est bien pourquoi les instances de contrôle de la loi, plus spécialement le Conseil constitutionnel, se montrent si justement soucieuses de la qualité et de la crédibilité de la délibération. Reste que le couple législation/délibération réfléchit une conception du droit et de la juridicité qu'on ne saurait recevoir sans recul.

A.-1. Nouvelles exigences juridiques en matière de qualité de la délibération

Dans l'évolution qu'a suivie ces dernières années la jurisprudence constitutionnelle, il y a le souci du juge de la loi de redonner à la délibération parlementaire sa nature et sa signification propres¹⁴⁰. Il s'agit, par les moyens de la jurisprudence, de revenir sur des modes de fabrication et d'écriture de la loi qui, par leur banalisation même, en compromettent les fonctions et jusqu'à l'identité juridiques. Les problèmes auxquels il est ainsi fait allusion sont trop connus pour qu'il soit raisonnable de les évoquer longuement.

¹³⁶ Ce mythe de l'Un, de l'Unité ou de l'Unicité est spécialement actif dans le *Contrat social* de ROUSSEAU, où la loi légitime est celle qui a été adoptée sur le fondement du libre consentement de tous. Le « tous » étant identifié à un corps commun, le corps civique, dont chaque citoyen est une composante qui ne peut que vouloir le bien de tous. La loi devient ainsi ce lieu exclusif où s'accomplit l'accord général de tous par tous. V. là dessus, G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, col. *Les voies du droit*, 1991.

¹³⁷ Ouvrage précité, p.52.

¹³⁸ Ibid., p.53.

¹³⁹ V. ; pour illustration ce que M. HAURIOU a pu écrire de la loi dans son *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., rééditée par Dalloz, 2002, p.563-564 par exemple.

¹⁴⁰ V. pour une synthèse, D. CHAMUSSY, *Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité de la législation. Evolution récente de la jurisprudence*, RDP, n°4/2007, p.1073-1098. Cf. encore, J-P. CAMBY, *Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée*, RDP, n°2/2006, p.293-300, et, C. BEAUGENDRE, *La défense par l'Assemblée nationale de ses prérogatives de délibération. A propos de l'ajournement d'un projet de loi et d'une modification du règlement*, Revue française de droit constitutionnel, n°61/2005, p.189-201.

Il est toutefois difficile de ne pas les convoquer ici, dans la mesure même où ils touchent au plus près la question des modes et modalités d'adoption de la loi.

Ainsi doit-on faire mention de la décision du 24 juillet 2004 dans laquelle le Conseil constitutionnel rappelle que la loi a pour vocation d'être revêtue d'une portée normative, et celle du 21 avril 2005 où, faisant application de ce principe, il censure des dispositions dépourvues de cette qualité juridique. C'est que la délibération ne saurait servir la seule cause de la communication politique¹⁴¹, tandis qu'elle se doit d'être au service des exigences supérieures de la volonté générale. Elle ne saurait donc se suffire à elle-même, ni s'auto-justifier : il lui appartient de créer les conditions qui rendent possible la formulation des règles. Aussi est-il dit, de façon solennelle, que délibérer n'est pas simplement parler ou débattre : cette opération collective est tout à la fois fortement codée et finalisée.

Il en est de même avec la décision en date du 21 avril 2005 : sans remettre en cause les principes de la jurisprudence dite « prix et revenus », elle suppose un souci de plus grande vigilance à l'égard de certains des égarements réglementaires de la loi. En l'occurrence, le Conseil constitutionnel précise que la délibération ne peut valablement se déployer que dans un champ constitutionnellement circonscrit : l'hypertrophie de la loi contribue à la dévalorisation de la délibération, laquelle conduit à la déchéance de la loi.

L'argumentation se poursuit logiquement au travers des usages jurisprudentiels du principe de clarté et de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Il est ici plus que jamais question du travail d'écriture des textes, tel que le réclame la logique délibérative. Le titre même de la présente contribution y trouve comme une justification immédiate : l'imprécision de la loi, le caractère éventuellement équivoque de sa formulation sont rarement l'effet du hasard ; ce sont là autant de traces formelles de stratégies où les jeux d'acteurs et la pression des clientèles sont déterminants. Ce n'est qu'à la condition de pouvoir se libérer de ces contingences – ou de pouvoir se prétendre telle – que la délibération est réputée porter la volonté générale.

Peut-être m'objectera-t-on que cette jurisprudence vise la loi plus que la délibération dont elle procède ! Il n'en reste pas moins que les règles qu'elle consacre impliquent le travail d'écriture, de mise en forme et de mise en scène du texte : tout cela qui est travail de délibération. En tout état de cause, la jurisprudence constitutionnelle a dans le même temps agi sur les conditions pratiques dans lesquelles

¹⁴¹ Sur cette dérive bien connue de la loi, outre l'étude précitée d' Y. GAUDEMET, cf. D. ROUSSEAU, *La loi ? Un instrument de communication*, Le Monde, 8 février 2005, p.17.

s'accomplit l'œuvre délibérative : l'encadrement du recours au *droit d'amendement* auquel contribue le Conseil constitutionnel¹⁴² permet, là encore, de singulariser l'identité juridique de la délibération, par rapport à celle des pratiques de négociation.

A.-2. Vieilles certitudes juridiques en matière de droit de la délibération parlementaire

La conception générale de la production normative, comme d'ailleurs la conception générale du droit auxquelles renvoient les développements précédents ne sauraient être reçues sans une sérieuse relecture critique. A s'en tenir aux observations qui viennent d'être faites, on pourrait croire que le droit naît bel et bien de la délibération dont il procède. On aura reconnu dans ce discours la force de cette doxa voulant que la loi porte les normes comme autant de choses avérées dont le juge sera, le cas échéant, chargé de faire application. Ainsi la règle générale qu'est la loi sera, au sens propre de ces mots, mise en œuvre dans toutes les situations particulières et concrètes inscrites par avance dans son champ d'intervention. A partir de là tout s'enchaîne, selon des conventions dont la doctrine fait un usage quasi spontané : il suffit au juge de déclarer qu'il ne fait qu'exposer ce que le législateur a dit. Tout se passe donc comme si le juge se bornait à accomplir ce qui a été énoncé par la loi. Bref, il lui revient de faire, en le disant, ce qu'a proclamé avant lui, le législateur.

Ce schéma bien connu autour duquel un véritable *récit doctrinal* s'est depuis longtemps structuré, est-il crédible ? Jusqu'où est-il même raisonnable d'y croire ? Pourquoi feindre d'ignorer qu'avant toute chose ce que renferme la loi, ce dont elle est faite, ce sont des *mots* et non des *normes* ? La normativité n'a tout de même rien d'une substance matérielle que les mots, choisis après délibération par le législateur, nous rendraient visibles par transparence ! Les juristes savent bien, et ils ne sont pas seuls à le savoir, que les mots retenus par les textes ont pu l'être pour leur indétermination même ou pour leur charge d'ambiguïté. Et ce qui vaut pour les mots est évidemment valable pour les phrases, autant dire pour le texte ! Disons les choses autrement : c'est des juges et non du législateur que dépend la portée normative de la loi. « Le contenu normatif, fait observer D. ROUSSEAU¹⁴³, n'est pas dans le message (parlementaire) nécessairement vague ou déclaratif ; il se construit dans le travail juridictionnel de qualification, qui est toujours un travail au cas par cas où s'enroulent message écrit et faits de l'espèce ». Sans qu'il soit ici opportun de pousser cette logique jusqu'à son terme¹⁴⁴ – elle conduit fatalement à la

¹⁴² V. sur ce point particulier, P. AVRIL et J. GICQUEL, *Le triomphe de l'« entonnoir » (A propos de la décision « lutte contre le terrorisme » du Conseil constitutionnel)*, Les Petites Affiches, 15 février 2006, p.6-9.

¹⁴³ Formule tirée de l'article précité de D. ROUSSEAU.

¹⁴⁴ Il faudrait pour cela faire retour sur l'immense question de l'interprétation, telle qu'elle a pu notamment être relancée en France dans les travaux de M. TROPER : une entreprise qui dépasse les limites de l'exercice proposé ici.

déconstruction du sens de la loi – elle oblige pour le moins à regarder autrement le sujet : ce qui se joue dans l'adoption délibérée de la loi n'est nullement la *normativité*, mais beaucoup plus trivialement : la *textualité*. Voilà qui, de mon point de vue, permet d'envisager beaucoup plus sereinement l'interrogation sur l'idée d'adoption contractuelle de la loi.

B.- L'examen de la pratique montre en quoi, et jusqu'où, il peut être justifié de parler d'adoption négociée de la loi

On ne saurait soutenir une telle thèse sans l'avoir replacée dans la configuration institutionnelle à laquelle elle appartient : les modes de fonctionnement du Parlement comme les comportements parlementaires contribuent à la préparation d'un terrain favorable au déploiement de pratiques négociées, de type contractuel - on évitera, pour les raisons évoquées plus haut, l'emploi naïf et inapproprié du terme même de contrat qu'il convient de réserver à un type bien particulier d'échanges sociaux.

B.-1. Eléments de problématique générale

Parmi les facteurs susceptibles de fonder la formulation d'un discours sur la fabrication contractuelle de la loi, en voici trois qui, pour être bien connus, doivent être ici retenus. Si aucun d'entre eux pris séparément ne vaut reconnaissance d'un pareil phénomène, tous trois désignent l'écart existant entre la représentation mythique de la loi comme mode d'expression unilatérale de la volonté générale, et ce qu'est, en situation, l'écriture d'un texte.

Il y a en premier lieu la prise de distance, de plus en plus visible, parce qu'elle est devenue juridiquement inévitable, avec la référence incantatoire au Législateur. Sans doute, une fois votée et promulguée, la loi est-elle imputée à cette entité englobante et intimidante que constitue le Législateur¹⁴⁵. Cette rhétorique n'a bien sûr rien d'innocent : pour reprendre les termes d'une étude de F. OST et M. Van de KERCHOVE, la rationalité et la souveraineté, toujours supposées, du Législateur, figurent parmi les principaux paradigmes de la pensée juridique¹⁴⁶. Les développements du contrôle de constitutionnalité rendent évidemment difficile la pérennisation d'un discours qui se heurte à la jurisprudence du Conseil constitutionnel affirmant que le loi n'exprime la volonté générale que dans les limites et le respect de la

¹⁴⁵ Sauf chez ceux qui, parmi les juristes, admettent après L. DUGUIT (*Les transformations du droit public*, ré-éd. La mémoire du droit, 1999, p.75) que « La loi est tout simplement l'expression de la volonté individuelle des hommes qui la font, chefs d'Etat, membres du Parlement. En dehors de cela, tout ce que l'on peut dire relève de la fiction ».

¹⁴⁶ V. leur ouvrage *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires St Louis de Bruxelles, 1987, p.97-134.

Constitution¹⁴⁷. Il y a, de la part du juge de la loi, comme une revendication de pouvoir dont l'exercice répété change les conditions d'écriture du texte. Si par ailleurs on veut bien se souvenir, qu'en amont de la phase d'adoption proprement dite, le Conseil d'Etat joue un rôle parfois essentiel dans la formalisation des projets, on peut comprendre le mot de J. FOYER déclarant : « Il y a en France deux assemblées chargées de faire la loi : le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel »¹⁴⁸. Une fois dissipée l'ombre encombrante du Législateur, l'économie de la loi apparaît pour ce qu'elle est vraiment. A. HOLLEAUX en a donné la description suivante¹⁴⁹ : « Les livraisons du Journal Officiel qui ont une apparence d'airain, dissimulent les montagnes de compromis, de consensus échangés et parfois les diktats de groupements puissants ou obstinés. On y découvre de plus en plus de dispositions liées, inséparables les unes des autres ; elles sont la projection de conjugaisons de forces soit publiques (les administrations traitent entre elles comme le font les entreprises privées) soit professionnelles ou sociales. Grattez le décret, vous découvrirez le pacte. Ecornez le statut, vous découvrirez une convention collective (...) On en vient à se demander si, toute honte bue, il ne serait pas meilleur de savoir à quoi s'en tenir en substituant à des textes ayant une étiquette de puissance publique, des codes professionnels ou des conventions sans masque ».

Un second argument peut être emprunté à la théorie de la décision telle qu'elle a été établie par L. SFEZ en particulier, dans le cours des années 70¹⁵⁰. On y apprend que la pratique décisionnelle se charge de contrarier, voire de contredire la modélisation de la décision où les codes de la pensée juridique prennent toute leur part. Selon cette dernière la décision se découpe en un certain nombre de séquences dont chacune correspond à une fonction particulière dans le processus. C'est l'ensemble, articulé, de ces fonctions qui est constitutif de la décision. En pratique, loin d'obéir à un schéma séquentiel linéaire, la décision suit un cheminement circulaire qui avance en boucles en tournant sur lui-même. C'est bien ce qu'à sa manière relevait aussi A. HOLLEAUX¹⁵¹ : « Dans la réalité, il est vrai de dire que les trois phases classiques de préparation, décision, exécution, interfèrent sans cesse et parfois s'inversent (...) Il n'y a pas plus lieu de dissocier ces phases qu'il est vain de distinguer, dans la vie économique, les études et les réalisations qui sont en fait imbriquées ».

Enfin, comment ignorer le phénomène beaucoup plus général du brouillage des catégories et du mélange

¹⁴⁷ Certes rien n'interdit d'affirmer, comme le font certains auteurs à la suite de M. TROPER, que le Conseil constitutionnel est un co-législateur. Mais il faut alors accepter d'en tirer toutes les conséquences, notamment du côté de la théorie de la démocratie représentative. V. en ce sens M. TROPER, *Fonction juridictionnelle et pouvoir judiciaire*, in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, col. *Léviathan*, p.95-105.

¹⁴⁸ Propos rapportés par P. AVRIL dans sa contribution au n°114/2005 de la revue *Pouvoirs*, parue sous le titre : *Qui fait la loi ?*, p.89.

¹⁴⁹ Dans son étude précitée du Bulletin de l'IIAP, p.19.

¹⁵⁰ Cf. L. SFEZ, *Critique de la décision*, Presses de la FNSP, 3ème éd., 1981, et, *La décision*, PUF, col. *Que sais-je ?*, 1984

¹⁵¹ Etude précitée, p.13

des genres ? La chose est bien connue, qui sert à illustrer, parfois, certaines problématiques rangées sous la rubrique accueillante de la « post-modernité » juridique¹⁵². Sont plus spécialement concernés ici deux processus croisés d'hybridation, souvent décrits, entre loi et contrat : l'un qui donne naissance à des lois-conventions, l'autre qui fait advenir des conventions légiférantes. On retrouve ici des débats classiques, en particulier ceux auxquels a pu donner lieu la nature juridique des conventions collectives. Brouillage généralisé qu'A. SUPIOT présente ainsi : « Dès lors qu'elles participent des sources du droit, les conventions se chargent de normes qui échappent au bon vouloir de ceux qui les négocient ou les mettent en œuvre. Le droit conventionnel est instrumentalisé par la loi, qui programme sa négociation. Mais à l'inverse, la loi et le règlement peuvent se trouver eux-mêmes instrumentalisés par des accords qui se situent en amont de la décision politique et en fixent l'orientation »¹⁵³. Déjà, dans son analyse des transformations du droit public¹⁵⁴, L. DUGUIT faisait grand cas de ces conventions collectives dans lesquelles il voyait un bon motif de refuser, selon ses termes, « la conception impérialiste du droit ». Celle-ci, en effet, ne peut se passer de l'opposition édifiante entre la loi et la convention que les réalités juridiques démentent !

B.-2. Le cas particulier de l'adoption contractuelle de la loi

La question exposée à présent n'est pas à proprement parler celle de la qualification (ou de la déqualification) d'une loi qui serait improprement considérée comme un acte unilatéral, alors qu'elle aurait tout d'un contrat. On peut faire état en ce sens d'interrogations classiques relatives à la nature incertaine de certains types de textes, telles que les lois de programme ou de programmation par exemple. A bien des égards ne peut-on pas dire de toute loi qu'elle est le résultat d'un compromis négocié entre des intérêts en concurrence, plutôt qu'un acte délibéré en vue de l'identification de l'intérêt commun ? En l'occurrence, le doute n'est pas permis : la loi dont il est ici question est bien une loi. Mais, c'est dans le cours même de la délibération qui lui donne forme de loi que la logique contractuelle va, le cas échéant, s'insinuer. Le questionnement ne porte donc pas sur l'économie de la loi, en ce quelle pourrait relever de l'ordre du contrat, mais sur son mode de fabrication, sur la façon dont elle s'écrit tout au long de la délibération parlementaire. La loi peut fort bien se penser sur le modèle du contrat ; elle peut fort bien fonctionner à la manière d'un contrat ; mais s'écrit-elle comme un contrat ?

Ainsi circonscrite, l'hypothèse qui nous retient doit être clairement dissociée de situations voisines. Celle

¹⁵² V. notamment J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique*, RDP, n°3/1998.

¹⁵³ Cf. A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd du Seuil, col. *La couleur des idées*, 2004, p.268. Sur ces questions, v. aussi C. BESSY, *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, 2007

¹⁵⁴ Titre de l'un des ouvrages, op. cit., de l'auteur.

par exemple qu'évoque Philippe JESTAZ lorsqu'il utilise l'image de la « législation privée »¹⁵⁵. Dans cette rubrique l'auteur fait entrer la cas des conventions collectives, parce qu'elles se présentent sous l'apparence d'un acte négocié entre les partenaires sociaux, tout en produisant les effets de la loi. « A notre sens, dit-il, il s'agit même de l'exemple le plus achevé de législation privée »¹⁵⁶. D'autres, que gêne une pareille formulation, préféreront parler d'actes mixtes ou d'actes sui generis¹⁵⁷. Mais qu'importe en l'occurrence ! On s'écartera également d'une autre situation-type qui se sépare de la précédente en raison notamment de la personnalité juridique des acteurs impliqués : l'Etat central d'un côté, les collectivités territoriales de l'autre. Il est ainsi fait allusion aux conventions fiscales qui ont été à l'origine de la décision n°83-160 du Conseil constitutionnel en date du 18 juillet 1983 et relative à la loi approuvant une pareille convention entre l'Etat et le T.O.M. qu'était alors la Nouvelle Calédonie¹⁵⁸. Nous disposons ici, consacré par le juge constitutionnel, d'un bel exemple d'usage du procédé contractuel dans l'action législative elle-même. Il s'agit de « contrats » à effets législatifs d'autant plus remarquables qu'ils interviennent dans une matière, la fiscalité, qui demeure a priori réfractaire aux techniques conventionnelles. Reste qu'il y a bien là une forme de législation qui se fabrique par voie contractuelle.

Mais, aucun de ces deux cas ne donne vraiment accès à l'objet que l'on cherche ici à saisir : la présence active du contrat jusque dans le déroulement de la procédure de délibération législative proprement dite. Il est au moins possible de décrire les principales voies qu'une recherche de ce type est susceptible d'emprunter.

On ne manquera pas de relever les procédés et les registres d'écriture, dans la mesure où tous renseignent sur les modes d'élaboration du texte. Derrière l'unité formelle de ce dernier, il y a, pour reprendre une terminologie empruntée à A. HOLLEAUX¹⁵⁹, des réserves, des conditions suspensives, des cas particuliers, des dispositions transitoires, des exceptions, des dérogations, des options¹⁶⁰, etc... Comme le fait remarquer cet auteur, « Deux textes sur trois sont des « anticonhérences » ; des juxtapositions de gages échangés, le fruit de compromis entre services qui y glissent des pétards à

¹⁵⁵ Cf. P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, col. *Connaissance du droit*, 2005, p.35 et s.

¹⁵⁶ Ouvrage précité, p.39.

¹⁵⁷ V. Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, col. *Bibliothèque de droit public*, 1971.

¹⁵⁸ Cf. sur cette décision les commentaires de J-P. JARNEVIC, *AJDA*, 1984, p.24 et s. ; H. LABAYLE, *JCP*, 1985, 2, 20352, et, l'étude de F. MODERNE, *L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques*, *RFDA*, n°0/1984, p.1-20.

¹⁵⁹ Etude précitée du Bulletin de l'IIAP.

¹⁶⁰ Sans doute pourrait-on y ajouter le silence des textes. C'est justement en ne disant rien, là où son discours était logiquement attendu que la loi révèle tout le poids des intérêts au service desquels elle sera mise. On pense ici à la question ignorée du statut de la ville dans la révision constitutionnelle de 2003, et à celle, occultée, de l'élection au suffrage universel direct des conseillers des EPCI. Pour une réflexion sur ces questions institutionnelles, cf. J. CAILLOSSE, *La décentralisation, Acte moins deux*, *Pouvoirs locaux*, n°57/2003, p.7-14

retardement ». C'est dire qu'au delà des apparences qu'imposent des mises en forme codifiées, la loi n'est bien souvent qu'« un conglomérat de morceaux rapportés ». Là, dans ce que le texte ne peut dissimuler des « bricolages » qui le constituent, il y a les traces de négociations plus ou moins laborieuses.

Il est par ailleurs certains phénomènes, qualifions-les de « rattrapage », qui sont autant d'ouvertures possibles sur les profondeurs négociées d'un texte. Sont ainsi désignées des interventions législatives destinées à permettre le retour sur des textes antérieurs, afin d'y introduire des nuances nouvelles, des dérogations ou des brèches. Il s'agit alors, souvent sous la pression d'élus qui se font les porte-paroles d'intérêts jusqu'alors contraints par la loi, d'autoriser par exemple à aménager et à construire quand partout ailleurs l'interdiction demeure la règle. On pense, entre autres exemples, à la façon dont la loi littoral¹⁶¹ a pu se trouver « caviardée » d'exceptions ouvertes à la suite de véritables pratiques de harcèlement dont il serait tout à fait concevable de reconstituer la petite histoire. Elles montrent de quelle manière la loi peut parfaitement se trouver soumise aux jeux d'intérêts particuliers, de groupes sociaux, ou encore de territoires (la Corse, la Réunion, certaines agglomérations, etc...). L'inscription de ces différents particularismes dans le texte de la loi devient d'ailleurs ensuite un argument de poids pour la promotion d'une autre politique législative, plus soucieuse de ce qu'on appellera, à des fins légitimantes, les « réalités », quand ce ne sont pas les « nécessités économiques ».

Sans doute y a-t-il là une piste de réflexion qu'il conviendrait d'emprunter de façon plus systématique et rigoureuse. L'expression des intérêts est relayée et prise en compte par des représentants de la Nation qui, la plupart du temps, sont aussi et en même temps, en France comme nulle part ailleurs, des élus locaux. Et le cumul des mandats est à coup sûr l'un des facteurs institutionnels et politiques qui détermine et marque profondément l'écriture de la loi. Les textes relatifs aux territoires et tout spécialement ceux qui servent de supports aux politiques de décentralisation en fournissent d'éclatantes illustrations. Tout se passe comme si l'article 24 de la Constitution d'après lequel le Sénat assure la représentation des collectivités territoriales de la République avait été « recodé » et que la Haute Assemblée se trouvait en charge de défendre les intérêts des élus locaux¹⁶². Organisée en fonction de ces paramètres, la délibération des lois intéressant les entités infra-étatiques ne peut que s'offrir au jeu comme à la promotion de ces intérêts.

Pour qu'un programme d'investigations visant le phénomène de la loi contractuelle soit crédible, il lui faut encore appréhender l'un des champs où elle semble connaître ses développements les plus édifiants : les relations du travail. Là, la logique de la négociation l'emporte sur celle de la délibération et l'aspect

¹⁶¹ V. sur ce texte, J. CAILLOSSE, *Qui a peur du droit littoral ?*, Revue juridique de l'environnement, 1994, p.513-530.

¹⁶² V. en ce sens, F. ROBBE, *Le Sénat à l'heure des demi-réformes*, Revue française de droit constitutionnel, n°56/2003, p.725-758.

final de la loi est l'expression de cette hiérarchie qui se lit dans la structure, la composition et jusque dans l'écriture du texte. Les figures baroques, boursouflées, de la loi sont autant de traces visibles des négociations qui les « informent ». Alain SUPPIOT¹⁶³ montre que ce phénomène est d'ailleurs susceptible de prendre deux formes. Il se peut que la loi se soit bornée à transcrire les termes d'un accord intervenu préalablement à la suite d'une négociation collective entre partenaires sociaux. Rien n'empêche alors d'affirmer, comme le fait l'auteur, que cet accord a « fait fonction de projet de loi ». Le pouvoir d'initiative des lois attribué par la Constitution aux seuls gouvernement et Parlement a, un temps, changé de mains : il a été exercé par les partenaires sociaux. Autrement dit, « La démocratie non parlementaire conduit ainsi à des techniques d'habilitation de contractants légitimes, aptes à concourir à l'élaboration contractuelle des lois »¹⁶⁴. Pour être complète, la légalisation de l'accord implique même ne limitation en amont, préventive en quelque sorte, du droit d'amendement. Pour ce faire, le gouvernement pourra réclamer la mise en œuvre de la procédure de vote bloqué. D'autant qu'il aura été probablement pressé d'agir en ce sens par ceux qui se sont préalablement accordés ! Ainsi s'accomplit une sorte de détournement de l'article 44 alinéa 3 de la Constitution. Mais il se peut encore que la loi soit fabriquée en deux temps. C'est le cas lorsque le processus de l'élaboration législative est entrecoupé par une phase de négociation. Le texte est alors produit au terme d'un mouvement comprenant une première délibération (la loi fixe le cadre général dans lequel les partenaires sociaux sont invités à prendre place), une négociation (elle vise à atteindre les objectifs fixés dans la loi de cadrage), et une seconde délibération qui intervient pour légaliser l'accord.

Conclusions

1. Le traitement du sujet annoncé par le titre de la présente contribution se prête sans doute à une relecture de certaines catégories juridiques, comme à celle des pratiques auxquelles elles sont soumises. Le fait que nous soyons installés dans une période au cours de laquelle les juristes ne retrouvent plus leurs vieux repères – il en est ici incontestablement question avec les hésitations qu'entretiennent les caprices de la ligne de partage entre la Loi et le Contrat – ne signifie nullement que ces repères aient disparu. Ils se sont déplacés, ils ont même peut-être changé de sens, mais ils n'ont pas été dissous. Force est donc de continuer à en faire usage.

2. On veillera par ailleurs à ne pas franchir innocemment d'autres frontières. Tout spécialement celles qui séparent différents modes de connaissance. L'emploi des notions ne peut se concevoir au delà de certains seuils à partir desquels on assiste à leur instrumentalisation ou à leur manipulation. On entre ainsi, en

¹⁶³ Cf. *Homo juridicus*, op. cit., p.244 et s.

¹⁶⁴ Même ouvrage, p.269

effet, dans cet espace totalement aléatoire qu'ouvre le jeu des métaphores et de métonymies. L'actuelle banalisation des utilisations métaphoriques du terme de contrat aboutit fatalement à faire voir du contrat partout. Tout ou presque finit par être vu à travers le prisme fantasmatique du contrat¹⁶⁵. Le problème est alors de savoir ce que ce regard peut apporter à la connaissance des réalités institutionnelles.

3. En usant et abusant de la rhétorique contractuelle les responsables politiques ne peuvent que contribuer au brouillage des catégories juridiques. Ne se disent-ils pas liés à leurs électeurs par un « pacte » qu'il leur faut honorer en lui donnant une expression législative ? Sont ainsi soumis à la délibération du Parlement, laquelle en perd sa dimension imprévisible, des textes qui ne sont plus guère susceptibles de modification : ne sont-ils pas l'expression écrite d'un « contrat-passé-avec-les-Français » ? Ces lois là ne sont pas seulement pensées en amont comme des contrats, elles n'ont d'autre sens que d'être ces contrats ! Le Parlement est ainsi voué à consacrer un pacte initial dont les lois ne sont plus que des déclinaisons nécessaires. Tout cela ne revient-il pas finalement à déplacer sur un autre registre un discours des plus convenus : celui de la surdétermination politique de la loi et de son travail d'élaboration ? On en conviendra : il n'y a pas là grand chose de vraiment renversant ! Tel est le risque évoqué ici : élargir jusqu'à l'insignifiance la notion de contrat.

¹⁶⁵ Ainsi est-on tenté de voir du contrat partout où il y a marché, marchandage, dialogue, arrangements, échanges, recherche de consensus, travail de négociation, compromis(sions), etc... Toutes ces représentations du contrat prennent sens dans une configuration où la décision est elle-même pensée sur un mode totalement fictif et dramatisé. Elles sont induites par la conception d'un décideur héroïque et quasi prométhéen. Derrière le mythe contractuel se retrouve cette idéologie de la décision dont L. SFEZ, ouvrages précités, avait jadis fait la critique.

LA RECEPTION DE LA LOI : CONSENTEMENT OU ADHESION ?

Par Rémy CABRILLAC

Professeur de droit privé à l' Université de Montpellier 1

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » : si la formule célèbre de l'article 1134 du Code civil ¹⁶⁶ montre que la fascination du contrat pour la loi ne date pas d'aujourd'hui, le droit contractuel continue de cultiver la métaphore, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription n'hésitant pas à parler par exemple de « loi contractuelle » ¹⁶⁷.

Mais la fascination est réciproque et le tropisme du contrat exerce une indéniable influence sur la loi, comme en témoignent par exemple les relations entre l'Etat et ses administrés ¹⁶⁸.

Ces jeux de miroirs entre loi et contrat n'ont rien de surprenant, tous deux présentant l'important point commun d'engendrer une norme. Ainsi s'explique par exemple que certaines règles s'appliquent de manière très voisine à la loi et au contrat. On peut évoquer à titre d'illustration les règles d'interprétation : le petit guide proposé par les articles 1156 et suivants du Code civil pour l'interprétation des contrats, maintenu pour l'essentiel par l'avant-projet de réforme du droit des obligations (cf. art. 1136 et s.), présente une parenté certaine avec les méthodes habituelles d'interprétation des textes législatifs ¹⁶⁹.

Le phénomène dit de contractualisation de la loi s'inscrit dans ces rapports de séductions réciproques.

Qu'est ce que la contractualisation ? Il est sans doute significatif que le terme n'apparaisse pas dans les principaux dictionnaires juridiques. Plusieurs définitions de la notion ont déjà été esquissées lors des séminaires organisés par le Centre René Demogue de l'Université de Lille 2 les années précédentes ¹⁷⁰. Il nous semble que la contractualisation pourrait être définie comme la transposition du modèle

¹⁶⁶ Sur cette formule, cf. C. JAMIN, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil, D. 2002, p. 901.

¹⁶⁷ Cf. par exemple, art. 1140-1 : « Toutefois, lorsque la loi contractuelle a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre ».

¹⁶⁸ Cf. par exemple, J. RIVERO et J. WALINE, Droit administratif, Dalloz, 21^{ème} éd., 2006.

¹⁶⁹ Cf. par exemple, F. TERRE, Introduction générale au droit, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 541 et s.

¹⁷⁰ Approche critique de la contractualisation (dir. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ), Droit et société, t. 16, LGDJ, 2007 ; Approche renouvelée de la contractualisation, (dir. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ), PUAM 2007.

contractuel dans une institution ou un mécanisme. Une des caractéristiques du modèle contractuel, consiste incontestablement dans la place fondamentale accordée au consentement ¹⁷¹. Dès lors, la contractualisation de la loi, repose essentiellement, selon nous, sur la transposition du rôle du consentement contractuel dans la loi.

Le consentement dans le contrat et le consentement dans la loi diffèrent assez sensiblement.

Dans le contrat, les consentements qui lient les parties interviennent au moment même de la formation du contrat. L'échange des consentements, élément indispensable et le plus souvent suffisant à la naissance du contrat intervient en un seul instant. L'image souvent employée du coup de foudre contractuel traduit bien cette instantanéité des consentements contractuels.

Dans la loi, l'intervention du consentement est beaucoup plus complexe.

On peut sans doute admettre l'existence d'un consentement originaire des citoyens qui fonde le pacte social et justifie par avance toutes les normes adoptées par l'Etat : c'est la fameuse théorie du contrat social ¹⁷² dont l'avatar le plus connu se trouve dans le Contrat social de Rousseau. Il s'agit alors d'un consentement à la loi abstrait et préalable.

Mais une loi adoptée peut rester lettre morte. La sociologie juridique a depuis longtemps dégagé le concept d'effectivité de la loi ¹⁷³.

Pour qu'une loi puisse être réellement appliquée, il faut qu'elle recueille l'adhésion des citoyens qui contribuent alors à son application. Les exemples d'ineffectivité sont particulièrement éclairants en cas de transplantation d'un mécanisme juridique d'un pays à un autre, phénomène bien connu des comparatistes ¹⁷⁴.

Par exemple, les codes adoptés par les pays africains au lendemain de leur indépendance, souvent copiés sur le modèle de ceux de l'ancienne puissance coloniale, constituent une illustration topique d'ineffectivité, faute d'adhésion des citoyens aux dispositions qu'ils édictent. La majorité de la population, essentiellement rurale, reste étrangère au mode de raisonnement et au contenu des nouveaux codes, continuant à appliquer le droit coutumier ancestral ¹⁷⁵.

¹⁷¹ Cf. par exemple J. GHESTIN, V° Contrat, in Dictionnaire de la culture juridique (dir. D. ALLAND et S. RIALS), Lamy-PUF, 2003. Sur la notion de consentement et en particulier sa distinction avec la volonté, cf. M.-A. FRISON-ROCHE, remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTDCiv. 1995, p. 573 et s.

¹⁷² Cf. S. GOYARD-FABRE, V° Contrat social, in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.

¹⁷³ Cf. l'article fondateur de J. CARBONNIER, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, in Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 136 et s.

¹⁷⁴ Cf. par exemple, E. AGOSTINI, Droit comparé, PUF, Droit fondamental, 1988, n° 125 et s.

¹⁷⁵ R. CABRILLAC, Les codifications, PUF, 2002, p. 290 et s.

Ce consentement à la loi, concret puisqu'il porte sur un texte ou un ensemble de textes spécifiques, postérieur, puisqu'il intervient après l'entrée en vigueur de la loi, n'est pas juridiquement nécessaire mais est sociologiquement indispensable : il conditionne l'effectivité de la loi.

Du fait que ce consentement intervienne postérieurement à la loi, on peut plutôt parler d'adhésion à la loi. L'étymologie va en ce sens puisque le mot « adhésion » vient du latin *adhaerere*, s'attacher à.

Le droit contractuel suggère lui-même ce terme d'adhésion : la théorie générale des contrats ne distingue –t-elle pas le contrat de gré à gré, « contrat dont les parties peuvent librement négocier les clauses » et le contrat d'adhésion, « contrat dont une des parties ne peut librement négocier les stipulations, devant adhérer à celles fixées par son contractant »¹⁷⁶ ?

Parler d'adhésion permet de relativiser la portée de cette contractualisation de la loi : le citoyen adhère ou non à la loi telle qu'elle est entrée en vigueur sans qu'il ait son mot à dire sur le contenu même de la loi.

Mais parler d'adhésion permet de justifier ce terme de contractualisation : de la même manière que le contrat d'adhésion demeure un contrat, tenter d'associer le citoyen à l'effectivité de la loi relève de la contractualisation.

Les pouvoirs publics contemporains ont bien perçu l'importance de cette adhésion des citoyens à la loi afin d'assurer son effectivité et tentent de la renforcer.

Ainsi, la négociation entre l'Etat et les partenaires sociaux comme préalable à une intervention législative constitue une politique menée, avec des phases d'avancée et de repli, depuis plusieurs décennies, et serait aujourd'hui un des traits caractéristiques du « social-sarkozysme »¹⁷⁷. La mode est aujourd'hui, jusqu'au ridicule de l'excès, à la « grenellisation »...

L'article L 2211-1 du Code du travail, issu d'une loi du 31 janvier 2007, qui oblige le gouvernement à une concertation avec les organisations syndicales d'employeurs et de salariés pour tout projet de réforme qui porte sur les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle, traduit juridiquement cette place symbolique accordée au dialogue social fondé sur le contrat dans la politique de l'Etat.

De plus en plus fréquemment, la loi se borne à donner un habillage législatif à un accord antérieur. La loi en vient même à être présentée comme un pis-aller, une solution subsidiaire de dernier recours entachée d'une image négative : « Si vous ne concluez pas un contrat, tant pis pour vous, vous aurez une loi ! »...

¹⁷⁶ Dictionnaire du vocabulaire juridique, dir. R. CABRILLAC, Litec, 2^{ème} éd., 2004, Vis contrat de gré à gré et Contrat d'adhésion.

¹⁷⁷ Cf. M. NOBLECOURT, Le Monde, 14 sept. 2007, p. 2.

Comment expliquer l'émergence et le développement de ce souci des pouvoirs publics de susciter l'adhésion des citoyens à la loi ? L'interrogation mériterait une plus longue analyse mais cette évolution puise sans doute ses racines dans la crise de la loi qui a affaibli l'image qu'elle pouvait avoir au lendemain des Lumières, de la Révolution et du Code civil. La nomophilie se fait plus circonspecte : la loi s'est dégradée et le citoyen ne lui obéit plus parce qu'elle est loi mais parce qu'il l'accepte en raison de ses besoins et de ses attentes.

Il nous semble précisément que c'est cette recherche d'une plus grande adhésion à la loi qui traduit une contractualisation de la loi.

Cette contractualisation de la loi s'inscrit ainsi dans le mouvement plus vaste de contractualisation de la société ¹⁷⁸, qui touche de nombreux mécanismes ou institutions juridiques comme, entre autres, la justice ou la famille ¹⁷⁹.

Ce mouvement a été ainsi perçu et décrit d'une manière générale qui est tout à fait transposable à notre étude, dans sa réalité mais aussi dans les faux semblants et les intentions moins avouables masquées derrière les mots.

Il faut ainsi être conscient que le terme de contractualisation n'est pas neutre.

Comme ont pu s'interroger les initiateurs de ce colloque, ne s'agit-il pas d'une rhétorique « développée à la seule fin de parer des décisions unilatérales de la force symbolique et pacificatrice du contrat » ¹⁸⁰ ?

Le phénomène décrit ne pourrait qu'être approuvé dès lors qu'il est baptisé contractualisation puisque le contrat est porteur d'une symbolique de paix et d'harmonie sociale.

Le terme de contractualisation bénéficie également de l'aura des travaux de Summer Maine ¹⁸¹ : le contrat constitue l'instrument qui libère l'homme du statut et marque le passage d'une société archaïque à une société moderne. La forme ne doit pas cacher le fond, la réalité ne doit pas être occultée derrière un terme délibérément choisi comme unanimiste voire politiquement correct.

¹⁷⁸ Cf. A. SUPIOT, La contractualisation de la société, in Qu'est-ce que l'humain, sous la dir. d'Y. MICHAUD, vol. 2, Odile Jacob, 2000, p. 157 et s.

¹⁷⁹ P. ANCEL, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in Approche renouvelée..., op. cit., p. 15 et s.

¹⁸⁰ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Présentation, in Approche renouvelée..., op. cit., p. 12.

¹⁸¹ Ancient law. Its connection with Early History of Society and Its Relation to Modern Idea, trad. Courcelle Seneuil, Paris, 1874.

Ce préalable méthodologique posé, cette contractualisation de la loi, qui n'hésite pas à s'inspirer de la théorie générale des contrats, n'est pas marginale puisqu'il nous semble qu'elle renouvelle les fonctions de la loi (I) mais aussi altère les caractères de la loi (II).

D) Une contractualisation qui renouvelle les fonctions de la loi

Le déclin de la fonction traditionnelle de la loi (A) s'accompagne de l'émergence d'une nouvelle fonction (B).

A) Le déclin de la fonction traditionnelle

La fonction traditionnelle de la loi est d'imposer un modèle de conduite sociale. Si l'on cantonne la loi à cette seule fonction, le risque d'ineffectivité s'accroît, les citoyens pouvant ne pas adhérer à des prescriptions imposées unilatéralement.

Aussi les pouvoirs publics contemporains ont-ils rogné cette fonction traditionnelle en permettant au citoyen d'écarter la loi d'une manifestation de volonté contraire. La contractualisation qui accroît le rôle de la volonté individuelle dans l'application de la loi en vient ainsi à affaiblir la fonction traditionnelle de la loi.

Telle est depuis longtemps la fonction de la loi supplétive, qui permet par définition même à une manifestation de volonté contraire de la mettre à l'écart ¹⁸².

Par exemple, il suffira d'une simple manifestation de volonté des parties à un contrat de vente pour écarter le régime légal de la garantie des vices cachés édicté par le Code civil.

Mais d'une manière plus contemporaine, c'est parfois une loi impérative, voire un droit fondamental, qui pourra être mis à l'écart par un individu à qui il ne convient pas.

L'exemple topique nous semble ici celui de la clause de conscience, le terme de « clause » étant révélateur de l'influence du modèle contractuel à travers le rôle reconnu à la volonté individuelle.

La clause de conscience permet par exemple au médecin, aux sages-femmes ou aux infirmières de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse (art. L 2212-8 CSP), conçue pourtant par ailleurs comme un droit subjectif dont l'entrave est pénalement sanctionnée (art. L 2223-2 C.pén.).

¹⁸² Cf. C. PERES-DOURDOU, La règle supplétive, Bibl. dr. privé t. 421, LGDJ, 2004.

Dans la même veine, la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce avait introduit au bénéfice du défendeur au divorce pour rupture de la vie commune une clause d'exceptionnelle dureté qui lui permettait d'éviter le prononcé du divorce si celui-ci présentait pour lui ou ses enfants des conséquences d'une exceptionnelle dureté (art. 240 anc. C.civ.): ce conjoint pouvait donc, si les conditions étaient remplies, décider de la mise à l'écart de la loi.

L'affaiblissement de la fonction traditionnelle de la loi, imposer une règle de conduite sociale, en raison de la contractualisation est accentué par l'émergence d'une nouvelle fonction assignée à la loi.

B) L'émergence d'une nouvelle fonction :

On a assisté à une importante évolution des fonctions assignées à la loi, une révolution même, fût-elle tranquille selon le mot du doyen Cornu ¹⁸³, amorcée par les réformes du droit des personnes et de la famille initiées par le doyen Carbonnier à partir des années 1960.

La loi n'impose plus mais propose plusieurs modèles de conduite, chacun choisissant celui qui lui convient le mieux en fonction de ses convictions ou de ses besoins.

Par exemple, la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce avait proposé aux couples souhaitant se séparer le divorce pour faute, le divorce par consentement mutuel, le divorce demandé par l'un accepté par l'autre ou le divorce pour rupture de la vie commune et la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce n'a pas modifié cette approche fondamentale.

On peut voir une autre illustration de cette évolution des fonctions de la loi dans les différents modèles de couples désormais proposés aux français depuis la loi du 15 novembre 1999 instaurant le pacte civil de solidarité. Les couples peuvent choisir entre, du plus souple au plus organisé, le concubinage ordinaire, simplement défini par l'article 515-8 du Code civil, le pacte civil de solidarité, au régime ébauché par les articles 515-1 et suivants du Code civil, et le mariage.

Comme l'a résumé le doyen Carbonnier dans une formule célèbre, « A chacun sa famille, à chacun son droit » ¹⁸⁴. Les conjoints vont par exemple pouvoir choisir leur type de divorce comme un entrepreneur son type de société ou un propriétaire son type de bail.

Le risque d'ineffectivité de la loi est atténué par le rôle accru de la volonté de chaque individu qui peut choisir le régime légal qui lui sera applicable parmi plusieurs proposés. Le lien entre cette nouvelle

¹⁸³ G. CORNU, Introduction au droit, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 301.

¹⁸⁴ Essais sur les lois, Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 181.

fonction de la loi et le souci de lutter contre son ineffectivité a été expressément souligné par les promoteurs de ce nouveau style législatif. Comme l'observait joliment le doyen Carbonnier, « On ne saurait accuser d'orgueil une loi parce qu'elle table sur sa propre application. Il est, cependant, de bonne stratégie, pour une armée en campagne, de ne pas exclure qu'elle pourra avoir à battre en retraite »¹⁸⁵.

Mais la contractualisation va même au-delà de ce renouvellement des fonctions de la loi puisqu'elle altère les caractères de la loi.

II) Une contractualisation qui altère les caractères de la loi

La contractualisation altère en effet certains des caractères traditionnellement reconnus à la loi : sa permanence (A) et sa généralité (B).

A) Altération de la permanence de la loi

La loi est en principe permanente, elle instaure une règle ayant vocation à durer jusqu'à ce qu'une nouvelle loi intervienne pour abroger l'ancienne.

Le peintre Mauzaisse souhaitant glorifier Napoléon le montre vêtu à l'antique gravant son Code civil sur du marbre pour l'éternité¹⁸⁶. On comprend aisément à travers cette métaphore l'utilité attachée à la permanence : celle-ci est gage de stabilité de la loi.

Cette permanence est renforcée en pratique par la rigidité de la loi : changer une loi, est un processus souvent très long, pour des raisons politiques ou techniques.

Par exemple, à partir des années 1970 l'immense majorité de la doctrine et des praticiens, comme les pouvoirs publics, étaient favorables à une augmentation des droits successoraux du conjoint survivant. Plusieurs projets de loi avaient été proposés, abandonnés faute de volonté politique. Il a fallu attendre la pression de la Cour européenne des droits de l'homme pour que soit enfin adoptée la loi du 3 décembre 2001 augmentant ces droits, plus de vingt ans après les premières propositions formulées en ce sens¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Ibid., p. 192.

¹⁸⁶ J.-B. MAUZAISSE, Napoléon écrivant le Code civil, 1808, La Malmaison, Musée de Bois-Préau.

¹⁸⁷ Cf. par exemple, P. MALAURIE et L. AYNES, Les successions, les libéralités, Defrénois, 2ème éd., 2006, n° 20.

Cette permanence et cette rigidité constituent un facteur d'ineffectivité de la loi que les pouvoirs publics ont voulu combattre en s'inspirant du modèle contractuel.

Le contrat valablement formé par l'échange des consentements lie les parties contractantes. Pour éviter qu'un contractant par un engagement d'un instant soit lié pour de nombreuses années, le législateur a multiplié les formes de contrats temporaires permettant aux parties ou à l'une d'entre elles de tester le contrat avant d'être lié.

Depuis 1804 et même au delà, l'acheteur de vin ou d'huile ne se voit lié par un contrat de vente qu'après avoir goûté le produit : c'est la vente à la dégustation de l'article 1587 du Code civil.

De même, petite variante, dans la vente à l'essai, l'acheteur a la faculté d'essayer la chose et n'est tenu d'acheter que si l'essai se révèle concluant. La période d'essai est également un mécanisme bien connu du contrat de travail.

S'inspirant du contrat à l'essai, le législateur a tenté la loi à l'essai.

On peut d'abord évoquer les lois temporaires, qui ne s'appliquent que pendant un temps déterminé. Ces lois temporaires ont existé de tous temps pour faire face à des situations de crises passagères, comme c'est par exemple le cas pour les lois de moratoire.

Mais une nouvelle version est apparue avec une fonction différente : faciliter l'adoption originelle de la loi en faisant espérer son éventuelle révision si elle se révélait inadaptée.

Ainsi, la loi bioéthique du 29 juillet 1994 contenait une disposition expresse prévoyant que dans les cinq ans de son entrée en vigueur, elle ferait l'objet d'un nouvel examen après évaluation de son application ¹⁸⁸. Ce nouvel examen a débouché sur la loi du 6 août 2004, qui prévoyait également un réexamen de ses dispositions dans un délai de cinq ans.

Dans ces dernières hypothèses, la loi n'est pas vraiment temporaire : elle continue à s'appliquer si aucun réexamen par le Parlement n'a lieu dans le délai prévu. Mais le but de cet engagement, de cette clause de réexamen de la loi, est de « faciliter, au départ son adoption et apaiser des réticences en faisant miroiter une occasion de révision » ¹⁸⁹.

Cette fonction est encore plus évidente dans d'autres lois qui sont vraiment temporaires, cessant de s'appliquer si une nouvelle loi ne les a pas prolongées à la fin de la durée initialement prévue. Ainsi, la

¹⁸⁸ Art. 21 : « La présente loi fera l'objet, après évaluation de son application par l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans à compter de son entrée en vigueur ».

¹⁸⁹ G. CORNU, Introduction au droit, op. cit., n° 327, note 26.

loi du 17 janvier 1975 qui autorisait dans certaines conditions l'interruption volontaire de grossesse, loi dont l'adoption a soulevé des controverses pour le moins passionnelles, a été adoptée au départ pour une période probatoire de cinq ans avant d'être pérennisée par une loi de 1979 ¹⁹⁰.

D'une manière plus générale, la contractualisation de la loi a favorisé le développement des lois expérimentales qui ne s'appliquent dans un temps limité et éventuellement qu'à certaines catégories de personnes.

Ce recours à l'expérimentation a suscité pendant longtemps de nombreuses réserves, en particulier du Conseil constitutionnel, au motif que la loi expérimentale pourrait être contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi ¹⁹¹. Mais ces réserves ne s'expliquaient que parce que l'expérimentation ne concernait qu'une catégorie de citoyens, fussent-ils précisément déterminés.

Pour lever toute difficulté et permettre la généralisation des lois expérimentales, une loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a inséré dans la Constitution un article 37-1 qui dispose que « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental ». Un alinéa 4 a également été ajouté à l'article 72 de la Constitution qui dispose que les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent « déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

L'actualité nous fournit une éclatante illustration de l'utilisation de la loi expérimentale pour mieux faire accepter une disposition controversée. Ainsi, dans la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, il est prévu que le recours aux empreintes génétiques afin de vérifier la filiation d'un candidat à l'immigration, qui a soulevé une véritable tempête médiatique, n'est applicable que jusqu'au 31 décembre 2010 et que cette disposition devra faire l'objet d'une évaluation de son application (art. 13).

Ce pas vers une loi « à la carte » a contribué à altérer, au-delà de la permanence de la loi, un autre de ses caractères fondamentaux, sa généralité.

B) Altération de la généralité de la loi :

¹⁹⁰ Art. 2 : « Est suspendue pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du Code pénal lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un médecin dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176 du code de la santé publique ».

¹⁹¹ Cons. constit. 22 janv. 2002, JO 23 janv. 2002, p. 1503.

La loi est en principe générale, comme le traduit de manière emblématique l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

Le contrat valablement formé par l'échange des consentements ne lie que les parties contractantes : le contrat ne crée pas une norme générale mais une norme individuelle qui ne s'applique qu'*inter partes*.

Une des facettes de la contractualisation, de l'influence du modèle contractuel sur la loi, se traduit par l'altération de la généralité de la loi. Les citoyens ne veulent plus se contenter du prêt-à-porter législatif identique pour tous mais réclament du sur-mesure.

Le phénomène est encore accentué par le rôle accru des groupes de pression déjà si bien décrit par Ripert¹⁹². La loi est tirée à hue et à dia, écartelée entre des intérêts particuliers divergents voire opposés.

Par exemple, le droit de la vente relativement unitaire de 1804 s'est aujourd'hui éparpillé en une multitudes de régimes spéciaux selon l'objet ou les parties au contrat : le tronc commun a éclaté en de multiples rameaux donnant naissance à une arborescence pour le moins touffue.

Ce phénomène d'altération de la généralité de la loi conduit en effet à des textes fragmentés qui se télescopent ou s'enchevêtrent, des textes au domaine d'application aussi étroit qu'incertain, des textes incohérents à force de vouloir satisfaire des intérêts divergents, des textes, en un mot, qui trahissent le souci d'égalité politique et de sécurité juridique qui devrait les habiter.

La contractualisation de la loi, qui repose sur une recherche d'une plus grande adhésion du citoyen à la loi, participe d'un souci contemporain de meilleure légistique afin de tenter de remédier à la crise de la loi. A ce titre, la contractualisation de la loi ne pourrait qu'être approuvée.

D'emblée, il faut apporter un bémol : l'effectivité de la loi qui constitue le fondement de cette contractualisation est un concept sociologique qui doit être manié avec la plus grande prudence, comme l'a démontré le doyen Carbonnier lui-même¹⁹³. La recherche d'une plus grande effectivité de la loi n'est pas une science exacte, la culture du résultat, tant à la mode aujourd'hui, serait en la matière inappropriée.

Ensuite l'émergence d'un unanimité horizontal se substituant à un unilatéralisme vertical¹⁹⁴ peut-être trompeur. Comme l'ont très bien montré les organisateurs de ce colloque, « le mouvement ne contractualisation n'est pas le signe d'une disparition de la soumission de l'individu à une autorité mais le

¹⁹² Cf. G. RPIERT, Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955, qui évoquait des « forces obscures qui luttent pour obtenir la règle jugée la plus favorable à certains intérêts » (n° 34).

¹⁹³ Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, art. cit.

¹⁹⁴ Pour une analyse plus générale de ce phénomène dans les rapports sociaux, cf. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau ?, Pour une théorie dialectique du droit, PU Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

symptôme d'un éclatement des lieux de pouvoir. Sous couvert d'horizontalité, ce sont de nouvelles verticalités qui s'instaurent, plus diffuses mais tout aussi asservissantes » 195.

Surtout, le souhait d'une plus grande adhésion du citoyen à la loi qui caractérise la contractualisation nous semble traduire d'une manière plus profonde les dérives une évolution des rapports sociaux.

Le refus d'une autorité trop apparente qui s'abrite derrière la contractualisation constitue une lâche solution de facilité face à la peur, qui ne paraît justifiée que par une mode intellectuelle contestable, d'une notion pourtant consubstantielle à la loi.

Cette peur injustifiée porte en elle-même une dérive plus profonde encore, susceptible d'altérer le processus législatif et l'essence de la loi.

Poussant la recherche du consensus à l'extrême, le législateur pourrait être tenté d'édicter des normes non parce qu'elles lui paraissent bonnes mais parce qu'elles correspondraient ou sembleraient correspondre aux attentes des citoyens, attentes des citoyens, que l'on aurait pu à l'extrême manipuler pour les faire naître ?

Comme pouvait le constater récemment Robert Badinter « on est entré dans un système où la loi devient un mode de communication politique » 196. On glisserait ainsi vers une société du marketing législatif dans lequel la loi ne serait plus la traduction de l'intérêt général mais le faire valoir du législateur.

La loi au service du législateur et non plus le législateur au service de la loi : une révolution copernicienne qui pourrait caractériser un avatar supplémentaire du phénomène contemporain de dénaturation de la loi...

¹⁹⁵ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Présentation in *Approche renouvelée...*, op. cit., p. 12.

¹⁹⁶ *Le Monde*, 9-10 septembre 2007, p. 13. Ad. : J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, PUF, *Droit éthique et société*, 1994, p. 233 et s.

DEUXIEME JOURNEE

**CONTRACTUALISATION DES MODES DE REGLEMENT
DES LITIGES**

PROPOS INTRODUCTIFS :

FAIRE LIEN

Par Loïc CADIET

Membre de l'Institut Universitaire de France

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1

Introduire, *intro ducere*, c'est faire entrer quelqu'un dans un lieu, conduire d'un endroit dans un autre ; c'est aussi, en un autre sens, faire adopter, acclimater. A quel sens du mot introduire, mes propos introductifs se réfèrent-ils ? Au premier, assurément, mais aussi au second : conduire, d'abord, faire adopter en suite, en une manière de cheminement souple, mettant en perspective cette deuxième journée du colloque, consacrée à la contractualisation des modes de règlement des litiges. Faire lien, en quelque sorte, entre hier et aujourd'hui, ce matin et cette après-midi, aujourd'hui et demain ; faire lien, aussi, entre ceux qui s'opposent, personnes en conflit, la contractualisation des modes de règlement des litiges ayant vocation à favoriser les accords sur les désaccords et, ainsi, améliorer les procédures du vivre ensemble dans le souci du bien commun.

I

Mais, d'abord, de quoi parle-t-on ? Contractualisation des modes de règlement des litiges, comme l'annonce le titre de cette journée ? Contractualisation de la justice, comme l'indique l'intitulé des deux

séances de ce matin et de cette après-midi ? Contractualisation de l'instance et du procès, comme le suggère le programme de cette après-midi ? Il faudrait sans doute distinguer ces différentes notions, qui sont ici utilisées comme équivalentes, par commodité. La *contractualisation des modes de règlement des litiges* concerne aussi bien les modes de règlement *judiciaire* (on peut alors parler aussi de la *contractualisation du procès* ou, plus spécifiquement *de l'instance* si l'on envisage le procès une fois le juge saisi) que les modes de règlement *extra judiciaire* (qui peuvent être juridictionnels, comme l'arbitrage, ou conventionnels, comme la médiation). A proprement parler, la *contractualisation de la justice* ne devrait désigner que la contractualisation à l'œuvre au sein de l'institution judiciaire, conçue comme administration de la justice (au sens organique ou organisationnel du terme). Mais il arrive qu'on l'emploie pour désigner aussi la contractualisation du procès parce que le procès est la manière ordinaire d'administrer la justice (au sens substantiel ou matériel du terme) ¹⁹⁷.

Puis, d'où part-on ? D'assez loin. Un repère, pour en juger, celui du milieu des années 1980 ¹⁹⁸. Les 24 et 25 octobre 1985, s'étaient tenues, à Poitiers, les premières *Journées René Savatier*, décédé l'année d'avant, sur le thème de « *L'évolution contemporaine du Droit des contrats* » ¹⁹⁹. Il n'y avait pas été question de règlement des différends. Au cours de l'année universitaire 1985-1986, j'avais pour ma part organisé, à la faculté de droit de Rennes, un cycle de conférences sous le titre « *Le droit contemporain des contrats – Bilan et perspectives* », dont les travaux avaient paru, un an après, chez Economica, avec une préface du doyen Cornu et une conférence de clôture de Philippe Rémy ²⁰⁰. La présence en ces lieux, hier après-midi, de Jacques Caillosse, qui s'était alors interrogé « *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration* » avive agréablement le souvenir de cette manifestation ²⁰¹. Du règlement des différends, il avait bien été question mais l'accent avait été mis sur la seule chose qui méritât alors attention, « *La solution conventionnelle des litiges civils* » dont avait traité Francis Kernaleguen ²⁰², conciliation et transaction pour l'essentiel, mention étant simplement faite, en passant, de la requête conjointe consacrée par le nouveau Code de procédure civile au nombre des modes d'introduction de l'instance (art. 57-1 et 58) et d'une création toute récente de la pratique

¹⁹⁷ Pour une vue générale, voir P. Ancel, *V° Contractualisation*, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

¹⁹⁸ J'y suis invité, à leur insu, par Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez, Introduction, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 207, pp. 9-17, spéc. p. 9 : « *Inconnue des travaux juridiques il y a une génération, la notion de contractualisation y a fait depuis une entrée remarquable, principalement dans des ouvrages théoriques ou sociologiques, mais également dans des manuels plus techniques* ».

¹⁹⁹ *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, PUF, 1986.

²⁰⁰ L. Cadiet (coord.), *Le droit contemporain des contrats*, préf. G. Cornu, Economica, 1987.

²⁰¹ J. Caillosse, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in L. Cadiet (coord.), *Le droit contemporain des contrats* préc., pp. 89-124. Du même auteur, V., plus récemment, Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique – Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration, in *Contrats publics – Mélanges Michel Guibal*, Presses de l'Université de Montpellier 1, 2006, pp. 469-492.

²⁰² F. Kernaleguen, La solution conventionnelle des litiges civils, in L. Cadiet (coord.), *Le droit contemporain des contrats* préc., pp. 65-87.

judiciaire, celle du contrat de procédure ²⁰³. C'était peu, d'autant que la conciliation et la transaction, tout comme l'arbitrage, figures contractuelles déjà connues du droit romain et de l'ancien droit, n'étaient certes pas des figures nouvelles du droit français. Il ne faut pas oublier que jusqu'au 13^{ème} et 14^{ème} siècles, le droit de la solution des litiges était un droit d'imprégnation contractuelle, fait de composition, de transaction et de compromis ²⁰⁴. Dans sa conférence de clôture du séminaire, intitulée « *Droit des contrats : questions, positions, propositions* », Philippe Rémy en retenait ceci : « *Où y a-t-il des contrats et comment les considère-t-on ? Quel est le champ du contrat ? Quelle vue du contrat peut-on prendre aujourd'hui ? L'un des mérites les plus frappants de ce séminaire est de démontrer l'expansion du contrat. Le contrat occupe aujourd'hui des territoires nouveaux dont certains sont assez inattendus. La solution conventionnelle des litiges civils n'est certes pas une nouveauté. Ce qui est notable, en revanche, c'est la régulation conventionnelle de contentieux de masse dont l'exemple est fourni par les conventions passées entre compagnies d'assurances pour le règlement des dommages couverts par l'assurance automobile. Le contentieux de la consommation, autre contentieux de masse, pourrait, un jour prochain, se régler aussi par des conventions globales entre associations de consommateurs et producteurs. La reconnaissance de l'action de groupe, loin de freiner de telles conventions, y pousserait plutôt* » ²⁰⁵. Et Philippe Rémy de décliner ensuite, au nombre de ces autres territoires nouveaux, quoiqu'ambigus, de l'expansion contractuelle, le droit de la famille et l'action administrative ²⁰⁶, qui entretiennent bien des liens avec le droit du procès et l'institution judiciaire ²⁰⁷.

Depuis ce séminaire, le phénomène de la contractualisation n'a pas cessé de se développer et de se diversifier, alimentant un discours doctrinal, auquel j'ai participé à plusieurs reprises, comme d'autres auteurs, et dont on pourrait se demander s'il n'a pas contribué à constituer le phénomène autant qu'à le révéler ²⁰⁸. Pour ne prendre que l'exemple de mon travail personnel de recherche, un parmi tant d'autres, quelques balises ont ainsi accompagné l'évolution de la contractualisation dans la législation, la jurisprudence et la pratique contemporaines : depuis les études, techniques, des clauses relatives aux

²⁰³ Sur lequel voir p. ex. M. Foulon, La mise en état, in Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après*, Paris, La documentation française, 1997, pp. 161-181.

²⁰⁴ V. L. Cadiet, I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità », in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, A. Giuffrè editore, 2006, n° 4, pp. 1169-1194. – Rapp. P. Ancel, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, pp. 15-29, spéc. n° 7.

²⁰⁵ Ph. Rémy, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in L. Cadiet (coord.), *Le droit contemporain des contrats...* préc., p. 275.

²⁰⁶ Ph. Rémy, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in L. Cadiet (coord.), *Le droit contemporain des contrats...* préc., p. 276.

²⁰⁷ Le droit de la famille car on y trouve la même relation entre statut (ou institution) et contrat ; l'action administrative car la justice est aussi une administration. Rapp. S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Introduction, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 10.

²⁰⁸ Rapp. M.-C. Rivier, Les MARC : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?, in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, av.-prop. P. Catala et G. Flécheux, Paris, La documentation française, 2003, pp. 25-35.

litiges ²⁰⁹, des accords sur la juridiction dans le procès ²¹⁰, de l'économie des conventions relatives aux litiges ²¹¹, de la diversification de la conciliation et des autres modes alternatifs de règlement des conflits ²¹², en France comme à l'étranger ²¹³, et des difficultés que ces modes de règlement soulèvent au regard des exigences du procès équitable ²¹⁴, jusqu'aux synthèses plus générales relatives au spectre de la société contentieuse ²¹⁵, aux jeux du contrat et du procès ²¹⁶, à l'ambivalence de la justice contractuelle ²¹⁷. On a pu parler de *favor accordandum*, comme on parle de *favor arbitrandum*, pour exprimer cette faveur que manifeste le droit français à l'égard des conventions relatives à la solution des litiges.

Ces quelques indications, bibliographiques, suggèrent à la fois les objets et les formes de la contractualisation à l'œuvre sur le terrain des modes de règlement des différends.

Au regard de ses *objets*, la conquête contractuelle, qui ne s'est pas faite de manière linéaire, me paraît avoir emprunté quatre voies principales. La première est celle, traditionnelle, de la *solution des litiges individuels*, la solution contractuelle étant d'abord conçue comme une solution permettant d'éviter le recours à l'institution judiciaire, en raison de ses inconvénients supposés. Transaction, conciliation, médiation, arbitrage, à l'état pur ou non, ont connu, dans la période contemporaine, une attention accrue bien que difficilement évaluable, en dehors d'hypothèses très précises. A partir de ce noyau dur, la contractualisation des modes de règlement s'est ensuite étendue du terrain des litiges individuels à celui des *différends collectifs*, cette collectivisation présentant elle-même des aspects variés puisqu'il s'est agi aussi bien des conflits collectifs opposant des catégories sociales antagonistes, comme en droit du travail, que des situations mettant en cause des parties multiples, comme en matière de défaillance économique

²⁰⁹ L. Cadiet, Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, pp. 193 à 223 ; *Les clauses relatives aux litiges*, J-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 190, 1990 ; 2ème éd. 1998 ; *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, Petites affiches 5 mai 2000, pp. 30-39.

²¹⁰ L. Cadiet, Les accords sur la juridiction dans le procès, in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, pp. 34-55.

²¹¹ L. Cadiet, L'économie des conventions relatives à la solution des litiges, in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 313-331.

²¹² L. Cadiet, Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit, in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, préc., pp. 255-265 ; I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità, préc.

²¹³ L. Cadiet (dir.), avec le concours d'E. Jeuland et T. Clay, *Médiation et arbitrage – Alternative dispute resolution, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Litec.

²¹⁴ L. Cadiet, Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits, in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri, *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Société de législation comparée, 2002, pp. 89-109.

²¹⁵ L. Cadiet, Le spectre de la société contentieuse, in *Mélanges offerts à Gérard Cornu*, PUF, 1994, pp. 29-50.

²¹⁶ L. Cadiet, Les jeux du contrat et du procès - Esquisse, in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 23-52.

²¹⁷ L. Cadiet, Une justice contractuelle, l'autre, in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 177-199.

(des entreprises, des ménages), ou des litiges individuels adossés à une procédure de réparation socialisée des dommages, comme en matière d'accidents, de la route, de la construction, de la santé ²¹⁸. Surtout, la contractualisation ne s'est pas arrêtée aux portes du palais de justice ; elle a également progressé *sur le terrain judiciaire* lui-même : la solution contractuelle des litiges a droit de cité devant le juge, en première instance aussi bien qu'en appel, y compris lorsque la loi n'impose pas un préliminaire obligatoire de conciliation. « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* », dispose l'article 21 NCPC au nombre des principes directeurs du procès. La progression, au sein de l'institution judiciaire, ne se limite d'ailleurs pas à la solution des litiges, qu'ils soient individuels ou collectifs ; le contrat y est également devenu, à la fois, un *instrument de gestion de l'instance*, avec les contrats de procédure, qu'ils soient individuels, comme les calendriers de procédure récemment consacrés par un décret du 28 décembre 2005 (art. 764 NCPC), ou collectifs, comme les protocoles de procédure conclus entre les juridictions et les professions judiciaires, sortes de convention collective de procédure civile ²¹⁹, ainsi qu'un *outil de politique publique*, qu'il s'agisse de promouvoir la communication électronique des actes du procès ²²⁰, l'accès au droit ou d'améliorer les performances des juridictions. Cette philosophie contractuelle dépasse ainsi le seul cadre des *procédures* pour toucher progressivement l'administration même de la justice comme en témoignent les dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement des *Maisons de justice et du droit* ²²¹, sans parler des *Conseils départementaux d'accès au droit* ²²², des contrats locaux de sécurité ²²³ ou des contrats d'objectifs, conclus entre les juridictions et l'administration centrale du Ministère de la justice en vue d'assurer une meilleure maîtrise des dépenses et des délais de la justice ²²⁴.

²¹⁸ V. not. Ph. Pierre, Les concessions dans l'indemnisation amiable des dommages corporels : major pars ou part du pauvre ? in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, préc., pp. 149-156, et sa notion d'« *institutionnalisation de la justice transactionnelle* », qu'il avait dégagée dans sa thèse, Ph. Pierre, *Vers un droit des accidents, contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, thèse Rennes I, 1992.

²¹⁹ V. L. Cadiet, Les jeux du contrat et du procès - Esquisse, préc., n° 18 ; Les accords sur la juridiction dans le procès, préc., p. 41. Pour une nouvelle illustration, *adde* E. Binoche, Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées : *D.* 2007, 2380, à propos de la convention conclue le 4 mai 2006 entre le tribunal de grande instance de Paris, l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de Paris et l'ordre des avocats au barreau de Paris.

²²⁰ V. art. 748-1 à 748-6, *réd.* *D.* n° 2005-1678, 28 déc. 2005. En effet, si ces dispositions n'entreront en vigueur que le 1^{er} janvier 2009, afin de permettre la mise en place progressive des nouveaux systèmes et d'en assurer le bon fonctionnement, leur application anticipée est cependant prévue par le décret, qui autorise, localement et à certaines conditions, la conclusion de conventions entre le président de la juridiction et les auxiliaires de justice concernés, organisant le recours à la communication électronique dans les conditions prévues par l'article 73. En vérité, la disposition nouvelle ne fait que consacrer la pratique des conventions déjà en vigueur, une convention nationale ayant été conclue avec les avocats (4 mai 2005) et les avoués (6 décembre 2000), des études étant en cours à la Chancellerie en ce qui concerne les procédures sans représentation obligatoire : *V. Circ.* 8 févr. 2006 préc., p. 20.

²²¹ *C. org. jud.*, art. R. 7-12-1-1 et s. (*aj. D.* n. 2001-1009, 29 oct. 2001) : si les Maisons de justice et du droit sont créées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice (art. R. 7-12-1-4), elles le sont à partir d'une « *convention constitutive* » conclue entre une multitude d'autorités locales, publiques et privées (*V. art. R. 7-12-1-2*).

²²² Qui est un groupement d'intérêt public, créé à partir d'une « *convention constitutive* » et pouvant lui-même « *conclure des conventions* » ayant pour objet la mise en œuvre de laide à l'accès au droit : *L. n.* 91647, 10 juill. 1991, art. 54 à 60 (*réd. L. n.* 98-1163, 18 déc. 1998), *compl. D. n.* 91-1266, 19 déc. 1991, art. 141 à 151.

²²³ *V. Circ.* 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité (*NOR : INTK9700174C*). – *Circ.* 7 juin 1999 (*JO* 15 juin). – *D. n.* 2002-999, 17 juill. 2002 relatif aux dispositifs territoriaux de sécurité et de coopération pour la prévention et la lutte contre la délinquance (*JO* 18 juill.), *compl. Circ.* 17 juill. 2002 (*JO* 18 juill.).

²²⁴ A la suite de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (*JO* 10 sept. 2002, p. 14934), *V. la Circulaire* du 23 décembre 2002, sur le programme d'actions de modernisation – Exercice 2003, *Bulletin*

Quant aux *formes* de la contractualisation, elles sont multiples et, elles aussi, d'une grande diversité. Certaines d'entre elles sont parfaitement réductibles aux catégories traditionnelles du droit civil des contrats, spécial ou commun, qu'il s'agisse des clauses de différend, de la transaction ou du compromis d'arbitrage²²⁵. L'assimilation est beaucoup moins évidente pour d'autres figures de la contractualisation du procès ; tel est en particulier le cas de toutes les formes d'actes de procédure présentant un caractère conventionnel comme la requête conjointe et les diverses hypothèses de contrat judiciaire et de convention d'administration processuelle. Et le lien entre contrat et contractualisation atteint même son point maximum de distension avec les formes conventionnelles qu'emprunte l'action administrative en matière d'accès au droit, de gestion des procédures et de management des juridictions²²⁶.

Ce bilan sommaire de l'évolution de la contractualisation de la justice fait écho, vingt ans après, aux dix propositions que le doyen Cornu exprimait de manière générale dans sa préface à l'ouvrage du séminaire rennais sur le droit contemporain des contrats. Vous me permettrez de les restituer, dans leur intégralité, en une manière d'hommage à un homme et à un auteur dont l'enseignement pour certains, les travaux pour beaucoup, ont marqué profondément plusieurs générations de juristes. « 1° L'essor du phénomène contractuel est général aussi bien sur ses terrains naturels que dans ses extensions ; 2° Cette donnée brute recèle plusieurs veines ; 3° La naissance de nova negotia –l'une de ces veines- est une loi historique de l'adaptation de chaque société à ses besoins ; 4° Cette adaptation suscite des formes nouvelles souvent complexes ; 5° Toujours renaissant, le travail de qualification qui en résulte doit également se garder de la facilité rassurante de réduire l'inconnu au connu et de la paresse flatteuse de se proclamer d'emblée sui generis ; 6° En quête de régime, les innovations n'aspirent souvent qu'à la liberté (l'autonomie, comme l'or, un refuge) et même à la moindre publicité ; 7° Chaque matière (famille, travail, affaires, informatique, etc.) imprime sur les contrats qui s'y développent le sceau du complexe d'intérêts qui la gouverne ; 8° Tout accord de volontés ne débouche pas sur un contrat et, dans l'amplification du phénomène contractuel, prospèrent aussi plus vaguement (c'est une autre veine) des

officiel du Ministère de la justice, n° 88 (1^{er} oct. – 31 déc. 2002). – Rép. min. n° 22903 : *JO Sénat Q*, 4 janv. 2007 (réduction des délais de procédure en matière pénale). - V. également J.-B. Prouvez, « Efficacité, rapidité : un nouveau discours de la méthode pour le juge administratif d'appel », *Procédures* 2003, chron. 9. Ces contrats sont largement la conséquence des nouvelles orientations du droit budgétaire de l'Etat qui impose, à partir de 2006, la définition des affectations de crédits des ministères en « missions » et en « programmes », ce qui conduit à préciser les objectifs et évaluer les résultats : art. 7 et 66, II, L. org. n° 2001-692, 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances, dite LOLF (*JO* 2 août, p. 12480). V. aussi S. Guérard, Loi de programmation : Loi nouvelle ou contrat implicite ? in S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, préc., pp. 121-147, spéc. pp. 124-126 et pp. 128-129, qui observe que « cette forme d'auto-engagement juridique concerne qui plus est, et pourrait-on ajouter « de manière curieuse, essentiellement des missions de l'Etat-gendarme (sécurité intérieure, défense nationale ou encore justice, par exemple » (p. 125). Des missions de l'Etat-gendarme ou des missions régaliennes ? Rapp. C. Bouillart, O. Leclercq et P.-A. Lecocq, Les services de la défense à l'heure de la contractualisation, in S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, préc., pp. 95-112.

²²⁵ V. P. Ancel, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, préc., spéc. n° 7.

²²⁶ V. P. Ancel, *op. cit.*, n° 9, qui souligne que, dans cette hypothèse, la contractualisation s'écarte du modèle classique du contrat en raison de la personnalité des contractants, qui n'ont pas de personnalités juridiques distinctes, figure dite de la « contractualisation interne ».

voies volontaires qui touchent à la concertation, à la consultation, à l'information, à la préparation ou à d'autres préalables, plus qu'à la décision convenue (comme en témoignent, dans l'ouvrage, tous les ornements métaphoriques d'un vocabulaire d'approche : voie, technique contractuelle, jeu, instrument, outil, procédé contractuel) ; 9° Le concept même de contrat est parfois même mis à l'épreuve (contrat administratif) ; 10° Le droit commun et les droits spéciaux ne sont pas toujours en rapport d'opposition (par la dérogation) mais assez souvent en rapport de complémentarité (par adjonction de particularités) ou de valeur ajoutée » 227.

Ne retrouve-t-on pas là certains des enseignements dégagés par l'approche critique et l'approche renouvelée de la contractualisation à travers les partitions des auteurs invités par Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez ? Notamment que la contractualisation n'est pas réductible à l'utilisation des contrats du droit civil 228, qu'elle repose aussi sur des usages dégradés ou métaphorique de la notion de contrat 229 car, en vérité, elle consiste surtout dans l'emploi d'une certaine procédure d'élaboration des normes, règles et décisions, de type contractuel en ce qu'elle fait appel à des phénomènes de participation des parties concernées, tantôt simple adhésion, tantôt véritable négociation, *contrahere* plutôt que *contractus*, d'où vient que, dans l'ordre de la production normative, contractualisation et procéduralisation ont partie liée, se combinent plus qu'ils ne s'opposent. Ce n'est pas par rapport à la notion civiliste de contrat qu'il faut juger la contractualisation 230. Ainsi que l'écrivent Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez, dans l'introduction de l'ouvrage sur l'approche renouvelée de la contractualisation, « le terme de contractualisation, bien plus qu'à la forme, renvoie à la procédure contractuelle ; la rationalité supposée de celle-ci –chargée d'assurer une prise en compte des intérêts des parties en présence– explique l'attractivité de ce mode décisionnel et la légitimité dont est parée la norme qui en découle » 231. Et d'ajouter que « ce concept est utilisé pour rendre compte de deux phénomènes distincts : tantôt le contrat

227 G. Cornu, Préface à L. Cadet (coord.), *Le droit contemporain des contrats...* préc., pp. II-III.

228 V. p. ex. P. Ancel, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, préc., pp. 15-29, spéc. n° 2-3, 8-11 et 13-15. - F. Dekeuwer-Défossez, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, pp. 167-178, spéc. p. 176 et 178.

229 V. E. Serverin, Lectures socio-juridiques sur l'Etat et le contrat, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, pp. 95-115.

230 Les civilistes n'ont pas le monopole du contrat, encore moins celui de la convention ; « il faudrait cesser de penser le système juridique comme un ensemble de tiroirs rigides, hors desquels on laissera ce qui ne range pas bien au carré » : P. Ancel, *op. cit.*, n° 18, qui souplement, propose de faire dépendre la qualification contractuelle de deux éléments. « Du point de vue de la source de la relation contractuelle une participation (plus ou moins formalisée) des acteurs à la détermination de leur situation. Du point de vue des effets, un engagement qui lie (sous réserve des pouvoirs qui peuvent être reconnus au juge), et qui ajoute à l'ordre juridique impératif » (n° 21). Mais, même ainsi assoupli, le concept de contrat ne rend peut-être pas compte de toutes les « figures » de la contractualisation.

231 S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, préc., p. 12. – L'opinion apparaissait déjà in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Introduction, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 12. - Rapp. J. Caillosse, Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique... préc., p. 482 : « Déplorer ou dénoncer de fausses pratiques contractuelles apparaît de ce point de vue totalement dépourvu de pertinence, car ce n'est pas l'acte lui-même qui a du sens mais l'action dont il n'est qu'un possible aboutissement formel ».

est utilisé pour établir le socle de relations futures » : la contractualisation est alors « un outil de structuration » ; « tantôt il intervient pour aménager des rapports existants sans en modifier la structure » : la contractualisation est alors « un outil de gestion »²³². Il est permis, cependant, d'hésiter sur l'application de cette distinction à la contractualisation des modes de règlement des litiges où le contrat se donne a priori à voir soit comme un instrument de solution des litiges, soit comme un instrument de gestion de l'instance. D'une part, les contrats relatifs aux litiges sont, à certains égards, des outils de gestion du contentieux ; ils sont en tout cas souvent conçus comme tels dans le management des entreprises²³³ ; l'observation en a même été faite par Bertrand de Lamy à propos de la contractualisation de la procédure pénale²³⁴. D'autre part et à l'inverse, le procès est aussi, comme le contrat, une technique d'organisation (de ré-organisation) des rapports juridiques²³⁵. Il semble donc qu'il y ait, plus ou moins, de la « gestion » et de la « structuration » dans les différents emplois de contractualisation des modes de règlement des conflits. La question est à approfondir.

En tout cas, la description du phénomène de l'évolution de la contractualisation dans la période contemporaine ne règle pas toutes les questions qu'il suscite, encore moins dans le domaine du règlement des différends que sur d'autres terrains. C'est qu'on ne peut se défaire du sentiment d'une sorte d'incompatibilité native du contrat, qui est accord, et du procès, qui est désaccord, du contrat, qui est œuvre des volontés particulières, et de la justice, qui est fonction étatique assurée par un service public. Certes, il faut se défier de ces oppositions apparentes, que réduit aussi bien une mise en perspective historique des notions de contrat et de procès, intimement liées jusqu'au 13^{ème}-14^{ème} siècles²³⁶, que l'observation, d'un point de vue comparatif, que notre notion de la justice naturelle n'a rien d'universelle – il suffit de la confronter à ce que peut être le sens de la justice naturelle aux Etats-Unis ou, à l'inverse, au Japon- pas plus d'ailleurs que ne l'est notre emploi du contrat ainsi que l'a montré Etienne Le Roy dans son étude sur les accords juridiquement validés en Afrique noire au tournant du XX^{ème} siècle²³⁷. Il n'en reste pas moins que le phénomène de la contractualisation du règlement des différends ne saurait

²³² S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, préc., p. 13, 33 et 93.

²³³ V. p. ex. J. Paillusseau, Les contrats d'affaires, in L. Cadet (coord.), *Le droit contemporain des contrats...* préc., pp. 169-183, spéc. n° 23. – J.-M. Mousseron, *La gestion des risques par le contrat*, *RTD civ.* 1988, p. 481 s., spéc. p. 488.

²³⁴ B. de Lamy, Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale), in S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, préc., pp. 149-165, spéc. p. 163 : « avec les mécanismes décrits, il n'est plus question de procédure mais de procédés de gestion des conflits où la présomption d'innocence n'est plus un principe directeur, mais un droit disponible auquel chacun peut renoncer par un aveu qui emporte la décision ».

²³⁵ V. L. Cadet, *Le procès est aussi une technique d'organisation... Sur quelques rapports du droit des affaires et du droit judiciaire privé*, in Mélanges offerts à Jean Paillusseau, Dalloz, 2003, pp. 77-92.

²³⁶ Le *Grand Robert de la langue française* révèle ainsi que l'emploi du mot procès est attesté au sens de « titre juridique, contrat » en 1174. Le mot *procès-verbal* ne conserve la trace de ces lointaines origines. V. L. Cadet, *Les jeux du contrat et du procès – Esquisse*, préc., n° 2.

²³⁷ E. Le Roy, Formes et raisons de la place marginale du contrat dans les « accords juridiquement validés en Afrique noire au tournant du XX^{ème} siècle », in S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, préc., pp. 49-68.

échapper à toute évaluation, évaluation de sa réalité, évaluation de sa pertinence. C'est ici que mes propos peuvent apparaître comme introductifs en un deuxième sens.

II

Introduire, c'est aussi faire adopter, comme on introduit une nouveauté, un genre, une mode, et, par extension, importer, acclimater, de même que s'introduire, c'est se faire adopter. En ce sens, quel regard, quel jugement, porter, aujourd'hui, sur l'introduction de la contractualisation en matière de justice ? La question n'est pas simple, qui doit se décliner sur des registres différents. Il faut avancer pas à pas.

Dans l'ordre du jugement de fait, pour commencer. Il est possible d'affirmer qu'existe bien en France, depuis quelques années, une tendance au développement du contrat, lato sensu, dans le règlement des différends, sans qu'il y ait lieu d'entrer ici dans un débat sémantique sur les sens respectifs des notions de conflit, différend, litige, qui est pertinent dans son principe²³⁸, mais qui ne me paraît pas apporter quelque chose à la question de la contractualisation elle-même dès lors que ce phénomène affecte également les modes de solution judiciaire des litiges. Cette tendance, on vient de le rappeler, s'observe en législation aussi bien qu'en jurisprudence et dans la pratique, contractuelle autant que judiciaire. Ce n'est pas seulement la solution matérielle du litige lui-même qui peut être matière à convention mais aussi les différentes procédures, judiciaires ou non, qui permettent de parvenir à la solution du litige, y compris sa solution judiciaire.

Il est également possible d'affirmer que cette tendance est historiquement située et politiquement délibérée. Historiquement située, j'entends par là qu'il ne s'agit pas d'un phénomène récent qui, comme on le prétend souvent pour les MARC, serait une sorte d'importation contemporaine d'un modèle venu d'ailleurs, en l'occurrence des pays de common law ²³⁹. Les MARC renouent, en vérité, avec une longue histoire de la solution contractuelle des litiges, principalement de la conciliation, et, à certains égards, cette histoire est elle-même à corrélérer à une vieille conception contractuelle de l'instance qui puise ses sources dans la *litis contestatio* du droit romain ²⁴⁰. La nouveauté, c'est la reviviscence du phénomène, avec la multiplication et la diversification de l'emploi des figures du contrat dans la période contemporaine et c'est ici que la contractualisation du procès et de la justice apparaît politiquement

²³⁸ V. A. Jeammaud, *V° Conflit/litige*, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003. – M.-C. Rivier, *V° Conflit/litige*, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004..

²³⁹ Avec les ADR, *Alternative Dispute Resolution* : V. P. Herzog, *V° Alternative Dispute Resolution*, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc.

²⁴⁰ V. L. Cadiet, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità* », préc. *supra* note 6 ; Les jeux du contrat et du procès - Esquisse, préc., n° 15. Un parallèle intéressant peut être fait avec la conception du mariage : voir F. Dekeuwer-Défossez, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, préc., spéc. p. 168.

délibérée, à la fois au sens de la politique juridique, comme par exemple la faveur jurisprudentielle, animée par la Cour de cassation, à l'égard des clauses de différends, et au sens des politiques publiques, ce dont la législation procédurale porte la trace tangible depuis le milieu des années 1990. C'est en effet un système de justice plurielle qui se met progressivement en place, reposant sur une offre de pluralisme des modes de règlement des litiges : à chaque type de litige son mode de règlement ²⁴¹, et c'est également la technique contractuelle que tendent à promouvoir les nouveaux modes d'administration de la justice sous l'effet de la « LOLF » ²⁴².

Les raisons de cette évolution ont déjà été évoquées dans d'autres travaux ²⁴³ ; elles me paraissent au nombre de deux, pour l'essentiel. Une première raison, qui vaut surtout pour l'essor actuel des MARC, tient sans doute à ce que l'on a nommé la « crise de la justice », caractérisée par l'explosion du contentieux judiciaire, l'encombrement des rôles des juridictions et l'allongement des délais de procédure qui en sont la conséquence. Il y a peut-être à dire sur cette explication commode dont il faudrait évaluer précisément la réalité ²⁴⁴. Il n'empêche que, en France comme à l'étranger ²⁴⁵, la contractualisation des modes de règlement des différends, qui exprime une logique de demande concurrentielle ²⁴⁶, offre des circuits de dérivation dont on imagine la séduction qu'ils peuvent exercer sur certaines catégories de justiciables, singulièrement sur les entreprises, et dont on devine qu'ils répondent également aux attentes d'un Etat gestionnaire obnubilé par la réduction des déficits publics. Cette première raison est clairement pragmatique, voire utilitariste, sinon opportuniste. Elle entre en résonance avec la montée en puissance des logiques managériales au sein de l'institution judiciaire sous l'effet de l'idéologie concurrentielle qui conduit à penser la justice selon le modèle concurrentiel, ce

²⁴¹ L. Cadiet, « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, préc., pp. 262-263. – Rappr. F. Ruellan, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit*, *JCP* 1999, I, 135.

²⁴² Loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001, V. *supra* note 28.

²⁴³ V. p. ex. L. Cadiet, *Le spectre de la société contentieuse*, préc. - *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation*, préc.

²⁴⁴ V. not. E. Serverin, *De la statistique judiciaire civile et de ses usages*, *RIDE* 1999/2, pp. 281-299.

²⁴⁵ V. A. A. S. Zuckerman (ed.), *Civil justice in crisis - Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, 1999.

²⁴⁶ Motivés par la recherche de la plus grande utilité économique, ces comportements de demande procèdent à une instrumentalisation des règles d'organisation et de fonctionnement de la justice étatique, voire, lorsque l'utilité potentielle est trop inférieure au bénéfice escompté, à l'éviction des modes officiels de résolution des litiges au profit de modes alternatifs supposés plus souples, plus simples et d'un moindre coût. Rappr. H. Muir Watt, *Economie de la justice et droit international privé : une étude de politique judiciaire*, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, préc., pp. 76-89.

qu'on a pu appeler la « marchandisation » de la justice²⁴⁷. Le contrat n'est-il pas le principal instrument du marché²⁴⁸ ? Le risque est dénoncé, y compris en matière pénale²⁴⁹.

Mais, dans l'affirmation du phénomène, il y a peut être plus, une deuxième raison, qui touche à l'évolution des modes de régulation sociale, c'est-à-dire à la structure même de la société française, et qui vaut plus largement pour l'ensemble des aspects de la contractualisation de la justice. Qu'on le regrette ou non, l'Etat n'est plus ce qu'il était et, par conséquent, la loi non plus qui a cessé d'être le centre de l'univers juridique. L'Etat lui-même – ce serait un trait de la post-modernité, si bien analysée par Jacques Chevallier – organise sa propre mise à distance, au point que Jacques Caillosse a pu s'interroger sur le point de savoir s'il était possible de penser la justice en dehors de l'Etat²⁵⁰. Ce déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du règlement des litiges, en particulier. Il offre aux acteurs de la vie économique et sociale de nouveaux espaces de liberté qu'investissent conventions et contrats de toutes sortes. La contractualisation désigne ce passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié²⁵¹, sauf à préciser que la négociation n'exclut pas le règlement et vice versa. La complexité est aussi une des caractéristiques de ce qu'on nomme la post-modernité juridique²⁵², la « grande complexité juridique du monde » pour reprendre l'expression de Mireille Delmas-Marty²⁵³, et elle me semble, assez clairement, une des dimensions de la légalité procédurale contemporaine²⁵⁴.

Cela étant, une chose est qu'on veuille faire adopter la contractualisation ; autre chose est que la contractualisation soit véritablement adoptée dans les faits. C'est sans doute ce que Sandrine

²⁴⁷ Sur cette « marchandisation », qui doit être articulée avec la « marchandisation » de la justice, V. L. Cadet, *Ordre concurrentiel et justice*, in *Mélanges Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 109-143, spéc. n° 18-30.

²⁴⁸ Rappr. J. Caillosse, *Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique... préc.*, p. 491 : « Plus qu'aucun autre instrument juridique le contrat se prête à la lecture ou mieux encore au jugement économique, comme si le droit n'était plus qu'un stock d'outils destinés à faire prospérer les marchés ! ». V. aussi M. Torre-Schaub, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2002, n° 284-292.

²⁴⁹ V. B. de Lamy, *Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale)*, préc., spéc. pp. 164-165, citant F. Tulkens : « le risque existe que les procédures négociées ne soient guère autre chose, à l'ère de la dérégulation et du néolibéralisme, que l'introduction de l'économie de marché dans l'administration de la justice ».

²⁵⁰ J. Caillosse, *En guise de conclusion : peut-on penser la Justice en dehors de l'Etat ?* in L. Cadet et L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, Paris, PUF, 2003, pp. 313-331, spéc. p. 330 : « c'est à ce prix que l'Etat crée les conditions de sa propre innocence et parvient à faire oublier la violence originaire dont il est issu ».

²⁵¹ V. A. Pirovano (sous la direction de), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988. – P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerckove (dir.), *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

²⁵² V. J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2004 ; Vers un droit post-moderne ? in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 21 sq.

²⁵³ M. Delmas-Marty, *La grande complexité juridique du monde*, in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant, 2005, pp. 89 sq. Voir aussi M. Doat, J. Le Goff et Ph. Pédrot (dir.), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, préf. M. Delmas-Marty, La tragédie des trois C, PUR, 2007.

²⁵⁴ V. L. Cadet, *La légalité procédurale en matière civile*, *BICC* n° 636, 15 mars 2006, pp. 3-19.

Chassagnard-Pinet et David Hiez avaient en vue quand, dans un état primitif du programme de ce colloque, ils avaient envisagé de demander à Jean-Paul Jean, qui n'était pas disponible aujourd'hui, de répondre à la question suivante : « La contractualisation de la justice : mythe ou réalité ? ».

Question piègeante, s'il en est, le juriste positiviste n'étant pas le mieux placé pour traiter des mythes, bien qu'il s'y essaie parfois, comme à propos du mythe de l'adaptation du droit au fait ²⁵⁵. Le risque est bien sûr de succomber à une définition réductionniste du mythe qui place celui-ci, conçu comme une pure construction de l'esprit, en rapport d'opposition à la réalité. Dans cette acception, la contractualisation de la justice n'est pas de l'ordre du mythe ; elle appartient bien au monde de la réalité du droit positif, du droit posé dans des règles, des décisions, des conventions. Le droit fait partie du réel ; dire, c'est faire. La loi, activité langagière, est performative, le procès avant tout un lieu de parole, cette parole fût-elle écrite, et les jugements qui en résultent produisent un effet substantiel qui façonne directement la réalité des rapports de droit ²⁵⁶. En revanche, la connaissance de cette réalité des rapports juridiques qui, en pratique, se nouent et se dénouent à l'ombre des règles est une autre affaire qui renvoie à une signification plus courante de ce que peut être la réalité de la contractualisation des modes de règlement des litiges. Très prosaïquement, combien de conciliations, combien de médiations, combien de transactions, combien de requêtes conjointes, combien de calendriers de procédure, combien de retraits du rôle, combien d'accords de droit applicables, combien de pactes d'amiable composition ? La liste pourrait être encore allongée. Des éléments de réponse existent, qu'Evelyne Serverin pourrait nous rappeler, mais qui sont loin de rendre un compte précis de l'état exact des conventions relatives à la solution des litiges, qu'il s'agisse des accords opérant cette solution matérielle ou des accords de procédure y conduisant. Au demeurant, l'évaluation quantitative de ces accords est une chose ; leur évaluation qualitative, la détermination du sort qui leur est réservé et qui signale le succès ou l'échec de l'accord conclu en est une autre qui échappe largement à la connaissance. Il faudrait assurément y voir plus clair. Il y a là matière à projets de recherche empirique sur lesquels l'attention de la Mission de recherche Droit & Justice avait d'ailleurs été attirée ²⁵⁷.

Le jugement de fait qu'on peut aujourd'hui porter sur la contractualisation de la justice est donc incomplet car il impose de porter son regard au-delà des seuls énoncés normatifs pour saisir la réalité du phénomène dans la diversité et la complexité de ses multiples usages sociaux. Et il faut encore aller au-delà du seul jugement de fait car la question du regard que l'on peut porter aujourd'hui sur l'introduction de la contractualisation des modes de règlement des litiges est aussi matière à jugement de valeur. Où l'on

²⁵⁵ C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, pp. 251 *sq.*

²⁵⁶ V. p. ex. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Editions Odile Jacob, 1997.

²⁵⁷ V. L. Cadiet, Justice et modes de régulation des litiges, in Mission de recherche Droit & Justice, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?* Paris, PUF, 2007, pp. 183-189.

retrouve, d'une certaine manière, la question du mythe, mais en un autre sens, celui de la tentative d'explication ou de représentation du monde, non pas projection fantastique de la réalité, mais révélation de son sens profond, manière de penser la réalité ²⁵⁸. Le problème est que la lecture de la contractualisation, la révélation de son sens profond, est loin d'être homogène. Les séquences précédentes du grand œuvre orchestré par Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez l'ont bien montré ²⁵⁹. La lecture volontariste, et optimiste, qu'en fait Michel Rocard ²⁶⁰, fidèle en cela à ses positions passées qui sont, pour parler bref, celles de ce qu'on a appelé la deuxième gauche ²⁶¹, n'est pas la lecture pessimiste qu'en fait Alain Supiot ²⁶² à la suite de Pierre Legendre ²⁶³, fondée sur l'idée de la déconstruction du droit et de la reféodalisation des rapports sociaux ²⁶⁴, et ces deux lectures là ne sont pas exclusives d'autres interprétations qui reflètent en vérité toutes les nuances de l'arc-en-ciel politique, de sorte que, à ce compte, c'est le mythe de Protée qui conviendrait le mieux à la contractualisation.

Ce n'est pas le lieu de rouvrir ici le débat. Il faudrait au demeurant se demander, à titre préalable, si ce débat peut être ouvert de la même manière pour tous les champs de la contractualisation et fait également sens que l'on traite, par exemple, de la contractualisation du droit du travail ou de la contractualisation du droit du procès. J'entends bien que « le mouvement de contractualisation » n'est pas nécessairement « le signe d'une disparition de la soumission de l'individu à une autorité », mais pourrait bien être « le symptôme d'un éclatement des lieux de pouvoir », de « nouvelles verticalités » se mettant en place « sous couvert d'horizontalité », « plus diffuses mais tout aussi asservissantes » que les anciennes verticalités « des lieux traditionnels de pouvoir ». La thèse de la reféodalisation est séduisante, encore que « l'hypothèse du néo-féodalisme » ²⁶⁵, conçu comme le remède nécessaire aux « impasses du contractualisme » ²⁶⁶, puisse susciter la perplexité. Mais j'entends aussi Michel Rocard quand il souligne que « la vertu principale du contractualisme, c'est que pour arriver à un contrat, il faut d'abord s'écouter.

²⁵⁸ V. M. Grawitz (dir.), *Lexique des sciences sociales*, V° Mythe, Dalloz, 8^{ème} éd. 2004.

²⁵⁹ V. S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Introduction, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, préc., pp. 13-15.

²⁶⁰ M. Rocard, Le malaise français en matière de contractualisation, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, préc., pp. 179-200.

²⁶¹ V. déjà L. Cadiet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, préc., n° 12-14.

²⁶² A. Supiot, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, préc., pp. 19-44.

²⁶³ P. Legendre, Remarques sur la re-féodalisation de la France, in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 201-211.

²⁶⁴ Dont on pourrait rapprocher N. Postel, Contrat, Coercition et Institution : un regard d'économiste, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, préc., pp. 69-93, spéc. pp. 92-93, pour lequel « derrière le phénomène de contractualisation, se joue le mythe d'une société dont le collectif serait rendu transparent aux individus. Ce mythe n'opère que comme dissimulation des rapports de coercition qui sous tendent toute version dure de la contractualisation fondée exclusivement sur l'autonomie de la volonté ».

²⁶⁵ J. Lefebvre (dir.), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, Paris, PUF, 2006.

²⁶⁶ A. Supiot, *op. cit.*, p. 44.

Il n'y a pas de contrat sans reconnaissance de l'autre »²⁶⁷. L'altérité est au cœur du contrat comme elle est au cœur du procès, partage ici, solidarisme là²⁶⁸. Que le contrat et le procès fassent l'un et l'autre l'objet de dérives, de dévoiements, de perversions, c'est certain. Que la logique du marché soit un ressort puissant des nouvelles dépendances que le contractualisme peut provoquer, c'est encore certain. Et que la contractualisation remplisse aussi parfois une fonction idéologique, destinée à maquiller dans la forme contractuelle un exercice unilatéral du pouvoir, privé ou public, c'est tout aussi certain²⁶⁹. Mais cela ne suffit pas, de mon point de vue, à disqualifier de manière générale le phénomène de la contractualisation, de « l'agir contractuel »²⁷⁰. Dans l'ordre de la justice, il faut simplement définir un bon usage de la contractualisation, répondre, lucidement, sans angélisme²⁷¹, à la question : comment mettre la contractualisation au service d'un projet de démocratisation de la justice en évitant qu'elle ne soit un instrument de dissolution du service public de la justice et de marchandisation d'une fonction étatique²⁷² ? C'est toute la question de l'encadrement de la contractualisation, qui est ainsi posée²⁷³ et qui ne se réduit pas à l'encadrement de la solution contractuelle²⁷⁴. L'enjeu me semble limpide sur le terrain de la contractualisation de la solution matérielle des litiges. Il me semble tout aussi certain sur celui de la contractualisation de la gestion des procédures et des processus juridictionnels. Favoriser la contractualisation de la justice aux conditions que je viens d'indiquer, c'est simplement contribuer à retisser du lien social et, lorsque ces modes se développent au sein même de l'institution judiciaire, c'est promouvoir une justice plus citoyenne, une justice plus démocratique, sous la tutelle d'un Etat modérateur

²⁶⁷ M. Rocard, *op. cit.*, p. 191.

²⁶⁸ Sans tomber dans un européocentrisme primaire : V. les observations pénétrantes d'E. Le Roy, *op. cit.*, pp. 64-67, sur le primat de l'endogénèse sur l'engagement et du partage sur l'échange dans certaines cultures d'Afrique noire.

²⁶⁹ Le constat est revenu à plusieurs reprises, de manière récurrente, au cours des deux séquences précédentes de la recherche conduite par S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez. V. p. ex. F. Dekeuwer-Défossez, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 168, qui observe que « cette soi-disant promotion du contrat dans l'ordre familial est, selon nous, un autre moyen, efficace mais sournois, de pénétration de l'ordre social ». - Rappr. J. Caillousse, Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique... préc., p. 477 : « il est décidément difficile de croire en l'innocence de ces rhétoriques contractuelles où se mêlent des modes contrastés d'intervention publique : ici des engagements croisés qui obligent, là des opérations de mise en scène où seules sont sollicitées et cultivées les apparences contractuelles ». En matière pénale, le constat prend une forme particulière, sinon paradoxale car, comme l'observe B. de Lamy, « les idées de faute et de réprobation sociale se marient mal avec la contractualisation. L'ordre public, protecteur de l'intérêt général, cède du terrain à l'individualisme qui sous-tend les processus de contractualisation, et accepte difficilement ce qui est imposé. Or, seule la préservation de l'intérêt général légitime le pouvoir de punir alors que la contractualisation rend plus poreuse la frontière entre l'intérêt général et l'intérêt particulier. Il y a aussi dans la montée de la contractualisation de la procédure pénale, une interrogation sur la légitimité du droit de punir que l'on a tendance à rechercher dans l'acceptation de l'auteur de l'infraction ».

²⁷⁰ J. Caillousse, Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique... préc., p. 470.

²⁷¹ Car « il est en effet difficile de se satisfaire d'une doxa qui invite à ne voir dans l'engouement contractuel que l'expression d'une nouvelle poussée démocratique » (J. Caillousse, *op. cit.*, p. 485). Rappr. S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Conclusion, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., spéc. p. 202 : « ce n'est pas à dire que nous entrerions dans l'époque bénie de la réconciliation ».

²⁷² V. aussi L. Cadiet, Justice démocratique versus démocratie judiciaire ? postface à S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), *Justice et démocratie*, PULIM, 2003, pp. 507-514.

²⁷³ Rappr. B. de Lamy, *op. cit.*, p. 165 : « il ne saurait, bien entendu, être question de rejeter purement et simplement la contractualisation du droit pénal, mais de s'inquiéter d'une extension désordonnée (...). Les mécanismes de contractualisation doivent être définis dans leur champ et strictement encadrés dans leurs modalités ».

²⁷⁴ V. L. Cadiet, Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits, préc.

en charge des équilibres sociaux, appelons cela la fraternité si l'on n'a pas renoncé à la quête d'une nouvelle utopie sociale qui inscrit la justice au cœur de son projet.

Cette deuxième journée de colloque sur la contractualisation de la production normative va rassembler, comme dans un bouquet vivant, quelques unes des questions que je viens d'évoquer et que les deux séquences précédentes du monumental chantier ouvert par Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez n'avaient pas encore permis d'aborder ou d'épuiser.

Sous l'intitulé « Les enjeux de la contractualisation de la justice », la première séquence, ce matin, va permettre d'affiner quelques questions relatives au domaine et au régime de la contractualisation de la justice, par où se marquent, en plein ou en creux, les limites du phénomène. Limites matérielles, pour commencer. Si les conventions particulières ne peuvent déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs, alors tout n'est pas matière à contractualisation. Dans l'ordre de la justice, c'est évidemment la matière pénale qui suscite le plus d'interrogations, haut lieu traditionnel d'une conception purement juridictionnelle, si ce n'est inquisitoriale de la solution des conflits. Du recours au contrat pour mettre en forme la réponse pénale à la consécration d'une solution véritablement contractuelle des infractions à la loi pénale, il y a un pas dont nous entretiendra Michel van de Kerchove, appelé à répondre à la question : « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? ». Quant au régime de la contractualisation de la justice, il sera successivement abordé par Philippe Frumer, qui s'interrogera sur l'encadrement de la solution contractuelle au regard des exigences du procès équitable, et par Marie-Claire Rivier, qui examinera l'efficacité de la solution contractuelle (notamment, quelle autorité, quelle force exécutoire ?) au regard de l'objectif principal qui lui est prêté, donner aux parties la maîtrise de la solution de leur différend), ces deux communications posant la question des limites fonctionnelles de la contractualisation du règlement des différends.

Le cadre général brossé, la deuxième séquence, cette après-midi, sous la présidence de mon collègue Serge Dauchy, donnera à voir des « modalités de la contractualisation de la justice », les aspects les moins étudiés à ce jour, à l'échelon micro-juridique du procès, puis à celui macro-juridique des politiques judiciaires. Dans l'ordre du procès, l'examen de la contractualisation collective de l'instance, dont Pierre-Yves Verkindt élucidera le sens, précédera celle de la contractualisation du coût judiciaire par Bruno Deffains, à l'œuvre dans les pratiques contractuelles (par exemple, les conventions d'honoraires des avocats, les clauses de frais de procès des établissements de crédit, ou l'assurance du coût judiciaire par les compagnies d'assurance) autant que dans les politiques publiques, de l'accès au droit tout particulièrement. Sur le terrain des politiques judiciaires, l'étude de la contractualisation des politiques publiques de la justice par Evelyne Serverin conclura les regards de droit français auxquels répondront en

écho, dissonant ou concordant, les regards comparatistes de Sophie Boyron sur la contractualisation de la justice, nourris, j'imagine, des évolutions récentes du droit anglais avec de l'apport des nouvelles dispositions, et de la nouvelle philosophie, des Civil procedure rules de 1999 et, singulièrement, des pre action protocols ²⁷⁵.

Le programme est dense. Il faudra en respecter le tempo, qui intègre des temps de pause et, surtout, des temps de discussion, cette discussion sans laquelle il n'y a ni vrai contrat, ni vrai procès.

I LES ENJEUX DE LA CONTRACTUALISATION DE LA JUSTICE

²⁷⁵ Voir aussi Neil Andrews, The pre-action phase – General report – Common law, in A. Pellegrinie-Grinover, P. Calmon (ed.), *Direito processual comparado*, XIII World Congress of Procedural Law, Editora Forense, 2007, pp. 201-241, et B. Groen, New trends in pre-action – General report – Civil law, *in op. cit.*, pp. 242-256.

CONTRACTUALISATION DE LA JUSTICE PENALE OU JUSTICE PENALE CONTRACTUELLE ?

Par Michel van de KERCHOVE

Recteur honoraire des Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles

Professeur émérite invité à la Faculté de droit

Introduction

Le point de départ de cette contribution et l'explication de son intitulé résident dans la perspicacité de Sandrine Chassagnard-Pinet qui a relevé, dans la contribution que j'avais consacrée à *La justice pénale, entre justice publique et justice privée ?*, lors d'un colloque organisé en 2006 par le Centre d'histoire du droit de Lille, la différence que je m'étais permis d'évoquer entre justice contractuelle et contractualisation de la justice. Cette évocation était cependant tellement allusive que j'ai cru, en un

premier temps, qu'elle s'était trompée d'orateur et qu'elle visait une autre contribution que la mienne. Après avoir relu mon texte, j'ai cependant bien dû me rendre à l'évidence et constater qu'elle avait raison, même si je n'avais pas prêté beaucoup d'attention à cette affirmation.

Ayant accepté son défi en hommage à sa perspicacité, j'ai donc dû réfléchir un peu plus longuement à la portée de ce titre, que je me suis cependant empressé de limiter au champ pénal qui est le champ du droit positif qui m'est le moins étranger et ma prudence naturelle m'a également amené à l'assortir d'un point d'interrogation.

I. Contractualisation et justice contractuelle

Avant d'aborder leur application au domaine pénal, il importe cependant de tenter de préciser quelque peu la portée générale des deux concepts évoqués.

En ce qui concerne la notion de *contractualisation*, tout d'abord, tout en soulignant « qu'aucun accord ne s'est réalisé sur la notion même »²⁷⁶, Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez ont proposé d'y voir une « évolution » consistant en « un recours croissant à la procédure contractuelle »²⁷⁷. On peut donc retenir le fait qu'il s'agit d'un phénomène tendanciel ou évolutif et que cette évolution, traduisant une forme de croissance, a nécessairement un caractère relatif²⁷⁸, susceptible de degrés divers, selon les domaines hétérogènes dans lesquels il est envisagé et le moment où il est pris en considération. Par ailleurs, s'il désigne une forme de croissance du recours à la procédure contractuelle, c'est logiquement, non pas nécessairement à l'exclusion, mais corrélativement au recul, au moins relatif lui aussi, de procédures impératives et unilatérales de la puissance publique²⁷⁹. Selon l'expression d'Alain Supiot, elle impliquerait ainsi, au moins dans certaines limites, « le recul de l'hétéronomie face à l'autonomie »²⁸⁰. En parlant de contractualisation de la justice en général, on peut dès lors désigner « la

²⁷⁶ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Introduction », dans *Approche critique de la contractualisation*, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Paris, LGDJ, 2007, p.12.

²⁷⁷ *Ibidem*, p.15.

²⁷⁸ Cf. notamment P.ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », dans *Approche renouvelée de la contractualisation*, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p.26 qui invite à une approche « relativiste et réaliste du contrat ».

²⁷⁹ Cf. notamment P.ANCEL, « Contractualisation », dans *Dictionnaire de la justice*, sous la direction de L. Cadiet, Paris, PUF, 2004, p.231 : « le terme semble employé pour rendre compte de l'intrusion et du rôle croissant du contrat – ou plus largement de la convention, entendue comme accord de volontés en vue de faire naître des effets juridiques – dans des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumis à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées ».

²⁸⁰ A. SUPIOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans *Approche critique de la contractualisation*, *op.cit.*, p.19.

tendance -que l'on constate plus nettement ces dernières années- à rechercher la Justice par le biais du recours au contrat »²⁸¹, ou, si l'on préfère l'expression de Loïc Cadiet, à rechercher la « justice par le contrat »²⁸². Elle se manifeste ainsi dans la grande diversité d'« accords qui visent à organiser le règlement juridictionnel et ceux qui prétendent s'y substituer »²⁸³, c'est-à-dire aussi bien ceux qui constituent le fondement ou l'origine du règlement du litige que ceux qui en déterminent la solution ou le résultat²⁸⁴.

En ce qui concerne la *justice contractuelle*, par ailleurs, il importe d'emblée de souligner l'équivocité du terme, même si les deux sens principaux qu'on peut lui donner ne sont pas totalement étrangers l'un à l'autre. Il s'agit, selon l'heureuse formulation de Loïc Cadiet, de ce qu'il a appelé « la justice *dans* le contrat », d'une part ; de « la justice *par* le contrat », d'autre part²⁸⁵. La première désigne une égalité au moins relative des parties dans la formation du contrat et le juste équilibre entre les prestations qui en découlent²⁸⁶. Ce n'est pas le sens principal dans lequel je prendrai l'expression, même si je reviendrai ultérieurement sur certaines considérations critiques qui relèvent de cette acception. La deuxième forme de justice contractuelle, que je retiendrai principalement ici, réside, quant à elle, dans la procédure qui consiste à faire du contrat, ou tout au moins dans un accord des parties intéressées, à la fois le fondement et le mode de solution du litige. La justice contractuelle, en ce sens, constitue à mes yeux le passage à la limite ou la forme la plus aboutie de ce phénomène tendanciel et relatif qu'est la contractualisation de la justice.

II. Contractualisation et justice contractuelle en matière pénale

Si l'on se penche plus spécifiquement sur la justice pénale, est-il possible d'y voir au cours des dernières décennies, et sans devoir remonter à des temps lointains, des signes de contractualisation, voire d'émergence d'une véritable justice contractuelles ?

²⁸¹ Ch. JARROSSON, « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », dans *Réforme de la Justice. Réforme de l'Etat*, sous la direction de L. Cadiet et L. Richer, Paris, PU, 2003, p.185.

²⁸² L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p.186.

²⁸³ P.ANCEL, *op.cit.*, p.232.

²⁸⁴ Concernant cette distinction classique, cf. notamment Ch. JARROSSON, *op.cit.*, p.186 qui ne développe, pour sa part, que le second phénomène. Cf. également L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès », dans *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, p.26 et 35 où l'auteur distingue, quant à lui, le contrat comme « technique de gestion de la procédure » et comme « mode de solution du litige ».

²⁸⁵ L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », *op.cit.*, p.178.

²⁸⁶ A cet égard, cf. notamment L. DUVANEL, *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*, Lausanne, Schulthess, 2004 ; J.-P. CHAZAL, « Justice contractuelle », dans *Dictionnaire de la justice*, *op.cit.*, p.743-747 ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », *op.cit.*, p.178-186.

Parler d'une contractualisation partielle de la justice pénale implique évidemment, comme on l'a déjà évoqué, que l'on considère celle-ci comme relevant « des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumis à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées »²⁸⁷. Or, en ce qui concerne la justice pénale, tout converge pour y voir traditionnellement le modèle même d'une justice « imposée »²⁸⁸. Considérée comme une atteinte exclusive à l'intérêt public, l'infraction pénale est, pour cette raison, à la fois recherchée, poursuivie et jugée par des organes exclusivement étatiques dont les décisions, adoptées unilatéralement, s'imposent de manière autoritaire à leurs destinataires. A la différence du procès civil qui est d'ordre privé, le procès pénal est d'ordre public. Aucune personne privée, qu'elle soit victime, prévenu ou simplement "intéressée", n'est censée jouer un rôle actif et déterminant dans le déroulement du procès. A fortiori, aucun consentement n'est censé requis de leur part, et aucune forme de négociation n'est concevable. Si le prévenu lui-même peut sans doute être considéré comme "partie" au procès, c'est dans un sens considérablement affaibli par rapport au procès civil, le contentieux qui l'oppose à la société ayant un caractère "objectif" et non "subjectif"²⁸⁹ et la place qu'il occupe étant davantage celle d'un "objet" d'accusation que d'un "sujet" de droits. Enfin, le caractère inquisitoire de la procédure pénale donne sans doute à ce modèle de justice imposée sa forme la plus achevée: exclusivement unilatérale, la procédure est censée produire la vérité en l'absence de toute participation active du prévenu, celui-ci étant réduit tout au plus, selon l'expression de Denis Salas, à un "sujet passif du procès, sans accès à la parole autre qu'à l'aveu"²⁹⁰. C'est la raison pour laquelle on a pu dire qu'« on voit mal au premier abord dans ce processus une place quelconque laissée à la contractualisation »²⁹¹ ou, à tout le moins, que « le caractère d'ordre public des dispositions pénales limite la place de la 'contractualisation' »²⁹².

Il est cependant probable qu'aucun système pénal n'a jamais consacré un modèle de justice imposée à l'état pur. Si ce modèle se trouve d'abord généralement tempéré par un certain nombre de caractères

²⁸⁷ P. ANCEL, *op.cit.*, p.231.

²⁸⁸ Concernant l'utilisation du terme de « justice imposée », cf. notamment Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », dans *Droit négocié, droit imposé ?*, publié sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p.529 et s., ainsi que les références citées p.531.

²⁸⁹ Cf. notamment P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, p.309 où l'auteur rappelle que l'action pénale ne tend pas à la sanction de la violation d'un droit subjectif, mais à la sanction de la violation d'un devoir.

²⁹⁰ D. SALAS, *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, PUF, 1992, p.76.

²⁹¹ P. COUVROT, « Contractualisation en matière pénale, en général », dans *Réforme de la Justice. Réforme de l'Etat*, *op.cit.*, p.198.

²⁹² G. GIUDICELLI-DELAGE, « Justice pénale », dans *Dictionnaire de la justice*, *op.cit.*, p.786 ; F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité ? », *Rev.sc.crim.*, 2002, p.501.

relevant de ce que l'on peut appeler un modèle de justice « participative »²⁹³ admettant, à des degrés divers, la participation active d'agents privés, et principalement du délinquant et de la victime, dans le déroulement du procès, c'est dans le cadre de modèles qu'on peut qualifier respectivement de justice « consensuelle » et de justice « négociée » que se retrouvent, sous des formes et à des degrés divers, de véritables signes de contractualisation de la justice pénale, à défaut de l'émergence d'une véritable justice pénale contractuelle.

Par justice « consensuelle », on peut viser un modèle qui accorde une place plus ou moins importante au consentement des intéressés, que ce soit sous la forme positive d'une acceptation ou sous la forme négative d'une absence de refus²⁹⁴, que ce soit d'une manière tacite ou expresse, que ce soit sous une forme « abdicative » ou « substitutive »²⁹⁵.

Le développement de cette « sorte de consensualisme propre au droit pénal »²⁹⁶ connaît en effet une extension croissante dans les systèmes juridiques contemporains qui mérite d'être soulignée. En relèvent notamment l'accord, le consentement ou l'acceptation de l'auteur de l'infraction, tels qu'ils sont exigés par la loi, comme pour la peine de travail, la suspension du prononcé, la probation ou la libération conditionnelle. En relèvent également différentes formes plus dynamiques de consentement qui consistent dans des « engagements » assumés par l'auteur de l'infraction, tel le « programme de reclassement » que doit présenter le condamné en matière de libération conditionnelle, « duquel apparaît sa volonté et son effort de réinsertion dans la société ». En relève enfin la forme évidemment la plus radicale de consentement, sans doute attendue de manière latente dans l'évolution globale de notre système pénal, mais impossible à exiger légalement, qui consiste dans l'adhésion intime de l'auteur de l'infraction à la sanction pénale ou ce que Dan Kaminski a appelé judicieusement l'« allégeance », par laquelle, selon ses termes, « son consentement inscrit le sujet dans une sphère d'amour et de dette »²⁹⁷.

Dans de tels cas de figure, cependant, il nous paraît difficile de parler d'une véritable contractualisation de la justice pénale, car le consentement de l'intéressé, aussi important soit-il, n'est tout au plus qu'une condition légale préalable à une décision judiciaire dont le caractère unilatéral ne se trouve

²⁹³ Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *op.cit.*, p.532 ; M. van de KERCHOVE, « Le consentement dans le champ de la sanction pénale : portée et enjeux », dans *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, sous la direction de F. Digneffé et Th. Moreau, Bruxelles De Boeck-Larcier, 2006, p.397 et s.

²⁹⁴ Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *op.cit.*, p.532-533.

²⁹⁵ Concernant cette distinction, cf. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002, pp.337 et s.

²⁹⁶ M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*. Paris, PUF, 2001, p.367.

²⁹⁷ D. KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », dans *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, *op.cit.*, p.338.

nullement affecté et ne se mue en aucune façon en un véritable accord de volontés²⁹⁸. En revanche, il paraît possible d'invoquer à l'appui d'une telle contractualisation différents modes d'extinction de l'action publique prévus pour certaines infractions moyennant la réalisation de certaines conditions qui doivent nécessairement être acceptées par l'auteur de l'infraction et qui s'articulent autour de procédures faisant l'objet de qualifications diverses, telles que celles de transaction, de composition, voire de médiation²⁹⁹.

En ce qui concerne la Belgique, le premier mode d'extinction qu'il convient d'évoquer réside dans le mécanisme traditionnel, qualifié par la doctrine de "transaction pénale", qui consiste dans le fait que le ministère public invite l'auteur de l'infraction à verser une somme d'argent, dont le paiement librement accepté par lui, éteint de plein droit l'action publique.

Exception légale au principe de l'indisponibilité de l'action publique, "symbole d'une justice imposée"³⁰⁰, la transaction pénale proprement dite a été introduite en Belgique par un arrêté royal du 10 janvier 1935 qui avait pour but le désencombrement des tribunaux³⁰¹. Ses conditions et son champ d'application ont fait ensuite l'objet de modifications successives qui ont contribué, d'une façon générale, à assouplir les conditions d'application de la transaction et à élargir son champ d'application. Dans la mesure où la transaction pénale constitue un mode d'extinction de l'action publique, qui suppose une proposition émanant du ministère public et une acceptation de l'auteur de l'infraction, il est légitime d'y voir à tout le moins un moyen "bilatéral" d'extinction des poursuites³⁰² et, par voie de conséquence, une illustration manifeste d'un modèle de justice consensuelle. La question se pose cependant de savoir s'il convient d'y voir un véritable "contrat", comparable, sinon identique à une transaction civile. S'il ne fait pas de doute que la transaction pénale possède des caractères propres qui ne permettent pas de l'assimiler à une transaction civile, on retiendra surtout le fait que les "concessions réciproques" inhérentes à la transaction civile sont, dans le cas de la transaction pénale, strictement limitées par la loi et, pour le reste, déterminées unilatéralement par le ministère public. "Les termes de l'accord ne sont donc pas l'objet de

²⁹⁸ En ce sens, cf. notamment M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », *op.cit.*, p.377 et 378 : « il nous semble douteux que les diverses circonstances dans lesquelles l'agent pénal est amené à exprimer un consentement puissent être assimilées à la conclusion d'autant de conventions... ; la contractualisation de la sanction est un leurre et ce que l'on confond ici avec le consentement à un contrat n'est pas autre chose, le plus souvent, qu'une sorte d'invitation à acquiescer explicitement à la sanction ou à ses divers prolongements, afin d'en renforcer l'efficacité ».

²⁹⁹ Cf. notamment C. AMBROISE-CASTERTOT, « Le consentement en procédure pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. ? : « Ces nouveaux modes alternatifs (alternatives aux poursuites, alternative au jugement traditionnel) reposent sur une contractualisation de la répression pénale...Le mécanisme paraît en effet calqué sur le schéma d'une convention : proposition, puis acceptation (ou refus) ».

³⁰⁰ D. MONDON, *Justice imposée, justice négociée : les limites d'une opposition, l'exemple du parquet*, dans *Droit et société*, n°30-31, 1995, p.352.

³⁰¹ Rapport au Roi, dans *Pasinomie*, 1935, p.5.

³⁰² M. FRANCHIMONT, A.JACOBS et A.MASSET, *op.cit.*, p.73.

tractations entre les parties qui les fixeraient de commun accord"³⁰³. Si l'analogie reste possible avec un contrat, c'est dès lors tout au plus avec un contrat d'adhésion³⁰⁴, où l'inégalité des parties ne permet à l'auteur de l'infraction que d'adhérer aux conditions qui lui sont proposées ou de refuser en bloc la proposition qui lui est faite. Certains vont cependant plus loin et estiment que l'accord de l'auteur de l'infraction n'est pas requis pour former un contrat au sens du droit civil, mais seulement "pour attester que la décision unilatérale du ministère public n'a pu lui être imposée"³⁰⁵. "Le pouvoir conserve, de la sorte, la maîtrise de ses attributs; il arrête unilatéralement, dans les limites fixées par la loi, une proposition qu'il soumet au particulier; le consentement requis de ce dernier tient dans l'agrément qu'il donne, de manière pure et simple, à la proposition qui lui est faite"³⁰⁶. Quelle que soit la solution que l'on adopte, il semble au moins possible d'y voir l'illustration d'une « contractualisation » au sens large de la justice pénale. Toutefois, il est clair qu'il ne s'agit pas d'une véritable justice négociée, mais seulement d'une justice consensuelle .

De cette procédure on peut rapprocher la transaction, généralement qualifiée d'"administrative"³⁰⁷ qui, historiquement, a précédé la transaction pénale et qui réside dans le fait que certaines administrations se trouvent également habilitées à fixer une somme d'argent dont le paiement volontaire par l'auteur de l'infraction entraîne l'extinction de l'action publique. Si la transaction administrative a été, en France notamment, l'occasion, en certaines matières comme la pollution de l'eau, de développer une véritable politique de négociation avec les industriels concernés³⁰⁸, il semble que les remarques générales qui ont été faites concernant la nature simplement "consensuelle" de la transaction pénale s'appliquent également à la transaction administrative, du moins telle qu'elle est conçue et appliquée en Belgique³⁰⁹. Bien que la terminologie adoptée par le législateur soit différente, on peut enfin rapprocher de la transaction administrative la technique dite de l'"amende administrative", telle qu'elle est utilisée par le législateur dans certains domaines. La particularité du système consacré dans ces différents cas réside dans le fait

303. C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, Bruxelles, 1972-1973, p.314, note 49.

304. En ce sens, cf. notamment A.BRAAS, *Précis de procédure pénale*, 3e éd., t.I, Bruxelles-Liège, 1952, n°169; J.-F. DUPRE, *La transaction en matière pénale*, Paris, 1977, p.184-185.

305. J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles, 1967, cité par J. MESSINNE, *La nature juridique de la transaction en matière répressive*, note sous Bruxelles, 22 janvier 1970, dans *Revue critique de jurisprudence belge*, 1972, p.68.

306. C. CAMBIER, *op.cit.*, p.314. Cf. également X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002, p.541 : « en consentant à une mesure pénale de substitution, le justiciable n'adhère pas à un contrat, il accepte un statut légal. Tout au plus, pourrait-on parler de *statut d'adhésion* ».

307. Cf. notamment H.-D. BOSLY, *Les transactions en matière pénale*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1985, p.23 et s.; A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, 1994, p.90 et s.

308. Cf. notamment A.SUPIOT, *Recherche sur l'application des textes relatifs à la pollution de l'eau d'origine industrielle*, in *La semaine juridique*, 1975, I, 2692, n°12. Cf. également E.SERVERIN, P.LASCOURMES et Th.LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Paris, 1987, p.173 et s., où les auteurs analysent l'activité transactionnelle comme "espace de négociation".

309. On remarquera cependant que le caractère secret des procédures transactionnelles ne permet pas de contrôler l'existence éventuelle d'"opérations qui les précèdent, notamment...des négociations et des démarches entreprises dans l'ombre" (A. DE NAUW, *op.cit.*, p.96).

que l'auditeur du travail ou le procureur du Roi, selon le cas, dispose d'un délai pour faire connaître son intention éventuelle d'entamer des poursuites pénales, à défaut de laquelle le fonctionnaire désigné par le Roi peut décider d'infliger une amende administrative du fait de l'infraction, avec pour conséquence l'extinction de l'action publique. Malgré le caractère unilatéral de cette décision, il est généralement admis qu'elle a, en réalité, la nature d'une "offre de transaction"³¹⁰, dans la mesure où "la décision du fonctionnaire ne peut sortir ses effets que de la *volonté* du contrevenant à qui elle est simplement proposée ou à la suite d'une procédure civile qui a pour but l'obtention d'un titre exécutoire"³¹¹.

Enfin, on citera encore deux procédures nouvelles consacrées par la loi belge du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale³¹². Malgré le terme unique de "médiation pénale" utilisé par le législateur pour les qualifier, il convient de distinguer nettement deux procédures différentes qu'elle met en réalité sur pied, même si la seconde s'insère en fait dans la première. La première se situe sur le terrain de la justice consensuelle et participative; la seconde, que nous évoquerons ultérieurement, peut être considérée comme un exemple de justice négociée.

La première procédure, qualifiée improprement de médiation pénale, constitue en réalité une nouvelle procédure spécifique de transaction pénale dont la particularité réside dans le fait que l'extinction de l'action publique peut se trouver subordonnée à d'autres conditions que le paiement d'une somme d'argent. Le procureur du Roi peut y recourir pour toute infraction pénale, pour autant que le fait ne paraisse pas de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde. Les conditions prévues, qui peuvent être proposées isolément ou cumulativement, sont au nombre de trois. La première consiste dans l'indemnisation ou la réparation dûment prouvées du dommage causé par l'infraction. La deuxième réside dans le fait de suivre un traitement médical ou toute autre thérapie adéquate et d'en fournir périodiquement la preuve durant un délai qui ne peut dépasser six mois, lorsque l'auteur de l'infraction invoque comme cause de l'infraction la circonstance d'une maladie ou d'une assuétude à l'alcool ou aux stupéfiants. La troisième, enfin, réside dans le fait d'exécuter un travail d'intérêt général ou de suivre une formation déterminée d'une durée de 120 heures au plus. Ces conditions nouvelles, comme c'était déjà le cas pour le paiement d'une somme d'argent, doivent être "acceptées" par l'auteur de l'infraction (art.216*ter*, § 4 C.I.Cr.). En ce sens, elles participent, autant que la procédure ancienne, d'une logique consensuelle, voire contractuelle, mais qui n'implique aucune véritable négociation. A la différence des procédures traditionnelles de transaction, cependant, la procédure nouvelle prévoit la convocation obligatoire de l'auteur de l'infraction et la

³¹⁰. J. LIGOT, *La sanction administrative en droit belge*, in *R.J.D.A.*, 1972, p.247-248.

³¹¹. A. DE NAUW, *op.cit.*, p.113.

³¹². A cet égard, cf. notamment M. van de KERCHOVE, *Médiation pénale et travaux d'intérêt général. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994*, dans *Journal des tribunaux*, 1995., p.61 et s.

convocation facultative de la victime (art. 216ter, § 1er). On peut y voir dès lors en même temps une volonté d'élargissement d'une justice *participative* consistant dans "l'organisation légale de l'exercice *contradictoire* des compétences du ministère public que, jusqu'à présent, il exerce de manière inquisitoire et administrative"³¹³.

En France, même si la terminologie diffère, il est évident que la composition pénale présente de nombreuses similitudes avec les procédures évoquées et on a pu souligner dans le même sens qu' « il s'agit là d'un véritable accord entre le parquet, autorité de poursuite, et le prévenu, qui entraîne l'extinction de l'action publique après validation d'un juge »³¹⁴, ou « plus exactement, « un acte d'adhésion par le délinquant à une forme simplifiée de répression » qui participe ainsi « d'une justice que l'on peut qualifier de consensuelle et proche du droit des contrats »³¹⁵.

Enfin, on peut encore évoquer en France la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, dont on a pu dire que les modalités « témoignent de sa nature contractuelle : l'emploi du terme *homologation* atteste bien que le juge du siège ne tranche pas, mais contrôle un accord conclu entre le Ministère public et l'auteur de l'infraction », mais qui, contrairement au *plea bargaining* anglo-saxon, après la reconnaissance de culpabilité, « ne prévoit pas de phase de négociation de la peine. Le procureur propose une peine. Il n'y a ensuite qu'une alternative : le refus ou l'acceptation »³¹⁶. C'est donc bien de justice consensuelle qu'il s'agit, mais non de justice négociée. C'est la raison pour laquelle, dans ce cas, comme pour la composition pénale, on a pu parler de « contrat d'adhésion »³¹⁷.

Par justice « négociée », par ailleurs, on peut entendre un modèle de justice qui ne se contente pas de reconnaître aux particuliers le pouvoir d'accepter ou de refuser des propositions dont le contenu échappe entièrement à leur maîtrise. Ce modèle reconnaît à ces mêmes particuliers un pouvoir de discussion dont l'exercice est susceptible, par le biais de concessions réciproques, d'affecter au moins partiellement le contenu de ces propositions et d'aboutir ainsi à un véritable accord négocié. Si ce modèle trouve déjà une illustration dans certaines formes de transaction qui ne se ramènent pas à de simples "contrats d'adhésion", il se concrétise plus clairement encore dans l'institution du *plea bargaining* anglo-saxon, ainsi que des procédures de médiation introduites dans de nombreux pays tels que la Belgique ou la France.

313. Exposé des motifs précédant le projet de loi du 17 février 1993 organisant une procédure de médiation pénale, déposé par le ministre de la Justice, Melchior Wathelet, *Doc.parl.*, Sénat, 1992-1993, n°652/1, p.4.

314 Y. DESDEVISES, « Conciliation et médiation », dans *Dictionnaire de la justice, op.cit.*, p.194.

315 P. COUVRAT, « Composition et médiation pénales », dans *Dictionnaire de la justice, op.cit.*, p.190 et 191.

316 I. PAPADOPOULOS, « *Plaider coupable* ». *La pratique américaine, le texte français*, Paris, PUF, 2004, p.80.

317 B. de LAMY, *op.cit.*, p.158.

En ce qui concerne le *plea bargaining*, que l'on connaît depuis longtemps aux États-Unis³¹⁸, il semble constituer l'illustration la plus achevée de la justice négociée, et certains auteurs n'hésitent pas à le qualifier de véritable contrat³¹⁹. Dans le modèle américain, le *guilty plea*, c'est-à-dire l'offre de plaider coupable, est généralement précédé d'un *plea bargaining*, c'est-à-dire (littéralement) une négociation quant au choix du système de ce qui sera plaidé. Les termes de la négociation peuvent être soit la peine (*sentence bargaining*), soit les chefs d'inculpation (*charge bargaining*). Dans le premier cas, il s'agit d'une négociation verticale dans la mesure où l'accord donné par l'organe de poursuite lie le juge du fond; dans le second cas, il s'agit d'une négociation horizontale qui se déroule entièrement au niveau de la poursuite entre l'inculpé et le ministère public qui peut disqualifier ou requalifier les faits³²⁰.

En ce qui concerne la médiation pénale, on citera la deuxième forme de médiation instituée en Belgique par la loi du 10 février 1994, ainsi que la médiation pénale consacrée en France par la loi du 4 janvier 1993, qui sont censées constituer des procédures de médiation proprement dite ayant pour objet la réparation du dommage causé à la victime. Dans la mesure où l'accord qui sera éventuellement obtenu entre l'auteur de l'infraction et la victime n'est en aucune façon prédéterminé, mais le résultat de discussions susceptibles d'entraîner des concessions de la part des intéressés, cette procédure est évidemment susceptible *a priori* d'illustrer un modèle de justice négociée et l'accord exigé des parties se rapproche cette fois d'un contrat de gré à gré. Il convient cependant d'en apercevoir les limites, étant donné que cette négociation a comme « objet » spécifique les conséquences civiles découlant de l'infraction, et non ses conséquences pénales. Celles-ci, en effet, échappent à toute négociation et sont entièrement fixées par la loi. Dès lors, si l'on peut justifier la qualification de « pénale » donnée à cette médiation, ce n'est qu'en raison de sa « cause » (l'infraction pénale commise) et de ses « effets juridiques » (l'extinction légale de l'action publique en Belgique ; le classement sans suite en France), sauf à considérer qu'une telle procédure constitue l'illustration « d'une nouvelle justice pénale, réparatrice ou restauratrice »³²¹. Par ailleurs, si cette procédure suppose un accord entre l'auteur de l'infraction et la victime, tant en ce qui concerne le recours à ce mode de solution du litige qui les oppose qu'en ce qui concerne les modalités de la réparation du dommage, il convient de souligner que l'initiative

³¹⁸ Sur l'histoire du *plea bargaining* aux U.S.A. et en Angleterre, cf. Fr. TULKENS, *Le rôle et les limites de la fonction juridictionnelle dans la justice pénale aux Etats-Unis*, in *Pouvoir judiciaire et fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, 1983, p. 502 et s. et les références citées; B. DE SMET, *De versnelling van de rechtspleging met instemming van de verdachte. Is de invoering van een "guilty plea" naar Angelsaksich model wenselijk?*, in *Panopticon*, 1994, p. 422-423 ; I. PAPANOPULOS, *op.cit.*

³¹⁹ R.E. SCOTT et W.J. STUNTZ, *Plea bargaining as contract*, in *Yale Law Review*, 1992, p. 1959.

³²⁰ B. DE SMET, *De versnelling van de rechtspleging met instemming van de verdachte. Is de invoering van een "guilty plea" naar Angelsaksich model wenselijk?*, *op. cit.*, p. 424.

³²¹ Ph. MARY, « Le travail d'intérêt général et la médiation pénale face à la crise de l'Etat social : dépolitisation de la question criminelle et pénalisation du social », dans *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, sous la direction de Ph. Mary, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.331.

d'y recourir appartient non pas aux parties elles-mêmes, mais au ministère public³²². Enfin, alors qu'une médiation implique logiquement l'intervention d'un tiers par rapport aux parties, le fait que, en Belgique à tout le moins, ce soit le ministère public qui soit responsable de la médiation, même s'il est partiellement représenté par des assistants de justice, crée une « confusion des rôles », puisqu'il reste indirectement intéressé à l'indemnisation de la victime qui constitue une condition légale de l'extinction de sa propre action. C'est la raison pour laquelle certains préfèrent voir dans cette procédure davantage une « conciliation » qu'une véritable médiation³²³.

Enfin, on citera encore la médiation dite « réparatrice » ou « après poursuites », consacrée en Belgique par la loi du 22 juin 2005, après avoir fait l'objet de différentes expériences -pilotes³²⁴. Sans modifier la médiation pénale déjà évoquée, cette loi étend l'offre en matière de médiation en prévoyant qu'à la demande des personnes ayant un intérêt direct dans le cadre du procès pénal, une médiation puisse être mise en œuvre durant toute la procédure. La médiation y est définie comme « un processus permettant aux personnes en conflit de participer activement, si elles y consentent librement, et en toute confidentialité, à la résolution des difficultés résultant d'une infraction, avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminée. Elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation » (art.3ter C.I.cr.). Si les parties consentent à porter des éléments de la médiation à la connaissance du juge, celui-ci peut en tenir compte et le mentionne, le cas échéant, dans le jugement. Les différences avec la médiation dite pénale sont nombreuses³²⁵ : elle ne vise pas seulement des infractions de faible gravité, mais toute infraction quelconque ; elle peut intervenir à tous les stades de la procédure, et pas seulement avant l'exercice des poursuites ; elle n'est pas prise à l'initiative du ministère public, mais des personnes ayant un intérêt direct ; elle ne se déroule pas sous la responsabilité du ministère public, mais par un service de médiation privé indépendant du système de justice pénale ; ses effets de nature pénale sont beaucoup plus limités, puisqu'elle n'entraîne pas l'extinction de l'action publique, mais est seulement susceptible, si les parties en conviennent, d'être portée à la connaissance du juge pénal qui peut alors en tenir compte, soit quant à la peine prononcée, soit quant à ses modalités d'exécution (notamment dans le cadre d'une libération conditionnelle), selon le stade de la procédure concerné. Si une telle procédure manifeste à l'évidence tous les caractères d'une justice négociée, voire d'une véritable justice contractuelle, le paradoxe veut que ce soit à la faveur d'une atténuation

³²² C'est ce qui fait dire à, X. Pin (*Le consentement en matière pénale, op.cit.*, p.538) que, si la qualification de « contrat » se justifie « au regard des relations du délinquant et de la victime », « il n'est pas raisonnable de qualifier de contrat la décision des autorités répressives de recourir à une médiation..., acceptée par le justiciable ».

³²³ En ce sens, cf. notamment J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation, une autre justice*, Paris, Syros, 1992, p.107.

³²⁴ Cf. notamment A. BUONATESTA, « La médiation entre auteurs et victimes dans le cadre de l'exécution de la peine. Bilan d'une expérience pilote de médiation en milieu carcéral menée par l'a.s.b.l. 'Médiate' », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2004, p.242 et s.

³²⁵ A cet égard, cf. notamment A. LEMONNE, « Evolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale : entre idéalisme et pragmatisme », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2007, p.156 et s.

considérable de son incidence sur la justice pénale proprement dite, en même temps qu'à la faveur, de manière résiduelle, d'une transformation de celle-ci en une justice qu'on peut qualifier, cette fois, de « restauratrice », puisqu'elle vise non seulement la « réparation », mais encore l'« apaisement » qui renvoie tant au niveau de la relation entre les parties au procès qu'au niveau de la relation avec la société »³²⁶. On peut dès lors douter de ce que la contractualisation incontestable de la justice pénale aboutisse réellement à l'émergence d'une justice pénale contractuelle.

III. Enjeux liés à la contractualisation de la justice pénale

Les enjeux liés à l'exigence de plus en plus fréquente d'un consentement en matière de sanction pénale sont évidemment multiples. Il est possible de les regrouper autour de deux idées, celles d'efficacité et de légitimité de la répression pénale.

En ce qui concerne l'*efficacité* de la répression, tout d'abord, on peut distinguer les aspects collectifs ou « systémiques » et les aspects individuels du problème. En ce qui concerne le premier aspect, Dan Kaminski a évoqué le rôle régulateur des flux qui pouvait être assigné aux sanctions consensuelles, en suggérant à juste titre que l'enjeu fondamental de ces innovations est de trouver des procédures qui ne collaborent ni à l'impunité ni à l'engorgement des tribunaux³²⁷ ou, en termes plus positifs, qui permettent de lutter contre l'impunité, sans contribuer à la surcharge des tribunaux. Tel est le thème de la « troisième voie », souvent évoqué aujourd'hui, qui, à défaut d'une justice pénale imposée, porteuse d'une sanction pénale explicite, privilégie une « réponse » alternative évitant le classement sans suite³²⁸. En ce qui concerne l'aspect individuel, par ailleurs, on peut estimer, selon les termes d'un auteur, que la contractualisation de la justice pénale correspond le plus souvent au « souci d'optimiser les chances de succès de la mesure entreprise et donc celle de restaurer les chances de resocialisation de son bénéficiaire dont le sens des responsabilités serait restauré »³²⁹. Ce premier enjeu correspond à l'idée très actuelle de « responsabilisation »³³⁰ qui fait de plus en plus peser sur l'auteur même de l'infraction la responsabilité

³²⁶ Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Chambre, 2004-2005, n°51-1562/1, p.9.

³²⁷ D. KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », dans *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, *op.cit.*, p.331-332.

³²⁸ Cf. notamment en France Exposé des motifs du projet de loi relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale, Sénat, session ordinaire 1997-1998, n°434 où il est précisé que cette « troisième voie » « consiste, pour le ministère public, à apporter une nouvelle *réponse judiciaire* à la délinquance en recourant à d'autres moyens que la mise en mouvement de l'action publique ». Cf. également P. COUV RAT, « Composition et médiation pénales », dans *Dictionnaire de la justice*, *op.cit.*, p.188 : « La composition et la médiation pénale sont des modes alternatifs de règlement de conflits nés d'infractions pénales. Elles constituent des *réponses pénales* sans jugement à la commission d'une infraction, rendues à l'initiative du procureur de la République qui choisit une *troisième voie* entre le classement sans suite et la poursuite devant une juridiction répressive ».

³²⁹ M. DANTI-JUAN, *op.cit.*, p.375 et références citées.

³³⁰ Cf. notamment *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, *op.cit.*

de la peine ou de la mesure dont il fait l'objet³³¹. Une évolution se manifesterait ainsi tendant à faire de la responsabilité moins le *terminus a quo*, c'est-à-dire le fondement, que le *terminus ad quem*, c'est-à-dire l'objectif de la sanction³³², aboutissant, comme l'a bien montré Y. Cartuyvels, à un glissement progressif « du concept de responsabilité vers celui de responsabilisation ». Selon ses propres termes, il ne s'agirait « plus...d'avoir un individu responsable pour le punir. Il s'agit de punir un individu pour le responsabiliser, en s'assurant de son consentement et de sa participation à la peine »³³³. Reste à savoir si cette efficacité n'est pas largement tributaire de la réalité et de l'intensité du consentement sur laquelle elle est censée s'appuyer, dont on peut facilement admettre la relativité.

En ce qui concerne la *légitimité* de la répression, par ailleurs, on peut l'évoquer tant à un niveau ponctuel qu'à un niveau global.

Ponctuellement, en effet, il apparaît clairement que la légitimation de certaines sanctions ou de certaines procédures extra-judiciaires ne saurait faire l'économie aujourd'hui de l'exigence du consentement. C'est ainsi que la conception actuelle de la « dignité de la personne » a pour effet que « certaines mesures coercitives telles que l'accomplissement d'un travail ou l'application d'un traitement médical ne puissent plus être envisagées aujourd'hui en dehors du consentement de l'intéressé »³³⁴. Par ailleurs, étant donné la multiplication des sanctions ou des modalités susceptibles d'intéresser les victimes, on peut de plus en plus difficilement justifier leur adoption sans la participation, voire le consentement de celles-ci. Enfin, le recours à un règlement extra-judiciaire, qui implique l'exclusion du droit à l'intervention d'un tribunal en matière pénale, ne saurait être non plus justifié en l'absence de la volonté de l'intéressé d'y renoncer³³⁵. Il n'en reste pas moins certain que la pleine réalité de cette volonté peut s'avérer problématique et pose le problème de la *validité* du consentement en matière de sanction pénale, renouant ainsi avec une exigence de justice contractuelle, dans le deuxième sens évoqué au début de cette contribution. Traditionnellement, par application de la théorie générale de l'acte juridique privé, voire du contrat, cette question est résolue en se fondant sur la double condition du caractère libre et éclairé du consentement. Si le caractère éclairé du consentement suppose en principe une information préalable suffisante de l'auteur de l'infraction, il semble que le législateur français ait été

³³¹ Cf. notamment D. KAMINSKI, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, t. XXXIII, n°1, 2002, p.89.

³³² A cet égard, cf. notamment M. van de KERCHOVE, « Culpabilité et dangerosité : réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Paris-Genève, 1981, p.291 et s.

³³³ Y. CARTUYVELS, « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. Dumont, Fr. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.420.

³³⁴ M. DANTI-JUAN, *op.cit.*, p.375.

³³⁵ Cf. Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.

plus attentif que le législateur belge à prévoir obligatoirement une telle information³³⁶. En revanche, la sanction d'un défaut d'information en droit interne, même français, paraît relativement incertaine³³⁷. A l'inverse, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 novembre 2004 a considéré que la renonciation à exercer une voie de recours contre une condamnation, sur base d'informations inexactes fournies par un avocat général, constituait une violation de l'article 6 § 1 de la Convention³³⁸. Cependant, c'est surtout la liberté du consentement qui paraît problématique en cette matière. Si l'on excepte des cas limites où le consentement aurait été extorqué par la force, comme en cas de torture, la situation typique à laquelle on se trouve confronté est celle où l'auteur de l'infraction donne son consentement à une sanction ou à une mesure sous la menace explicite ou implicite soit de poursuites, soit du prononcé ou du maintien d'une peine considérée normalement comme plus sévère. Or la question se pose évidemment de savoir si une telle menace n'est pas constitutive d'une contrainte ou d'une violence viciant le consentement. A cette question, certains ont répondu par la négative en invoquant le principe traditionnel selon lequel « l'usage d'une voie de droit ne constitue ni une menace ni une contrainte ni même une violence, si les moyens employés et le but poursuivis sont légitimes »³³⁹. En revanche, d'autres ont soutenu qu'existerait « à tout le moins quelque contrainte constitutive de violence à faire accepter telle ou telle obligation à un cocontractant sous la menace ostensible de l'envoyer en prison »³⁴⁰. Ce constat plaiderait en faveur de l'idée qu'il ne s'agit pas d'analyser l'exigence d'un tel consentement selon les critères du droit contractuel, mais comme « une sorte d'invitation à acquiescer à la sanction ou à ses divers prolongements »³⁴¹, voire qu'il s'agirait d'une véritable « hypocrisie » où le consentement exigé masque l'existence d'une obligation réelle³⁴². A tout le moins, devrait-on affirmer qu'il y a obligation pour l'intéressé de manifester une préférence entre les termes d'une alternative, dont aucun n'est réellement voulu en lui-même. Entre ces deux positions extrêmes, on peut encore citer celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Deweert* du 27 février 1980. La question se posait en effet de savoir si, en ayant accepté le paiement d'une amende transactionnelle sous la contrainte d'une fermeture provisoire d'établissement, le requérant n'avait pas été victime de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention. L'intérêt de l'arrêt est double : d'une part, la Cour y affirme que, « si la perspective de comparaître devant le juge pénal est assurément de nature à inciter beaucoup d'accusés à se montrer accommodants, la pression qu'elle exerce sur eux n'a rien d'incompatible avec la Convention » ; d'autre part, cependant, la Cour admet la violation de l'article 6 § 1 car elle estime qu'en l'occurrence, une contrainte résidait dans la « disproportion flagrante » entre les deux termes de

³³⁶ A cet égard, cf. notamment F. ALT-MAES, *op.cit.*, p.508 ; B. de LAMY, *op.cit.*, p.156 ; C. AMBROISE-CASTEROT, *op.cit.*, p. ?.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ Cour eur. D.H., 9 novembre 2004, arrêt *Marpa Seeland B.V. and Metal Welding B.V. v. The Netherlands*, § 50 et 51.

³³⁹ *Ibidem*, p.509.

³⁴⁰ M. DANTI-JUAN, *op.cit.*, p.378.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² Cf. notamment P. COUVROT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *Rev.sc.crim.*, 1999, p.376.

l'alternative offerte au requérant », car la « 'relative modicité' de la somme réclamée...renforçait la pression exercée par l'ordre de fermeture » et « la rendait si contraignante que l'on ne saurait s'étonner que l'intéressé y ait cédé »³⁴³. Le paradoxe veut donc que la perspective d'une sanction « substantiellement inférieure » à celle qui serait normalement prononcée par un tribunal est susceptible d'apparaître comme une contrainte violant l'article 6 § 1 de la Convention, mais qu'une simple équivalence ainsi que la disparition de tout incitant de nature pénale feraient perdre tout pouvoir d'attraction d'un règlement extra-judiciaire³⁴⁴. La voie médiane entre les deux écueils n'est évidemment pas simple à tracer.

Globalement, en revanche, on ne peut s'empêcher de penser que l'exigence du consentement de l'auteur de l'infraction s'inscrit dans le développement d'une idéologie dominante aux termes de laquelle « l'accord des sujets de droit tend à devenir une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent »³⁴⁵ et où l'application des normes « dépend, non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires »³⁴⁶. Répondant à un vœu déjà formulé au XVIII^e siècle, la diffusion d'une telle idéologie paraît clairement concilier les impératifs d'efficacité et de légitimité de la sanction pénale. En 1755, dans son *Discours sur l'économie politique*, Rousseau le suggérait en termes généraux : « le gouvernement, disait-il, se fera difficilement obéir s'il se borne à l'obéissance », car « l'autorité la plus absolue est celle qui pénètre jusqu'à l'intérieur de l'homme et ne s'exerce pas moins sur la volonté que sur les actions ». Dès lors, concluait-il, « si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime, et que pour faire ce qu'on doit, il suffise de songer qu'on le doit faire »³⁴⁷. Quelques années plus tard, en 1771, Jousse précisait, en matière pénale, que, « comme il ne suffit pas que la loi commande ce qui est bon et juste en soi, et qu'il faut encore qu'elle l'insinue, et grave dans les cœurs par des raisons solides, afin que les Sujets y obéissent de bon gré, et non par crainte ; il faut encore que les accusés se jugent et se condamnent eux-mêmes, en quelque sorte »³⁴⁸. C'est ainsi que « le nouveau sujet de droit pénal », pour reprendre l'expression de Dan Kaminski, est appelé à devenir progressivement, selon les termes de Foucault « le gestionnaire de sa propre punition »³⁴⁹.

³⁴³ Cour eur. D.H., 27 février 1980, arrêt *Deweer*, § 51.

³⁴⁴ A cet égard, cf. Ph. FRUMER, *op.cit.*, p.132 et 148.

³⁴⁵ A. SUPLOT, *op.cit.*, p.633.

³⁴⁶ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, p.36.

³⁴⁷ J.-J. ROUSSEAU, « Discours sur l'économie politique », *Œuvres complètes*, t.III, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p.251. Sur ce thème, cf. notamment *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Laval-Paris, Les Presses de l'Université de Laval-L'Harmattan, 1996.

³⁴⁸ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, t.I, Paris, Debure, 1771, p.VIII.

³⁴⁹ « Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social. Une entrevue avec Michel Foucault », *Criminologie*, vol. XXVI, n°1, p.18.

Tel est le constat le plus important que suscite, me semble-t-il, le thème de la contractualisation en matière pénale. Telle est sans doute aussi la dimension la plus problématique de cette évolution d'un point de vue critique.

L'ENCADREMENT SUPRANATIONAL DE LA SOLUTION CONTRACTUELLE : L'IMPACT DES GARANTIES DU PROCES EQUITABLE

Par Philippe FRUMER

Suppléant à l'Université Libre de Bruxelles

Notre contribution au présent colloque devait initialement s'intituler « l'encadrement de la solution contractuelle ». Vaste programme que celui-ci ! La tâche qui nous a ainsi été assignée nous est apparue très ambitieuse, trop sans doute pour que nous ne soyons amenés à baliser rigoureusement notre propos.

Ces balises, jalonnant à la fois la notion d'« encadrement » et celle de « solution contractuelle » nous permettront de resserrer sensiblement l'objet de l'intervention.

- *L'encadrement* tout d'abord. Il nous a semblé intéressant d'examiner exclusivement la manière dont *les garanties du procès équitable* permettent ou non de canaliser le mouvement de contractualisation, entendant par là, en droit processuel, « les procédures de règlement des litiges qui font appel à l'accord plutôt qu'au jugement »³⁵⁰. Plus précisément encore, nous envisagerons les garanties du procès équitable en tant qu'encadrement *supranational* de la solution contractuelle, dont le référent essentiel est le célèbre article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Comme le relevait à ce propos fort opportunément B. Oppetit :

« La justice, globalement considérée et quelles que soient les voies par lesquelles elle est rendue, tend à s'organiser de nos jours en fonction d'une éthique communément partagée : la notion de procès équitable ; cette nécessité, qu'a pu exprimer en forme solennelle un texte d'aussi grande portée que la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) possède désormais une résonance universelle (...) ; cette philosophie du procès, sinon de la justice dans toutes ses modalités institutionnelles, transcende progressivement les clivages nationaux ou techniques, pénètre dans les droits positifs et contribue largement à restituer une unité de but à la fonction de juger »³⁵¹.

- *La solution contractuelle* ensuite. Il s'agit d'examiner l'impact des garanties du procès équitable sur ce qu'il est dorénavant commun d'appeler les procédés relevant de la justice consensuelle ou de la justice négociée. Sont ici visées, les techniques alternatives de règlement des litiges qui, en tant que manifestation de la liberté contractuelle, tendent à faire échapper un procès, « en totalité ou en partie, aux règles légales et réglementaires gouvernant les procédures administrative, civile et pénale »³⁵². Mais les recherches menées sur la contractualisation ont bien montré que ces procédés trouvent leur origine dans des contrats bien plus anciens, à savoir l'arbitrage et la transaction³⁵³. Compte tenu de cette étroite filiation, il nous est apparu logique et utile de confronter tout d'abord ces contrats traditionnels que sont l'arbitrage et la transaction aux garanties du procès équitable (I), pour tenter d'en tirer des enseignements

³⁵⁰ E. SERVERIN, « Introduction. Contexte et implicite de l'emploi du terme 'contractualisation' » in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (Dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 97.

³⁵¹ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F, 1998, p. 25.

³⁵² S. Guinchard et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p.1079, §582.

³⁵³ P. ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques » in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (Dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 19.

avant de procéder au même exercice pour les modes alternatifs de règlement des litiges. A cet égard, nous avons ici encore choisi de réduire le champ d'observation à certains techniques processuelles qui, en matière pénale, sont emblématiques de la tension entre contractualisation et maintien nécessaire des garanties du procès équitable. Nous voulons parler du *Guilty plea* et du *Plea bargaining* issus du droit anglo-saxon et de certaines de ses variantes de droit continental (procédure abrégée en droit italien et comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité en droit français) (II).

Avant d'entamer notre examen, nous voudrions mettre en avant la figure juridique qui, à notre sens, constitue le véritable fil conducteur des relations entre contractualisation des modes de règlement du litige et garanties du procès équitable. Il s'agit de la *renonciation* auxdites garanties que le mouvement de contractualisation induit³⁵⁴. Nous aurons l'occasion de nous y attarder. Qu'il suffise pour l'instant de relever que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve d'une tolérance de principe à l'endroit de semblables renoncations, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale. Ainsi, la Cour devait déclarer dès 1980 :

« Dans le système juridique interne des Etats contractants pareille renonciation [à se prévaloir de son droit à un examen de sa cause par un tribunal] se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage, et au pénal sous celle, entre autres, des amendes de composition. Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se heurte pas en principe à la Convention (...) »³⁵⁵.

Toute la question est précisément de déterminer comment encadrer ou contenir cette renonciation, admissible dans son principe, aux garanties du procès équitable.

I. Du procès équitable, de l'article 6 de la CEDH et des « ancêtres » des modes alternatifs de règlement des litiges. Le cas de l'arbitrage et de la transaction.

Si nous nous proposons d'examiner dans une même section l'impact des garanties du procès équitable sur l'arbitrage (A) et la transaction (B), c'est parce que ces contrats font figure de précurseurs du mouvement de contractualisation de la justice. Il convient toutefois, à titre liminaire, de garder à l'esprit que ces deux modes de règlement des litiges n'obéissent pas à la même logique de contractualisation. En

³⁵⁴ Il est intéressant de noter que dans l'index du *Dictionnaire de la justice*, au verbe « renonciation », il est précisément renvoyé au verbe « contractualisation » : L. Cadiet (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 1^e éd., 2004, p. 1358.

³⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, §49.

effet, l'arbitrage vise à organiser le règlement juridictionnel en évinçant les tribunaux de l'Etat, alors que la transaction entend substituer l'accord des parties au règlement juridictionnel³⁵⁶.

A. L'arbitrage et l'article 6 CEDH : quelle renonciation?

Déjà dans une très ancienne décision, la défunte Commission européenne des droits de l'homme avait vu dans la conclusion d'un compromis d'arbitrage entre particuliers une renonciation *partielle* à l'exercice des droits que définit l'article 6§1 de la Convention³⁵⁷. La formule n'était pas dépourvue d'ambiguïtés, d'autant que la Commission se demandait dans le même temps si la validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat ne se trouverait pas compromise ultérieurement si l'arbitre venait à accomplir sa mission d'une manière incompatible avec l'article 6 de la Convention³⁵⁸. Comme l'ont relevé certains commentateurs, il était pour le moins curieux de poser le principe d'une renonciation qui ne vaudrait que pour autant que les garanties auxquelles il est renoncé fussent respectées³⁵⁹.

Les décisions ultérieures de la Commission et de la Cour, assez peu nombreuses en matière d'arbitrage volontaire du reste³⁶⁰, ne dissiperont pas l'impression de flou artistique. En particulier, la jurisprudence ne permet toujours pas de déterminer avec précision à quelles garanties du procès équitable il serait permis de renoncer en recourant à l'arbitrage volontaire.

Cette indétermination aura, sans doute, par effet de ricochet, contribué à alimenter la controverse en doctrine sur les liens qu'entretient la Convention européenne avec l'institution arbitrale. D'aucuns ont plaidé pour une application de principe de la CEDH à l'arbitrage privé³⁶¹, d'autres pour une application

³⁵⁶ Sur la distinction entre les deux catégories de conventions intervenant dans le processus de règlement des litiges : L. Cadiet (Dir.), *Dictionnaire de la justice, op. cit.*, p. 232.

³⁵⁷ Comm. eur. D.H., req. n°1197/61, *X. c. R.F.A.*, déc. du 5 mars 1962, *Rec.* n°8, p.68.

³⁵⁸ Pour une analyse fort proche, selon laquelle la renonciation à la compétence des juridictions étatiques qu'implique le recours à l'arbitrage, ne vaut qu'aussi longtemps que l'arbitre se comporte de manière conforme à l'article 6§1, de sorte qu'en définitive, cette disposition imposerait implicitement un devoir d'indépendance et d'impartialité aux arbitres : M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 95-96.

³⁵⁹ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 364-365, §407.

³⁶⁰ Pour une analyse de ces décisions, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à P. LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6,1° de la Convention européenne des droits de l'Homme » in A. Cambi Favre-Bulle *et al.*, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2001, p. 9 et suiv.

³⁶¹ Voir notamment : P. LAMBERT, « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme » *In Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1281 et suiv.; D. PONCET et A. CAMBI FAVRE-BULLE, « Un arbitre indépendant et impartial aux termes de l'article 6,1° de la Convention européenne des droits de l'homme. Un point de vue de la Suisse » in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 656.

nuancée³⁶², d'autres encore y voient un « faux problème », des garanties équivalentes à celles énoncées à l'article 6 du texte européen s'appliquant de toute manière à l'arbitrage volontaire : tout se passerait en quelque sorte comme si le droit interne – français ou autre – reconnaissait en quelque sorte des « clones » des principes énoncés dans le célèbre article 6³⁶³. La jurisprudence française semble traduire les mêmes hésitations. Sans doute trouve-t-on des décisions concluant à l'inapplication de l'article 6§1 à l'arbitrage volontaire³⁶⁴. Toutefois, d'autres décisions acceptent d'entrer en matière sur la question de la renonciation à certaines garanties de l'article 6§1, acceptant par là de contrôler la validité de cette renonciation³⁶⁵. Or, si lesdites juridictions devaient conclure à l'invalidité de la renonciation, elles devraient nécessairement appliquer l'article 6§1 à l'arbitrage...

En réalité, il nous semble qu'un point est acquis, c'est que le recours à l'arbitrage implique une renonciation à *certaines* garanties du procès équitable. Mais lesquelles, précisément ? Tout d'abord, chacun s'accorde à reconnaître que l'arbitrage privé emporte renonciation à la publicité des débats judiciaires³⁶⁶, la discrétion inhérente à l'institution arbitrale ayant toujours été perçue comme un avantage pour les parties qui y recourent. Telle est la raison d'être de la confidentialité de l'arbitrage³⁶⁷. Cela ne pose guère de problèmes, la Cour européenne ayant admis depuis longtemps le principe d'une renonciation à la publicité des débats judiciaires devant des juridictions étatiques³⁶⁸, le cas échéant en tenant compte d' « impératifs d'efficacité et d'économie »³⁶⁹.

Est-ce à dire que le recours à l'arbitrage emporte renonciation à d'autres garanties liées au procès équitable ? Il convient d'abord de se demander si, comme il a parfois été soutenu, les parties qui décident

³⁶² Parmi d'autres : S. GUINCHARD in S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel, op. cit.*, p. 1154, §617.

³⁶³ En ce sens : Th. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable » in J. Van Compernelle et G. Tarzia (Dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 209-213. L'argument ne nous convainc guère : il serait en effet déraisonnable et dangereux de soutenir l'inapplication d'un texte supranational, chaque fois que le droit national comporte des garanties équivalentes...

³⁶⁴ Cass. (1^e civ.), 20 février 2001, *Cubic Defense System Inc. c. Chambre de commerce internationale*, *Rev. arb.*, 2001, p. 511. Il y a lieu de noter toutefois que la Cour ne conclut qu'à l'inapplication « en l'espèce », et que la contrariété alléguée avec l'article 6 CEDH portait sur le contrat d'organisation d'arbitrage, non sur la sentence arbitrale. Voir à ce sujet : A. MOURRE, « Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française » in A. Cambi Favre-Bulle *et al.*, *op. cit.*, p. 29.

³⁶⁵ Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris, sur lequel nous reviendrons, admet le principe d'une renonciation à la garantie d'impartialité prévue à l'article 6 CEDH : CA Paris, 18 novembre 2004, *SARL STM Brudey frères c/ SA Emeraude Lines*, *Rev. arb.*, 2006, p. 192.

³⁶⁶ Parmi beaucoup d'autres : J-F FLAUSS, « L'application de l'art. 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'Homme aux procédures arbitrales », *G.P.*, 1986, II, p. 408.

³⁶⁷ C. JARROSSON, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.*, 1989, pp. 591-592. Voir aussi Cour eur. D.H., req. n°31737/96, *Suovaniemi c. Finlande*, déc. du 23 février 1999.

³⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, §§66-67. Pour une application récente, où la Cour conclut à l'absence de renonciation à la publicité : arrêt *Hurter c. Suisse* du 15 décembre 2005, §§28-35. Voir à ce sujet : P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 199 et suiv.

³⁶⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Schuler-Zraggen c. Suisse*, du 24 juin 1993, § 58.

de recourir à l'arbitrage volontaire renoncent par là même au « tribunal établi par la loi », au sens de l'article 6§1 CEDH. Pour notre part, nous nous rallions à la thèse selon laquelle le recours à l'arbitrage constitue une renonciation à un juge *étatique*³⁷⁰, mais non une renonciation au droit à un tribunal en général³⁷¹. En tant que modalité d'exercice du droit d'accès au juge, le recours à l'arbitrage devrait dès lors laisser intactes les autres garanties du procès équitable, et notamment l'indépendance et l'impartialité, pour ne citer qu'elles.

On sait en effet que l'indépendance et l'impartialité sont inhérentes à toute fonction juridictionnelle³⁷². A ce titre, elles s'imposent évidemment à l'arbitre. A notre sens, la question de la renonciation à ces garanties ne se pose pas de manière fondamentalement différente selon qu'il s'agisse d'un arbitrage ou d'un tribunal inséré dans l'appareil juridictionnel étatique. Dans les deux cas, si renonciation il y a, c'est uniquement en ce qu'une des parties ne se prévaut pas d'une cause de récusation. Mais cela ne signifie évidemment pas que les parties qui décident de recourir à l'arbitrage renoncent *ipso facto* aux garanties fondamentales que sont l'indépendance et l'impartialité.

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris témoigne de cette confusion. Dans cette affaire, la Cour énonce : « Considérant que l'indépendance de l'arbitre est une règle impérative, mais édictée pour la protection d'intérêts privés, il est toujours possible pour les parties d'y renoncer en connaissance de cause, sans que soit alors en jeu la violation des règles qui gouvernent le caractère équitable du procès protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁷³. En l'espèce, la Cour d'appel était appelée à connaître du grief de défaut d'indépendance du président d'un tribunal arbitral, auquel il était reproché d'avoir rédigé une consultation au profit de la filiale d'une des parties, avant d'avoir été désigné. Particularité de la cause : c'était précisément cette partie qui réclamait la récusation du président, pour le motif que son indépendance de jugement n'était pas garantie. La Cour, se plaçant sur le terrain de la renonciation de la demanderesse à se prévaloir de l'indépendance de l'arbitre, fit valoir que cette partie ne pouvait raisonnablement ignorer, lors de la constitution du tribunal arbitral, les liens objectifs de dépendance qu'elle évoquait à l'appui de son recours. Ayant laissé se dérouler la procédure devant la juridiction arbitrale sans réagir, la partie demanderesse avait implicitement mais nécessairement renoncé à se prévaloir des motifs affectant l'indépendance des arbitres.

³⁷⁰ Dans le même sens : P. LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6,1° de la Convention européenne des droits de l'Homme », *loc. cit.*, p. 17. Il est en effet évident que l'arbitre n'est pas une juridiction étatique : C. JARROSSON, « Arbitrage et juridiction », *Droits*, 1989, n°9, pp. 112-117.

³⁷¹ Y. BANIFATEMI, « Le 'droit au juge' et l'arbitrage commercial international » in *Liberté, justice et tolérance, Mélanges Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 172.

³⁷² La jurisprudence française le rappelle à l'envi. Voy. les références citées par T. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », *loc. cit.*, p. 199, note 2.

³⁷³ CA Paris, 18 novembre 2004, *SARL STM Brudey frères c/ SA Emeraude Lines*, *Rev. arb.*, 2006, p. 192.

Comme le relève un commentateur de cet arrêt, « ce n'est pas tant à l'indépendance de l'arbitre que peuvent renoncer les parties, elles renoncent à considérer que les liens existants sont susceptibles d'affecter l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre »³⁷⁴. En d'autres termes, dès lors que l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle³⁷⁵, il ne saurait être question d'y renoncer.

Il en va de même, à notre sens, en ce qui concerne la garantie d'impartialité. La Cour européenne semble du reste l'avoir admis, considérant qu'il ne saurait être reproché à une juridiction nationale d'avoir refusé d'annuler une sentence arbitrale pour défaut d'impartialité d'un arbitre, dès lors que la partie qui se prévalait de ce grief avait approuvé la désignation dudit arbitre, sans se prévaloir du motif de partialité qu'elle connaissait pourtant³⁷⁶. Ici encore, les parties qui décident de recourir à un arbitrage entendent bien que les arbitres exercent leur mission en toute impartialité. Tout au plus parlera-t-on de renonciation, si une partie omet de se prévaloir en temps opportun d'une cause de récusation dont elle avait connaissance. Sur ce point, la règle ne diffère pas de celle qui prévaut devant les juridictions « ordinaires »³⁷⁷.

Enfin, et sans prétendre à l'exhaustivité pour ce qui concerne les garanties du procès équitable, la célérité représente assurément un atout de l'arbitrage. Il se conçoit dès lors difficilement que les parties renoncent à voir leur cause jugée dans un délai raisonnable. Tout au plus des prorogations de délai pourront –elles être sollicitées³⁷⁸. C'est dire que la renonciation qu'implique le recours à l'arbitrage ne peut être que partielle et ne porter en définitive que sur un petit nombre de garanties liées au procès équitable.

Qu'en est-il par ailleurs de la question, conceptuellement distincte, de la responsabilité internationale de l'Etat au regard de la CEDH du fait d'un arbitrage non respectueux des garanties du procès équitable ? Dans l'ouvrage « Approche critique de la contractualisation », les organisateurs de ce colloque, avaient émis l'hypothèse selon laquelle le processus de contractualisation n'entraînerait pas nécessairement une

³⁷⁴ T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *Dalloz*, 2006, n°44, sommaires commentés, p. 3026.

³⁷⁵ Paris, 2 juin 1989 (2 espèces), *Rev. arb.*, 1991, 87.

³⁷⁶ Cour eur. D.H., req. n°31737/96, *Suovaniemi et autres c. Finlande*, déc. du 23 février 1999.

³⁷⁷ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Bulut c. Autriche* du 23 janvier 1996, §§ 15 et 29 ; arrêt *McGonnell c. Royaume-Uni* du 8 février 2000, §§44-45. En France : Cass. (ass. plén.), 4 novembre 2000, *Comet*, *R.T.D. civ.*, 2001, p. 192. La jurisprudence de la Cour de cassation est depuis lors constante. Voy. à ce sujet : J. NORMAND, « L'impartialité du juge en droit judiciaire privé français » in J. Van Compernelle et G. Tarzia (Dir.), *L'impartialité du juge*, *op. cit.*, p. 98 et note 149.

³⁷⁸ S. GUINCHARD in S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 1161, §619.

autonomie accrue des individus, mais correspondrait à un nouveau mode de régulation sociale impliquant une délégation vers des acteurs privés, les pouvoirs publics conservant néanmoins le rôle d'encadrement et de contrôle³⁷⁹.

Cette hypothèse s'avère particulièrement pertinente lorsque se pose la question de l'imputabilité à l'Etat des irrégularités procédurales affectant l'arbitrage volontaire. C'est précisément ce rôle d'encadrement et de contrôle qui pourrait justifier la responsabilité de principe de l'Etat au titre de la CEDH à raison d'irrégularités affectant un arbitrage privé.

Une première remarque s'impose. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, seuls les Etats, et non les particuliers, sont tenus de répondre des violations de la Convention européenne des droits de l'homme, en vertu des articles 33 et 34 de ladite Convention.

Deuxième remarque : on sait que l'Etat, conformément à la règle générale du droit de la responsabilité internationale, est responsable du fait de ses organes³⁸⁰. Mais si l'Etat, par l'entremise de ses organes, apporte son soutien à la violation de la CEDH par des particuliers, ou rend possible de telles violations par son absence de vigilance ou de répression, il est susceptible de devoir en répondre devant la Cour européenne³⁸¹.

Dans le domaine de l'arbitrage, cela signifie qu'un Etat peut voir sa responsabilité engagée au titre de la Convention européenne, en raison du rôle que les juridictions étatiques sont appelées à jouer, que ce soit au stade de l'exécution d'une sentence arbitrale ou lorsqu'elles sont saisies d'un recours en annulation³⁸², ou encore en raison du cadre législatif entourant la procédure d'arbitrage. Cela étant, la Commission européenne des droits de l'homme a déjà décidé qu'il n'y avait pas lieu pour un tribunal national d'annuler une sentence arbitrale par cela seul que les parties n'ont pas bénéficié de toutes les garanties de l'article 6§1 CEDH. Il appartiendrait à chaque Etat partie, au titre de sa marge

³⁷⁹ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Introduction » in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (Dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 15.

³⁸⁰ Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, article 4 (en annexe de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/56/83 du 12 décembre 2001). H. DIPLA, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'Homme. Problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994, pp. 17 et suiv.

³⁸¹ Pour un rappel de ceci : S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'Homme » in H. Dumont, F. Ost, S. Van Drooghenbroeck (Dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 361 et suiv.

³⁸² L. PERREAU-SAUSSINE, note sous Paris (1^{er} ch. C), 18 novembre 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 201 : « il incombe au juge saisi d'un recours en annulation de veiller à ne pas laisser une situation contraire à la Convention produire ses effets dans l'ordre juridique français, sous peine de voir cette violation être imputée à l'Etat français dont il est une émanation ».

d'appréciation, de décider sur quelle base une sentence arbitrale devrait être annulée³⁸³. C'est dire que, pour reprendre une expression empruntée au droit international privé, l'article 6§1 CEDH ne produirait qu'un effet atténué à l'égard de l'Etat auquel serait reproché le caractère inéquitable d'une procédure arbitrale, seules des violations flagrantes des garanties du procès équitable ou un déni de justice pouvant donner lieu à une responsabilité internationale. La jurisprudence française semble du reste concorder sur ce point³⁸⁴.

B. La transaction : des concessions portant sur les garanties du procès équitable ?

En droit civil, la transaction correspond souvent au modèle de la « justice négociée », dès lors qu'elle implique des concessions réciproques discutées entre parties. En revanche, la transaction pénale représente l'archétype du modèle de justice consensuelle, par opposition à la justice négociée, en ce sens que les termes de la transaction sont fixés unilatéralement par le ministère public et doivent être acceptés tels quels par l'auteur de l'infraction, sans laisser de marge à la négociation³⁸⁵. Pareille transaction, proposée par l'organe de poursuite, implique une extinction de l'action publique si certaines conditions sont remplies, telles le paiement d'une amende, la confiscation de biens ou l'indemnisation de la victime.

C'est précisément dans le domaine de la transaction pénale que la Cour européenne a rendu à ce jour son arrêt le plus significatif quant à l'impact des garanties du procès équitable sur la solution contractuelle. L'affaire *Deweer*³⁸⁶ concernait un commerçant, poursuivi pour infraction à la législation sur la réglementation économique et les prix. Alors que le ministère public avait dans un premier temps ordonné la fermeture provisoire du commerce du requérant, il lui proposa ensuite une transaction consistant dans le paiement d'une somme d'argent assez modique. A défaut d'acceptation, la fermeture provisoire du commerce aurait été maintenue jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'infraction. Appelée à examiner l'affaire sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention, la Cour européenne analysa

³⁸³ Comm. eur. D.H., req. n°28101/95, *Nordström-Janzon et Nordström-Lehtinen c. Pays-Bas*, déc. du 27 novembre 1996, D.R. 87-A, p. 112.

³⁸⁴ T. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable » in J. Van Compernelle et G. Tarzia (Dir.), *op.cit.*, p. 213, §27. Voy. surtout Cass. (1^{er} ch.), 1^{er} février 2005, *Etat d'Israël c/ société NIOC*, *Rev. arb.*, 2005, p. 693. Rendu en matière d'arbitrage international, cet arrêt a posé le principe de l'imputabilité à la France d'un refus d'accès au juge trouvant sa cause directe dans le comportement d'un Etat étranger. En l'espèce, la société défenderesse fut dans l'impossibilité d'accéder au juge arbitral, suite au refus de l'Etat demandeur (Israël) de procéder à la nomination d'un arbitre selon les termes de la clause figurant dans le contrat d'Etat liant les deux parties. La Cour de cassation admet ici qu'en refusant de prêter leur concours à la constitution du tribunal arbitral, les juridictions françaises commettraient elles-mêmes un déni de justice. A noter que le lien de rattachement avec la France résultait en l'espèce du choix par les parties du président de la CCI de Paris pour une désignation éventuelle d'un troisième arbitre. En ce sens : H. MUIR-WATT, note sous l'arrêt commenté, *Rev. arb.*, 2005, pp. 704-705, n°15 et T. CLAY, *R.C.D.I.P.*, 2006, p. 153, §26.

³⁸⁵ F. TULKENS et M. Van de KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *R.D.P.C.*, 1996, p. 458.

³⁸⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Deweer c. Belgique* du 27 février 1980.

l'acceptation de la transaction en une renonciation à se prévaloir du droit à un examen de sa cause par un tribunal, renonciation admissible dans son principe. Encore fallait-il s'assurer qu'une telle renonciation avait été mise en œuvre librement. Sans doute la pression inhérente à la perspective de devoir comparaître devant un juge pénal n'encourait-elle aucun reproche. Par contre, c'est dans la disproportion flagrante entre les deux termes de l'alternative proposée au requérant - payer une somme peu importante ou subir la fermeture de son commerce dans l'attente de son procès - que la Cour décela la contrainte rendant inadmissible la renonciation en cause.

Comme l'ont relevé deux auteurs, la solution qu'a retenue la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Deweer* est révélatrice d'un paradoxe. Lorsque, par le jeu de la contractualisation, l'individu est incité à renoncer aux garanties du procès équitable, la renonciation apparaît suspecte, car supposée être le fruit d'une contrainte et non d'une préférence authentique ou d'un choix librement exercé. Or, et c'est là que réside le paradoxe, c'est précisément dans ce type de situation que l'individu sera tenté de renoncer aux garanties du procès équitable, compte tenu de la faible attractivité des alternatives qui lui sont proposées et des avantages importants que recèle pour lui le choix de la renonciation³⁸⁷.

Est-ce à dire que la solution ici dégagée est de nature à remettre en cause l'efflorescence des modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale ? C'est ce que nous allons tenter de déterminer.

II. Du procès équitable, de l'article 6 de la CEDH et de quelques modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale

Nous avons choisi de consacrer la seconde partie de l'intervention à la seule matière pénale, domaine dans lequel l'émergence du contrat en tant qu'instrument alternatif de règlement des conflits soulève des questions spécifiques au regard des garanties du procès équitable³⁸⁸. B. de Lamy relevait, à propos du mouvement de contractualisation en matière pénale, que l'on était en présence de procédés de gestions des conflits, ayant pour effet de transformer la présomption d'innocence, principe directeur, en un « droit

³⁸⁷ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux » in H. Dumont, F. Ost, S. Van Drooghenbroeck (Dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, op. cit., p. 454.

³⁸⁸ Bien évidemment, l'émergence des modes alternatifs de règlement des litiges dans d'autres domaines que la matière pénale justifierait également un examen attentif au regard des garanties du procès équitable. A titre exemplatif, voy. la recommandation n°2001 (9) adoptée le 5 septembre 2001 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées. Le Comité s'y montre favorable au développement de ces modes alternatifs en la matière, tout en rappelant les exigences du procès équitable pour chacun des modes envisagés.

disponible auquel chacun peut renoncer par un aveu qui emporte la décision »³⁸⁹. Précisément c'est ici encore de renonciation qu'il sera question, non seulement en relation avec la présomption d'innocence, mais de manière plus large avec les garanties du procès équitable, telles qu'elles sont énoncées à l'article 6 de la CEDH.

A titre liminaire, il convient toutefois de noter qu'en matière pénale, le phénomène de la justice consensuelle ou négociée prend deux orientations différentes. La première regroupe les alternatives *au* procès, sous la forme de règlements extra-judiciaires. Tel est notamment le cas de la transaction pénale, à laquelle nous avons déjà fait allusion. La seconde englobe ce qu'il est permis d'appeler les alternatives *à l'intérieur* du procès³⁹⁰, entendant par là les procédés en vertu desquels l'accusé, soumis à un juge indépendant et impartial, consent selon des modalités diverses à un amoindrissement des garanties du procès équitable. Les illustrations que nous examinerons dans cette seconde partie ressortissent à cette seconde orientation.

Tel est le cas de la procédure abrégée italienne, laquelle a fait l'objet de quelques recours devant la Cour européenne des droits de l'homme (A). Les décisions rendues en la matière présentent des enseignements intéressants quant aux modalités d'encadrement de la justice consensuelle ou négociée, en particulier lorsque celle-ci prend la forme de techniques inspirées du droit anglo-saxon (B).

A. La procédure abrégée italienne à l'épreuve des garanties du procès équitable : une renonciation admissible dans son principe

La procédure abrégée, telle qu'elle existe en procédure pénale italienne, permet de trancher une affaire en l'état lors de l'audience préliminaire, laquelle se déroule alors en chambre du conseil et est consacrée aux plaidoiries des parties. En principe, les parties se basent alors sur les seules pièces figurant dans le dossier du parquet. Cette procédure ressortit de la solution contractuelle du litige, en ce que c'est l'accusé qui prend l'initiative d'en solliciter la mise en œuvre, étant entendu que si le juge prend une décision de condamnation, la peine infligée est réduite d'un tiers. Tel est l'attrait de cette procédure pour l'accusé.

³⁸⁹ B. de LAMY, « Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale) in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (Dir.), *Approche critique de la contractualisation*, op.cit., p. 163.

³⁹⁰ La terminologie est empruntée à A. DE NAUW, « les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 362.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas remis en cause le principe même de la procédure abrégée, dès lors qu'il s'agit d'une démarche simplifiée se déroulant certes sans débats publics, mais que l'accusé lui-même a sollicitée de son plein gré. Sans doute la Cour voit-elle dans la procédure abrégée un affaiblissement des garanties procédurales existantes en droit interne, en particulier en ce qui concerne la publicité des débats. Toutefois, et c'est là l'essentiel, si l'accusé, assisté d'un ou de plusieurs avocats, est en mesure de connaître les conséquences de sa demande de procédure abrégée, la Cour ne voit pas de raison de remettre en cause la renonciation à certaines garanties procédurales qu'implique une telle demande³⁹¹. La Cour s'assure encore, en cas de recours à la procédure abrégée, que l'accusé était bien informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui (art. 6§3 a) et a bien disposé du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense (art. 6§3b) et qu'enfin la renonciation ne heurte pas un « intérêt public important »³⁹².

Pourrait-on par ailleurs soutenir, comme a tenté de le faire un requérant devant la Cour européenne, que la renonciation serait viciée par contrainte, en ce que les accusés n'auraient d'autre choix que de demander la procédure abrégée, dans la perspective d'une réduction de peine? La Cour ne s'est pas engagée dans cette voie. Là où, dans l'affaire *Deweer* susmentionnée, elle avait décelé une contrainte dans la disproportion inhérente aux deux branches de l'alternative qui s'offraient au requérant, elle a considéré en revanche que la perspective de bénéficier d'une réduction de peine ne saurait conduire à considérer que les accusés sont contraints de solliciter la procédure abrégée³⁹³.

La Cour semble donc encline à admettre les procédés qui ressortissent à la justice consensuelle ou négociée et comportant un incitant pour l'accusé, notamment sous la forme d'une réduction de peine, pour autant que l'acceptation de ces procédés n'entraîne pas de disproportion flagrante par rapport au choix de la voie judiciaire « traditionnelle »³⁹⁴. En somme, plus la peine appliquée lors de la procédure alternative se rapproche de la sanction susceptible d'être encourue si la procédure ordinaire avait suivi son cours, moins la pression pesant sur l'intéressé pourra être qualifiée d'« injustifiée », au point de rendre illicite la renonciation partielle aux garanties du procès équitable.

Cet enseignement s'avère particulièrement intéressant pour apprécier la licéité de la renonciation dans les procédures inspirées du *guilty plea* et du *plea bargaining* de droit anglo-saxon.

B. Procès équitable et techniques de justice consensuelle ou négociée inspirées du droit anglo-saxon

³⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Hermi c. Italie* du 18 octobre 2006, §§78-81.

³⁹² Cour eur. D.H., req. n°52868/99, *Kwiatkowska c. Italie*, déc. du 30 novembre 2000.

³⁹³ Cour eur. D.H., req. n°10249/03, *Scoppola c. Italie*, déc. du 8 septembre 2005.

³⁹⁴ Dans le même sens : M-A. BEERNAERT, « Les garanties du procès équitable dans la justice consensuelle et négociée : analyse de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme » in F. Digneffe et T. Moreau (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, de Boeck & Larcier, 2006, p. 365.

On le sait, les Etats-Unis sont à l'origine de la pratique du « plaider coupable » (*guilty plea*), assorti d'une négociation (*bargaining*) entre le procureur et la défense portant sur une promesse de recommander au juge une réduction de charges en échange d'un aveu de culpabilité, cette réduction de charges prenant généralement la forme d'une réduction de peine ou d'un abandon des autres chefs d'accusation³⁹⁵. Apparues à l'origine de manière quasi-clandestine, ces procédures ont connu très rapidement un développement fulgurant, à tel point qu'une écrasante majorité des affaires pénales sont désormais réglées à l'issue d'une telle procédure. Le but poursuivi est clair : il s'agit, en évacuant le débat d'audience sur les preuves, d'économiser les ressources de la justice pour que celle-ci se consacre aux affaires réellement importantes³⁹⁶.

En définitive, chacun devrait trouver son compte dans cette négociation : le procureur est certain d'obtenir une condamnation, aléatoire en cas de procès avec jury, et il évite de mobiliser des moyens matériels importants en vue du procès. Le juge désencombre son rôle et peut limiter la durée des procédures pour les affaires dont il demeure saisi. Les avocats de la défense allègent considérablement leur charge de travail, élément non négligeable lorsqu'il s'agit d'avocats désignés au titre de l'aide judiciaire. Enfin, l'accusé trouve un incitant dans la réduction de peine ou de charges qui lui est consentie, tout en évitant la pression inhérente à la comparution devant un jury.

Toutefois, ce type d'arrangement se traduit par une renonciation à bon nombre de droits constitutionnels liés à l'administration de la justice. En effet, c'est ici encore en terme de renonciation que se pose la question de l'encadrement de la solution contractuelle. Dans son arrêt *Brady v. United States*, la Cour suprême avait en effet déclaré : « Le plaider [coupable] est plus que la reconnaissance d'une conduite passée ; il est le consentement du défendeur à ce qu'un jugement de condamnation soit prononcé sans procès – une renonciation à son droit au procès devant un jury ou un juge³⁹⁷. Alors même que le Code fédéral américain de procédure pénale, en son article 11, prévoit des garanties³⁹⁸, le système a fait l'objet de virulentes critiques. Au premier rang de celles-ci, figure la circonstance avérée que des innocents, par peur du risque, sont amenés à plaider coupable pour échapper à la menace que représente la perspective d'un procès avec jury³⁹⁹.

³⁹⁵ S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 1097, §591bis.

³⁹⁶ I. Papadopoulos (Dir.), *Plaider coupable. La pratique américaine. Le texte français*, Paris, P.U.F., 2004, p. 15.

³⁹⁷ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 748 (1970). Trad. Française tirée de I. Papadopoulos (Dir.), *Plaider coupable*, *op. cit.*, p. 22.

³⁹⁸ Possibilité pour le juge de refuser l'arrangement sur la peine qui lui est soumis s'il estime que l'accusé n'a pas donné son consentement éclairé, obligation pour le juge d'informer l'accusé sur les conséquences de son choix et sur les alternatives...

³⁹⁹ I. Papadopoulos (Dir.), *Plaider coupable (...)*, *op. cit.*, p. 24 et p. 67.

Face à de telles critiques, il est permis de s'interroger sur la compatibilité de principe de telles procédures avec les garanties du procès équitable, telles qu'elles sont énoncées à l'article 6 CEDH. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les pays de droit continental s'inspirent de plus en plus de ces procédures.

Ainsi, la France a consacré en 2004 la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁴⁰⁰. Le système français se distingue toutefois du modèle anglo-saxon sur plusieurs points. En particulier, alors qu'aux Etats-Unis, une véritable négociation se noue entre le ministère public et l'accusé, la procédure française ressortit plutôt au modèle de la justice consensuelle : le procureur propose une peine, et le prévenu ne peut que l'accepter ou la rejeter. Il s'agit d'un accord sans marchandage, à l'image de la figure du contrat d'adhésion en droit privé⁴⁰¹. De surcroît, le système français instaure un certain nombre de garde-fous : l'homologation par décision motivée d'un juge, au terme d'une audience publique⁴⁰²; l'assistance de l'avocat, dont la présence est requise tant devant le représentant du ministère public que devant le juge de l'homologation, l'obligation de laisser un délai de réflexion de dix jours à l'intéressé, le droit d'appel contre la décision d'homologation. En dépit des diverses critiques dont la nouvelle procédure a fait l'objet, l'instauration de ces garanties amène généralement à considérer que les règles du procès équitable sont sauvegardées⁴⁰³. Le Conseil constitutionnel, saisi d'un recours dirigé contre la loi de 2004, a d'ailleurs énoncé que le mécanisme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité n'entamait pas la présomption d'innocence, aucune disposition constitutionnelle n'interdisant à une personne de reconnaître librement sa culpabilité⁴⁰⁴.

Sur le plan européen, il semble que le principe même de ces procédures ne soit pas considéré comme contraire à l'article 6 CEDH. Déjà en 1987, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, dans une recommandation sur la simplification de la justice pénale, non seulement ne s'était pas opposé au principe du *Guilty plea*, mais s'était prononcé en faveur de son développement « chaque fois que les traditions constitutionnelles et juridiques le permettent », pour autant que la procédure soit appliquée par un tribunal siégeant en audience publique et qu'aucune sanction ne soit prononcée avant que le juge ait entendu les

⁴⁰⁰ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (loi Perben II).

⁴⁰¹ J. PRADEL, « Le plaider coupable. Confrontation des droits américain, italien et français », *R.I.D.C.*, 2005, p. 480.

⁴⁰² Cette exigence, non prévue dans le texte initial, fut imposée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°2004-492 DC du 9 mars 2004, considérants 117 et 118.

⁴⁰³ P. PONCELA, « Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II », *Droit et Société*, n°60/2005, p. 485 ; J. PRADEL, « Le plaider coupable (...) », *loc. cit.*, p. 490.

⁴⁰⁴ Conseil constitutionnel, décision n°2004-492 DC précitée, considérant 110.

parties⁴⁰⁵. D'anciennes décisions de la Commission européenne des droits de l'homme semblent du reste avoir confirmé cette admission de principe, particulièrement pour le système en vigueur au Royaume-Uni⁴⁰⁶.

On aurait pu penser, précisément, que les « traditions constitutionnelles et juridiques » des pays de droit continental s'opposaient au développement de telles procédures. Or, l'évolution qui s'est dessinée ces dernières années semble attester qu'il n'en est rien. En effet, la traditionnelle ligne de partage entre procédures pénales accusatoires, favorables au développement de ces procédés, et procédures pénales inquisitoires, plutôt hostiles à leur mise en place, tend en effet à s'estomper nettement⁴⁰⁷. L'exemple italien est à cet égard particulièrement éclairant : alors que la procédure pénale y était essentiellement inquisitoire avant 1988, celle-ci a pris un tournant nettement accusatoire depuis lors⁴⁰⁸.

Il est intéressant de noter que la Cour européenne ne semble pas déceler de contrainte là où le recours à la justice pénale négociée confère à un accusé la possibilité d'obtenir d'éventuels bénéfices. Tel est le cas lorsqu'un accusé renonce à ses moyens de pourvoi en cassation, contre l'application d'une peine négociée avec le ministère public⁴⁰⁹. La logique de la Cour européenne est ici la même que celle que nous avons relevée à propos de la procédure abrégée italienne. La Cour européenne semble donc confirmer l'admissibilité de principe des procédures consensuelles et négociées en matière pénale⁴¹⁰, même si elle n'a pas encore rendu d'arrêt de principe sur la question.

Encore faut-il que la réduction de peine ne traduise pas une disproportion flagrante par rapport à la peine que risquerait d'encourir l'accusé s'il avait fait usage des voies de recours à sa disposition. Sur ce point, la Cour européenne a récemment confirmé sa jurisprudence *Deweer* examinée précédemment, dans un domaine assez proche de celui de la justice consensuelle. Des militaires, poursuivis pénalement au Royaume-Uni, s'étaient vus infliger une privation de liberté aux termes d'une procédure sommaire mise en œuvre par leur chef de corps devant lequel ils avaient plaidé coupable. Ils soutenaient devant la Cour européenne que la procédure sommaire dont ils avaient fait l'objet méconnaissait les garanties du procès

⁴⁰⁵ Recommandation R (87) 18 concernant la simplification de la justice pénale, 17 septembre 1987, point III, 7 et 8. Voir aussi l'avis n°6 (2004) du Conseil consultatif des juges européens (CCJE), à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, portant sur « le procès équitable dans un délai raisonnable et le rôle des juges dans le procès, en prenant en considération les modes alternatifs de règlement des litiges », §§79-84.

⁴⁰⁶ Voy. les décisions cités dans P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés (...)*, *op. cit.*, p. 140, §190.

⁴⁰⁷ Pour un constat en ce sens : J. PRADEL, *loc. cit.*, p. 490.

⁴⁰⁸ CORSO, Piermaria, « Ital y » in Van den Wyngaert (ed.), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, London, Butterworths, 1993, p. 226; Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, P.U.F., 1995, p. 323 et suiv.

⁴⁰⁹ Cour eur. D.H., req. n°54767/00, *Borghini c. Italie*, déc. du 20 juin 2002. La loi italienne autorisait en effet au stade de la cassation l'application d'une peine négociée avec le procureur général près la Cour de cassation, contre renonciation par l'accusé à tous ses moyens de pourvoi.

⁴¹⁰ M-A. BEERNAERT, « Négociation sur la peine et procès équitable », obs. sous la décision précitée, *R.T.D.H.*, 2003, pp. 965 et suiv.

équitable, notamment en ce que le chef de corps ne constituait pas un « tribunal indépendant et impartial » au sens de cette disposition. Le Gouvernement arguait que les accusés se seraient vus proposer la possibilité d’opter pour un procès devant une cour martiale, et que leur choix de la procédure sommaire avait emporté renonciation aux garanties du procès équitable. Entre autres considérations ayant amené la Cour à conclure à l’invalidité de semblable renonciation, figurait la circonstance qu’aux termes de la procédure sommaire, les requérants n’encouraient au maximum que 28 jours de privation de liberté, alors qu’en cas de procès devant une cour martiale, ils risquaient théoriquement jusqu’à deux ans d’emprisonnement. C’est donc bien ici la disproportion flagrante entre les deux branches de l’alternative qui est en cause⁴¹¹.

Pour ce qui concerne les modalités de la renonciation, nous l’avons vu, la circonstance qu’un requérant a pu raisonnablement prévoir les conséquences du comportement dont on infère une renonciation à certaines garanties du procès équitable figure parmi les éléments déterminants pour apprécier la licéité de la renonciation implicite, singulièrement en matière pénale⁴¹². De manière significative, la Cour européenne a appliqué ce critère de la « prévisibilité raisonnable des conséquences » dans une affaire où le requérant avait conclu une transaction avec le parquet, homologuée par le tribunal, aux termes de laquelle il se reconnaissait coupable et acceptait l’imposition d’une peine d’emprisonnement avec sursis. La Cour a refusé de voir dans cette transaction une renonciation viciée par contrainte, dès lors que le requérant était assisté de son avocat lors de la conclusion de la transaction et était en mesure de comprendre les conséquences de son acceptation⁴¹³. Il est permis de penser que la Cour européenne retiendrait semblable motivation si elle était confrontée à d’autres requêtes mettant cette fois en cause les procédures de justice négociée inspirées du droit anglo-saxon.

Souplesse, discrétion et célérité : tels sont sans doute les maîtres atouts des procédés de contractualisation des modes de règlement des différends. Les garanties du procès équitable, en tant que modalités d’encadrement de la solution contractuelle, ne semblent guère s’y opposer sur le principe. La publicité des débats, garantie par l’article 6§1 CEDH, souffre des exceptions, et la jurisprudence européenne, nous l’avons vu, admet de longue date que l’individu, puisse y renoncer, tant en matière civile qu’en matière pénale. Quant au principe de célérité, repris sous la forme du « délai raisonnable » à l’article 6§1 CEDH, il explique en grande partie que certains pays aient pris le parti de développer les

⁴¹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Thompson c. Royaume-Uni* du 15 juin 2004, §44 ; arrêt *Bell c. Royaume-Uni* du 16 janvier 2007, §47.

⁴¹² Cour eur. D.H., req. n°30900/02, *Jones c. Royaume-Uni*, déc. du 9 septembre 2003; req. n°28796/05, *Battisti c. France*, déc. du 12 décembre 2006.

⁴¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Sodadjev c. Bulgarie* du 5 octobre 2006, §30.

procédés de justice consensuelle et négociée, au nom d'impératifs d'efficacité de la justice pénale⁴¹⁴. En matière pénale, l'exemple de l'Italie, condamnée à maintes reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour dépassement du délai raisonnable, est à cet égard topique. La France semble suivre le même chemin, depuis l'instauration de la composition pénale d'abord⁴¹⁵, de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ensuite.

Il importe toutefois de garder à l'esprit que le procès équitable au sens de l'article 6 CEDH suppose un équilibre entre les diverses garanties visées par cette disposition. Il ne saurait dès lors être question d'accorder la primauté à l'une d'entre elles – en l'occurrence l'exigence de célérité – au détriment des autres, sous peine d'entamer l'équité processuelle. Comme le relève D. Cholet :

« La célérité est une valeur qui doit être présente dans le procès pour que celui-ci ne soit pas injuste. Mais, l'échelle des valeurs ne doit pas être inversée. Ce qui importe n'est pas la rapidité des procès, pas plus que l'efficacité économique de l'institution judiciaire. Les moyens matériels, les conditions concrètes de fonctionnement et les règles économiques sont au service de la recherche du juste et non l'inverse. C'est le droit qui doit commander l'économique, la gestion et le temps de la justice et non celle-ci qui doit être au service de ces valeurs »⁴¹⁶.

Au demeurant, la renonciation aux garanties du procès équitable qu'implique le recours aux divers procédés de contractualisation ne peut être qu'une renonciation *partielle* – nous l'avons constaté dans le domaine de l'arbitrage – et entourée d'un « minimum de garanties correspondant à sa gravité », pour reprendre une formule usitée de la Cour européenne des droits de l'homme⁴¹⁷. Assistance de l'avocat en matière pénale, information portant sur les conséquences de la renonciation, contrôle judiciaire des conditions entourant la renonciation, refus d'admettre une renonciation aux conséquences disproportionnées par rapport à celles qu'envisageait le « renonçant » : autant de conditions qui nous semblent élémentaires pour réaliser un encadrement de la contractualisation de la justice, tant civile que pénale.

⁴¹⁴ Encore que l'efficacité de la répression ne puisse être réduite à la seule exigence de célérité de la procédure. L'établissement de la culpabilité de la personne, la certitude de la peine et la proportionnalité de celle-ci par rapport à l'infraction figurent également au nombre des critères permettant d'évaluer l'efficacité de la répression. B. PERREIRA, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.*, 2005, Chroniques, p. 2041.

⁴¹⁵ Sur la composition pénale et les interrogations qu'elle suscite : C. SAAS, « De la composition pénale au plaider coupable. Le pouvoir de sanction du procureur », *R.S.C.*, 2004, pp. 473 et suiv.

⁴¹⁶ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 496-497, §506.

⁴¹⁷ A titre illustratif : Cour eur. D.H., arrêt *Pfeifer et Plankl c. Autriche* du 25 février 1992, §37. Sur cette exigence : P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés (...), op. cit.*, pp. 611-615, §§858-865.

L'EFFICACITE DE LA SOLUTION CONTRACTUELLE

Par Marie Claire RIVIER

Si la solution est, selon les dictionnaires généraux, le dénouement d'une difficulté, d'un problème, dans le contexte juridique du traitement des différends, c'est le mode, l'acte, l'outil, le mécanisme et le produit de ce mécanisme, qui permettent de mettre fin à une situation d'opposition, de désaccord ayant relation avec le droit. Je donnerai un sens large à l'expression « solution contractuelle », l'entendant comme tout procédé – activité et acte – visant à mettre fin à une contestation par le recours à un outil de type contractuel, contrat labélisé comme tel et conçu pour cet objet, sur le modèle de la transaction, mais aussi comme l'utilisation de mécanismes contractuels quant à l'aménagement du traitement de la dispute, ou quant à l'acte de résolution même si cet acte n'est pas, dans la logique d'organisation des catégories juridiques, une transaction. Le traitement d'un différend – je n'envisagerai que les différends d'ordre privé, faute de temps et par souci de cohérence – fait l'objet d'un processus plus ou moins complexe, que l'on peut voir comme une chaîne, de l'apparition d'un désaccord à la résorption de ce désaccord. La grande faveur qui est accordée aux MARC – modes alternatifs de règlement des conflits - est souvent exprimée dans un discours qui définit l'alternative par l'évitement des appareils étatiques de justice, appareils dont la situation de crise est dénoncée avec une remarquable constance, dans le temps comme dans l'espace. Mais choisir une solution contractuelle n'implique pas nécessairement l'éviction totale et définitive du juge et du jugement. Ce choix – qu'il soit le fait des autorités aptes à imposer les normes ou celui des acteurs du différend – conduit à recomposer la chaîne, en modifiant tout à la fois la place de l'intervention du juge et les possibilités de formulation de la controverse. La solution contractuelle, ainsi conçue, traduit l'insertion, à des divers niveaux de cette chaîne, de la volonté des parties, volonté convergente par hypothèse, et c'est de cette convergence que les modes de règlement des conflits de type conventionnel tirent leur légitimité, voire – et à voir - leur supériorité.

L'efficacité, c'est, a priori, l'aptitude à produire l'effet recherché. En matière de justice, et d'autres le montreront sans doute ici bien mieux que moi, l'efficacité apparaît comme une sorte de serpent de mer, une pomme de discorde et un instrument de gestion publique, si l'on veut bien me pardonner l'addition de ces formules imagées ou non. Efficacité, effectivité, efficience, plus techniquement exécution, le recours à une solution contractuelle constitue-t-il un moyen efficace de parvenir au but poursuivi ? Cette question en suppose une autre, préalable et redoutable, à savoir : quel est ce but ? La résolution du litige, l'apaisement du conflit, le retour à la « normalité » que constituerait la réalisation non contentieuse des droits, l'arrangement sur les normes substantielles, la non transparence de la solution et des arguments qui la font adopter, ou encore le contournement du processus de fabrication jurisprudentielle de la règle, et la liste n'est certainement pas exhaustive.

S'il est difficile de mesurer l'efficacité d'une règle, chercher à évaluer celle d'un accord transactionnel ou d'une sentence arbitrale relève de la gageure. Les MARC, l'arbitrage, la médiation, la transaction –en vrac, si j'ose dire – sont, dans leur pratique, invisibles, protégés par la confidentialité, se déployant dans des sphères rendant très difficile une observation extérieure de type vraiment scientifique ou statistique⁴¹⁸. Combien de transactions sont-elles spontanément exécutées, non discutées ? Combien de sentences arbitrales donnent-elles lieu à recours ou à procédure d'exequatur ? L'intérêt de ces questions est évident, mais purement formel, car aucune réponse ne peut y être apportée.

L'efficacité de la solution contractuelle ne peut dès lors pas être examinée en comparaison avec celle de la solution décisionnelle, juridictionnelle. Le recours à l'appareil statistique judiciaire, la possibilité d'études empiriques d'un contentieux donné, de son évolution quantitative, de sa durée, du taux des recours exercés, les recherches sur l'exécution des décisions de justice, tout cela peut fournir des informations sur l'efficacité de la solution judiciaire. Face à cet univers en partie du moins connaissable, le secteur des transactions, des accords de fin de différends, des conventions introduisant la volonté des parties dans le traitement de la contestation, constitue une sphère close, un monde caché, qui n'émerge des profondeurs qu'en cas de contentieux étatique greffé sur la solution contractuelle, la jurisprudence relative à la transaction ou à l'arbitrage ne donnant à voir qu'une frange pathologique non mesurable.

Les organisateurs de ce colloque m'ont-ils, dès lors, condamnée à traiter un impossible sujet ? Bien évidemment, non. Mais il est important de préciser que cette intervention ne saurait être une évaluation d'une efficacité « de fait », une étude des pratiques et du degré de satisfaction des utilisateurs. Il s'agit de s'interroger sur les dispositifs juridiques susceptibles de conférer à la solution contractuelle d'un différend l'aptitude à réaliser l'effet attendu, à parvenir à atteindre l'objectif considéré comme voulu et souhaitable.

Cet effet recherché, on considèrera que c'est, par hypothèse, la résolution du différend, mais aussi la maîtrise du différend. Ces deux aspects, liés, constitueront les deux points objets de mon propos.

I – la solution contractuelle et la résolution du différend

L'expression « résolution du différend » est volontairement large, lui donner sens ne va pas de soi : la contractualisation du traitement des différends pose la question de l'objectif : mettre fin au litige

⁴¹⁸ Cf. le constat, assez désabusé, fait en 1990 par Philippe Fouchard, quant à l'absence de transparence de l'arbitrage institutionnel, Typologie des institutions d'arbitrage, Rev. Arb. 1990, p. 281, spéc. n°4.

ou apaiser le conflit (A). Plus techniquement, l'aptitude de la solution contractuelle à réaliser le but recherché implique que celle-ci soit dotée des mécanismes juridiques permettant l'extinction de la contestation (B)

A – Mettre fin au litige ou apaiser le conflit.

La question n'est certainement pas nouvelle⁴¹⁹, et la théorie de la juridiction, des travaux de ses fondateurs, les constitutionnalistes de la fin du XIX^e siècle, jusqu'aux débats entre les processualistes contemporains, ne fournit pas de réponse univoque et consensuelle. On sait qu'entre Hébraud et Motulsky, la vision du rôle du juge n'est pas la même, et la célèbre trilogie présentée par François OST⁴²⁰ fournit une remarquable grille de lecture quant aux différentes figures du juge : Jupiter, Hercule, Hermès. Si –simplification certainement abusive – Jupiter est le juge du code Napoléon, Hercule le juge « social » de l'Etat providence, Hermès est le juge des réseaux, du droit post-moderne, flou, « gazeux ». Contrairement aux deux autres, il n'est pas une figure de puissance, mais plutôt d'intermédiation, juge des réseaux, d'une régulation dont il garantit la régularité procédurale.

Hermès peut être la figure du juge déplacé, resitué, par des acteurs qui tendent à maîtriser leur différend. Le recours à la logique contractuelle et aux instruments propres au droit des contrats permet de faire éclater le cadre trop rigide du litige, opposition de prétentions aptes à être entendues par un juge. Or, un juge –un juge civil – ne peut pas entendre ce qui échappe à la formulation en termes de prétentions. Les débats soulevés, il y a déjà bien des années, par la place de la « parole » de l'enfant dans le procès familial en ont constitué un intéressant exemple. Ni témoin, ni partie, l'enfant n'est qu'un informateur, face à un juge aux affaires familiales très mal armé pour entendre une « parole » qui n'est ni une demande, ni un témoignage visant à établir le fait. L'essor de la médiation familiale est en partie né de cette discordance. L'intérêt du recours à cette technique n'est pas seulement de faciliter les accords entre les parents relativement au sort de l'enfant, mais aussi d'ouvrir devant le médiateur un cadre de discussion qui certes intègre le droit mais le dépasse, en laissant place à toute forme de « paroles ».

Les modes alternatifs, avec ou sans le juge étatique, utilisent le champ ouvert par la liberté contractuelle : la négociation de l'accord, acte de règlement recherché, n'est pas encadrée par les règles constitutives du procès qui en déterminent les contours. La règle de l'immutabilité de litige n'a pas de sens pour le médiateur, pour les négociateurs d'une transaction. Rien n'est initial, rien n'est incident, la

⁴¹⁹ S'agissant d'études récentes, cf. A. Jeammaud, *Conflit, différend, litige*, in S. Rials et D. Alland (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003 ; M. C. Rivier, *Conflit/litige*, *Dictionnaire de la Justice*, sous la direction de L. Cadet, PUF, 2004 ; B. Gorchs, *La médiation dans le procès civil : sens et contresens (Essai de mise en perspective du conflit et du litige)*, *RTD civ.* 2003, p. 409.

⁴²⁰ F. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge*, in *La force du droit*, Paris, éd. Esprit, 1991, p. 241 ; *Dictionnaire de la Justice, op. préc.*

discussion peut évoluer, se transformer, intégrer toutes sortes d'argumentaires, liés au passé, au présent, mais aussi au futur.

L'une des conséquences de cette différence réside dans ce qui est traditionnellement présenté comme un avantage des solutions négociées face aux décisions imposées par un juge étatique. Le contrat alimente le contrat. Plus clairement, le recours à la solution contractuelle, qu'il s'agisse de la transaction ou de l'arbitrage, permet de favoriser le maintien des relations entre les parties. Le choix d'un processus et d'une solution négociés s'intègre dans un courant d'affaires, dans la poursuite de relations durables, alors que le duel judiciaire, expression policée et régulée d'un combat qui fera nécessairement un perdant, si ce n'est deux, est analysé comme un facteur de cassure, un risque d'une mise en danger d'un ensemble de relations économiques ou sociales.

L'apaisement du conflit, dès lors, compte-t-il plus que la résolution du litige ? Il n'est pas certain que cet effet d'apaisement, ouvrant la voie de la poursuite des relations, familiales ou d'affaires, puisse être mesuré, spécialement dans son sens psychologique. Mais il a probablement une signification juridique : la résolution du différend n'a pas seulement permis d'octroyer à chaque protagoniste une place dans l'ordre juridique –entendons par là la reconnaissance de droits et d'obligations - , elle a aussi élargi le champ de la négociation, a rendu manipulables des éléments exclus du débat judiciaire, ce qui a pu faciliter l'accord. En ce sens, le recours à la solution contractuelle cherche à effacer le différend, en le transformant en un objet négociable, immergé dans une « réalité » familiale, sociale ou économique que le procès étatique « classique » a bien du mal à connaître. Certes, tout ne devient pas négociable par la grâce du recours à une solution contractuelle. On ne transige pas sur l'ordre public⁴²¹, l'arbitre ne peut dans sa sentence violer une règle d'ordre public, et le droit rappelle alors son empire, plus exactement la hiérarchie des forces en présence.

Mais l'apaisement du conflit, lorsqu'il est vu comme la finalité première du processus, justifierait un recul de l'ordre public. Comme l'a écrit un auteur⁴²², « les bénéfices attendus des règlements amiables, à savoir la pacification des conflits, peuvent légitimement être mis en concurrence avec les finalités de l'ordre public. Que ces dernières, dans des conditions à définir, s'effacent au cas où les parties parviennent à s'entendre, il ne doit pas y avoir d'obstacles de principe ».

Le contrat portant sur une contestation présente une spécificité, nécessaire, inévitable. Il n'est pas soluble dans ce qui serait un univers contractuel indifférencié, banalisé. Les effets juridiques attachés à ce type de contrat le démontrent.

⁴²¹ Cf. not. X. Lagarde, Transaction et ordre public, D. 2000, p. 217 ; W. Dross, Ordre public et transaction, *in* La transaction dans toutes ses dimensions, sous la direction de B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, D., Actes coll. 2006, p. 63.

⁴²² S. Guinchard et *alii*, Droit processuel, Droit commun et comparé du procès, Dalloz, 2005, 3^e éd., n° 591.

B) La force de l'acte conventionnel de résolution du différend

L'efficacité de la solution contractuelle dépend largement de la possibilité qui lui est reconnue d'emprunter au modèle juridictionnel. Le contrat a sa propre force, celle prévue par l'article 1134 du code civil, et elle est loin d'être battue en brèche, rognée, réduite, par le droit contemporain, comme on le relève parfois. Mais, pour être efficace, l'outil conventionnel de règlement doit offrir plus.

L'archétype de l'acte conventionnel de règlement, c'est, bien sûr, la transaction, contrat spécial régi par les articles 2044 à 2058 du code civil⁴²³. Ces quelques articles, qui ne sont pas considérés parmi les meilleurs du code, ne résument certes pas l'encadrement juridique de la transaction, qui connaît une foule de régimes spéciaux. La transaction, il est à peine nécessaire de le rappeler, est aujourd'hui omniprésente, concernant pratiquement toutes les branches du droit, donnant lieu à une énorme jurisprudence, au sein de laquelle la chambre sociale de la Cour de cassation occupe incontestablement une place de choix.

Equivalent processuel, la transaction s'analyse en l'une des principales – et classiques – formes d'hybridation entre le contrat et le jugement. L'article 2052 al. 1 du code civil dote la transaction de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, formulation que la doctrine s'accorde à considérer comme peu heureuse. L'article 384 du code de procédure inscrit la transaction dans la liste des actes qui éteignent l'instance accessoirement à l'action, et l'article 122 – dans une énumération dont on sait maintenant qu'elle n'est pas limitative – mentionne, au titre des fins de non-recevoir, l'autorité de la chose jugée, et donc, indirectement la transaction puisque ce contrat en est doté. Il y a là l'un des aspects les plus intéressants, et sans doute pour la partie la plus faible des plus dangereux de la transaction. L'acte met fin à la contestation et interdit pour l'avenir toute reprise de cette contestation devant un juge, étatique ou arbitral. Les transactions se renfermant dans leur objet⁴²⁴, seuls les points et droits sur lesquels il a été transigé sont soustraits à tout réexamen. La question a été posée s'agissant des transactions forfaitaires, fréquentes dit-on en pratique. Alors que l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a décidé, par un arrêt en date du 4 juillet 1997⁴²⁵, de faire produire un plein effet à ce type d'acte, estimant alors toute contestation ultérieure impossible entre les parties, cette position ne semble pas avoir vraiment convaincu toutes les chambres spécialement la chambre sociale. Pour prendre un exemple purement illustratif, dans un arrêt rendu le 16 mai 2007, cette chambre, dans une espèce où la transaction comportait une indemnité forfaitaire, réglant –je cite – « définitivement le litige entre les parties, tant du chef du lien contractuel entre elles que de tous autres chefs de contestation et de litige,

⁴²³ Cf. not. La transaction dans toutes ses dimensions, sous la direction de B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, Actes colloque Lyon III, Dalloz, 2006 ; Ch. Jarrosson, La transaction comme modèle, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P. Ancel et M. C. Rivier, Colloque CERCRID, Economica, 2001.

⁴²⁴ Art. 2048 C. civ.

⁴²⁵ Ass. Plén. 4 juillet 1997, *Gaudinat*, Dr. Soc. 1997, p. 978, obs. G. Couturier.

présent ou futur, à raison de leurs relations et de la rupture de celles-ci », l'arrêt estime que la transaction ne comportant aucune référence à la clause de non-concurrence discutée, cette clause était restée hors du champ de la transaction⁴²⁶.

Le champ de la chose transigée dépend certes de la volonté des parties, et plus concrètement de la rédaction de l'acte. Les transactions forfaitaires, avec leurs clauses que l'on pourrait qualifier de verrouillage, sont particulièrement efficaces. Cela dit, on relèvera au passage que la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en 2006 en Assemblée plénière⁴²⁷, a montré avec quelle sévérité elle entend le concept d'identité de cause s'agissant des jugements. Transaction ou jugement, la reprise de la contestation n'a visiblement pas les faveurs de la juridiction supérieure.

La transaction, de par la liberté contractuelle, ne connaît pas de structure imposée et cette liberté justifierait l'attention portée par une jurisprudence consciente du danger des clauses souvent unilatéralement rédigées par la partie la plus forte. La solution contractuelle n'est pas placée sous l'empire de l'égalité des armes. Ce n'est sans doute pas un hasard si c'est à propos d'une transaction intervenue entre assureur et assuré que la Cour de cassation, dans une décision très remarquée, a admis que la contrainte économique se rattache à la violence – susceptible de conduire le juge à annuler la transaction – et non à la lésion – que le code exclut expressément en tant que pouvant remettre l'acte en question⁴²⁸.

Le contrat évince la forme du jugement, mais il peut emprunter les outils de la procédure. L'arrêt dit de la « Saint Valentin », concernant l'efficacité procédurale des clauses de médiation/conciliation préalable a fait couler trop d'encre pour que l'on y revienne⁴²⁹, sauf à relever que la fin de non-recevoir ainsi créée est d'intérêt privé et surtout de portée provisoire : le droit d'agir est dénié tant que la clause n'aura pas été respectée, obligation de négociation, mais non bien sûr obligation d'accord. Est-ce la procédure qui se contractualise ou le contrat qui se procéduralise ? A vrai dire, les deux formules, néologismes protéiformes parmi tant d'autres, ne sont sans doute ici que les figures d'un discours qui prend acte du brassage des catégories.

L'efficacité de la transaction se manifeste encore dans le régime fait aux accords transactionnels complexes. Le contrat peut en effet comporter non seulement des renonciations, mais aussi créer des obligations nouvelles, telles, par exemple, une clause de non-concurrence ou une promesse de vente.

⁴²⁶ Cass. Soc. 16 mai 2007, pourvoi n° 06-40440, Légifrance.

⁴²⁷ Ass. Plén. 7 juillet 2006, D. 2006, 2135, note Weiler ; J.C.P. 2006.I.351, p. 1434; RTR civ. 2006, p. 825, obs. R. Perrot.

⁴²⁸ Cass. Civ. 1^o, 30 mai 2000, J.C.P.2001.II.10461, note G. Loiseau ; RTD civ 2000, 827, obs. J. Mestre et B. Fages ; 863, obs. Gautier ; J. P. Chazal, La contrainte économique, violence ou lésion ?, D. 2000, 879 ; B. Mallet-Bricout, Vices et transaction, *in* La transaction dans toutes ses dimensions, *op. cit.* p. 35.

⁴²⁹ Cass. ch. mixte, 14 février 2003, Bull. ch. Mixte, n° 1 ; J.C.P. 2003.I.124, n°4, obs. Caussain, Deboissy et Wicker; RDC 2003, 182, obs. L. Cadet; D. 2003, 1386, note P. Ancel et M. C. Cottin ; RTD civ 2003, 294, obs Mestre et Fages, et 349, obs. Perrot.

Située dans un accord transactionnel complexe, la promesse de vente perd son régime propre, absorbée qu'elle est dans celui de la transaction.⁴³⁰ Mon collègue et voisin de tribune, Loïc Cadiet, relevait tout à l'heure que tout contrat peut cacher une transaction. « Petit contrat » jadis, la transaction est en quelque sorte devenue grande, et semble bien aujourd'hui avoir vocation à phagocyter les contrats spéciaux qu'elle peut contenir dans le cadre de l'arrangement voulu par les parties. En ce sens, et même si l'image est sans doute un peu forte, la transaction fait figure de contrat antropophage.

Il resterait alors, pour cette convention si puissante, l'infirmité qu'elle doit à sa nature contractuelle : la transaction n'a pas, par elle-même, la force exécutoire. Comblant cette lacune, l'article 1441-4 du code de procédure civile prévoit désormais que le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par l'une des parties à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté. En voulant « faire simple », les auteurs du texte ont fait simpliste et les commentateurs se sont beaucoup interrogés sur la nature et le régime d'une procédure qui n'est – à lire le texte - ni une homologation ni un exequatur⁴³¹. L'obtention de la force exécutoire doit-elle être plus facile, voire plus « expéditive », pour une transaction que pour une sentence arbitrale, cette dernière s'analysant en une décision imposée par un tiers institué juge – et non comme le résultat d'un accord des parties – sauf à relever que la sentence constitue le produit d'une activité devant intégrer certains principes fondamentaux – impartialité, contradiction, égalité des armes - du modèle qu'est le procès équitable ? En toute hypothèse, force est de constater que notre ordre juridique ne manque pas de techniques permettant d'obtenir le Sésame de l'ouverture aux modes d'exécution forcée quant à un accord – transaction notariée, jugement d'expédient, procès-verbal de conciliation, homologation – mais du fait, dans toutes ces hypothèses mentionnées, de la volonté des parties, et non d'une seule d'entre elles.

L'efficacité, voulue, recherchée, c'est aussi la maîtrise du différend.

II – La solution contractuelle et la maîtrise du différend

Les parties au différend cherchent à gérer le traitement de la contestation (A), tout comme elles entendent maîtriser l'incidence de leur accord sur la production normative (B).

B) L'aménagement du différend

⁴³⁰ Cf. Ass. Plén. 24 février 2006, D. 2006, doct. 2057, S. Chassignard-Pinet, La perte d'autonomie de la promesse de vente insérée dans une transaction, 2057.

⁴³¹ Cf. not. R. Perrot, L'homologation des transactions, Procédures 1999, chron. 10 ; Y. Desdevises, Les transactions homologuées, vers des contrats juridictionnalisables ?, D. 2000, chron., p. 284 ; G. Taormina, Brèves remarques sur les difficultés rencontrées dans le cadre de la procédure d'exequatur de l'article 1441-4 NCPC, D. 2002, 2353 ; H. Croze et O. Fradin, Transaction et force exécutoire, in La transaction dans toutes ses dimensions, *op. cit.*, p. 95.

On le sait, le succès de l'arbitrage doit beaucoup à son aspect de justice « sur mesure ». Choix du juge – prérogative à laquelle les parties sont semble-t-il très attachées –, choix de la procédure, de la durée du processus, du type de norme de référence en vertu de laquelle l'arbitre devra trancher – règles de droit, amiable composition, usages du commerce international –, mise en place de clauses incitant à l'exécution de la sentence, l'arbitrage donne aux parties une liberté qui n'est certes pas totale, mais qui s'avère quand même très étendue⁴³². La principale limite de l'extension, en pratique, de l'arbitrage est – apparemment de l'avis même des spécialistes – son coût, qui en fait un mode de règlement peu adapté aux « petits » litiges, plus spécialement encore aux différends entre parties qui n'ont pas, et parfois loin s'en faut, les mêmes capacités financières ni les mêmes possibilités d'accès à la connaissance du droit⁴³³.

La médiation conventionnelle – à l'inverse de la médiation judiciaire, placée sous la dépendance et le contrôle du juge – semble prendre le même chemin, celui de la liberté des conventions, d'autant plus qu'elle ne connaît guère, en l'état actuel du droit, d'encadrement spécifique. Opaque pour l'observateur, la négociation des accords transactionnels dans le secteur du droit des affaires n'est certainement pas un phénomène récent. Plus nouvelle est, peut-être, sa présence affirmée dans ce que l'on peut qualifier de marché du règlement des différends⁴³⁴ : nombre d'institutions permanentes d'arbitrage ont ajouté à leur dénomination leur aptitude à gérer la médiation conventionnelle. Tendante à être considérée comme « la reine » des clauses de différend, la clause compromissoire a vocation à servir de modèle : clause autonome⁴³⁵, clause bénéficiant, spécialement en matière d'arbitrage international, de toutes les faveurs de la jurisprudence, elle a parfois été qualifiée « d'indestructible », ce qui a conduit certains spécialistes de l'arbitrage à s'interroger sur des déplacements possibles de contentieux⁴³⁶ : Pour la partie mécontente ou récalcitrante, ne pas s'en prendre à la clause ou la sentence, mais à l'arbitre⁴³⁷. La question de la responsabilité du médiateur, s'agissant de la médiation « purement » conventionnelle, reste un objet

⁴³² Quant à l'encadrement procédural de la solution contractuelle face aux garanties du procès équitable posées par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, cf. Ph. Frumer, *supra*, p. XXX.

⁴³³ Cf. not. F. Valencia, Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007, p. 45. Comme le relève l'auteur, « Plus prosaïquement dit, le coût élevé d'un arbitrage international constitue-t-il un obstacle à l'accès d'une partie faible à la Justice ? ».

⁴³⁴ Cf. L. Cadiet, *Efficiencia versus équité*, in *Mélanges J. van Compernelle, Bruylant*, 2004, p. 25, et réf. cit., qui évoque « la marchandisation des systèmes processuels sous l'effet de l'effet de l'économie concurrentielle ». Que l'arbitrage international représente un marché ne peut guère être contesté. La médiation peut, dans cette optique, être vue comme un marché en formation, dans des contextes variables selon son origine, judiciaire, conventionnelle ou « institutionnelle ». L'apparition d'un processus de professionnalisation, le développement d'une offre de formation concernant les médiateurs témoignent sans doute de cette évolution en cours. Sur la question, cf. not. J. van Compernelle, *Médiation et contentieux familial*, in *Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution*, sous la direction de L. Cadiet, Litec, 2005, p. 49, spéc. p. 51.

⁴³⁵ Cf. Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000, *Rev. Arb.* 2000, p. 749, note Ch. Jarosson, quant à l'autonomie de la clause de médiation/conciliation.; *Adde* S. Bollée, La clause compromissoire et le droit commun des obligations, *Rev. Arb.* 2005, p. 917.

⁴³⁶ Cf. not. T. Clay, De la responsabilité de l'arbitre, in *El Contrato des Arbitraje*, Legis, 2005, p. 543, et, plus généralement, *Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution*, sous la direction de L. Cadiet, Litec, 2005.

⁴³⁷ Cf. à propos de l'arbitrage judiciaire, l'observation faite par Philippe Fouchard : « (...) le point faible de l'arbitrage, ce sont ses hommes, et le point faible de la justice étatique, ce sont ses règles », *L'arbitrage judiciaire*, in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 167, spéc. n° 47.

d'interrogations et sans doute d'inquiétude pour les médiateurs⁴³⁸. Dans le cadre de la maîtrise voulue par les parties, le « maillon faible » pourrait alors être le tiers intervenant choisi, alors même que son statut, et la qualification du lien qui le rattache aux parties demeurent discutés. L'efficacité de la solution contractuelle n'aurait certes rien à gagner au développement d'un contentieux qui, faute de s'attaquer à l'acte, s'attaquerait aux personnes impliquées dans le processus, qu'elle se bornent à remplir une mission de bons offices, comme c'est le cas pour les médiateurs, ou qu'elles soient elles-mêmes les auteurs de l'acte mettant fin au différend, comme c'est le cas pour les arbitres.

Reste une question, dont la pertinence devrait être testée : le principe de l'intangibilité du contrat a été considéré souvent comme mis à mal ; faudrait-il admettre que c'est dans les clauses aménageant le traitement des contestations éventuelles qu'il faut chercher la « force » de la volonté des parties, leur aptitude à s'imposer, et à imposer aux tiers intervenant – à des titres divers – dans le traitement des futurs litiges contractuels, une force obligatoire qui semble assez loin d'être en voie de diminution ? Plus généralement, la volonté des acteurs de maîtriser le traitement de la controverse qui les oppose constitue un souhait légitime, et dans la mesure où cette volonté a pour objet l'organisation d'un processus de discussion, elle indique « comment le jeu doit se jouer ». Mais la distinction de la procédure et du fond n'est pas toujours si facile à établir : la stipulation d'amiable composition insérée dans une clause compromissoire va conditionner la détermination des droits et obligations des parties dans la sentence. Maîtriser le processus n'est pas nécessairement maîtriser la solution qui y mettra fin, mais les modes de règlement sont - faut-il le rappeler – beaucoup plus complexes que ne pourrait le laisser supposer l'ordonnement des catégories juridiques.

B) La maîtrise de la production normative

Le recours aux processus conventionnels de règlement des différends permet aux parties de canaliser, dans une très large mesure, le mécanisme de fabrication des règles jurisprudentielles. La confidentialité étant la règle, le règlement se déroulant dans un cadre privé et donnant lieu à un acte qui n'a pas vocation à être connu des tiers, l'élaboration d'une norme jurisprudentielle relative au fond du différend est rendue impossible, faute de l'un des éléments essentiels à cette élaboration, à savoir un contentieux de fond susceptible de « monter » jusqu'à la juridiction supérieure par le jeu des voies de recours. L'éviction du processus jurisprudentiel peut être l'un des buts recherchés, les contestations concomitantes à l'activité – comme ce peut être le cas en arbitrage – ou postérieures à l'acte de règlement portant d'abord sur le mode de traitement lui-même, sont des contentieux de procédure au sens large, la place du juge dans la « chaîne » ayant été modifiée. C'est seulement si l'acte de règlement vient à être anéanti que pourra se poser la question du retour aux droits antérieurs, et par là même celle d'une discussion possible de ces droits devant un juge étatique.

⁴³⁸ Cf. s'agissant de la médiation judiciaire, E. Serverin, Le médiateur civil et le service public de la justice, RTDciv. 2003, p. 229.

Certains secteurs, spécialement dans le droit du droit économique, ou dans les secteurs où les intérêts financiers en jeu sont faibles, du moins pour le demandeur potentiel, semblent marqués par des phénomènes de non-jurisprudence. Les parties au contrat initial, ou parfois l'une d'elles, économiquement la plus forte, ne souhaitent pas prendre le risque de voir naître – de saisine du juge étatique en exercice des voies de recours – une règle jurisprudentielle qui ne leur conviendrait pas. Cette mise à distance du processus jurisprudentiel n'est pas, en elle-même, critiquable ou condamnable : nul ne saurait être tenu de suivre une stratégie judiciaire estimée, à Mais plus largement, c'est la question même de la confidentialité que permet, qu'impose le recours au contrat qui peut être mise en cause. Dans le droit de l'arbitrage international, la possibilité pour des tiers d'intervenir dans l'instance arbitrale, d'obtenir communication d'informations produites devant les arbitres, de faire entendre leur position s'agissant de litiges nés de contrats susceptibles d'avoir des répercussions sur des populations entières fait aujourd'hui l'objet d'âpres débats liés aux arbitrages CIRDI⁴³⁹. Admettre, dans cette instance close qu'est l'arbitrage, « l'intrusion » d'un *amicus curiae*, informant le tribunal arbitral, y faisant pénétrer par là même la société civile, l'intérêt des consommateurs, des usagers, est incontestablement potentiellement lourd de conséquences sur l'évolution de l'arbitrage. Certes, cette sorte de phénomène relève d'un droit du commerce international qui a brouillé la distinction du public et du privé, d'un type de traitement des conflits qui a marginalisé le contrat au profit du traité. Mais il n'est pas interdit d'élargir le débat, et de considérer qu'aujourd'hui les exigences de la transparence méritent une place face à celle de la confidentialité. Or, il est certain que transparence et arbitrage ne font pas très bon ménage, et la discordance est sans doute encore plus forte entre transparence et transaction.

Internet fourmille de sites publicitaires vantant les mérites des MARC, de la négociation, de l'accord, de la transaction. Dans l'un d'eux, pris au hasard, il est indiqué que le procès ne doit plus être une fatalité, qu'une autre approche est possible, et qu'il s'agit – je cite – de transformer les litiges en occasion de profits. Mais profits pour qui ? Efficacité pour qui, lorsque la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en 2006⁴⁴⁰, impose la qualification législative de transaction, telle qu'issue des dispositions de la loi de 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, imposant une transaction sans concession de la part des assureurs. Cette jurisprudence est sans doute réjouissante pour les compagnies d'assurance, nettement moins pour les victimes d'accidents, celles-là même que la loi de 1985 entendait protéger. Parce que la loi a entendu organisé un processus d'indemnisation des victimes présenté comme plus rapide, plus simple pour elles, faisant peser sur l'assureur du responsable une

⁴³⁹ Cf. B. Stern, Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur, Rev. Arb. 2007, p. 3.

⁴⁴⁰ Cass. civ. 2^e, 16 novembre 2006, J.C.P. 2007.II.10032, note L. Mayaux ; RDC 2007, p. 671, obs. C. Pèrés. Selon l'arrêt, « la loi du 5 juillet 1985 instituant un régime d'indemnisation en faveur des victimes d'accidents de la circulation, d'ordre public, dérogeant au droit commun, qualifie de transaction la convention qui se forme lors de l'acceptation par la victime de l'offre de l'assureur et (...) cette transaction ne peut être remise en cause à raison de l'absence de concessions réciproques ».

obligation d'offre transactionnelle, la qualification de transaction ne saurait être discutée, une transaction pourtant « sans âme », si l'on veut bien considérer que, selon la formule connue, les concessions réciproques sont l'âme des transactions. Dès lors, non content de privilégier un système d'indemnisation marqué par la confidentialité, par un face à face contractuel entre deux parties sans intervention du juge, le système juridique tire de l'organisation de l'activité de règlement la qualification d'un acte en quelque sorte dénaturé.

La pire « solution contractuelle » est celle qui est maniée par celui qui utilise les mots sans comprendre, sans vouloir ou pouvoir comprendre, sans savoir ou sans prendre la peine de savoir. Il y a fort longtemps, à propos du fonctionnement des Justices de Paix, et plus précisément des discussions pouvant déboucher sur la rédaction d'un procès-verbal de non-conciliation, Boncenne, dans son traité de procédure civile, écrivait : « c'était un véritable piège pour ceux ne se doutaient pas du parti qu'un homme habile peut tirer d'un mot qu'un homme simple a laissé écrire »⁴⁴¹. Entre Boncenne et la contractualisation de notre droit post-moderne, quel lien ? Peut-être aucun. Peut-être, sous la souplesse de la négociation et la fluidité des MARC, à plus d'un siècle et demie de distance, la rigueur des mots du droit, cachée dans « l'informel » des justices dites douces.

⁴⁴¹ Boncenne, Théorie de procédure civile, Paris, 1837, p. 296.

II LES CONTOURS DE LA CONTRACTUALISATION DE LA JUSTICE

LA CONTRACTUALISATION COLLECTIVE DE L'INSTANCE

Pierre-Yves VERKINDT

Professeur de droit privé à l'Université de Lille 2

Centre R. Demogue-Université de Lille 2

Bien que d'un usage devenu courant, la notion de contractualisation se laisse difficilement appréhender. Au moins peut on relever en toute première analyse, qu'elle renvoie tantôt à un choix tantôt à un phénomène observable. On parlera de contractualisation comme *choix* lorsque des sujets de droit, qui demain se penseront comme parties, décident d'organiser leurs relations actuelles ou futures sous l'égide d'un contrat. On dira qu'elles ont contractualisé leurs relations pour indiquer qu'elles ont décidé de se soumettre à une règle commune qu'elles ont au moins pour partie contribué à élaborer. On envisagera la contractualisation comme *phénomène* lorsque l'on constatera, dans un domaine donné ou plus largement dans un société donnée, soit la prégnance de pratiques contractuelles soit la domination d'un discours « contractualiste »⁴⁴².

Les deux sens peuvent être identifiés dans l'expression « contractualisation de l'instance » qu'il faut cependant distinguer de celle de « contractualisation de la justice » et de celle de « contractualisation du procès ».

Contractualisation de la justice et contractualisation du procès

L'expression « contractualisation de la justice » tente de rendre compte d'un phénomène qui se caractériserait par l'emploi de mécanismes inspirés du droit contractuel et dont la finalité serait d'assurer ou de tenter d'assurer une gestion optimale du service public de la justice. Participent de cette idée les

⁴⁴² C'est ainsi que l'on évoquera, par exemple, la contractualisation des relations de travail pour signifier la place prise par le contrat de travail ou la convention collective dans l'organisation des rapports de travail

contrats ou protocoles de procédure. Discutés et « négociés » dans le cadre d'une juridiction ou d'un ressort donné entre les acteurs du procès ou les représentants de ces acteurs⁴⁴³, les contrats de procédure viennent en réalité compléter et affiner la logique des « circuits » développée depuis la création de la mise en état⁴⁴⁴. Nés de la pratique, ces contrats trouvent désormais un support juridique dans le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005. Celui-ci et notamment l'article 764 du nouveau code de procédure civile permettent la fixation d'un commun accord d'un calendrier de la mise en état⁴⁴⁵. Sauf à considérer très artificiellement que ses intérêts seraient représentés par les professionnels du droit eux même représentés par leurs organisations ordinales, le justiciable est absent de la « négociation » conduisant au « contrat de procédure ». Au demeurant le terme de « concertation » semblerait bien mieux approprié en la matière que celui de négociation

La contractualisation du procès se présente sous un jour différent. Liée, comme le relève L. Cadiet⁴⁴⁶, au déclin du légicentrisme, elle se traduit d'une part par le recours au contrat comme mode de solution d'un litige⁴⁴⁷ et d'autre part par la diffusion du discours et des mécanismes contractuels dans le procès lui-même. La contractualisation devient dans ce dernier cas une technique de gestion de la procédure et affecte tant l'action en justice que l'instance proprement dite. C'est ainsi que se sont multipliées dans les contrats notamment ceux conclus entre professionnels les clauses de prescription mais aussi et surtout les clauses de compétence et clauses compromissoires⁴⁴⁸. De telles clauses négociées à *froid* interviennent avant la survenance d'un litige mais les parties peuvent encore- au moins en théorie- le litige étant né, se mettre d'accord pour saisir ensemble le juge ce qui postule au minimum l'existence d'un accord sur la marche à suivre⁴⁴⁹. Elles peuvent aussi dans certaines mesures délimiter l'office du juge au moins s'agissant des droits dont elles ont la libre disposition⁴⁵⁰. La gestion contractuelle de l'action peut enfin mais cette fois de manière indirecte prendre la forme de la représentation conventionnelle dans l'action en justice, une partie donnant à un tiers extérieur au litige le mandat d'agir en son nom et pour son compte.

⁴⁴³ Il s'agit le plus souvent d'accords passés entre la juridiction (éventuellement les juridictions) et l'ordre ou les ordres d'avocats concernés.

⁴⁴⁴ Pour des illustrations de ces contrats ou protocoles de procédure, S. Guinchard, F. Ferrand, Procédure civile, 28^{ème} édit. 2006, n° 968

⁴⁴⁵ J. Héron, T. Le Bars, Droit judiciaire privé, Paris, Montchrestien 3^{ème} édit. 2006, n° 568 et 430. L'auteur note que l'expression « contrat de procédure » qu'au demeurant le décret du 28 décembre 2005 n'utilise pas, est impropre puisque le juge reste malgré tout maître d'œuvre de la procédure notamment en raison de sa qualité pour accorder en cas de besoin des prorogations de délai.

⁴⁴⁶ L. Cadiet, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, *in* Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Farjat, Edit. Frison-Roche, 1999, p. 23 s.

⁴⁴⁷ D'où la diversification des modes de solution conventionnelle des litiges ainsi que leur institutionnalisation (L. Cadiet, *op.cit.*, pp. 36-38

⁴⁴⁸ J. Mestre (dir.), Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, spéc. L. Cadiet, Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, p. 193 s.

⁴⁴⁹ Ainsi de la requête conjointe des articles 57 à 59 du Nouveau code de procédure civile.

⁴⁵⁰ NCPC, art. 12

Contractualisation de l'instance

Comme le contrat, le lien d'instance est un lien juridique. Il présente toutefois des caractères propres qui tiennent en premier lieu au fait qu'il vient se superposer à un rapport juridique préexistant dont il demeure cependant indépendant. A partir du moment où le juge est saisi, il se présente comme un entrelacs de droits et d'obligations définis pour l'essentiel par le droit processuel et le droit probatoire. En second lieu, le lien d'instance échappe pour une bonne part à la volonté de celui ou de ceux qui lui ont donné naissance en raison de son inscription dans la mission de service public dévolue à la justice d'Etat. C'est la raison pour laquelle le phénomène de contractualisation semble moins présent dans le champ de l'instance que dans celui de l'action, même si la proximité apparente du lien juridique d'instance et du lien contractuel a pu conduire certains auteurs à les assimiler et à donner au premier un caractère conventionnel⁴⁵¹. Cette position doctrinale est aujourd'hui abandonnée au profit d'une analyse faisant du lien d'instance un rapport juridique de source légale. Dès l'instant où l'on admet que le rapport d'instance est de source légale, la contractualisation de l'instance entendue comme « choix » opéré par les parties au litige ne peut être qu'extrêmement marginale, à la supposer admissible ⁴⁵². Pourtant, de ce que l'instance n'est pas un contrat, il n'est pas possible de déduire que le contractuel n'a aucune part dans son déroulement ⁴⁵³.

Contractualisation collective de l'instance

La difficulté s'accroît dès lors qu'il est question de contractualisation « collective » et sans doute sur le sens à donner à l'adjectif « collectif ». L'analogie s'impose d'emblée avec le contrat collectif dont la doctrine civiliste nous dit qu'il tire ce caractère de ses effets ⁴⁵⁴ et d'un rayonnement débordant singulièrement le principe de relativité des conventions ⁴⁵⁵. Pourtant, l'archétype du contrat collectif que constitue la convention collective de travail⁴⁵⁶ fournit une indication utile et complémentaire pour définir le contrat collectif. Celui-ci est en effet conclu, selon l'article L 131-1 du code du travail, entre « d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au plan national (...), ou qui sont affiliées auxdites organisations, ou qui ont fait la preuve de leur représentativité dans le

451 Sur cette analyse, L. Cadiet, *Les jeux du contrat...*, p. 31 n° 15

452 En témoignent les décisions rejetant la demande faite en commun par le demandeur et le défendeur en révocation de l'ordonnance de clôture (Civ 3, 28 oct. 1985, JCP 1986. IV. 21) où la solution selon laquelle la demande de renvoi faite par les parties n'est pas une diligence au sens de l'article 386 du Nouveau code de procédure civile (Ass.plén., 24 nov. 1989, D 1990. 25, concl. Cabannes ; Civ. 2, 17 juin 1998, D. 1998, IR 196). En revanche, le retrait du rôle demandé par toutes les parties s'impose au juge (NCPC, art. 382)

453 P. Ancel (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica 2000.

454 V. ainsi Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, Litec, 10^{ème} édit., 2007, n° 56 et 461 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil-Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} édit. 2007, n° 822 *sq.*

455 M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 2004 pour qui ce rayonnement « par exception au principe de l'effet relatif, s'étend au-delà des seules parties contractantes » (n° 69)

456 et l'ancien concordat comme Rouast l'avait magistralement démontré dans sa thèse

champ d'application de la convention ou de l'accord [et] d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement ». En d'autres termes, il y a contrat collectif, avant même d'envisager ses effets, dès qu'existe au moins un groupement parmi les contractants. Ce groupement est nécessairement un groupement à forme syndicale du côté des salariés, il peut être un syndicat une association voire même un groupement non juridiquement organisé du côté patronal.

Transposée au lien juridique d'instance, l'idée conduit à considérer que le caractère collectif de sa contractualisation résulte essentiellement du fait qu'au moins l'un des acteurs du lien est un groupe ou un collectif. Il ne saurait cependant être question d'assimiler le « groupe » et le « collectif » qui correspondent selon Sartre à deux structures sociales différentes. Là où les collectifs rassemblent les hommes sans les unir et selon une logique sérielle, les groupes sont une façon d'être ensemble dont les membres sont liés par une action commune⁴⁵⁷. Le passage du collectif sériel au groupe s'appuie sur une prise de conscience par ce dernier de son unité dans l'action. Transposé au droit, l'idée débouche sur un paradoxe dû pour partie au vocabulaire. En effet, le droit français s'est longtemps montré réticent à reconnaître les phénomènes collectifs. Les raisons sont à rechercher du côté de l'individualisme révolutionnaire, celui là même qui conduisit à dissoudre les corporations et à interdire les coalitions. Au contraire du « collectif », le groupe a cependant pu trouver place à la fin du 19^{ème} siècle, principalement parce que son caractère collectif s'est effacé derrière la notion juridique de personne morale et l'unité qu'elle réintroduit. A l'action « corporative » est venue s'ajouter, non sans résistances, l'action pour la défense d'un intérêt collectif accordée aux seuls syndicats. L'idée que le groupement puisse dans certaines circonstances agir pour la défense de l'intérêt individuel de ses membres fut encore (et demeure d'ailleurs) plus difficilement admise compte tenu du principe selon lequel « nul en France ne plaide par procureur »⁴⁵⁸. L'action de substitution des organisations syndicales et l'action en représentation conjointe peuvent apparaître, selon qu'on les critique ou qu'on les approuve, soit comme des fissures dans l'édifice de ce principe soit comme le gage d'une ouverture plus grande de l'accès à la justice.

De ces évolutions, rapportées à l'idée d'une contractualisation collective de l'instance et dont il faudra rendre compte, transparait néanmoins un paradoxe. Longtemps considérée avec suspicion, l'action du groupement pour la défense d'un intérêt collectif fut qualifiée d'action collective (I) en raison de l'existence, derrière l'unité de façade de la personne morale, d'une collectivité plus ou moins étendue. En d'autres termes, ladite « action collective » *stricto sensu* est sans doute moins collective qu'il n'y paraît de prime abord sur le plan juridique. De façon surprenante, l'action du groupement pour la défense d'un

⁴⁵⁷ J.P. Sartre, Critique de la raison dialectique, Tome 1: Théorie des ensembles pratiques, Paris, Gallimard 1960

⁴⁵⁸ S. Guinchard, Les moralistes au prétoire, Mélanges J. Foyer, PUF 1997, p. 447. Sur l'origine de la maxime et le sens à lui donner, J. Héron, Droit judiciaire privé, 3^{ème} édité par T. Le Bars, n° 186 *sq.*; *adde* F. Caballero, Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe, RTD civ. 1985, p. 247

intérêt individuel paraîtrait presque plus collective que la précédente dans la mesure où elle réintroduit du collectif dans quelque chose qui n'en comportait pas (II). Elle se rapproche dès lors plus nettement de ce que quelques droits étrangers connaissent sous l'appellation de *class action* . La traduction française d'« action de groupe » ne rend pas compte de ce qu'elle est l'action d'un collectif que l'action en justice a pour effet de révéler *en fait* et de construire *en droit* (III)

I- L'action collective des groupements

La légalisation de l'Association en droit français (1901) vient près de vingt ans après celle du Syndicat (1884) alors que la méfiance à l'égard des corps intermédiaires et la peur de voir se reconstituer les biens de mainmorte restent vives. Après la loi du 1^{er} juillet 1901 et malgré les interrogations doctrinales sur l'opportunité de maintenir des régimes distincts pour l'association civile et pour l'association professionnelle, la dichotomie n'est pas remise en cause. Elle sort même confortée de l'intervention de la loi du 12 mars 1920 qui donne aux seuls syndicats le droit d'agir pour la défense de l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Ainsi au-delà des points communs qui résultent de leur qualité de « personne morale », l'association et le syndicat, auquel il est possible d'assimiler les ordres professionnels, sont aujourd'hui des groupements dont la situation au regard de l'instance est très différente. Ils sont dans certains cas habilités à agir pour la défense d'un intérêt collectif voire plus exceptionnellement pour la défense des intérêts individuels de leurs membres ou de toute personne supposée représentée par le groupement lui-même .

A-La personnalité morale et l'action corporative.

Déduite de la réalité du groupement ou analysée comme une fiction, la personnalité morale a pour effet de réintroduire une rassurante unité dans l'inéluctable diversité du groupe⁴⁵⁹. Les débats ayant précédé l'adoption de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels révèlent d'ailleurs les résistances provoquées par la reconnaissance de la personnalité juridique chez une partie des syndicalistes et de la gauche parlementaire⁴⁶⁰. La personnalité morale est en même temps reconnaissance et négation du collectif. En tant que personne juridique, le groupement associatif ou syndical dispose du droit d'agir en justice pour la défense de ses intérêts propres⁴⁶¹ lorsque ces derniers ont été atteints d'une façon ou d'une autre (infraction pénale, fait dommageable ou violation d'une obligation contractuelle). C'est ainsi qu'une association pourra agir en exécution d'un contrat qu'elle a conclu ou

459 J.P. Gastaud, *Personnalité morale et droit subjectif*, Paris, LGDJ 1977

460 Sur ces débats, V. L. Bonnard-Plancke, *Droit et démocratie sociale*, Th. Droit Lille , 2004.

461 Loi du 1^{er} juill. 1901, art. 6 ; C. trav., art. L 411-10

en réparation d'un dommage qu'elle a subi. La qualité pour agir est en pareil cas confondue avec l'intérêt direct et personnel 462. Il en ira de même pour l'action d'un syndicat dans un but similaire. Cette action n'est cependant pas une action collective mais une action individuelle pour la défense des intérêts patrimoniaux ou extra patrimoniaux de la personne morale. Aucune différence notable ne peut être constatée entre l'action associative, l'action ordinale et l'action syndicale, dite corporative, le contentieux peu développé s'orientant principalement dans deux directions. La première concerne le pouvoir d'agir reconnu au représentant « organique » de la personne morale 463, la seconde porte sur la reconnaissance de la personnalité morale au groupement. Sur ce dernier point, la chambre criminelle a eu l'occasion de rappeler que la constitution de partie civile d'une association suppose qu'elle puisse justifier avoir accompli les formalités requises par la loi du 1^{er} juillet 1901 sans que cette exigence puisse être considérée comme discriminatoire au sens des articles 6 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme⁴⁶⁴.

B- La défense d'un intérêt collectif

La détermination des contours de la notion d'intérêt collectif a fait l'objet de nombreux travaux et conduit à un contentieux important tant il est difficile d'isoler cet intérêt de l'intérêt général d'une part et des intérêts individuels d'autre part. Néanmoins, s'agissant de la reconnaissance pour droit d'agir pour la défense d'un intérêt collectif la situation des associations et des syndicats reste inégalitaire, les premières ne disposant pas à la différence des seconds d'un texte général d'habilitation ⁴⁶⁵

1-L'action des associations pour la défense d'un intérêt collectif

L'action des associations pour la défense d'un intérêt collectif se présente sous un jour différent selon que cet intérêt est atteint ou non par un fait ou un acte susceptible d'être pénalement qualifié. En présence d'une infraction pénale, on sait qu'en se fondant sur l'article 2 du code de procédure pénale et l'exigence d'un préjudice personnel et direct, la Cour de cassation se montre fort réticente à admettre l'action civile des associations pour la défense d'un intérêt collectif. Même s'il faut convenir d'un certain flottement en la matière notamment dans les décisions des juridictions du fond, le principe n'est véritablement écarté qu'en présence d'une disposition législative conférant à l'association le droit d'exercer les prérogatives des parties civiles en cas d'atteinte à un intérêt collectif. Encore faut-il que les conditions posées par le

462 Parmi de nombreuses références, V. S. Guinchard, Associations et justice civile *in* VII^e journées R. Savatier, Poitiers, 2001

463 Sur la distinction nécessaire du pouvoir et de la qualité pour agir (S. Guinchard, F. Ferrand, Procédure civile, Dalloz, 28^{ème} édit. 2006, n° 132

464 Cass.crim., 12 avr. 2005, Bull. n° 121

465 C. trav., art. L 411-11

texte d'habilitation et relatives aux associations⁴⁶⁶, aux infractions visées⁴⁶⁷ et à la procédure⁴⁶⁸ soient réunies.

En l'absence d'infraction pénale, la position adoptée par la Cour de cassation est en cours d'évolution. Après avoir longtemps dénié aux associations tout droit d'agir pour la défense d'un intérêt collectif, elle paraît aujourd'hui portée à l'admettre dès lors que ce dernier entre dans l'objet social. En témoigne l'arrêt rendu le 27 mai 2004 par la deuxième chambre civile⁴⁶⁹. En effet, après avoir rappelé l'article 31 du nouveau code de procédure civile et l'article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901, il pose le principe selon lequel « une association ne peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social »⁴⁷⁰. Pour autant, la réticence à admettre l'action de l'association pour la défense d'un intérêt collectif en l'absence d'une habilitation spéciale diffuse au-delà des seules associations comme l'a récemment rappelé la chambre criminelle à l'occasion des suites judiciaires de l'effondrement du Terminal 2 E de l'aérogare de Roissy⁴⁷¹. Selon elle en effet, l'article L 236-2 du code du travail qui définit la mission du CHSCT et le dote à cette fin d'une faculté d'expression collective pour la défense des intérêts dont il a la charge, ne peut pallier l'absence d'une habilitation à agir pour la défense de l'intérêt de la collectivité de travail⁴⁷². Le droit d'agir des syndicats *stricto sensu* se présente sous un jour fort différent.

2-L'action syndicale pour la défense de l'intérêt collectif de la profession.

Les syndicats ont, en application de l'article L 411-11 du code du travail « le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Ce texte doit être rapproché de celui de l'article L 411-1 du code du travail définissant l'objet du syndicat comme « l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs

466 Dans certains cas, l'association doit être reconnue d'utilité publique, dans d'autres avoir fait l'objet d'un agrément (pour des exemples, B. Bouloc, Procédure pénale, 20^{ème} édit. 2006, n°253, p. 224)

467 B. Bouloc, *op.cit.*, n° 254, p. 226

468 Il arrive ainsi que l'action de l'association ne sera recevable que si et seulement si l'action publique a été mise en mouvement soit par le Ministère public, soit par la partie lésée (C.proc.pén., art. 2-3, 2-9, 2-12, 2-15, 2-16, 2-18).

469 Cass.civ. 2, 27 mai 2004, n° 02-15700

470 La Cour de cassation relève que la cour d'appel a pu « souverainement » apprécier le défaut d'intérêt à agir de l'association après « avoir précisé l'objet de l'association et constaté que la maison dont la démolition était demandée, était éloignée du site à protéger et n'était visible ni du château ni de l'église »

471 Cass.crim. 11 oct. 2005, n° 05-82414, JCP S 2006, 1166 note A. Martinon, Sem.soc. Lamy 2005, n° 1240, p. 1 note O. Gouël, RJS 2006, n° 56

472 C'est un argument similaire qui permet de dénier au comité d'entreprise le droit d'agir pour la défense de l'intérêt de la collectivité de travail dès lors qu'il ne justifie pas être directement victime d'une infraction (Cass. crim. 28 mai 1991, Bull. crim. n° 226 dans le cas d'une infraction aux règles relatives à la sécurité au travail). Cette position est depuis longtemps critiquée par une partie de la doctrine (A. Lyon-Caen, Le comité d'entreprise, institution représentative du personnel, Dr ouvrier 1986, p. 355 ; F. Gaudu, La fraternité dans l'entreprise, Dr. social 1990, p. 134). La différence est frappante avec la position adoptée par le Conseil d'Etat qui reconnaît au comité d'entreprise le droit d'agir dans le cadre du recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives susceptibles d'affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel (en dernier lieu, CE, 3 mars 2006, n° 287 960, Sem.soc. Lamy 2006, n° 1256, note O. Gouël)

qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts ». Il est aisé de constater que chacun des termes de ces deux dispositions porte en germe une interprétation extensive qui s'inscrit dans l'histoire de l'action syndicale en justice.

L'action syndicale en justice trouve son origine dans la combinaison de l'article 6 et l'article 3 de la loi du 21 mars 1884⁴⁷³. Cette dernière prend acte du fait associatif professionnel que les dispositions répressives du 19^{ème} siècle n'ont pas réussi à éradiquer. La « liberté syndicale » concédée par le législateur est principalement destinée à faire sortir les syndicats de la clandestinité mais elle est compensée par un « objet » du groupement strictement délimité⁴⁷⁴. La question est assez rapidement posée de savoir si le syndicat peut agir en justice pour la défense des intérêts « économiques, industriels, commerciaux et agricoles » entrant dans son objet. Le très célèbre arrêt des chambres réunies du 5 avril 1913⁴⁷⁵ met fin à la divergence apparue entre la Chambre civile de la Cour de cassation et la Chambre criminelle⁴⁷⁶ et pose la règle de la recevabilité de l'action syndicale pour « la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat ». Prévu par certains textes particuliers adoptés immédiatement après l'arrêt des chambres réunies⁴⁷⁷, le principe est par la suite généralisé et légalisé par la loi du 12 mars 1920⁴⁷⁸. Le texte figure désormais à l'article L. 411-11 du code du travail⁴⁷⁹ et son histoire, depuis lors, est celle d'une expansion continue de source prétorienne. Toutes les juridictions accueillent l'action des organisations syndicales et la recevabilité de cette action est d'une façon très générale appréciée avec bienveillance. L'examen de l'application jurisprudentielle des conditions posées à l'article L. 411-11 du code du travail⁴⁸⁰ établit l'extension continue de son domaine qui conduit à doter l'action syndicale d'une « fonction préventive »⁴⁸¹ mais

473 D.P. 1884.4.129 ; Cahiers de l'IRT, Histoire du droit du travail par les textes, t. 1, 1999, p. 86

474 P. Y. Verkindt, Le syndicat dans l'espace du procès, in Mélanges en l'honneur de J. P. Royer, Lille, 2004.

475 Ch. réun., 5 avr. 1913, D.P. 1914.1.65, Rapport Falcimaigne et concl. Sarrut ; S. 1920.1.49 note A Mestre

476 Cass. crim. 20 déc. 1907, Bull. n° 512 Cette dernière en effet, après avoir admis la recevabilité de l'action syndicale, l'avait par la suite refusée

477 Lois du 10 juill. 1915 sur le travail des ouvrières à domicile (C. trav., Livre 1, art. 33 k), du 9 nov. 1915 sur l'ouverture des nouveaux débits de boissons, du 6 mai 1919 sur les appellations d'origine et bien entendu la loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives (C. trav., art. 31 t et 31 v).

478 L. Boré a mis en évidence les origines de cette différence de régime entre l'action syndicale et l'action associative (La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ, Paris, 1997)

479 Sur ce texte, H. Dupeyron, L'action collective, D. 1952, chron. 153 ; P. Durand, Défense de l'action syndicale, D. 1960, chron. 20 ; J.M. Verdier, Sécurité sociale, intérêt collectif de la profession et action syndicale, Dr social 1963, p. 235 sq, Licenciement économique. Droit des syndicats d'ester en justice au lieu et place du salarié, RJS 1990, p. sq, Accords collectifs et action syndicale en justice, le rôle fondateur de l'article L. 411-11 du code du travail, D. 2002, chron. 503 ; A. Supiot, La protection du droit d'agir en justice, Dr social 1985, p. 774 sq B. Mathieu et S. Dion-Loye, Le syndicat, le travailleur et l'individu, trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini, Dr social 1990, p. 525 sq ;

480 La première condition est évidemment la reconnaissance de la nature juridique de syndicat. Cass. crim. 14 juin 2000, Bull. Crim. n° 220 (« malgré sa dénomination, le syndicat des commerçants...qui ne comprenait pas des personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes...ne constituait pas un syndicat ou une association professionnelle »). En revanche, le renouvellement du dépôt en mairie des statuts modifiés ne prive pas le syndicat d'existence et laisse entière sa capacité d'action en justice (Cass. soc., 11 mai 2004, RJS 2004, n° 827)

481 Sur la recevabilité de l'action syndicale lorsque le litige porte sur une question de principe, Cass. soc. 3 févr. 1998, TPS 1998, comm. 173 ; La modification de l'article L. 411-1 du code du travail en 1982 et l'extension de l'objet syndical qui en est résulté ont encore accentué le phénomène

aussi défensive d'un ordre normatif professionnel⁴⁸². Ici comme en matière associative, la difficulté réside dans la nécessité de tracer la frontière entre l'intérêt général, l'intérêt collectif professionnel et les intérêts individuels des membres du groupement. Lorsque l'intérêt individuel d'un ou de plusieurs membres du salarié est seul en cause, l'action reste irrecevable⁴⁸³. Pour autant, l'existence d'un intérêt individuel n'exclut pas la recevabilité de l'action syndicale lorsque le fait se rattache à l'intérêt collectif. Il en sera ainsi par exemple, en cas de violation par l'employeur d'une convention collective ⁴⁸⁴ ou encore dans l'hypothèse où l'employeur fait un usage abusif de contrats à durée déterminée. Il est vrai que dans de nombreuses hypothèses en droit du travail, l'appartenance du salarié à une collectivité de travail a pour effet que la solution adoptée à son égard retentit nécessairement sur la mise en œuvre collective du droit social. Ainsi, l'intérêt du salarié victime de harcèlement moral ou sexuel sur le lieu de travail est bien un intérêt individuel mais la possibilité même de tels agissements révèle quelque chose de la vie de la collectivité de travail ⁴⁸⁵. Le champ de l'irrecevabilité fondée sur le caractère purement individuel de l'intérêt est donc allé en rétrécissant. C'est la raison pour laquelle après avoir été longtemps écartée, la recevabilité de l'action syndicale en contestation d'une procédure d'élections professionnelles est désormais admise ⁴⁸⁶. A l'autre extrême, l'intérêt collectif n'est pas toujours distingué de l'intérêt général en principe défendu par le Ministère public. C'est ainsi qu'ont été déclarées recevables les actions d'un syndicat patronal tendant à obtenir le respect des règles du repos hebdomadaire dominical ⁴⁸⁷ ou de syndicats de salariés en cas de violation de la réglementation professionnelle, du droit du travail et du droit de la sécurité sociale. Seules aujourd'hui paraissent rester en dehors du champ de l'article L 411-11 du code du travail les constitutions de partie civile en cas de banqueroute et d'abus de biens sociaux ⁴⁸⁸.

II- La défense collective d'intérêts individuels

482 Cass. soc., 21 janv. 2004, RJS 2004, n° 328 qui déclare recevable l'action d'un syndicat tendant à faire imposer la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi aux motifs que le transfert d'activité projeté concernait l'intérêt collectif des salariés du site concerné par l'opération.

483 Pour un exemple récent concernant un salarié victime de viol et de harcèlement sexuel sur les lieux de son travail, Cass. crim., 23 janv. 2002, RJS 2002, n° 592 (v. aussi pour une atteinte à la vie privée, Cass. civ. I, 19 déc. 1995, Bull. civ., I, n° 479. V. cependant *infra*, l'hypothèse de l'action substituée.

484 Cass. soc. 12 juin 2001, JCP édit. G, 2002, II, 10049 note F. Petit, Dr social 2001, p. 1019 sq obs. PH Antonmattéi ; JE Tourreil, Application d'une convention collective étendue : recevabilité de l'action judiciaire d'un syndicat non signataire, JSL n° 83-2001, p. 13 adde, Cass. soc. 14 févr. 2001, D.O. 2001, p. 174 ; -v. aussi Cass. crim. 29 oct. 1996, Bull. crim. n° 379 s'agissant d'un salarié victime d'une discrimination syndicale ou TGI Marseille, 27 sept. 2001, D.O. 2001, p. 120 (à propos d'un usage illicite de contrats à durée déterminée).

485 Cass. crim., 23 janv. 2002, RJS 2002, n° 592

486 Cass. soc., 18 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 509

487 Cass. ass.plén. 7 mai 1993, D. 1993, p. 437 concl. Av. gén. Jéol. On remarquera cependant que seules sont recevables les organisations patronales représentant la profession exercée par les entreprises contrevenantes (Cass. soc. 2 févr. 1994, Bull. civ., V n° 40 ; Cass. crim. 29 oct. 1996, Bull. crim. n° 375)

488 Cass. crim. 8 janv. 1980, Bull. Crim. N° 11 ; 27 nov. 1991, Bull. Crim. n° 439 ; RJS 1992, n° 312 ; 11 mai 1999, Bull. crim. n° 89, 27 oct. 1999, RJS 2000, n° 422 ; Cass. Crim. 29 nov. 2000, Bull. crim. n° 359 ("le préjudice indirect qui serait porté par un délit d'abus de biens sociaux à l'intérêt collectif de la profession ne se distingue pas du préjudice lui-même indirect qu'auraient pu subir les salariés de l'entreprise ») dans le même sens Cass. crim. 19 juin 2002, D.O. 2002, p. 554 ; F. Crost, La recevabilité de l'action syndicale en justice en matière de délits dits financiers, SSL 28 juin 1999.

Ce n'est que très exceptionnellement qu'une association peut défendre les intérêts individuels de ses membres. La jurisprudence civile -mais non la jurisprudence pénale- l'a admis à propos des ligues de défense en considérant qu'une association pouvait défendre collectivement la somme des intérêts individuels de ses membres 489. Au demeurant, les membres de l'association gardent toujours la faculté d'agir concomitamment à l'action du groupement. L'évolution récente montre le développement en droit du travail des actions de substitution dont l'efficacité reste malheureusement très relative.

1-L'action syndicale de substitution

La première action de substitution 490 apparaît avec la loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail qui dispose que « les groupements capables d'ester en justice qui sont parties à la convention collective de travail peuvent exercer toutes actions qui naissent de cette convention en faveur de chacun de leur membres sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer ... ». Cette action s'inscrit dans un contexte où le bénéfice du texte conventionnel est réservé aux seuls adhérents du syndicat signataire et trouve son fondement dans l'existence d'un mandat tacite donné au groupement au moment de l'acte d'adhésion. Après une longue éclipse, l'action de substitution réapparaît en 1957 au profit des travailleurs à domicile mais elle commence alors à changer de finalité ce que confirme la multiplication ultérieure du recours à cette technique procédurale 491 puisqu'il s'agit alors de protéger le droit d'agir en justice du travailleur et dans le même temps restaurer un droit bafoué.

L'action syndicale de substitution procède aujourd'hui du constat selon lequel agir en justice représente toujours un risque d'autant plus grand que la situation de celui qui prend l'initiative est fragilisée ou isolée de toute collectivité de travail. La première hypothèse correspond à la situation du travail précaire ou du travailleur étranger, la seconde concerne plus spécifiquement les travailleurs à domicile ou les salariés d'un groupement d'employeurs. L'action de substitution s'analyse alors comme le moyen de faire respecter le droit fondamental de toute personne de saisir une juridiction à même de statuer sur les droits qu'il revendique. Elle est alors non seulement le moyen d'assurer la protection d'un droit individuel mais encore l'instrument d'une réaffirmation d'un droit pour toute une collectivité.

489 S. Guinchard, F. Ferrand, *op.cit.*, n° 151 ; L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5ème édit., 2006, n° 385

490 M. Cohen, *Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats*, *Dr. social* 1990, p. 790 ; E. Wagner, *Le rôle des syndicats et des associations dans la défense des droits et l'accès à la justice des salariés*, *Dr. ouvrier* 1990, p. 291 ; E. Jeuland, *L'action de substitution des syndicats à la place des salariés*, *JCP* 2001, édit. E, p. 35 ; F. Petit, *L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur*, *Dr social* 2004, p. 262

491 F. Petit, *loc cit.*

492. Dans le cadre de l'action de substitution, le salarié n'est pas dépossédé de sa propre action 493 et même si le syndicat n'a pas à justifier d'un mandat exprès de l'intéressé, celui-ci doit non seulement être averti de l'action mais encore ne pas s'y être opposé. Il garde toujours la possibilité d'intervenir à l'instance engagée et doit rester maître du procès au besoin en y mettant fin 494. Le législateur a multiplié les actions de substitution. Certaines sont réservées aux seuls syndicats représentatifs 495 (actions exercées au bénéfice des travailleurs sous contrat précaire 496 ou victimes de pratiques qualifiées de marchandage de main d'œuvre⁴⁹⁷, actions au profit des salariés de groupements d'employeurs 498, des travailleurs étrangers 499 ou ayant fait l'objet d'un licenciement pour motif économique 500 ; il est de même s'agissant des contentieux trouvant leur source dans une rupture d'une égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de rémunération 501, en cas de harcèlement 502 ou de discrimination 503) d'autres sont ouvertes à tous les syndicats. 504.

La plus significative est l'action fondée sur l'article L 135-4 du code du travail. Selon ce texte, les groupements disposant de la capacité d'agir en justice et dont les membres sont liés par une convention collective peuvent exercer les actions qui naissent du texte conventionnel en faveur de leurs membres sans avoir à justifier d'un mandat 505. Comme les autres actions de substitution, celle-ci donne au groupement syndical la possibilité de jouer un rôle d'écran protecteur du salarié. Il est en effet hautement probable que ce dernier est présent dans l'entreprise et que son action, s'il la menait seul, l'exposerait à des mesures de rétorsion d'autant plus dangereuses pour lui qu'il resterait soumis pendant le temps du procès au pouvoir de direction de son employeur. Mais il y a plus. En effet, si l'on admet qu'une convention collective fait partie de l'ordre juridique professionnel, tout groupement syndical en raison même de son objet tel que défini à l'article L 411-1 du code du travail est directement intéressé à ce que

492 Pour autant ce rôle d'écran protecteur doit être relativisé pour des raisons purement procédurales, la Cour de cassation estimant depuis longtemps que les personnes pour le compte desquelles l'action est intentée doivent être identifiées ou au moins identifiables. Le caractère protecteur de l'action de substitution vient donc buter en quelque sorte sur l'impossibilité d'assurer l'anonymat du salarié agissant

493 Cons. Const., n° 89-257 DC, Dr. social 1989, p. 627 note X. Prétôt

494 Même si cette faculté n'est expressément prévue que dans des textes particuliers (C. trav., art. L 321-15, 124-20 et 125-3-1, 122-3-16, 122-53) ; -On rappellera que pour la Cour de cassation, l'action de substitution n'est pas une action par représentation des salariés (Cass.soc., 1^{er} févr. 2000, Bull.civ., V, n° 53

495 soit qu'ils bénéficient de la présomption de représentativité attachée à l'adhésion à une centrale syndicale elle-même reconnue représentatives soit qu'ils aient établi leur représentativité

496 C. trav., art. L 122-3-16 pour les salariés sous contrat de travail à durée déterminée, L 124-20 pour les travailleurs intérimaires

497 C. trav., art. L 125-3-1

498 C. trav., art. L 127-6

499 C. trav., art. L 341-6-2

500 C. trav., art. L 321-15

501 C. trav., art. L 123-6

502 C. trav., art. L 122-53

503 C. Trav., art. L 122-45-1

504 Prévue à l'article L 721-19 alinéa 2 du code du travail, sa finalité première est de compenser l'isolement résultant des modalités d'exécution de la prestation de travail. Comme les précédentes, elle n'implique pas que le syndicat ait reçu préalablement de l'intéressé le mandat d'agir, tout au plus le bénéficiaire doit il avoir été averti de l'action syndicale et ne pas avoir déclaré s'y opposer.

505 Comme pour les autres actions de substitution, il suffit simplement que celui au bénéfice duquel l'action est intentée ait été préalablement averti et n'ait pas déclaré s'y opposer.

les normes applicables soient respectées qu'il s'agisse des normes étatiques ou conventionnelles. Cet intérêt n'est pas lié au fait que le groupement est signataire de la convention collective en cause comme vient de le rappeler la Cour de cassation 506 , il suffit que le salarié soit membre du groupement et bénéficiaire du texte conventionnel.

Malgré l'intérêt que revêt ce type d'action et le lien qu'elle opère nécessairement entre l'intérêt individuel du salarié concerné et celui de la collectivité de travail (puisqu'elle permet la réaffirmation du droit atteint), la pratique montre qu'elle est peu utilisée. Sur le plan théorique, l'action de substitution fondée sur l'article L 135-4 du code du travail est sans doute celle qui se rapproche le plus nettement de l'action en représentation conjointe et de l'action dite *de groupe*.

2-L'action en représentation conjointe

Le droit associatif, s'il ne connaît pas à proprement parler les actions de substitution, s'en rapproche quelque peu avec l'action en représentation conjointe instaurée par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 au profit de certaines associations de consommateurs⁵⁰⁷. Il s'agit alors de donner à certaines associations (reconnues en fait représentatives par agrément) la « possibilité d'agir au nom de deux ou plusieurs victimes en réparation de préjudices individuellement causés à celles ci par une même personne et ayant une origine commune, à la condition que l'association agissante soit mandatée par au moins deux des victimes concernées »⁵⁰⁸ . L'action a pour but d'obtenir réparation du préjudice subi individuellement par les consommateurs victimes du même professionnel. Il importe de souligner que l'association n'exerce pas un droit d'action propre mais l'action de ses mandants, lesquels doivent être identifiés, par l'effet d'une représentation conventionnelle⁵⁰⁹.

Malgré son faible succès en matière de protection des consommateurs , ce type d'action a été étendu aux investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers⁵¹⁰ ainsi qu'en matière de protection de l'environnement par la loi n° 95-101 du 2 février 1995⁵¹¹. Enfin, il faut rappeler que c'est le code du travail qui accueille en son article L 122-45-1 la disposition donnant aux associations créées depuis au moins cinq ans afin de lutter contre les discriminations le droit d'agir en présence d'une discrimination en droit du travail sous réserve d'avoir obtenu l'accord écrit de la victime. Au delà de leurs différences de

506 Cass. soc., 14 févr . 2001 , RJS 2001, n° 479

507 Aujourd'hui , C.consom., art. L 422-1 et s et R 422-1 et s ; L. Cadiet, E. Jeuland, Litec, 5^{ème} édit. 2006, n° 386

508 S. Guinchard et a., Droit processuel, Paris Dalloz, 2ème édit. , 2003, n° 711

509 ibid

510 C. mon. fin., art. 452-2 et s. ;-B. Le Bars, Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs , LGDJ 2004

511 C. rural, art. L 252-5

régime, ces actions ont toutes en commun d'exiger un mandat écrit et de laisser en la matière une place centrale aux volontés individuelles. Comme les actions de substitution, elles opèrent « le retour du collectif dans le rapport singulier »⁵¹² tout en laissant à la personne concernée la maîtrise de son propre procès conformément aux exigences posées par le Conseil constitutionnel.

En revanche, si elles ressemblent au recours collectif ou action de groupe en ce qu'elles facilitent l'accès à la justice de demandeurs isolés, elles n'ont pas vocation à faire passer le collectif sériel (un ensemble de personnes) à un groupe. Elles n'existent que parce que le groupe préexiste. Il en va différemment de l'action de groupe dont la mise en place en France se heurte pour partie aux règles de la procédure civile mais surtout à des obstacles culturels importants.

III-Le recours collectif : du collectif au groupe.

Définie comme « l'action exercée par une personne physique ou morale pour représenter en justice un groupe inorganisé de personnes placées dans la même situation juridique »⁵¹³, l'action de groupe⁵¹⁴ s'acclimate avec difficulté en France. Appelée de ses vœux par le Président de la République au début de l'année 2005, objet des travaux d'une commission mise en place au cours de cette même année⁵¹⁵, d'abondants travaux doctrinaux⁵¹⁶ et en définitive de débats souvent passionnés⁵¹⁷, l'action de groupe encore appelée recours collectif au Québec ou *class action* est toujours dans les limbes, faute de consensus tant sur le principe même de l'introduction en droit français que sur ces modalités⁵¹⁸

512 M.L. Dufresne-Castets, Actualité des actions de substitution et des actions collectives, Dr ouvrier 2004, p. 123

513 S. Guinchard, op. cit. :- F. Bussy, in Encycl. Dalloz Procédure, V° Action n° 196 . S. Guinchard, L'action de groupe en procédure civile française, RIDC 1990, p. 599. Il importe de remarquer d'emblée que la *class action* peut présenter des physionomies variables suivant que l'habilitation ou la qualité pour agir est attribuée par un texte antérieur à tout contentieux ou par le juge au moment où il est saisi, suivant que le mandat pour agir est d'origine légale ou conventionnelle, suivant que l'action est ou non cantonnée à la réparation d'un préjudice, suivant le degré d'initiative du représentant agissant ou encore suivant le pouvoir de contrôle et de maîtrise du contentieux laissé au représenté

514 L'expression « action de groupe » est retenue comme l'équivalent de la *class action* par la commission générale de terminologie et de néologie (Avis J.O. 13 mai 2006, p. 7072 qui la définit de la manière suivante : voie ouverte dans certains pays par la procédure civile, permettant à un ou plusieurs requérants d'exercer une action en justice pour le compte d'une catégorie de personnes sans en avoir nécessairement reçu le mandat »)

515 Sénat, Rapport d'information n° 249, 2005-2006 ; Rapport au Garde des Sceaux du groupe Cerutti-Guillaume , décembre 2005.

516 V. les travaux rapportés par S. Guinchard , F. Ferrand, Procédure civile, *op.cit.*, n° 154 et note 1 , p. 179 ; aussi, R. L D.C., n°32 / 2006, 2287 *sq* ; n°33/2006, 2328. Adde Ceprisca, L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés, PUF 2004.

517 Les organisations patronales françaises s'y montrent particulièrement hostiles mais le Conseil de la concurrence dans son avis du 21 septembre 2006 s'y montre favorable.

518 Sénat, Rapport d'information, *op.cit.*, p. 9

D'inspiration anglo-saxonne et tout particulièrement américaine⁵¹⁹, les actions de groupe telles qu'elles existent aujourd'hui présentent un certain nombre de caractéristiques qu'il faut nécessairement évoquer dès lors que l'interrogation se porte sur la contractualisation collective de l'instance.

Le représentant peut être tantôt une personne physique, ou une personne morale de droit privé ou de droit public. La qualité de représentant résulte d'une décision unilatérale de celui qui s'en prévaut initialement ou éventuellement du juge qui peut en Angleterre ou au Pays de Galles choisir un ou plusieurs *test claimants*. L'idée même d'une représentation conventionnelle est étrangère à l'engagement du procès. Le groupe quant à lui n'est en principe pas délimité lors du dépôt de l'assignation ou selon les cas de la requête introductive. Il est même fréquent que les personnes ne soient pas nommées au stade initial de la procédure; il est évident qu'une telle situation vient perturber les conceptions du droit processuel français et tout particulièrement la notion même de « partie » au procès⁵²⁰. Il se s'agira pas ici de relever toutes les implications processuelles et substantielles de l'admission en droit français de l'action de groupe mais plutôt de noter qu'en la matière c'est l'action qui structure le groupe et lui donne une consistance juridique. Pour reprendre l'expression de Sartre, nous sommes, avant le déclenchement de l'action, en présence d'une « série » et non pas , en tout cas pas encore, d'un groupe. Ce groupe se construit progressivement à partir de la série soit par un mécanisme d'*opt-out* (un acte de volonté exprimé est nécessaire pour sortir du groupe) soit par un mécanisme d'*opt-in* (un acte de volonté exprimé est nécessaire pour appartenir au groupe). Cette construction s'inscrit dans une période qui déborde la première phase du procès conduisant à l'autorisation de l'action ⁵²¹. Il est même permis de se demander si le groupe n'est pas véritablement constitué sur le plan juridique qu'au moment où chaque victime des dommages s'étant manifestée, elle aura reçu la réparation qui lui revient. La clôture du groupe, au sens temporel mais surtout au sens spatial du terme, peut donc intervenir à des moments différents. Ainsi en droit québécois, le juge peut il soit fixer dans le jugement rendu sur le recours collectif le montant global du préjudice ainsi que la clé de répartition entre les différents membres du groupe, soit ne statuer que sur le principe de la responsabilité à charge pour chaque créancier de se manifester en établissant d'une part son appartenance au groupe et d'autre par l'étendue de son préjudice personnel ⁵²²

519 Sur l'accueil de l'action collective dans les différents pays, V. Rapport Cerutti-Guillaume, p. 6 *sq.* . Sur le modèle québécois, V. J. Héron, *op.cit.*, n° 95 *sq.*

520 S. Amrani-Mekki, Action de groupe et procédure civile, R.L.D.C. 32/ 2006, 2288

521 Selon les pays, la phase initiale qui conduit le juge à prendre position sur la recevabilité de l'action revêt des formes procédurales différentes.

522 J. Héron, *op.cit.*, n° 97 *sq.* ; Rapport Cerutti et a., *loc.cit.* ; A. Legendre, Class action et droit des sociétés, Mém. Master Recherche, Centre R Demogue (M.C. Monsallier, direct.), 2007 ; A. Bouin, La « class action » à la française, Mém. Master Recherche, Centre R. Demogue (A. Penneau, direct.) 2005, spéc. p. 17 *sq.*

L'action de groupe, la mal nommée si l'on considère qu'elle n'est pas le fait d'un groupement doté d'une organisation minimale, peut s'analyser comme le signe d'une collectivisation de l'instance mais certainement pas comme l'expression d'une *contractualisation collective de l'instance*. Certes, l'opération est elle parsemée de contrats multiples et variés (entre avocats, entre avocats et clients, transaction... etc..) mais l'instance elle même n'est en rien objet de contrat ; il faut même relever que la place du consentement à l'action du demandeur et supposé futur bénéficiaire de la décision à intervenir est réduite à la part congrue. Plus exactement, le consentement n'est pas ici un acte fondateur mais le produit du temps du procès.

Ainsi, la longue traque d'une « contractualisation collective de l'instance » conduit elle à un constat assez ambivalent. D'une part, à la différence de la justice et à la différence du procès , le lien d'instance offre une particulière résistance au phénomène de contractualisation parce qu'il est et doit rester un rapport juridique de source légale. Il y va sans doute de l'égalité des citoyens devant la justice. D'autre part, une autre résistance s'exprime dans la réticence à admettre la dimension collective des intérêts parfois en cause . Sur ce point, la même exigence d'égalité devrait conduire à mieux la prendre en compte. L'accès au juge s'accommode en effet bien mal du risque réel et du coût que représente l'action en justice pour le justiciable isolé.

LA MISE EN SCENE DE L'EFFICACITE DU CONTRAT ET DE LA PERFORMANCE DANS LA GESTION DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

Par Evelyne SERVERIN

Directrice IRERP, Paris X Nanterre

Le contexte : à la recherche de nouvelles voies pour la modernisation de la gestion des services publics

1. L'expression de « contractualisation des objectifs » est entrée il y a un quart de siècle dans la langue administrative pour désigner un nouveau procédé de modernisation de la gestion des services publics, succédant à la « rationalisation des choix budgétaire » (RCB), laquelle s'était développée de 1968 à la fin des années 1980⁵²³. Alors que la RCB opérait une rationalisation de l'action publique, « par le haut » la contractualisation fait dépendre l'attribution de crédits d'Etat aux ministères, collectivités ou personnes publiques, de leur engagement à atteindre certains objectifs. Ainsi les contrats de plan Etat-région ont organisé la « contractualisation par objectif », à partir des priorités communes de l'Etat et de la région⁵²⁴. Volet territorial des précédents, le « contrat de ville » (devenu en 1998 la procédure de contractualisation unique pour la politique de la ville), associe Etat, collectivités locales et partenaires pour mettre en oeuvre de façon concertée, des politiques territorialisées de développement⁵²⁵. Le service public de la justice a été bien évidemment impliqué dans ce premier mouvement de

⁵²³ La "rationalisation des choix budgétaires" (RCB) se fondait sur le modèle du "Planning Programming Budgeting System" (PPBS) américain. Il s'agissait d'expérimenter une méthode tendant à fonder les choix budgétaires et contrôler les résultats de l'action administrative, par des études d'analyse de système et de coût-efficacité.

⁵²⁴ Loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification. Pour un exemple de mise en oeuvre, v. Circulaire n° 3910/SG, 29 juillet 1993, préparatoire aux contrats de plan Etat-Région.

⁵²⁵ Circulaire relative aux contrats de ville 2000-2006, NOR : PRMX9903379C, 31 décembre 1998. A compter du 1er janvier 2007, les contrats de ville ont été remplacés par les « contrats urbains de cohésion sociale ».

contractualisation, avec par exemple le protocole d'accord du 15 novembre 1991 entre la délégation interministérielle à l'insertion sociale et professionnelle des jeunes, et le ministère de la justice, fixant des objectifs en matière d'insertion des jeunes en difficulté⁵²⁶. Simple modalité d'attribution de crédits, les engagements prévus par ces « contrats » ont un contenu obligationnel très limité entre les parties, et nul à l'égard des tiers. Ainsi, après avoir reconnu le statut de contrat administratif du contrat de plan Etat - région, le Conseil d'État a estimé que la méconnaissance des stipulations de ce contrat, si elle est susceptible d'engager, le cas échéant, la responsabilité d'une partie vis-à-vis de son co-contractant, ne peut être utilement invoquée comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'une décision administrative »⁵²⁷. Un contrat de plan « n'emporte en lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit »⁵²⁸.

2. La contractualisation a connu un renouveau au cours des dix dernières années par l'introduction d'une conception *managériale* du fonctionnement des services, empruntant au secteur privé le langage de la performance et des objectifs. Des programmes pluriannuels de modernisation des administrations ont mis en place des engagements réciproques entre les administrations centrales et les services déconcentrés, les services à compétence nationale et les établissements publics, portant sur les crédits de fonctionnement et les effectifs, les objectifs des services, ainsi que sur le dispositif de comptes rendus et de mesure des résultats⁵²⁹. En matière de justice, la loi de programme n°95-9 du 6 janvier 1995 avait fixé pour les contentieux civils des objectifs chiffrés de réduction des délais de jugement, de cinq à trois mois devant les tribunaux d'instance, de neuf à six mois devant les tribunaux de grande instance et de quatorze à douze mois devant les cours d'appel. Si les raisons du choix de ces délais restaient obscures, le levier d'action était précisé: pour obtenir une réduction des durées, il serait procédé par voie expérimentale, en allouant des moyens supplémentaires aux juridictions de premier degré du ressort de deux ou trois cours d'appel⁵³⁰.

3. Cette logique « managériale » a trouvé un nouveau terrain d'action avec la loi du 1er août 2001 sur les lois de finances, qui a substitué à la présentation des crédits par type de dépenses la présentation

⁵²⁶ Note AP 92-1784, NOR : JUSE9240098N, . Négociation et conclusion des contrats de progrès, des missions locales et permanences d'accueil, d'information et d'orientation entre l'Etat et des collectivités territoriales., BO Ministère de la justice, n° 48 du 31 décembre 1992.

⁵²⁷ CE, n° 74361 , 8 janvier 1988, Communauté urbaine de Strasbourg, Publié au Recueil Lebon . En l'espèce, la ville de Strasbourg, le département du Bas-Rhin et le département du Haut-Rhin invoquaient la méconnaissance par l'Etat des stipulations de l'article 30-5 du contrat de plan, signé le 28 avril 1982, pour la période 1984-1988 entre l'Etat et la Région Alsace qui prévoyait que le le Gouvernement français défende auprès de ses partenaires européens la candidature de la ville de Strasbourg pour l'accueil de nouveaux organismes internationaux, dont le Synchrotron. La décision attaquée était celle du Premier ministre qui avait adressé une lettre au président du conseil général de l'Isère, indiquant que la "communauté grenobloise" serait retenue pour l'implantation du laboratoire européen de rayonnement "Synchrotron".

⁵²⁸ CE n° 169557, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie. Le Conseil relève que le contrat de plan conclu entre l'Etat et une région « n'emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des opérations qu'il prévoit », et que « la circonstance que ledit contrat comporte des stipulations relatives à l'extension d'un port sur un site dont l'association requérante s'est donné pour objet de préserver la qualité écologique, n'est pas de nature à lui conférer un intérêt lui donnant qualité pour agir contre la décision de le conclure ».

⁵²⁹ Circulaire Nor : PRMX9803015C, 3 juin 1998.

⁵³⁰ V. le rapport annexé à la loi, paragraphe 2.

par finalité. L'article 7, alinéa 2, de cette première loi prévoit en effet une déclinaison des crédits par *programme* auxquels sont associés des *objectifs* précis : « Un programme regroupe les crédits destinés à mettre en oeuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation ». Doit être annexé à la loi de finances un projet annuel de performances de chaque programme (PAP), précisant : « La présentation des actions, des coûts associés, des objectifs poursuivis, des résultats obtenus et attendus pour les années à venir mesurés au moyen d'indicateurs précis dont le choix est justifié » (art. 51 ,5°, a). Trois types d'objectifs sont déclinés au titre de la performance: « - *Les objectifs d'efficacité socio-économique répondant aux attentes du citoyen (...), qui indiquent non pas ce que fait l'administration (ses produits), mais l'impact de ce qu'elle fait (ses résultats socio-économiques); les objectifs de qualité de service intéressant l'usager; les objectifs d'efficience de la gestion intéressant le contribuable. Ces objectifs tendent, pour un même niveau de ressources, à accroître les produits des activités publiques ou, pour un même niveau d'activité, à nécessiter moins de moyens* »⁵³¹ . La contractualisation est venue s'insérer dans ce schéma, comme un moyen pour l'autorité publique d'atteindre les objectifs sur lesquels elle s'est engagée devant la représentation nationale.

4. La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a emprunté cette nouvelle terminologie pour y reconduire les expérimentations antérieurement entreprises. Les contrats d'objectifs, porteurs de « *ces valeurs inspirées du secteur privé, comme celles d'efficacité, d'efficience ou de qualité* »⁵³², occupent une place de choix dans la présentation du programme. Mais il ne suffit pas d'affirmer la vertu du contrat, il faut aussi en explorer la dimension opératoire. Or les rares auteurs qui se sont intéressés à la question se bornent à signaler le développement de la contractualisation comme élément nouveau d'une politique publique d'administration des juridictions, sans se demander *comment* elle peut contribuer à améliorer les performances de la justice par rapport à l'action administrative classique⁵³³.

5. Ce sont les voies de l'efficacité du modèle contractuel en matière de justice que je voudrais mettre en discussion dans cette contribution. Il s'agira de vérifier sa portée réelle à l'égard des objectifs assignés au service public de la justice, à partir de l'exemple de deux dispositifs mis en place au titre de la modernisation de la justice judiciaire⁵³⁴, la *contractualisation* de la durée des procédures civiles (I), et

⁵³¹ Guide méthodologique pour l'application de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 , « La démarche de performance : stratégie, objectifs, indicateurs. », juin 2004.

⁵³² Lucie Cluzel, MC droit public, Paris 2, « La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice », in *Evaluer la justice*, sous la dir. de Emmanuel Breen, PUF, coll. droit et justice, juin 2002, p. 53-76. V du même auteur *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006.

⁵³³ Jean Paul Jean, Hélène Pauliat, « L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité », *D.* 2005, chr. p.598.

⁵³⁴ Notons qu'un même processus est à l'oeuvre devant les juridictions administratives, avec la généralisation des contrats d'objectifs signés entre les cours administratives d'appel et le Conseil d'État le 9 décembre 2002.

la *responsabilisation* des gestionnaires de budgets opérationnels (II). On verra que la référence au contrat est largement en trompe l'oeil: elle emprunte sa rhétorique et ses outils au modèle de la gestion de l'entreprise, mais son efficacité est simplement *mise en scène* lors de la présentation des lois de finances.

I- La mise en scène de l'efficacité des contrats d'objectifs pour réduire les délais de traitement des affaires

Le contrôle de l'efficacité de l'administration de la justice ne date pas de ce troisième millénaire. Il se fonde, hier comme aujourd'hui, sur l'article 15 de la déclaration des droits de l'homme qui donne à la Société « le droit de demander des comptes à tout agent public de son administration »⁵³⁵. Ce sont les modalités de ce contrôle qui se transforment. Au lendemain de la réorganisation des tribunaux, au début du 19^{ème} siècle, le contrôle était disciplinaire, et passait par la mise en place d'écritures obligatoires, comptes -rendus, registres, états statistiques. L'important décret du 30 mars 1808, contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux, confiait cette mission de contrôle aux procureurs généraux et impériaux. Ce décret définissait déjà les durées de procédure admissibles, une cause étant dite « retardée » si elle figurait depuis plus de trois mois sur le rôle général, et plus de quatre mois pour les ordres et procès par écrit. Greffiers et procureurs étaient chargés d'établir et de transmettre au ministre de la justice des états statistiques qui permettaient d'exercer un contrôle sur l'action des tribunaux, jusqu'au magistrat. A deux siècles de distance, reviennent des objectifs chiffrés, qui s'inscrivent cette fois dans un cadre contractuel(A), innovation qui apparaît largement illusoire à l'analyse (B).

A- Des durées à atteindre par contrat

Le programme de performance « Justice judiciaire » comporte sept actions (traitement et jugement des contentieux civils, conduite de la politique pénale et jugement des affaires pénales, Cassation, Conseil supérieur de la Magistrature, enregistrement des décisions judiciaires, soutien, formation), auxquelles sont associés six objectifs, chacun assorti de plusieurs indicateurs. L'objectif premier de l'action « traitement et jugement des contentieux civils » est de « rendre des décisions de qualité dans des délais raisonnables en matière civile », et l'indicateur placé en tête⁵³⁶ est le délai moyen de traitement des procédures, par type de juridiction⁵³⁷. L'objectif est chiffré, et se trouve placé au niveau établi dix ans plus tôt par la loi de

⁵³⁵ Jean Paul Jean et Hélène Pauliat, op. cit., p. 598.

⁵³⁶ Au sein de cette action et de cet objectif, 8 indicateurs sont retenus. Outre les délais moyens, figurent le délai théorique d'écoulement du stock des affaires civiles terminées, par type de juridiction, l'ancienneté moyenne du stock par type de juridiction, le délai moyen de délivrance de la copie revêtue de la formule exécutoire, le taux de requêtes en interprétation, en rectification d'erreurs matérielles et en omission de statuer, le taux de cassation des affaires civiles, le nombre d'affaires traitées par magistrat du siège ou par conseiller rapporteur (en emplois équivalents temps plein travaillé), le nombre d'affaires traitées par fonctionnaire (en emplois équivalents temps plein travaillé).

⁵³⁷ Nous n'entrerons pas ici dans la critique des indicateurs eux-mêmes, dont les parlementaires ont maintes fois souligné les limites, suggérant notamment de pondérer par d'autres éléments les données fournies par cet indicateur de célérité de la justice. Cette demande concernait aussi l'indicateur n° 5 « nombre d'affaires traitées par magistrat » au civil, mesurant l'efficacité de la gestion à travers le rendement de chaque magistrat, qui peut avoir un aspect contre-productif s'il n'est pas pondéré, pour certaines juridictions, par une distinction en fonction de la nature des contentieux. V. sur ce point le Rapport d'information de la Commission des finances de l'économie générale et du plan sur la mise en œuvre de la loi organique

programme de 1995: il s'agit, pour la fin 2007, de ramener les délais de traitement des procédures en matière civile à 12 mois pour les cours d'appel, 6 mois pour les tribunaux de grande instance et 3 mois pour les tribunaux d'instance.

D'emblée, la réalisation de cet objectif a été associée à la politique de contractualisation avec les juridictions. Pour le garde des sceaux, cette politique de contractualisation, située « *dans le droit fil de la déconcentration et plus généralement de la réforme de l'Etat* », trouve son expression la plus parfaite dans les contrats de résorption des stocks, mis en place dès 2003. Les juridictions se voyaient assigner un certain nombre d'objectifs, tant quantitatifs que qualitatifs, en contrepartie de moyens supplémentaires, alloués pour une période de trois ans⁵³⁸. On attend donc de la contractualisation qu'elle permette d'atteindre cet objectif. Ce procédé était approuvé par le rapporteur du PLF pour 2003 à l'Assemblée nationale ⁵³⁹: la réduction de délais de traitement affaires ne doit pas dépendre seulement des moyens budgétaires, mais de l'exploration de nouvelles voies, telles « *la généralisation des contrats de juridictions tendant à la résorption des stocks d'affaires qui, jusqu'à présent, conduits par certaines juridictions, ont fait la preuve de leur efficacité* »⁵⁴⁰.

Mais comment la contractualisation peut-elle contribuer à améliorer des durées moyennes calculées à l'échelon national, alors qu'elle porte sur des segments réduits de l'activité judiciaire? En effet, dans sa conception initiale, la contractualisation consiste simplement à « allouer des moyens humains et matériels particuliers, dans la limite des ressources budgétaires, pour combler les difficultés de certains tribunaux et offrir une qualité de prestation comparable sur l'ensemble du territoire »⁵⁴¹. De plus, les moyens supplémentaires ont surtout profité aux cours d'appel dont les délais étaient les plus longs (Aix, Bastia). Seuls quelques tribunaux de grande instance (comme Montpellier et Reims) ont bénéficié d'un renfort, et encore ces moyens étaient-ils attribués pour traiter globalement les affaires correctionnelles et civiles⁵⁴². A l'évidence, le contrat de résorption de stocks est inadapté aux fins visées. Une analyse détaillée de l'évolution des délais devant les tribunaux de grande instance montre qu'en effet les durées n'ont pas été véritablement réduites. Pourtant, l'efficacité de la contractualisation se voit confortée, au prix d'une véritable mise en scène.

n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, par MM. Michel Bouvard, Didier Migaud, Charles de Courson et Jean-Pierre Brard, députés, 16 mars 2005.

⁵³⁸ QE, AN, 17 février 2003, réponse du Ministre de la justice à la question 7909 du 2 décembre 2002.

⁵³⁹ Rapport n° 157 déposé le 30 juillet 2002 par le député Jean Luc Warsmann.

⁵⁴⁰ Chaque contrat alloue à la cour signataire, sur la période 2003-2007, des moyens supplémentaires (créations d'emplois, affectation d'assistants de justice, investissements immobiliers, crédits de fonctionnement, renforcement des moyens informatiques). En contrepartie, cette cour s'engage sur des objectifs précis en vue de moderniser ses méthodes de travail et réduire ses délais de jugement.

⁵⁴¹ AN, 17 février 2003, réponse précitée.

⁵⁴² Avis présenté au nom de la commissions des Lois sur le projet de lois de finances pour 2008 par Yves Détraigne et Simon Sutour, T. III, *Justice et accès au droit*, 22 novembre 2007 .

B- L'efficacité de la contractualisation en trompe l'oeil

A partir du PLF pour 2006, les statistiques fournies dans les différents PAP justice font apparaître des gains de durée considérables devant les tribunaux de grande instance. L'administration, suivie sans broncher par les parlementaires, en attribue tout le mérite à la contractualisation. Comment un tel miracle a-t-il été rendu possible? Pour le comprendre, il faut entrer dans les détails de la transformation subie par l'indicateur de durée dans les PLF déposés de 2005 à 2008.

1. Dans le PLF pour 2005, année précédant l'entrée en vigueur de la LOLF, la durée moyenne pour les TGI, telle qu'elle est rapportée dans l'indicateur n°1 apparaît en légère augmentation de 2002 à 2003. Calculée sur les seules décisions du fond, hors référé, cette durée était de 9,4 mois en 2002, et de 9,5 mois en 2003. Simple préfiguration de la nouvelle présentation, ces durées n'ont fait l'objet d'aucun commentaire.

1. Cette durée est-elle apparue trop éloignée de l'objectif de six mois visé par les lois de programme? Toujours est-il que le PAP justice pour 2006 présente pour les années 2003 et 2004 un nouveau mode de calcul de la durée d'affaire. Pour l'année 2003, les *ordonnances de référé* ont été ajoutées aux décisions au fond. Et pour l'année 2004, on ajoute à l'ensemble fond-référé les *ordonnances sur requêtes*, qui ont été introduites cette année-là dans le répertoire général civil des tribunaux de grande instance. Dans les deux cas, il s'agit d'affaires très brèves, ce qui a un effet immédiat sur les durées. Pour l'année 2003, la durée moyenne qui était de 9,5 mois l'année précédente, passe à 8,2 mois. Et pour l'année 2004, la durée s'établit à 7,2 mois. *Ce changement du mode de calcul a réduit la durée moyenne des affaires terminées devant le TGI de 2,3 mois en deux ans.*

Cependant, dans son rapport à l'Assemblée nationale⁵⁴³, le rapporteur spécial à Pierre Albertini ne vise pas ces chiffres si favorables. Il se fonde sur un autre tableau statistique, qui présente des durées « hors référé », conformément à la présentation traditionnelle. Ce tableau fait apparaître pour l'année 2004 une durée moyenne des affaires terminées devant les tribunaux de grande instance de *9,1 mois*, en très légère baisse par rapport à 2003 (9,5 mois), mais bien différent des 7,2 mois obtenus par le nouveau calcul. Commentant ce faible résultat, le rapporteur souligne qu'il faut aller plus loin, et fonde de grands espoirs sur le développement de la contractualisation. En effet, si des moyens nouveaux ont été alloués au titre de la LOPJ, « *ils doivent aller de pair avec la mise en oeuvre par les juridictions de mesures visant à améliorer leur fonctionnement* » (...), et « *pour cela, des contrats d'objectifs entre la Chancellerie et les cours d'appel, de même qu'entre les cours d'appel et les juridictions ont été instaurés : 7 sont déjà en cours d'exécution, plus d'une dizaine en cours de préparation* ». Pour expliquer la faible réduction de la durée, le rapporteur relève d'une part que « *Tous les bilans semestriels concernant les contrats signés en 2005 ne sont pas encore parvenus* » et d'autre part qu'une « *augmentation générale du nombre des affaires*

⁵⁴³ Rapport n° [2568](#), Annexe n° 18, justice, au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du Plan, M. Pierre Albertini rapporteur spécial justice, 9 novembre 2005.

nouvelles », « *risque de fausser à terme les résultats de ces contrats.* » Le rapporteur cite en effet une augmentation surprenante de + 32,7 du nombre d'affaires nouvelles devant le tribunal de grande instance (de 679004 à 901.093) au cours de l'année 2004), sans faire mention de l'intégration des ordonnances sur requêtes dans la statistique.

2. Le PAP pour 2007 voit reproduire le même mode calcul, avec cette fois une durée moyenne de 6,7 mois pour l'année 2005. Les rapporteurs reprennent ce chiffre, mais procèdent à un curieux amalgame, pour saluer une « *forte réduction de la durée moyenne de traitement pour 2005 à 6,7 mois, alors que ce délai était encore de 9,5 mois en 2003* »⁵⁴⁴. Ce calcul permet d'afficher près de trois mois de réduction des délais en deux ans, le tiers de la durée initiale! Rien d'étonnant à cela. En 2005, la durée moyenne du référé était de 1,9 mois, celle des ordonnances sur requêtes 0,3 mois, et celle du fond, de 8,9 mois. Ces affaires « rapides » représentent 28% des 947 657 affaires terminées cette année là (116885 ordonnances de référés et 148 466 ordonnances sur requêtes)⁵⁴⁵. Pour le rapporteur, cela ne fait pas de doute, ces résultats sont le fruit de la mise en oeuvre des actions conduites par objectif: « *Une dizaine de contrats d'objectifs ont été signés avec les cours d'appel, et commencent à produire leurs effets* ». Les rapporteurs ne tentent même pas d'expliquer pourquoi ces mêmes contrats n'ont pas produit un effet aussi miraculeux sur les autres procédures: la durée moyenne est de 14 mois devant les cours d'appel, et de 4,7 mois devant les tribunaux d'instance, durées peu éloignées de celles de l'année 2003 (respectivement 16,1 et 4,9 mois).

Sans s'embarrasser d'éventuelles réserves, le garde des sceaux, Pascal Clément, se félicite de ces gains de productivité. Il y ajoute même un exemple de son cru, en soulignant la réduction particulièrement importante de la durée en matière de divorce « *Pour prendre un exemple plus précis, en matière de divorce, les délais étaient de 12 mois en 2004, de 10 mois en 2005 et devraient être réduits à 9 mois en 2006. Ces efforts doivent bien sûr être poursuivis, afin de parvenir à des délais de jugement acceptables par nos concitoyens* »⁵⁴⁶. Cette citation attire bien imprudemment l'attention sur une réforme qui a joué un rôle important en matière de délai, celle du divorce, introduite par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, et entrée en vigueur le 1er janvier 2005. Désormais, le divorce pour consentement mutuel peut être prononcé immédiatement par le juge si les conditions sont réunies, ce qui implique une seule audience, au lieu de deux auparavant. Que cette réforme ait réduit les durées de procédure n'est pas une surprise, puisque tel était le but visé. L'exposé des motifs indiquait en effet que le divorce par consentement mutuel, « *qui représente environ 41% des procédures, est considéré comme encore trop formaliste par les couples que n'oppose aucun conflit. En particulier, l'exigence d'une double comparution devant le juge apparaît trop souvent formelle et source d'un ralentissement inutile de la procédure* ». Pour vérifier

⁵⁴⁴ Rapport n°3363 de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2007, Rapporteur spécial Pierre Albertini. 12 octobre 2006.

⁵⁴⁵ Toutes ces durées sont présentées de manière détaillée par nature d'affaires dans l'*Annuaire statistique de la justice* de 2007, p. 31.

⁵⁴⁶ Rapport, n° 3363, *ibid*, audition du Ministre Pascal Clément en commission élargie le 2 novembre 2006.

l'incidence de cette réforme, il suffit de se reporter aux durées détaillées fournies par l'Annuaire statistique de la justice. Alors que la durée des 680 875 affaires terminées au fond était de 8,9 mois en 2005, elle n'était que de 2,6 mois pour les 48 572 divorces prononcés par consentement mutuel⁵⁴⁷. Tous comptes faits, le miracle de la contractualisation se résume au jeu combiné d'une modification de convention de calcul et d'une réforme de procédure !

4. L'année 2006 n'ayant offert aucune nouvelle marge de manoeuvre statistique, la durée stagne devant le TGI. Des statistiques figurant dans le PLF pour 2008, il ressort que la réduction de la durée des affaires au cours de l'année 2006 a été quasi nulle, avec 6,58 mois de durée moyenne devant les TGI, toutes affaires confondues (fond, référé, requête). Qu'importe, le rapporteur du PLF pour 2006 retient la pente positive, et en attribue une fois encore le bénéfice au développement de la contractualisation. Selon une formule devenue rituelle, il considère que *«l'allocation de moyens humains et matériels supplémentaires en contrepartie d'objectifs de réduction des délais et des stocks a porté ses fruits»*⁵⁴⁸.

5. Résumons ces observations dans un tableau général (Tableau 1 ci-dessous). Il en ressort que, à périmètre constant, la durée moyenne des affaires devant les TGI est restée quasi constante de 2002 à 2004, et que l'évolution constatée pour 2005 est uniquement liée aux nouvelles dispositions concernant le divorce. En choisissant de retenir pour 2005 la durée de 6,58 mois, les auteurs du PAP Justice ont donc créé une fiction de baisse de durée, que tous se sont accordés pour mettre au crédit de la contractualisation.

Tableau 1

Durée moyenne des affaires terminées devant le TGI selon les sources

Année/Source	Durée fond (Annuaire, PLF 2005)	Durée fond + référé (PLF 2006)	Durée fond+référé+requête (PLF 2007-2008)
2002	9,4	-	-
2003	9,5	8,2	-
2004	9,2	7,2	6,7
2005	8,9	-	6,58

On voit à quelles aberrations peut conduire la recherche forcenée de l'affichage des durées de plus en plus

⁵⁴⁷ Annuaire statistique de la justice, La documentation française, nov. 2007, p. 73, et Graphique 2. Les affaires civiles au fond terminées par les tribunaux de grande instance en 2005, p. 74.

⁵⁴⁸ Rapport n° 276 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2008, Rapporteur spécial M. Couanau, Annexe n°25, p. 20:« La mise en oeuvre des actions conduites par objectifs: des progrès réels à poursuivre », 11 octobre 2007.

courtes. Il est urgent de redonner un sens au temps de la procédure, en tenant compte de la nature des litiges, comme le suggérait le rapport d'information remis en 2005 par un groupe de parlementaires: « *le délai moyen de traitement est une notion assez abstraite, utile pour mieux connaître l'image de la justice mais incapable de rendre compte de la complexité des contentieux ou de la situation particulière de certaines juridictions (le TGI de Paris notamment). Ainsi, au sein d'une même catégorie de juridictions, certains tribunaux de grande instance ou certaines chambres pourront traiter rapidement un contentieux de masse, alors que d'autres auront à traiter des contentieux spécialisés exigeant des délais d'étude du dossier beaucoup plus longs, ou encore verront le rôle accaparé par des audiences se déroulant sur plusieurs semaines. Aussi, une étude portant sur la moyenne des délais par type de contentieux pourrait-elle être conduite, afin de pouvoir, s'il le faut, pondérer par d'autres éléments les données fournies par cet indicateur de célérité de la justice* »⁵⁴⁹.

II- La mise en scène de l'efficacité de l'autonomie de gestion pour contrôler la dépense de justice

La contractualisation a connu un autre terrain d'élection, le contrôle de la dépense. Cette fois il s'agit de « responsabiliser » des gestionnaires déconcentrés à qui est confiée la conduite de budgets opérationnels (A). Mais comme pour la maîtrise des délais, les marges de manoeuvre affichées apparaissent largement illusoires, et s'évanouissent sous l'impact de multiples décisions extérieures aux gestionnaires (B).

A- Des gestionnaires responsables pour des budgets opérationnels

1. La LOLF a accordé aux ordonnateurs une autonomie importante en matière de gestion, assortie d'une responsabilité accrue, en vue d'atteindre des résultats ou performances programmés en contrepartie des moyens fournis. Le principe de la recherche de la performance s'accompagne de la mise en place d'un outil de suivi des résultats au regard des objectifs attendus, le contrôle de gestion. La responsabilisation s'effectue dans le cadre du budget opérationnel de programme (BOP), défini comme la segmentation d'un programme - au sens de l'article 7 de la loi organique relative aux lois de finances - déclinant, sur un périmètre ou un territoire et sous l'autorité d'un responsable, les actions, les objectifs et les indicateurs du programme auquel il se rattache. Le budget opérationnel de programme a les mêmes attributs que le programme lui-même : c'est un ensemble globalisé de moyens associés à des objectifs mesurés par des indicateurs de résultats. Les objectifs stratégiques présentés au Parlement ont donc vocation à être déclinés en objectifs opérationnels, instruments privilégiés du pilotage des services. *L'unité opérationnelle* est un service gestionnaire d'un budget opérationnel de programme qui met en œuvre la part de programmation qui lui est confiée : Elle est rattachée à un BOP et un seul pour lequel elle assure la mise en œuvre effective de la programmation (en tout ou partie). Son responsable est donc nécessairement ordonnateur principal ou secondaire (le plus souvent délégué) car c'est lui qui engage

⁵⁴⁹ Rapport n° 2161 d'information de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur la mise en œuvre de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, MM. Michel Bouvard, Didier Migaud, Charles de Courson et Jean-Pierre Brard, 16 mars 2005.

concrètement les actions à mener en mobilisant les moyens nécessaires. Les unités opérationnelles sont identifiées par le responsable de BOP dans le schéma d'organisation d'exécution financière.

2. En 2003, le ministère de la justice met en place son plan de développement du contrôle de gestion 2002-2004. Le décret n° 2004-435 du 24 mai 2004, modifié par le décret n° 2006-806 du 6 juillet 2006 crée un pilotage dyarchique de la dépense en instituant conjointement le premier président et le procureur général, « ordonnateurs secondaires des dépenses et recettes des juridictions de leur ressort relatives au personnel, au fonctionnement et aux interventions » (article R.213-30 au COJ) ⁵⁵⁰.

Pour assurer cette mission de gestion, les chefs de cour disposent d'un service administratif régional (SAR) composé de fonctionnaires et contractuels des services judiciaires, professionnels de la gestion, et dirigés par un coordonnateur, magistrat ou greffier en chef, placé sous leur autorité. Le décret n° 2007-352 du 14 mars 2007 relatif aux services administratifs régionaux achève ce dispositif de gestion en donnant un statut au service. Divers articles sont insérés au COJ, dont un article R. 213-29-1, précisant que le premier président et le procureur général assurent conjointement l'administration des services judiciaires dans le ressort de la cour d'appel, « assistés dans cette mission par le service administratif régional, placé sous leur autorité ».

3. Dans son dernier état (LOLF 2008), le programme justice judiciaire est constitué de 43 BOP⁵⁵¹. La fonction soutien est assurée par des personnels des services judiciaires et comprend d'une part la logistique de l'activité judiciaire proprement dite et d'autre part la gestion des moyens humains et matériels des services judiciaires. Depuis le 1^{er} janvier 2006, les chefs de cour d'appel assument, dans le cadre de leur BOP, la gestion de l'intégralité des moyens alloués aux juridictions situées dans le ressort de leur cour. Ces moyens sont alloués sous forme d'une enveloppe globale, dont le montant est établi à l'issue d'un cycle de conférences budgétaires régionales organisées dans les différentes juridictions du ressort. Ces conférences consistent à discuter les demandes budgétaires et à vérifier leur justification. Les chefs de cour d'appel sont reçus par le directeur des services judiciaires dans le cadre de dialogues de gestion, à l'issue desquels les arbitrages sont rendus et l'enveloppe budgétaire notifiée aux responsables de BOP. Ces responsables organisent ensuite la répartition des crédits entre les juridictions du ressort.

B- Des niveaux de dépenses dont la maîtrise échappe aux gestionnaires déconcentrés

Une fois l'enveloppe allouée, la question se pose de l'autonomie de gestion dont disposent les chefs de cours et les tribunaux. Cette autonomie est singulièrement réduite par la faible fongibilité des crédits et le caractère contraint de nombre de dépenses dans un contexte de crédits limitatifs, nécessitant l'intervention

⁵⁵⁰ S'agissant des investissements et des études qui leur sont afférentes, le même article précise qu'ils sont ordonnateurs secondaires : - pour les dépenses et les recettes se rapportant aux opérations mobilières ; - en matière immobilière, pour les dépenses et les recettes se rapportant aux opérations d'investissement dont le montant est inférieur à un seuil fixé par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé du budget. Ils peuvent déléguer conjointement leur signature, sous leur responsabilité, à un même magistrat ou fonctionnaire de catégorie A de la cour d'appel.

⁵⁵¹ Les responsables de BOP sont le Premier président de la Cour de cassation, les chefs de cours, le secrétaire administratif du Conseil supérieur de la magistrature, le directeur de l'École nationale des greffes et le directeur du casier judiciaire national.

constante de l'autorité centrale.

1. La procédure d'attribution des crédits aux responsables de BOP laisse peu de marges de manoeuvre au gestionnaire. Devant le Sénat, le rapporteur pour avis du budget 2008 en tirait un bilan contrasté⁵⁵². Est en cause notamment, la fongibilité asymétrique des crédits, qui n'autorise pas le dépassement du plafond d'emploi attribué, mais permet d'attribuer les crédits de personnel inemployés à d'autres dépenses. Encore faut-il que les dépenses de personnel dégagent des marges. En 2006, le programme justice judiciaire n'avait pu donner lieu à la fongibilité en raison de la « *modicité des crédits* » alloués aux dépenses de personnel non utilisés en fin d'année. Selon le ministère de la justice, la situation ne devrait pas être sensiblement différente en 2007. Il n'a donc pas été possible de redistribuer les crédits de rémunération des personnels sur d'autres postes de dépenses, ce qui a réduit les marges de manoeuvre des gestionnaires et toute possibilité de piloter véritablement les BOP.

Du côté des juridictions du fond, la situation n'est guère meilleure. De façon générale, beaucoup de juridictions du premier degré subissent une forte tension à la fois en ce qui concerne les conditions de travail et la gestion des moyens en personnel. Comme le relève un des rapporteurs pour avis devant le Sénat, M. Yves Détraigne, les tribunaux de grande instance ne disposent que d'une très faible marge de manoeuvre dans la gestion des crédits, qui relèvent principalement des cours d'appel. Il en résulte que les économies éventuellement réalisées par les juridictions de première instance n'ont pas de contrepartie. Ainsi, le tribunal de grande instance de Nanterre avait réalisé une économie de 1,4 million d'euros sur le poste des frais de justice sans pour autant avoir obtenu un abondement équivalent sur un autre poste de dépenses, contrairement à ce que la fongibilité des crédits pouvait laisser espérer. Enfin, les conditions dans lesquelles les crédits ont été délégués aux tribunaux de grande instance par les cours d'appel ne sont pas satisfaisantes. Il semble en effet que les cours d'appel hésitent à donner une certaine marge de manoeuvre aux juridictions de première instance, ce qui ne contribue pas à la responsabilisation des gestionnaires voulue par la LOLF.

2. En second lieu, les pouvoirs de gestion sont considérablement restreints par le caractère limitatif de nombre de crédits et la dimension contrainte des dépenses. Le crédit limitatif lie impérativement l'administration, qui ne peut ni modifier l'objet de la dépense, ni dépasser le montant du crédit fixé par la loi de finances. Les ordonnancements ne peuvent avoir lieu que dans le cadre de l'autorisation législative, et les comptables ont l'obligation de refuser de payer tout ordonnancement ou mandatement si le crédit correspondant est épuisé. En matière de justice, les crédits évaluatifs étaient nombreux et concernaient notamment deux postes importants, les frais de justice et l'aide juridictionnelle. Devenus limitatifs avec l'entrée en vigueur de la LOLF, ces crédits sont gérés sous contrainte forte de maîtrise de la dépense, alors même que le niveau de cette dépense ne dépend pas des seules décisions des magistrats.

3. Ainsi, la hausse constatée de la dépense d'*aide juridictionnelle* résulte à la fois de mécanismes

⁵⁵² Avis n° 96 au nom de la commissions des Lois du Sénat, sur le projet de lois de finances pour 2008, adopté par l'Assemblée nationale, T. III, Justice et accès au droit, Yves Détraigne et Simon Sutour, 22 novembre 2007.

automatiques de revalorisation⁵⁵³, et de l'incidence de réformes législatives et réglementaires qui créent des procédures génératrices de nouveaux demandeurs⁵⁵⁴. Les gestionnaires ne disposent donc que d'une très faible marge de manoeuvre, et c'est à l'autorité administrative et réglementaire d'intervenir pour réduire la dépense comme pour accroître les recettes. En 2005, deux circulaires ont recentré le dispositif de l'aide juridictionnelle sur les demandeurs les plus défavorisés⁵⁵⁵, ce qui a produit peu d'effet compte tenu du caractère très réglementé de l'attribution⁵⁵⁶. Diverses réformes de procédure sont intervenues dans le même sens. Une ordonnance n° 2005-1526 du 8 décembre 2005⁵⁵⁷ a assoupli la procédure de renonciation par l'avocat à la rétribution de sa mission au titre de l'aide juridictionnelle lorsque le juge a condamné l'adversaire du bénéficiaire à lui payer une indemnité. La réforme de l'assurance de protection juridique par la loi du 19 février 2007 a instauré la subsidiarité de l'aide juridictionnelle lorsque les frais sont par ailleurs pris en charge par un contrat d'assurance de protection juridique. Une politique plus volontariste a été mise en place en matière de recouvrement de l'aide juridictionnelle contre l'adversaire du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle condamné aux dépens et qui n'est pas lui-même éligible à une telle aide. Ce « concours Lépine » des économies à réaliser sur l'aide juridictionnelle a été remporté sans aucun doute par la proposition du sénateur Roland du Luart, rapporteur spécial de la mission justice, au budget 2008, d'instaurer d'un « ticket modérateur justice » à la charge du justiciable bénéficiaire de l'aide.

4. Les limites d'action des gestionnaires sont tout évidentes en matière de *frais de justice*. Depuis l'année 2000, les crédits inscrits en loi de finances initiale à ce titre étaient en progression constante, de 283 millions d'euros à 419,06 millions d'euros en 2004, soit en quatre ans, une évolution de près de 48 %. Cette forte progression est principalement due à l'évolution des frais de justice criminelle, lesquels sont sous la dépendance de *facteurs objectifs*. Plusieurs réformes successives en matière pénale ont imposé de nouvelles procédures qui génèrent des frais de justice, sans que des études d'impact soient réalisées. Les différents rapporteurs du programme justice ne manquaient pas d'exemples de lois dévoreuses de frais de justice, comme celle du 3 février 2003 relative à la conduite sous l'influence des stupéfiants (qui multiplie le nombre des dépistages sur contrôle aléatoire), celle du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure

⁵⁵³ En application de l'article 4 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, les revenus pris en compte sont indexés sur l'évolution de la tranche la plus basse du barème de l'impôt sur le revenu. De son côté, l'unité de valeur de référence qui sert de base de calcul pour la rétribution des avocats fait l'objet annuellement d'une revalorisation arrêtée en loi de finances initiale.

⁵⁵⁴ Par exemple, la loi n° 2003-710 du 1er août 2003 qui a institué une procédure nouvelle -le rétablissement personnel- a entraîné une augmentation corrélative des admissions pour des procédures engagées devant le juge de l'exécution, de 19 % en 2004 et 15 % en 2005.

⁵⁵⁵ La circulaire NOR : JUS J 05 90 001 du 12 janvier 2005, invitait les juridictions à faire une application plus uniforme des critères d'admission à l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures familiales. La circulaire NOR : JUSJ0590002C du 25 février 2005, (BO Justice, n° 97, 1^{er} janvier – 31 mars 2005, p. 7), relative à l'enregistrement et à l'instruction des demandes d'aide juridictionnelle, rappelait notamment les diligences requises du secrétaire du bureau ou de la section d'aide juridictionnelle dans le contrôle de la demande.

⁵⁵⁶ En 2005, 513 décisions de retrait de l'aide juridictionnelle ont été prononcées (+ 60 % par rapport à 2004). Sur la base d'un coût moyen d'une admission de 370 euros l'économie correspondante est d'environ 70.300 euros. En 2006, 679 décisions de retrait ont été prononcées, soit une progression de 32,4 % par rapport à 2005, ce qui a procuré une recette supplémentaire de 61.420 euros. C'est dire le caractère limité des économies réalisées!

⁵⁵⁷ Ordonnance modifiant la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, ratifiée par l'article 10 de la loi du 19 février 2007.

(dont l'article 56 étend les infractions donnant lieu à inscription au Fichier national automatisé des empreintes génétiques) ou celle du 9 mars 2004 portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité (avec son impact sur les frais postaux, les frais d'enquêtes rapides et les frais liés aux infiltrations).

Comment faire entrer des dépenses nouvelles dans un budget calculé à partir de dépenses anciennes? Les vertus d'épargne des gestionnaires locaux sont impuissantes à l'évidence, et il faut bien que les services centraux prennent des mesures d'ensemble. Ainsi, il avait été observé que deux types de dépenses étaient en très forte progression : les frais de réquisitions téléphoniques et les frais d'expertises médicales et génétiques . La chancellerie a dû négocier avec les opérateurs de téléphonie mobile pour obtenir une baisse des tarifs, et procéder par appel d'offres auprès des laboratoires pour la prise d'empreintes destinées au Fichier national automatisé des empreintes génétiques. La dépense reste cependant imprévisible, car les prescripteurs principaux ne sont pas les magistrats, mais la police judiciaire et la gendarmerie nationale.

Toutes les dépenses ne peuvent pas être contraintes. D'autres au contraire doivent être réévaluées. Ainsi, dans le PLF pour 2008, la dotation des frais de justice est passée à 405 millions d'euros pour permettre d'améliorer la situation de certains intervenants. Le rapporteur du programme l'expose sans détours: «il faut procéder à l'ouverture de crédits supplémentaires pour les frais de justice, après un effort considérable d'économie », afin d'assurer une meilleure rémunération des différents professionnels qui apportent leur concours à la justice : 15 millions d'euros y seront consacrés. L'affaire d'Outreau avait notamment attiré l'attention sur la faible rémunération des experts et la nécessité de consacrer davantage de moyens à la qualité des expertises et à la rémunération des différentes professions qui apportent leur concours au fonctionnement de la Justice »⁵⁵⁸.

A l'évidence, les gestionnaires ne peuvent faire mieux que gérer une pénurie organisée. A quoi bon dès lors mettre en avant les vertus de la responsabilisation? Plutôt que de s'obstiner à afficher le contrat et l'engagement comme voies de contrôle de la maîtrise budgétaire, mieux vaudrait s'interroger sérieusement sur la nature des missions de justice et de leur évolution, c'est-à-dire, poser la question de la politique de la justice.

Pour conclure: les limites du modèle du contrat et de la responsabilité pour la gestion du service public de la justice

Nous avons montré que la contractualisation et la responsabilisation des services et des agents n'avaient que peu d'influence sur la qualité du service et sur sa performance. On peut maintenant se demander si elles *devraient avoir une telle influence*, et si la responsabilité de l'accomplissement de la mission de justice n'est pas nécessairement de nature politique. Cette objection a été soulevée en termes plus généraux par la Cour des comptes, sollicitée par la mission d'information sur la mise en place de

⁵⁵⁸Rapport n°276 du 11 octobre 2007, préc.

dispositifs de performance⁵⁵⁹ de donner leur avis sur les indicateurs de performance de la LOLF : ou bien le Parlement souhaite que soient mesurées les performances des politiques publiques, donc des missions, et c'est une responsabilité de nature politique, assumée au niveau ministériel; ou bien il veut mesurer les performances de leur mise en oeuvre, ce qui revient à évaluer principalement l'efficacité de l'administration⁵⁶⁰. Selon la Cour, les deux options restent intimement mêlées dans les indicateurs: « *Sur les trois types d'indicateurs définis par le guide partagé sur la démarche de performance, à savoir l'efficacité socio-économique (impact, point de vue du citoyen), la qualité de service (point de vue de l'usager) et l'efficacité (point de vue du contribuable), les deux derniers renvoient directement à la performance de l'administration en tant qu'exécutant d'une politique publique. Le premier type d'indicateurs est mixte, l'impact d'une politique publique dépendant autant de la qualité des objectifs fixés que de la qualité de leur mise en œuvre* ». Les rapporteurs de la mission convenaient que la responsabilité du gestionnaire de programme est ambiguë et qu'elle « *ne se confond en effet pas avec la responsabilité « politique » du Gouvernement, reconnue par la Constitution, ni avec la responsabilité « hiérarchique » résultant des principes de l'organisation administrative - le responsable de programme n'ayant pas nécessairement autorité sur l'ensemble des personnels ou des structures relevant de son programme* »⁵⁶¹ . Néanmoins, ils affirmaient que les responsables de programme (et donc les responsables des budgets opérationnels de programme qui en sont la déclinaison budgétaire), ont vocation à devenir les interlocuteurs privilégiés du Parlement qui pourra les entendre très régulièrement. De telles auditions ne sauraient avoir qu'un caractère d'information, sans engager la responsabilité de ces responsables de programmes, dont on se demande du reste quelle forme elle pourrait prendre: devant quelle autorité les chefs de cour et les chefs de juridictions devraient-ils rendre des comptes? Quelles sanctions peuvent assortir les contre-performances ? Retirera-t-on les moyens alloués, au risque d'accroître encore les mauvais résultats? Ou au contraire les augmentera-t-on, au risque cette fois de donner une prime à la mauvaise gestion?

Autant de questions sans réponse qui attestent du caractère superficiel de la référence au contrat et à la performance. Il nous semble que des objectifs comme ceux de la maîtrise des délais ou des dépenses dépendent étroitement des politiques publiques de la justice, et que la seule responsabilité qui puisse être véritablement engagée est d'ordre politique, et concerne les seuls services centraux. Il ne sert à rien d'assigner à des services déconcentrés la responsabilité d'objectifs dont les déterminants échappent largement à leur contrôle. Pire, pour maintenir la fiction de l'efficacité de l'engagement et de la reponsabilisation, l'administration centrale est tentée de « reconstruire » les indicateurs, qui perdent alors toute signification, obscurcissant le sens des missions de la justice, et différant d'autant le moment de prendre les décisions politiques qui s'imposent.

⁵⁵⁹Rapport d'information n° 2161 du 16 mars 2005, préc.

⁵⁶⁰Cour des comptes. Première analyse des stratégies, objectifs et indicateurs présentés dans les avant-projets annuels de performance. Note de synthèse, rapporté dans le rapport n° 2161, préc.

⁵⁶¹ Rapport n°2161, préc.

REGARD COMPARATISTE SUR LA CONTRACTUALISATION DE LA JUSTICE: L'EXEMPLE DE LA MEDIATION EN DROIT PUBLIC COMPARE

Par Sophie BOYRON⁵⁶²

Senior Lecturer in Law, Université de Birmingham

Avant de commencer l'analyse du sujet qui nous a été imparti, il est nécessaire dans un premier temps d'en examiner les données. Médiation et contractualisation de la justice sont deux thèmes qui se conjuguent plus facilement pour un public français que pour un public anglais ou allemand. Si la médiation est un mode de règlement des litiges qui n'est pas nouveau et qui a fait ses preuves dans bien des domaines et bien des pays, le phénomène de contractualisation par contre est plus récent. La contractualisation a d'ailleurs suscité plus d'intérêt et d'études de ce côté-ci de la Manche que du côté britannique.⁵⁶³ Les relations de ce couple conceptuel doivent donc être étudiées de près. L'analyse

⁵⁶² Senior Lecturer in Law, Birmingham Law School, University of Birmingham, UK.

⁵⁶³ Voir par exemple, Peter Vincent-Jones *The new public contracting*, OUP, 2006. Il analyse bien un mouvement de contractualisation en droit public, mais il ne fait aucune mention de la médiation; elle ne rentre pas dans son cadre de réflexion.

comparative que nous proposons, permettra d'identifier les différences d'approche révélatrices et peut-être de dégager quelques pistes de réflexion.

D'autre part, ces thèmes de médiation et de contractualisation de la justice s'inscrivent dans le cadre d'une réflexion sur la production normative. Dès ce moment, la difficulté de l'étude envisagée semble renforcée: les trois concepts – médiation, contractualisation et production normative tissent une trame complexe et difficile à démêler. Pour cette raison, il serait utile de se pencher dans un deuxième temps sur les relations possibles entre la médiation et la production normative. Et cela, même si l'on note une tension assez remarquable entre les deux pôles de ce couple conceptuel.

I. La médiation et la contractualisation de la justice: de l'utilité du rapprochement

A n'en pas douter l'Allemagne, la France et l'Angleterre vivent une expérience de convergence spontanée pour ce qui concerne la résolution des litiges par la médiation. L'expérience dans chacun de ces pays doit être exposée de façon à éclairer notre étude sur les liens de la médiation avec la contractualisation de la justice.

Pour la doctrine française, il ne fait aucun doute que le phénomène de médiation relève du mouvement plus vaste de contractualisation, et tout particulièrement de la contractualisation de la justice. Or ce rapprochement ne se retrouve ni en Allemagne, ni en Angleterre. Un mouvement général de contractualisation est bien noté dans les deux pays mais la médiation, et tout particulièrement la médiation en droit administratif, n'est pas reliée à cette idée de contractualisation de la justice. Cette absence de rapprochement nous amènera à remettre en cause l'utilité de ce couple conceptuel.

A. Une convergence spontanée: la médiation en droit administratif en France, en Allemagne et en Angleterre

Pour expliquer toute entreprise de droit comparé, il faut un déclic comparatif qui justifie en quelque sorte le recours à ce type d'analyse. Or, le déclic s'est produit grâce à l'observation d'une évolution parallèle, peu probable, dans trois systèmes juridiques différents. Cette évolution était d'autant plus extraordinaire que les phénomènes connus en droit comparé de mimétisme juridique semblaient absents: cette évolution parallèle n'était pas le résultat d'un processus d'harmonisation, de transplantation juridique ou d'influence croisée.⁵⁶⁴ Les systèmes juridiques ne se copiaient pas les uns les autres, ne s'intéressaient pas les uns aux autres, mais semblaient bien être exclusivement guidés par des logiques

⁵⁶⁴ L'expression 'influence croisée' est la traduction approximative du concept de droit comparé de *cross-fertilization*. Il exprime l'influence réciproque que les systèmes juridiques ont les uns sur les autres, particulièrement dans le cadre de l'Union Européenne.

internes. On était en face d'un phénomène de convergence spontanée,⁵⁶⁵ phénomène connu, encore mal compris des comparatistes.

De plus, le recours à la médiation est justifié dans chaque pays de manière similiaire, ce qui est d'autant plus surprenant que les raisons internes pour recourir à cette médiation sont pourtant dictées par des données et des contraintes spécifiques et différentes pour chaque système juridique.

1. L'Allemagne: un système volontariste

En Allemagne, l'impulsion de cette réforme vient d'un petit noyau de volontaires parmi les juges administratifs eux-mêmes. Des juges administratifs dans quelques juridictions administratives (mais pas toutes) ont suivi volontairement une formation de médiateur, ce sont donc les juges eux-mêmes qui en remplissent les fonctions. Par contre, si la médiation n'aboutit pas, un autre juge est chargé d'instruire l'affaire.⁵⁶⁶ Une offre de médiation est faite aussi bien par le juge ou par les parties. Les parties ne sont forcées en aucune manière d'accepter cette proposition.

Les statistiques montrent que la médiation a un succès notoire et que le bilan est positif: les chiffres prouvent que la médiation résout les litiges dans la grande majorité des cas (au moins 60%).⁵⁶⁷ Ce succès peut s'expliquer par un choix fait au début de la procédure contentieuse: la médiation n'est offerte que dans un petit nombre de cas. Les juges administratifs allemands semblent s'accorder sur le fait que la médiation n'est valable que pour une minorité de litiges - seulement 10 à 20 % du contentieux. Cela explique le succès notable de la médiation en Allemagne, elle n'est proposée que pour des litiges qui font l'objet d'un choix préalable.

Des projet-pilotes ont été mis en place dans certaines juridictions administratives et petit à petit, le recours à la médiation gagne du terrain, même si cette progression reste lente. C'est d'ailleurs l'inconvénient majeur de la solution allemande.

2. L'Angleterre: un système contraignant

En Angleterre, l'impulsion vient du Gouvernement: d'une part, le Gouvernement lui-même a promis de recourir dans la plupart des cas aux modes alternatifs de règlement des litiges dans ces différends avec les administrés,⁵⁶⁸ et d'autre part, la réforme récente de la procédure civile met l'accent sur ces modes alternatifs. En Angleterre, la procédure de *judicial review* permet le contrôle de l'action administrative,

⁵⁶⁵ Voir Sabino Cassese 'Le problème de la convergence des droits administratifs vers un modèle européen', in *l'Etat de droit: Mélanges en l'honneur de Guy Braibant* (Daloz, 1996) p. 47.

⁵⁶⁶ Cette solution a l'avantage de garantir l'indépendance des médiateurs, eux-mêmes.

⁵⁶⁷ Voir Ortloff, NVwZ 2004, 385, p. 389, Von Bargen, DVBl 2004, 468, p. 472 et Kleine-Tebbe, 'Mediation als Alternative zum Verwaltungsprozess- Chancen und Risiken gerichtsnaher Mediation', in R. Fritz, B. Karber and R. Lambeck, eds, *Mediation statt Verwaltungsprozess?*, Luchterhand, 2004.

⁵⁶⁸ Cette promesse est faite dans le 'Government pledge' de 2001.

mais elle relève de la procédure civile.⁵⁶⁹ La réforme de la procédure civile devait faciliter l'accès à la justice et la rapprocher des justiciables. Pour ce faire, la réforme encourage l'utilisation des MARL dans tous les domaines. D'ailleurs, Lord Woolf, auteur de la réforme, a tenté par deux fois⁵⁷⁰ de convaincre ses confrères que la procédure de *Judicial Review* s'inscrivait bien dans cette lignée. Pourtant, cette incitation n'a jamais vraiment été suivie d'effet.⁵⁷¹

En Angleterre, les juges eux-mêmes ne sauraient être les médiateurs; ces derniers ne peuvent être que des professionnels. La profession de médiateur est bien implantée et bien introduite en Angleterre. Tout autre choix ne ferait qu'empiéter sur cette corporation grandissante. De plus, une véritable armée de médiateurs a été formée au sein des administrations centrales pour tenir la promesse du Gouvernement. On sait qu'un certain nombre de litiges sont résolus par leur intermédiaire. D'après les statistiques, ces médiateurs ont à première vue un grand succès: pour les parties qui ont accepté d'y recourir, la médiation résout le litige dans 89% des cas. Par contre, l'offre de médiation n'est acceptée que dans 27% des cas; dans leur très grande majorité, les parties ne veulent pas se soumettre à cette procédure. De plus, on ne sait rien de la manière dont ces litiges sont résolus. Une recherche empirique permettrait de faire la lumière sur un grand nombre de questions.

Dans le cadre réforme de la procédure civile, toute une panoplie jurisprudentielle continue à se développer pour 'inciter' les parties à avoir recours à la médiation: la médiation est moins un choix, qu'un passage obligé. En effet, le refus d'une offre de médiation sans raison valable risque d'être fortement sanctionné: il sera difficile d'obtenir l'aide juridictionnelle⁵⁷² et même en cas de victoire, on risque de payer ses dépens. Bien que ce type de sanction reste l'exception, le système de médiation anglais est assez coercitif et s'éloigne sur ce point de l'exemple allemand.

Cette engouement pour la médiation ne semble pas près de faiblir. Dernièrement, le système des *administrative tribunals* qui avait déjà été créé pour rapprocher la justice des justiciables, vient d'être complètement transformé. D'ailleurs, la législation contient une disposition encourageant à utiliser la médiation avant que le *tribunal* ne se prononce sur le fonds du litige.⁵⁷³ S'il est paradoxal que la législation mette en place une alternative à ce qui était déjà une alternative aux tribunaux ordinaires, cela montre combien la médiation est en vogue de l'autre côté de la Manche.

3. La France: une expérience en pointillé

⁵⁶⁹ La procédure de *judicial review* est décrite au titre 54 des *Civil Procedure Rules*.

⁵⁷⁰ Voir *R. (on the application of Cowl) v. Plymouth CC* [2002] 1 W.L.R. 803 et *Anufrijeva v. Southwark LBC* [2004] Q.B. 1124.

⁵⁷¹ Plusieurs tentatives de projet pilote de médiation en amont de la procédure de *Judicial Review* en première instance ont échoué. De nouveaux essais sont en voie d'étude.

⁵⁷² Sur le formulaire de demande d'aide juridictionnelle, il faut préciser si un mode alternatif de règlement des litiges a été utilisé.

⁵⁷³ Voir le *Tribunals and Courts Enforcement Act 2007*.

En France, l'introduction en 1986 de l'article 3 § 2 dans le code des tribunaux administratifs a donné une base juridique aux expériences de médiations éventuelles devant les tribunaux administratifs. Depuis, plusieurs tentatives orchestrées par le Conseil d'Etat ont été faites pour convaincre les tribunaux administratifs de l'utilité de ce procédé pour régler au moins une certaine catégorie de litiges. Pourtant, les résultats se font attendre; seules quelques médiations sont faites par ans. Le recours à la médiation est plutôt rare et la pratique n'est pas uniforme au sein des juridictions.

Il faut admettre que quelques erreurs ont été commises au moment de l'introduction de la médiation: d'une part aucun juge n'a été formé à la fonction de médiateur. Or ce rôle risque de ne pas venir naturellement au juge administratif français: la procédure principalement écrite des juridictions administratives n'encourage pas le juge administratif à développer des talents de médiateur. D'autre part, cette nouvelle mission n'a pas été précédée d'une réflexion concrète pour permettre son intégration au sein des tribunaux administratifs. Comme la médiation aussi fut introduite à une période d'augmentation rapide du contentieux, les juges de première instance avaient (et ont toujours) trop peu de temps libre pour se pencher sur la médiation et ses problèmes d'acclimatation. De surcroît, le Conseil d'Etat décida dans l'arrêt Veriter⁵⁷⁴ que l'article 3 § 2 ne nécessitait pas de mesures d'application, il a fallu attendre 1998 pour que les questions pratiques d'organisation, de personnel et de procédure soient abordées. Pour toutes ces raisons, l'introduction de la médiation se heurte à des obstacles considérables dès le départ. La médiation au sein même des tribunaux administratifs semble encore perçue comme un luxe difficile à justifier.⁵⁷⁵

B. Médiation et contractualisation – une rhétorique commune?

La doctrine sur la médiation et celle sur la contractualisation mettent en avant des raisons similaires quant à leur utilisation. Si cela peut surprendre au premier abord, cela explique en partie les liens que l'on reconnaît entre ces deux phénomènes. La médiation participerait bien à ce mouvement de contractualisation de l'action publique.

Par contre, on est amené à se demander si ces raisons ne forment pas une rhétorique qu'il serait bon d'étudier de plus près.

1. La médiation en droit administratif: une véritable panacée

La convergence des raisons données dans les trois systèmes français, anglais et allemands pour justifier un recours à la médiation est assez frappante, si frappante que l'on ne peut que s'en inquiéter. Les trois systèmes opèrent dans des cadres tellement différents que se pose la question de la légitimité de cette

⁵⁷⁴ CE Ass. 23 juin 1989 Rec. p. 146.

⁵⁷⁵ Il y a aussi des systèmes de médiation au sein des administrations ou des services publics – voir par exemple, le Médiateur de l'Education Nationale ou les commissions départementales d'évaluation amiable de l'Electricité de France.

ressemblance. Et ceci d'autant plus que le recours à la médiation est justifié à chaque fois par une liste impressionnante d'avantages: en somme, c'est une véritable panacée que l'on nous propose.

a) Allemagne

En Allemagne, il est facile de dégager de la doctrine, que la médiation permet une résolution plus rapide des litiges et la prise en compte de l'équité. La solution, qui reste confidentielle, reçoit l'accord des parties ce qui facilite sa mise en oeuvre. De plus, la médiation est particulièrement utile dans le cas de relations juridiques sur le long terme; cela permettra aux parties de ne pas rompre des liens qui risqueraient de ne pas survivre à une action en justice.

D'autre part, s'il est bien noté que la médiation peut réduire le contentieux et le coût de la justice, elle est présentée comme améliorant l'accès à la justice et l'expérience des justiciables.

b) France

En France, la médiation est considérée comme une méthode pour répondre à l'explosion du contentieux dont sont victimes les tribunaux administratifs. Jusqu'à présent, la solution a été de créer des degrés de juridictions ou des chambres supplémentaires dans les juridictions existantes. La médiation est pressentie comme une alternative à ces méthodes.

De plus, la médiation est une réponse aux demandes des justiciables. La procédure devant les juridictions administratives, même en première instance, ne donne pas la possibilité aux parties de se rencontrer et de s'expliquer: la personne publique ne peut pas présenter les motivations de sa décision et l'administré ne peut pas exprimer ses attentes. Cette rigidité procédurale est à l'origine d'une incompréhension et d'une frustration des justiciables envers leur justice administrative. La médiation permettrait de combattre cette impression d'aliénation.

En dernier lieu, la médiation peut aider à trouver des solutions plus adaptées compte tenu des limites du recours pour excès de pouvoir.⁵⁷⁶

c) Angleterre

Pour l'Angleterre, la médiation apporte des gains aussi bien aux justiciables qu'à l'Etat. Pour ce qui concerne les justiciables, la médiation va introduire une flexibilité procédurale, faciliter l'adoption d'une solution consensuelle (par opposition à la confrontation qui résulte de la procédure civile) plus adaptée aux besoins des parties. Cela ne peut qu'engendrer une satisfaction plus grande des justiciables et renforcer le processus de légitimation du système judiciaire.

⁵⁷⁶ Les réformes récentes ont apportées une amélioration sensible.

L'Etat va aussi y trouver son compte: la médiation devrait parvenir à une baisse du contentieux, une réduction du coût de la justice et une meilleure mise en état des litiges qui devront quand même passer devant une juridiction.

Si ces justifications sont pas complètement interchangeables, elles se ressemblent étonnamment et mettent en avant pour une grande part, l'intérêt du justiciable dans les trois systèmes. Pourtant, il faut se demander si au-delà de cette longue liste, il n'y aurait pas des raisons plus spécifiques à chaque système.

2. La rhétorique de la contractualisation

La doctrine révèle que des thèmes similaires à ceux identifiés ci-dessus justifient la contractualisation. La contractualisation peut s'expliquer par la recherche de procédés qui diffèrent des procédés juridiques traditionnels: on favorise la recherche du consentement et on instrumentalise la négociation pour y parvenir. La médiation permet l'organisation et l'encadrement de l'expression de ce consentement. De même, le besoin de flexibilité, en particulier d'échapper aux instruments traditionnels du droit, explique le recours aux méthodes contractuelles. On ne peut s'empêcher de noter une certaine méfiance envers un droit dit étatique dans le discours de la contractualisation de l'action publique. Cette idée trouve son parallèle dans les discours de la médiation qui oppose l'équité au droit; la médiation s'appuie sur l'équité pour remédier au droit.

De même, la contractualisation représente un changement profond pour ce qui concerne la recherche de la légitimité: on justifie la contractualisation (ainsi que la médiation) par le biais d'une légitimité de résultat. C'est bien le contenu de l'accord contractuel qui prime. Cela implique la remise en cause d'une légitimité plus traditionnelle et procédurale – si la décision administrative est souvent unilatérale, elle est encadrée par toute une légalité procédurale très importante. Le mouvement de contractualisation marque le rejet de ces restrictions (et du même coup de ces protections).

En dernier lieu, la contractualisation s'inscrit dans le mouvement plus large de la recherche de l'efficacité économique de l'activité administrative. La contractualisation de l'action publique est présentée comme permettant de circonvenir tout un appareil de règles et d'institutions qui alourdissent l'action administrative et qui nuit à son efficacité économique. La médiation est aussi présentée comme facilitant une réduction des coûts de la justice.

Il est clair que les justifications de la contractualisation et de la médiation se superposent nettement. Pour cette raison, on ne peut s'empêcher de douter de la pertinence de ce discours promoteur du modèle contractuel, tant il est protéiforme, tant il rappelle celui de la médiation. Par contre, il faut s'interroger de savoir si cette étiquette de contractualisation a une valeur intrinsèque pour la médiation.

3. Justifications et classification

Toutes les raisons qui sont présentées ci-dessus ne sont en fait que des justifications: des justifications à l'emploi de la méthode contractuelle ou de la médiation. Cependant pour reprendre l'interrogation de David Hiez et Sandrine Chassagnard-Pinet, cette 'rhétorique' n'a-t-elle pas été développée, pour parer cette procédure de médiation de la force symbolique et pacificatrice du contrat? Il est donc important de faire une analyse critique de cette longue liste de raisons dans le cadre de notre étude sur la médiation.

En fait, un examen des circonstances qui ont conduit à promouvoir la médiation dans le contexte des litiges administratifs permet de séparer les raisons des justifications. En France, l'augmentation exponentielle du contentieux en première instance a contribué à envisager la médiation comme une méthode de réduction du contentieux des tribunaux administratifs. Si l'expérience des justiciables s'en trouve améliorée, c'est un avantage supplémentaire et non-négligeable, mais ce n'est pas le but. De plus, l'introduction de la médiation ne signifie pas forcément un gain de temps pour les tribunaux administratifs; L'organisation et le déroulement de toute médiation demande du temps. Il n'est pas certain qu'une procédure de médiation prenne moins de temps que l'instruction d'un dossier contentieux. Comme la mission de médiation est confiée aux juges administratifs eux-mêmes, les gains sont minimes. Seule la nomination de médiateurs venant de l'extérieur pourrait aider les tribunaux administratifs à réduire leur travail contentieux.

En Angleterre, la médiation est le moyen pour le Gouvernement d'atteindre les buts d'efficacité économique et de réduction du coût de la justice. Par contre, il est difficile de croire dans les avantages que la médiation puisse vraiment avoir pour les justiciables anglais dans le cadre d'un litige de droit public. D'une part, le caractère quasi-contraignant du recours à la médiation signifie l'abandon en partie de l'idée de consentement, et l'établissement d'un filtre supplémentaire de l'accès à la justice; d'autre part, comme la médiation ne se fait pas au sein de la juridiction, le coût de l'organisation de cette médiation repose exclusivement sur les parties (honoraires du médiateur, la location d'un local etc). En fait, dans un certain nombre de cas,⁵⁷⁷ le coût de la médiation est transféré aux justiciables – c'est une forme de privatisation de la justice. Il est douteux que l'expérience du justiciable anglais s'en trouve améliorée.

En Allemagne, il semble bien que les juges aient à coeur l'amélioration de l'expérience du justiciable. D'une part, ce n'est pas le résultat d'une politique gouvernementale: cette initiative ne cherche pas à atteindre un but spécifique. D'autre part, les parties ont toute liberté pour refuser de participer à une médiation. Les juridictions qui emploient cette méthode de résolution des conflits en font d'ailleurs un bilan positif. Par contre, la médiation n'est pas offerte d'une manière uniforme dans toutes les juridictions et dans tous les *lander*. Cet inconvénient est la conséquence directe de la méthode utilisée pour intégrer la médiation au tribunaux administratifs allemands.

⁵⁷⁷ Il ne faut pas oublier que les administrations centrales ont mis en place des structures de médiation suite à la promesse du Gouvernement.

En fait, il y a bien un écart véritable entre la ‘rétorique’ et la réalité empirique. Il est dommage d’ailleurs que le label de ‘contractualisation’ reconnu à la médiation, ne puisse pas servir à dénoncer cet écart. Pour le moment, la contractualisation est conçue comme un concept fédérateur qui regroupe au sein d’un même mouvement les différentes expressions de la tendance consensuelle du droit. Or, cette étiquette n’est pas d’une grande utilité pour la médiation, tant et si bien que l’on peut se demander si ce rattachement à la contractualisation est opportun. La situation serait différente si cette conceptualisation de la médiation rendait possible une critique de cette rhétorique.

II. La médiation et la production normative: un éclairage révélateur

Cette étude sur la contractualisation de la justice s’inscrit au sein d’une réflexion plus générale sur la production normative et il pourrait être intéressant d’analyser la médiation dans le cadre de cette réflexion. A première vue, le concept de production normative semble projeter un éclairage fort intéressant sur la médiation. Les jeux de lumière juridiques méritent qu’on les observe de près. Cela permettra aussi d’identifier dans un deuxième temps, des contradictions avec d’autres tendances des systèmes juridiques à l’étude.

A. La problématique de la production normative: le statut de l’accord de médiation

La contractualisation nous dit-on établit un nouveau rapport à la norme: cette formulation presque axiomatique parsème la doctrine sur la contractualisation, sans qu’en soit toujours faite une analyse empirique. C’est bien ce rapport à la norme que nous nous proposons d’étudier dans le cadre de la médiation. Un premier examen rapide semble indiquer qu’une recherche approfondie dans ce sens pourrait éclairer les rapports complexes entre la norme et le phénomène de contractualisation. De fait, il est possible de noter l’existence d’une discontinuité marquée entre le moment de l’adoption de l’accord de médiation et le moment de son effet juridique. Le discours qui entoure la médiation révèle qu’il y un fossé entre la négociation de l’accord et son effet juridique.

1. L’adoption de l’accord

En effet, l’idée première de la médiation n’est pas de produire une norme juridique. En exagérant on pourrait même dire, dans un premier temps, que la médiation organise en quelque sorte l’évacuation de la norme juridique au moment de la négociation de l’accord. On veut faciliter l’adoption d’une solution équitable et adaptée au problème rencontré. A ce stade, les auteurs se méfient du droit, dénoncent la rigidité des règles et des procédures traditionnelles et semblent vouloir se situer en dehors du droit ou tout du moins de son champ traditionnel. Cela ne doit pourtant pas s’interpréter comme un manque d’intérêt pour ce qui concerne la normativité de la solution: au contraire, les partisans de la médiation avancent que

le caractère consensuel de la procédure accroît son efficacité. Cet accord de médiation est donc bien compris comme octroyant une normativité sociale⁵⁷⁸ par une opposition à une normativité juridique. La solution proposée n'est qu'individuelle, ponctuelle et confidentielle, mais elle a plus de chance d'être respectée qu'une décision de justice qui est imposée et souvent inadaptée. En fait, l'efficacité future de l'accord repose sur cette légitimité; elle réside dans l'obéissance mutuelle des parties.

La médiation est en fait une étude intéressante du passage de la norme négociée (qui relève d'une conception pluraliste du droit) à une norme qui doit trouver sa place dans un ordonnancement juridique traditionnel. Ce passage est plus ou moins difficile suivant l'intégration institutionnelle et juridictionnelle dont bénéficie le système de médiation. La réalité empirique est nuancée, mais il y a bien une difficulté réelle, un fossé (certes franchissable) entre la médiation et le système de justice administratif traditionnel dans lequel elle tente de s'inscrire.

2. Les effets de l'accord

Si le contenu et la validité légale ne sont pas des considérations importantes au moment de la négociation, ils le deviennent quand il est question de l'effet juridique de l'accord. Il faudrait presque que cette solution négociée devienne d'un coup, une norme légale. Il est intéressant d'observer ce passage qui participe de la production normative, mais une production normative en deux temps. Pour reprendre le schéma théorique de François Ost et de Michel Van de Kerchove, il est facile de distinguer dans cette transformation de l'accord de médiation - norme sociale en accord de médiation – norme légale les tensions entre les deux paradigmes de la pyramide et du réseau.

Par contre, ces tensions peuvent être résolues si l'on porte une attention particulière au cadre institutionnel qui conditionnera leur intégration finale à l'ordonnancement juridique traditionnel. Trois caractéristiques du système de médiation doivent être prises en compte pour établir les conditions de cette intégration: le lieu de la médiation, le choix du litige et la reconnaissance légale de l'accord de médiation.

Dans les expériences de médiation de droit administratif, c'est bien l'interaction de ces trois caractéristiques qui tendront à déterminer le statut légal de l'accord de médiation.

a) Le lieu de la médiation

Le lieu de la médiation est la première considération dont il faut tenir compte pour déterminer le statut final de l'accord. Plus la médiation est proche institutionnellement de la juridiction administrative (ou civile en Angleterre), plus le passage à la norme légale sera facilité.

⁵⁷⁸ Pour les sociologues, il y a une norme sociale quand une idée d'obligation de comportement et une sanction sociale est attachée à une demande d'action, voir K.D. Opp 'Norms' in International Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences, p. 10714.

En Allemagne et en France, la solution est de confier le rôle de médiateur à un juge dans le cadre d'une juridiction de première instance (ou comme cela se fait aussi en France, un juge administratif peut présider une commission de conciliation).⁵⁷⁹ Cela donne une certaine légitimité juridique au processus de médiation.⁵⁸⁰

En Angleterre, la situation est diamétralement opposée puisque la médiation est toujours confiée à un médiateur professionnel.⁵⁸¹ Cela crée un certain décalage institutionnel. Pour y remédier, il a été proposé que le juge intervienne pour encadrer la procédure de médiation, de manière à guider le médiateur dans sa démarche. Dans la décision *Cowl*,⁵⁸² la cour a établi un cadre strict pour la mise en oeuvre de la médiation qu'elle encourageait. D'une part, les questions de droit avaient déjà été résolues par la cour et elle imposait le respect de certaines règles procédurales au comité de conciliation dont elle avait aussi fixé la composition.⁵⁸³ D'autre part, la cour avait obtenu de la collectivité locale l'engagement de fournir un local, le secrétariat, la représentation légale le transport des demandeurs sur le lieu de la médiation. On comprend l'insistance de la cour, mais on ne peut que noter la lourdeur de cette organisation. De façon à protéger les parties, on s'éloigne des avantages que l'on reconnaît normalement à la médiation.

b) Le choix du litige

Dans les trois systèmes, il est reconnu que seuls certains litiges possèdent les caractéristiques nécessaires permettant une résolution par le biais de la médiation. Il y a, d'ailleurs, une forte convergence entre les trois systèmes. En Allemagne, on aura recours à la médiation si la décision: est basée sur un pouvoir discrétionnaire, concerne des intérêts polycentriques, s'appuie sur une situation de fait complexe, requiert la distribution d'un avantage financier, risque de remettre en cause la continuité de relations juridiques. En Angleterre, la médiation est particulièrement recommandée si les faits sont complexes ou doivent encore être établis, si l'on a besoin d'une solution sur-mesure, si la ou les questions de droit sont faciles à résoudre, s'il n'y a pas de considérations d'intérêt général et surtout si aucune liberté fondamentale n'est invoquée. En France, La médiation est particulièrement recommandée dans certains domaines: les contrats ou la responsabilité de la puissance publique; elle l'est aussi quand la solution légale n'est pas équitable, quand il faut préserver la continuité des relations juridiques entre les parties et que des litiges en série sont à prévoir.

⁵⁷⁹ J.-M. Le Gars 'Le point sur la médiation en droit public français', in R. Fritz, B. Karber and R. Lambeck, eds, *Mediation statt Verwaltungsprozess?*, Luchterhand, 2004, p. 203.

⁵⁸⁰ C'est bien la raison pour laquelle on demande la participation du juge administratif en France – cela rassure les parties et donne une sorte de certificat de légalité. On cherche à éviter les mauvaises surprises plus tard.

⁵⁸¹ Il y a toute une armée de professionnels prêts à entrer en lice.

⁵⁸² [2002] 1 W.L.R. 803.

⁵⁸³ La cour avait aussi imposé que la médiation soit menée par un comité comprenant un représentant des usagers, un représentant du service public et un médiateur professionnel.

Chaque système juridique tente de délimiter le champ d'intervention de la médiation de manière à éviter si possible tout problème au moment de la mise en oeuvre de l'accord. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, les juges allemands estiment que seuls 10 à 20 % des litiges sont susceptibles d'être résolus par la médiation. Cela remet d'ailleurs en cause très nettement le système quasi-contraignant mis en place par la réforme de la procédure civile en Angleterre. Il ne paraît pas logique d'imposer à tous les demandeurs de considérer sérieusement le recours à la médiation quand cette alternative n'est en fait recommandée que pour une catégorie de litiges limitée.

c) Le statut de l'accord de médiation

Les choix faits ci-dessus ont un impact déterminant sur le statut même de l'accord de médiation. Une sélection appropriée des litiges et l'implication du juge administratif dans la médiation ne peuvent que renforcer le statut de l'accord. C'est bien ce cadre institutionnel qui permet à la médiation de tendre à une production normative.

C'est certainement la raison pour laquelle en Allemagne, la solution adoptée par le système allemand est la plus efficace: l'accord a le même effet juridique qu'un jugement du tribunal administratif. De plus, le juge-médiateur a tous les pouvoirs pour aider pendant la médiation à la formulation d'un accord éventuel.

En France, la situation est plus complexe: la jurisprudence admet la possibilité pour les tribunaux administratifs d'homologuer un accord issu de la médiation et par là, de lui donner l'autorité de la chose jugée. Cela s'applique à tout accord de médiation même s'il n'y pas eu la participation d'un juge administratif.⁵⁸⁴ Par contre, le tribunal contrôle la légalité de cet accord, soulève tout moyen d'ordre public et peut donc être amené à l'annuler.⁵⁸⁵ En pratique, même la présidence d'un comité de conciliation par un juge administratif n'est pas toujours suffisante pour éviter l'annulation. Tout de même, il y a un mécanisme qui permet l'intégration de l'accord de médiation à l'ordonnancement juridique.

Il n'est pas étonnant que le statut de l'accord de médiation soit beaucoup plus fragile en Angleterre. L'intégration à l'ordonnancement juridique n'est pas vraiment préparé par les choix précédents. L'accord de médiation a le même effet juridique qu'un contrat. L'accord bénéficie aussi de la même sanction légale; un jugement est nécessaire pour le faire respecter, pour qu'il reçoive autorité légale. C'est un problème réel et reconnu comme tel. L'efficacité de la médiation est partie compromise par cette question du statut legal de l'accord. Un début de solution est proposé par les juges: ils sont prêts à reconnaître et à valider un accord de médiation qui résoud un certain nombre de questions et aspects du

⁵⁸⁴ Voir l'avis du Conseil d'Etat, CE Ass. 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré de l'Haÿ-les-Roses AJDA 2003 p. 280.

⁵⁸⁵ CE 19 mars 1971, Mergui, Rec. 235.

litige. La cour reprend les solutions proposées en médiation et ne répond qu' aux points qui restent encore à trancher.

B. Des tendances contradictoires

Il y a un certain nombre d'évolutions contemporaines qui dénotent une tendance contradictoire à celle de la médiation et aux principes qui la sous-tendent. Ces contradictions au sein d'un même système juridique démontrent sans doute les difficultés que créent la superposition et l'influence réciproque des deux paradigmes.

1. La montée en puissance du principe de *procès équitable*

L'interprétation de l'article 6 § 1 par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est à l'origine d'un formalisme procédural croissant. Il est donc pour le moins paradoxal que cette jurisprudence soit contemporaine de ce mouvement de promotion de la médiation. On aurait pu penser que ces deux tendances seraient mutuellement exclusives

La Cour de Strasbourg ne soulève pas d'opposition de principe aux MARL.⁵⁸⁶ Elle demande seulement que le choix d'une telle procédure ne se fasse qu'avec le consentement des parties dûment informées. Cette facilité peut surprendre de la part de la Cour. Le principe de procès équitable a été développé pour donner une protection accrue aux justifiçables face au système judiciaire. Mais cette protection est fortement compromise dans le contexte de la médiation. De fait, il est possible de relever des incompatibilités entre la médiation et le principe de procès équitable. Par exemple, il ne faut pas oublier que dans certaines circonstances, les parties qui optent pour la médiation, se coupent de tout recours futur - les délais étant si courts en droit administratif. Cette situation est particulièrement préoccupante si la médiation ne débouche pas sur un accord ou si l'accord de médiation n'a pas le soutien de l'une ou l'autre des parties. Les parties se retrouvent sans voie de recours.

Cette situation est d'autant plus préoccupante que dans un litige de droit public, il y a un déséquilibre des parties en faveur de l'Etat ou de la personne publique. Le but du procès administratif est d'ailleurs de s'efforcer à compenser cette différence. Dans le cadre de la médiation, il est bien plus difficile de rétablir l'équilibre. La doctrine a beau recommander aux parties de se placer à égalité l'une envers l'autre, il n'y a aucune garantie procédurale que cela ait lieu. Dans ces circonstances, la production normative dans le cadre de la médiation risque d'être à sens unique. La règle négociée court le risque d'être en fait une règle imposée. Mais ceci avec la différence qu'elle ne serait pas identifiée comme telle.

2. Le principe de transparence

⁵⁸⁶ CEDH 27 février 1980, Deweer v. Belgium, series A.

La médiation est aussi en opposition avec un autre concept que l'on retrouve sur le devant de la scène constitutionnelle depuis quelque temps: la transparence. La médiation possède peu de principes d'organisation procédurale, mais la règle de confidentialité en est un pivot central. La doctrine affirme que la confidentialité est essentielle au succès de la médiation. Aucune des parties ne consentiront à négocier que si la partie adverse adhère strictement à cette règle de confidentialité. Les parties peuvent alors négocier en toute liberté; elles peuvent se communiquer informations et opinions sans arrière-pensée. Cet échange est très important puisqu'il aide les parties à négocier avec tous, ou tout au moins, le plus d'éléments en main pour façonner une solution. Et, une seule information exacte permet que l'on puisse arriver à une solution optimale – le but proclamé de la médiation. Il est paradoxal que grâce au caractère confidentiel de la procédure, les parties reçoivent des informations auxquelles elles n'auraient peut-être pas eu accès autrement. La confidentialité conditionne l'accès à l'information; la médiation valide l'existence d'un paradoxe: le couple conceptuel confidentialité-accès à l'information.

De plus, l'obligation de confidentialité affecte le principe de transparence et révèle son caractère relatif dans le cadre de la médiation: cette transparence qui bénéficie aux parties exige que le droit à cette même transparence soit nié au public. La réussite de la médiation est en grande partie conditionnée par cette interprétation de la transparence à double degré: L'affirmation du droit à la transparence des parties, conduit au rejet du droit à la transparence du public. Curieusement, ce principe de droit public devient instrumental dans des relations que l'on a intentionnellement privatisées par le biais de la médiation. Mais parallèlement, l'exercice de ce principe est paralysé dans la sphère du droit public. Cette démonstration, certes un peu exagérée, tend à souligner les difficultés que l'adoption de la médiation peut causer au droit public. La logique de la médiation va à l'encontre de la logique constitutionnelle. Le rejet du principe de transparence a des ramifications pour tout le système constitutionnel; par exemple, il devient extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, dans ce contexte de contrôler l'activité de la personne publique. De même, il est impossible de s'assurer que les parties se trouvant dans des circonstances similaires soient traitées de manière identique. Le principe d'égalité n'y trouve pas son compte.⁵⁸⁷ L'adoption d'une médiation, non tempérée, pourrait aboutir à un effet de destabilisation. C'est peut-être la raison pour laquelle dans les trois systèmes étudiés, elle n'a eu qu'un succès modéré pour les litiges de droit public.

Conclusion

Dans cette analyse, on a beaucoup insisté sur la caractère original de la médiation aussi bien pour la résolution des conflits que pour la production normative. Pourtant, il faut se demander s'il n'existe pas une évolution naturelle qui aurait tendance à éteindre l'originalité de ces méthodes alternatives. Par exemple, il a été expliqué plus haut qu'une réforme importante des *administrative tribunals* vient d'être

⁵⁸⁷ A l'extrême limite, on pourrait soutenir que la médiation ouvre la porte à l'arbitraire, cet arbitraire que tous les efforts du droit constitutionnel tente de faire disparaître.

promulguée en Angleterre. Certes, une rationalisation de tous ces *administrative tribunals* était nécessaire; mais le législateur voulait surtout s'assurer que l'organisation, la procédure et le recrutement du personnel de ces *tribunals* étaient compatibles avec l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La difficulté réside dans la nécessité de protéger les justiciables. Le même souci se retrouvait aussi dans l'organisation de la médiation de la décision *Cowl*. Là encore ce n'est pas un exemple de flexibilité ou de sobriété procédurale que l'on nous propose. Il semblerait bien que le passage du temps banalise ces modes alternatifs. Les *administrative tribunals* étaient bien des MARL au moment de leur création, mais au fur à mesure des réformes, il se sont alignés sur les juridictions ordinaires. Par ce biais, ils perdent de leur originalité et de leur efficacité. D'ailleurs, il y a bien une indication de cette banalisation dans la réforme récente des *tribunals*. Les *tribunals* ont maintenant l'obligation de recourir d'abord à la médiation pour tenter de résoudre les litiges avant la tenue d'une audience. Comme nous l'avons souligné plus haut, c'est bien la création d'une alternative à l'alternative.

Il semblerait que toute initiative de médiation court le risque de cette banalisation, de cette fossilisation institutionnelle. Le modèle juridictionnel traditionnel garde un pouvoir d'attraction et un rayonnement considérable pour toutes les modes alternatifs. Par contre, cette banalisation induit un effet de désordre, puisque souvent, comme dans l'exemple anglais, une autre alternative est proposée et parfois même greffée sur le procédé original.

DERNIERE MATINEE

**LES INCIDENCES DU MOUVEMENT DE
CONTRACTUALISATION SUR LE CONTRAT**

**LE TRANSFERT AU CONTRAT DES EXIGENCES DE FORMULATION
D'UNE SOURCE NORMATIVE**

Par Pascal PUIG

Professeur à l'Université de la Réunion

"Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative" (588), sujet répété dix fois, cent fois... et dont le charme, sinon caché, du moins discret, m'a longtemps laissé perplexe.

⁵⁸⁸ Le style oral de la communication a été conservé

Au terme de ces deux premières journées d'étude, la contractualisation de la production normative, règles juridiques et modes de règlement des litiges, semblait avoir livré ses secrets. Mais voici qu'à l'heure de la "récréation du week-end", pour reprendre les mots de David Hiez, le mouvement de contractualisation se retourne vers son moyen, vers son instrument d'action : le contrat.

Quelle incidence la contractualisation de la production normative a-t-elle sur le contrat lui-même, et plus spécialement, sur sa physionomie (puisque tel est le thème de la première partie de la matinée) ?

Ainsi formulée, la question peut surprendre. Comment la contractualisation peut-elle changer la physionomie du contrat ? Comment le recours au contrat comme instrument de la production normative peut-il modifier le contrat lui-même ? Comment le passage d'un droit imposé à un droit négocié altère-t-il la physionomie du contrat alors que c'est précisément le contrat qui en est le moyen ?

Il ne peut s'agir d'étudier le particularisme des contrats de régulation, d'adoption et de réception de la loi, de la contractualisation de la justice, puisque les précédentes communications l'ont fait avec brio, non sans démontrer d'ailleurs que la contractualisation s'entendait avant tout d'une procédure de négociation plus que d'un véritable contrat au sens civiliste du terme.

Aussi me suis-je orienté dans une autre direction, espérant traduire les intentions des initiateurs de ce colloque.

Le contrat devient un instrument de production de la norme ; il devient en ce sens, bien que la question soit débattue, une véritable source de droit. Il devient alors intéressant de se demander en quoi cette fonction nouvelle ou renouvelée du contrat emporte des incidences sur sa physionomie. Plus précisément, quelles exigences habituellement posées à l'endroit des sources normatives classiques tendent aujourd'hui à s'imposer au contrat ? Que change la fonction normative ou quasi-normative du contrat sur lui-même, sa structure, son contenu, sa forme ?

"La source contractuelle de droit" : le charme du sujet était là, à peine voilé. Mais le charme juridique s'alliant à merveille avec le charme littéraire, c'est par Jean de La Fontaine que je voudrais introduire mes propos.

"Une grenouille vit un bœuf"

Qui lui sembla de belle taille.
Elle, qui n'était pas grosse en tout comme un œuf,
Envieuse, s'étend et s'enfle, et se travaille,
Pour égaler l'animal en grosseur,
Disant : "regardez bien ma sœur ;
Est-ce assez ? dites-moi ; n'y suis-je point encore ?
Nenni !
M'y voici donc ?
Point du tout !
M'y voila ?
Vous n'en approchez point !
La chétive pécure, s'enfla si bien qu'elle en creva..."

Le monde est plein de gens qui ne sont pas plus sages. A l'heure de la postmodernité, du passage d'un droit imposé à un droit négocié et consenti, à l'heure où la loi emprunte de plus en plus au modèle négocié du contrat, où la loi se contractualise, le contrat céderait-il à la tentation de devenir loi ?

N'est-ce point cette tentation qui anime les volontés individuelles lorsqu'elles prétendent formuler une règle de portée générale ? Le contrat se ferait *source générale* de droit.

N'est-ce point la même tentation qui anime les volontés individuelles lorsqu'elles revendiquent une liberté, une autonomie, face aux normes supérieures, qu'elles soient légales ou fondamentales ? Le contrat se ferait *source autonome* de droit.

Originellement, pourtant, la loi et le contrat diffèrent sur de nombreux points. La loi est commandement, le contrat est consentement ; la première s'inscrit dans l'unilatéralité, le second dans la bilatéralité. La loi postule l'inégalité, la soumission, le contrat repose sur l'égalité et l'équilibre. La loi procède par voie de dispositions générales et impersonnelles, le contrat s'appuie sur des clauses particulières et engendre des obligations personnelles. La loi est une source étatique et imposée, le contrat est une source privée et négociée... Loi et contrat opèrent en définitive dans des ordres différents, l'ordre

général pour la loi, l'ordre privé pour le contrat (589). C'est pourquoi leur force normative diffère, non pas tant dans son caractère obligatoire, que dans son rayonnement (590). L'opposabilité n'est pas la même.

Mais ces distinctions se sont peu à peu brouillées, et les deux journées précédentes l'ont fort bien montré du côté de la loi. Celle-ci se contractualise. Elle n'impose plus, elle propose. Il appartient désormais de montrer en quoi le contrat, sinon se légalise, du moins prend le visage d'une véritable norme, à l'image peut-être de la loi qui en constitue, malgré son affaiblissement, le modèle le plus achevé.

Je n'entrerai pas dans le débat théorique relatif à l'admission du contrat comme source de droit. De savants auteurs y ont consacré de riches développements, en particulier Denys de Béchillon qui a remarquablement démontré que l'effet relatif du contrat ne faisait pas obstacle à sa normativité (591). Si l'on veut donc bien admettre que le contrat donne naissance à une règle de droit, il convient de mettre en lumière les exigences relatives à la formulation d'une source normative qui lui sont transférées à partir du modèle de la loi. En d'autres termes, quelles sont les règles qui tendent à gouverner le contrat et dont la teneur est empruntée, sinon à la loi, du moins à une source normative ?

Quelles sont ces exigences ? Sans souci d'exhaustivité ni d'ordre dans la présentation, on peut notamment relever la qualité, la clarté, la précision, l'accessibilité et l'intelligibilité, la non-rétroactivité, la stabilité, la permanence, la prévisibilité, la généralité, le caractère impersonnel...

Certaines de ces exigences appellent peu d'observations parce que leur application analogique au contrat est, soit dépourvue de justification sérieuse, soit déjà assurée par des mécanismes propres au contrat qui n'empruntent rien au modèle normatif. J'en retiendrai quatre en guise d'introduction.

1) Ainsi en est-il tout d'abord de l'objectif d'accessibilité de la loi qui se traduit pour le contrat sous une forme originale tenant aux destinataires restreints de la norme. Si un parallèle devait être fait, il se manifesterait notamment dans l'obligation faite aux professionnels de remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement (art. R. 134-1 C. consom.) ou encore, à propos du bail d'habitation, dans la faculté réservée à chaque partie d'exiger, à tout

589 L. Aynès, *Le contrat, loi des parties*, in *Loi et contrat*, Etudes réunies par Y. Gaudemet : *Cah. Cons. constit.* 2004, n° 17, p. 17 et s.

590 Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2005, p. 86

591 D. de Béchillon, *Le contrat comme norme dans le droit public positif* : *RFDA* 1992, p. 15 et s.

moment, de l'autre partie, l'établissement d'un contrat conforme aux dispositions de la loi de 1989 (art. 3). C'est d'accessibilité à la norme écrite qu'il s'agit, accessibilité à *l'instrumentum*.

2) S'agissant, dans le prolongement, de l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi, elle-même dérivant de l'impératif de sécurité juridique, c'est tout d'abord dans la langue du contrat ⁽⁵⁹²⁾ qu'elle trouve son pendant contractuel. Les rares études consacrées à la question montrent qu'il s'agit avant tout d'un choix opéré par les parties dès la négociation, qui se prolonge dans sa rédaction puis, le cas échéant, son exécution (transfert de savoir-faire, médiation, arbitrage...). Au contraire, la loi française doit être rédigée et publiée en langue française.

La loi Toubon du 4 août 1994 maintient certes l'emploi obligatoire de la langue française "*dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de la garantie d'un bien ou d'un service ainsi que dans toute les factures et quittances*". Son article 5 dispose également que "*quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française. Ils ne peuvent contenir ni expression ni terme étrangers lorsqu'il existe une expression ou un terme français de même sens approuvés dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française*".

Mais ces exigences traduisent avant tout le souci d'information des consommateurs ⁽⁵⁹³⁾ et, au mieux, un certain rapprochement des contrats de droit public avec la loi. Elles n'expriment aucune assimilation de portée générale. D'ailleurs, la pratique révèle de nombreux contrats négociés et rédigés en langue anglaise et soumis à la loi française. Et l'on n'imagine mal un contrat international devant impérativement être rédigé en français !

Mais l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi trouve également son équivalent dans les dispositions relatives à l'interprétation du contrat. Au "*petit guide-âne*" des articles 1156 et s. C. civ., s'ajoute en effet une kyrielle de dispositions spéciales privilégiant une interprétation *in favorem* lorsque le contrat n'a pas été librement négocié, à l'image de la loi ordinaire. Le contrat d'adhésion, plus sans doute que le contrat négocié, est une "petite loi".

⁵⁹² J.-M. et P. Mousseron, *La langue du contrat : Mélanges Michel Cabrillac*, Litec-Dalloz, 1999, p. 219 et s. ; J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 3^e éd. par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, Ed. F. Lefebvre, 2005, n° 75 et s.

⁵⁹³ Rappr. C. assur. art. L. 112-3 qui impose la rédaction en français du contrat d'assurance et des informations transmises par l'assureur au souscripteur.

Ainsi l'article L. 133-2 C. conso. dispose-t-il que les clauses des contrats proposés par des professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et qu'elles s'interprètent, en cas de doute, dans le sens le plus favorable au consommateur. Il en va de même du contrat d'assurance dont les clauses obscures ou ambiguës s'interprètent toujours en faveur de l'assuré. L'avant-projet de réforme du droit des obligations est également en ce sens en prévoyant en son article 1140-1 que "*lorsque la loi contractuelle a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre*".

Par ailleurs, le principe selon lequel "*on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes*" est maintenu dans cet avant-projet (art. 1136) au motif qu'il constitue un pilier et une règle mémorable qui a la force coutumière d'un adage proclamant le principe de l'interprétation, le principe exégétique selon lequel l'esprit l'emporte sur la lettre. Ce choix fondamental est d'autant plus précieux, peut-on lire dans l'avant-projet, que sans méconnaître les différences spécifiques, la lecture de la loi contractuelle a toujours été considérée – et aujourd'hui encore – comme le modèle de celle de la loi étatique (au moins en première lecture). L'analogie entre le contrat et la loi est ici flagrante. Mais elle n'est pas nouvelle.

3) La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. La non-rétroactivité de la loi s'étend-elle au contrat ? Il semble que la non-rétroactivité soit l'apanage, en même temps que la contrainte, des sources de droit. C'est bien la raison pour laquelle la jurisprudence niait encore récemment la portée rétroactive de ses revirements et refusait de la limiter. *Quid* du contrat rétroactif ? A cet égard, il semble bien que le contrat s'apparente à une source normative. L'impératif de sécurité juridique qui sous-tend le principe de non-rétroactivité vaut pour le contrat comme pour la loi. Le contrat ne joue donc en principe que pour l'avenir.

Lorsqu'une portée rétroactive lui est conférée, celle-ci est toujours étroitement encadrée. Par le jeu de la condition, de la confirmation ou encore de l'effet déclaratif du partage, la rétroactivité ne remonte pas au-delà de la date de sa conclusion. Ce n'est que de manière tout à fait exceptionnelle que la loi admet le jeu d'une rétroactivité antérieure. Ainsi en est-il en matière d'assurance maritime pour la couverture des sinistres déjà intervenus à la date de conclusion du contrat lorsque l'assuré en ignorait la réalisation (art. L. 172-4 C. assur.). Le même risque putatif explique aussi la validité, certes très encadrée, des clauses dites de réclamation ("*claims made*") dans certains contrats d'assurance couvrant des risques professionnels (C. assur., art. L. 124-5 et L. 251-2). De façon plus générale, la Cour de cassation a admis que le contrat puisse conventionnellement produire un effet rétroactif antérieur à sa formation pourvu

toutefois que cette rétroactivité n'affecte pas le moment de sa formation⁽⁵⁹⁴⁾. Mais que le contrat ne soit pas en principe rétroactif ne le rapproche pas pour autant de la loi. Le contrat n'est pas rétroactif parce que les volontés n'ont d'emprise que sur leur avenir, non sur le passé. Telle est la fonction première et naturelle du contrat.

4) Enfin, quatrième illustration du rapprochement des exigences normatives et des règles gouvernant le contrat, sans que toutefois aucun transfert ne s'opère des premières vers les secondes : l'exigence de stabilité et de permanence de la règle de droit. Il y a cependant longtemps que la loi a cessé d'incarner un quelconque vœu de perpétuité. Sa permanence a cédé le pas à la mode de la "*loi jetable*", celle "*dont on change à chaque saison*", selon l'expression déjà ancienne du Conseil d'Etat⁽⁵⁹⁵⁾. Et tandis que la loi devient temporaire, réexaminable, voire expérimentale, le contrat s'inscrit de plus en plus dans la durée, via notamment des durées légales minimales, des clauses de tacite reconduction et des droits au renouvellement sans cesse plus nombreux, sans pouvoir toutefois prétendre à la perpétuité.

Le contrat serait-il devenu plus stable que la loi ? Grande est la tentation de répondre par l'affirmative quand on songe aux occasions nombreuses où le Conseil constitutionnel a dû, au cours de ces dernières années, préserver l'intangibilité du contrat contre l'immixtion du législateur dans les contrats en cours⁽⁵⁹⁶⁾, sauf motif d'intérêt général suffisant⁽⁵⁹⁷⁾. Pour autant, cette inversion des durées du contrat et de la loi ne traduit aucun transfert d'exigence de formulation d'une source normative. La loi devient simplement un mode de communication politique, "*le faire-valoir du législateur*" selon l'expression de Rémy Cabrillac, tandis que le contrat reste ce qu'il a toujours été : un acte de prévision⁽⁵⁹⁸⁾.

Accessibilité, intelligibilité, non-rétroactivité et stabilité, autant d'exigences pesant ordinairement sur les sources normatives qui trouvent depuis longtemps déjà leur pendant contractuel et n'éclairent donc guère l'accession du contrat au rang de source normative ni la recherche d'un éventuel transfert au contrat de nouvelles exigences.

⁵⁹⁴ Com., 17 juillet 2001 : *Bull. civ. IV.*, n° 153, p. 145

⁵⁹⁵ Rapport Public 1991, La Documentation française, Etudes et commentaires, n° 43, p. 15 et s.

⁽⁵⁹⁶⁾ Conseil d'Etat, Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006, p. 290.

⁽⁵⁹⁷⁾ Cons. const., déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi* : *JO* du 18 janvier 2003, p. 1084 ; B. Mathieu, *La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail (observations sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003)* : *D.* 2003, p. 638 ; *RDC* oct. 2003, p. 9, note Th. Revet ; *RFD const.* 2003, p. 567, note V. Ogier-Bernaud ; *D.* 2004, p. 1280, obs. V. Ogier-Bernaud.

⁵⁹⁸ H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz PUF Juris-Cl., 1999, p. 643

De tels transferts de la loi vers le contrat peuvent en revanche être décelés dans les prétentions relativement récentes du contrat à prendre le masque d'une source de droit, à la fois *générale* et *autonome*. Cette double tendance se dessine en droit positif, sans que le contrat parvienne toutefois à épouser totalement l'une ou l'autre. On tentera d'en mesurer les incidences sur la physionomie du contrat.

Source générale (I.), *source autonome* (II.), telles sont donc les deux orientations qu'il convient de suivre et en direction desquelles le contrat nourrit quelques velléités.

I. – Le contrat, source générale ?

Le contrat aspire à devenir une source générale en ce sens qu'il tend à viser, de manière générale et impersonnelle, toute une catégorie de personnes ou d'opérations abstraitement définies. Cette généralité constitue ordinairement une garantie d'impartialité et assure le respect du principe d'égalité et de non-discrimination devant la loi, principe qui est la forme la plus élémentaire de la justice. A cet égard, l'article 6 de la DDHC de 1789 déclare que la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

S'agissant du contrat, la tendance à la généralité va s'exprimer autrement. Elle se manifeste d'abord modestement dans la forme (A.) puis, de manière plus ambitieuse, dans la norme (B.) contractuelles.

A. – La généralité de la forme

La généralité de la forme procède d'abord d'un renforcement constant du formalisme depuis une cinquantaine d'années et du recul corrélatif du consensualisme. Elle se traduit également par une standardisation croissante du contrat, une normalisation qui, en la forme au moins, tend à rapprocher le contrat de la loi. Le contrat se formalise (1) mais il se normalise aussi (2).

1) Le contrat se formalise

Cette "*renaissance du formalisme*", qu'il soit direct, requis *ad validitatem*, ou indirect, requis *ad probationem*, traduit, dans une certaine mesure, l'accession du contrat au rang de norme. Bien que les sources non écrites de droit, telle la coutume, soient reconnues, on sait combien elles peinent à trouver

leur place dans la théorie des sources. La reine des sources est par nature écrite car seul l'écrit rend à coup sûr la règle accessible et opposable à tous. Un écrit qui est lui-même variable.

a) La forme peut tout d'abord être écrite.

On ne compte plus les contrats qui doivent, pour leur validité ou leur opposabilité, être conclus par écrit. Le consensualisme fait de plus en plus figure d'exception. On ne compte plus non plus les clauses sensibles dont la validité est subordonnée à une rédaction formelle claire, précise et non équivoque (par ex., art. L. 113-1 C. ass. à propos des clauses d'exclusion de risques ; art. 2368 C. civ. et L. 624-16 C. com. relatifs à la clause de réserve de propriété...). Mais il est vrai que ces exigences traduisent avant tout le souci de protection du contractant en situation de faiblesse, plus qu'un rapprochement du contrat et de la loi.

b) La forme peut aussi être légale.

Tout, en effet, dans le contrat n'est pas contractuel⁽⁵⁹⁹⁾. Les mentions obligatoires, clauses-types et autres clauses légales fleurissent, marquant l'immixtion des pouvoirs publics dans les actes privés afin de rétablir un équilibre présumé défaillant. Ainsi que l'a brillamment mis en lumière Thierry Revet, la loi "*remplace le pouvoir unilatéral officieux d'une partie dans l'élaboration du contrat par le pouvoir unilatéral officiel de la puissance publique*"⁽⁶⁰⁰⁾. Ce faisant, la forme légale s'accompagne inévitablement d'un phénomène de standardisation contractuelle. La forme apparaît bien comme le préalable à la normalisation.

2) Le contrat se normalise

Affirmer que le contrat se normalise, se standardise, relève du lieu commun. Mais, poussé à son paroxysme, ce phénomène emporte pourtant l'érection indirecte du contrat-type au rang de norme générale par la multiplication à l'identique des formules individuelles. En porte notamment le témoignage, le contrôle exceptionnel de l'interprétation des clauses-types auquel accepte de se livrer la Cour de cassation par souci d'uniformisation du droit.

⁵⁹⁹ F. Collart Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 225 et s., spéc. p. 230

⁶⁰⁰ Th. Revet, *La clause légale : Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz Litec, 1999, p. 277, spéc. n° 14

Il convient toutefois de relativiser l'effet de cette standardisation : "*pour standardisé, normalisé, encadré et rationalisé qu'il puisse être, tout contrat conserve un aspect unique*", écrit Thierry Revet (601), propre aux parties contractantes, qui maintient inéluctablement le contrat dans sa singularité originelle.

Cette standardisation contractuelle n'élève donc pas à elle seule le contrat au rang de norme générale mais lui imprime un certain degré de généralité, variable selon que la normalisation s'opère de manière spontanée (a) ou forcée (b).

a) La normalisation spontanée s'inscrit dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la législation privée. Observons avec Philippe Jestaz que, par-delà son extrême diversité, cette quasi-législation ne se développe qu'avec l'accord au moins implicite de la puissance publique qui, si elle ne s'était pas désengagée, pourrait décider d'occuper elle-même le terrain (602). Il s'agit donc d'une législation subsidiaire, dont la normativité procède avant tout de l'autorisation de la loi.

On rangera dans cette catégorie fourre-tout toute une série de sources contractuelles allant des règlements d'entreprise, aux codes de déontologie (commentés ou pas) et autres conventions collectives à la pratique des rédacteurs d'actes (des pratiques *descendantes*, selon la terminologie proposée par Pascale Deumier) en passant par les recommandations patronales, les contrats-types, les statuts de personnes morales ou encore les règlements de copropriété.

Leur point commun tient à ce que ces formules sont ressenties par le corps social comme plus ou moins obligatoires et emportent l'adhésion de leurs destinataires. Leur normativité tient donc moins à la source qui les produit qu'à leur réception par ceux qui y recourent. Mais elles réservent aussi parfois des surprises émanant de la pratique, de la jurisprudence ou de la loi.

1^{er} exemple : Il s'agit des actes de notoriété acquisitive rédigés par certains notaires et publiés à la conservation des hypothèques, attestant sur la base de simples témoignages que les conditions de l'usucapion sont réunies au profit du possesseur désigné dans l'acte. Comment ce possesseur de bonne foi peut-il imaginer que cet acte notarié, publié à la conservation des hypothèques, ne vaut pas titre de propriété ?

601 *Ibid.* n° 17

602 Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2005, p. 45

2^e exemple : Ce sont les fameuses recommandations patronales qui, par une alchimie dont la Chambre sociale de la Cour de cassation conserve le secret (⁶⁰³), s'imposent aux adhérents du groupement. Le particularisme des sources en droit du travail a beau être invoqué afin, sinon d'expliquer, du moins de légitimer le caractère nécessairement obligatoire de la recommandation patronale, il n'en demeure pas moins qu'un engagement unilatéral qui oblige autrui s'apparente davantage à l'expression d'un pouvoir réglementaire de droit privé (⁶⁰⁴), nécessairement fondé sur une convention d'habilitation consentie par les membres du groupement (⁶⁰⁵), acte sur la teneur duquel il est permis d'émettre un doute.

3^e exemple : les codes de bonne conduite élaborés par les associations professionnelles de conseillers en investissements financiers dont le non-respect expose son auteur, si l'on suit la lettre de l'article L. 573-9 du Code monétaire et financier, à des sanctions pénales (⁶⁰⁶). Comment le non-respect d'un code de bonne conduite édicté par une association professionnelle peut-il être passible de sanctions pénales sans admettre que ce code est devenu une norme à caractère général ?

La normalisation peut être spontanée ; elle est aussi, dans certains cas, forcée.

b) La normalisation forcée du contrat s'opère par l'introduction dans le contrat de normes de comportement et d'obligations auxquelles les parties n'avaient pas consenti. Tout, en effet, dans le contrat n'est pas consensuel.

La bonne foi, tout d'abord, permet certes au juge de "*sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle*" mais ne l'autorise pas à "*porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties*" (⁶⁰⁷). En d'autres termes, la bonne foi relève de la force obligatoire du contrat mais n'influe pas sur son contenu obligationnel. La normalisation du contrat n'affecte ici que le comportement des contractants, non leurs obligations.

(⁶⁰³) Soc., 29 juin 1999 (2 arrêts) : *Dr. soc.* 1999, p. 795, concl. J. DUPLAT ; *D.* 2000, p. 50, note R. de QUENAUDON ; *Petites affiches*, n° 50 du 10 mars 2000, p. 11, obs. S. JOLY ; *RTD civ.* 2000, p. 200, obs. N. MOLFESSIS ; cf. également, B. BOUBLI, *La force obligatoire des recommandations patronales : TPS* août-septembre 1999, chron. n° 14, p. 6 et s.

(⁶⁰⁴) N. MOLFESSIS, obs. préc., spéc. p. 206.

(⁶⁰⁵) Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, préf. Th. REVET, Litec, coll. *Bibl. dr. entreprise*, t. 38, 1998, spéc. n° 110 et s.

⁶⁰⁶ Cf. B. Dondéro, in *Lamy Dr. pénal des affaires*, n° a942 et s.

⁶⁰⁷ Com., 10 juillet 2007 : *JCP G* 2007, II, 10154, note D. Houtcieff

Mais la normalisation contractuelle ajoute aussi au contenu obligationnel du contrat des obligations de sécurité et d'information. Ce forçage du contrat, sur lequel il est inutile de s'étendre, s'analyse bien comme un transfert au contrat d'exigences de portée générale. Le contrat doit reproduire les exigences de la loi parce qu'il a vocation à rayonner comme la loi. C'est d'ailleurs à ce propos qu'une partie de la doctrine avait naguère suggéré d'étendre les effets du contrat aux tiers.

La généralité n'est alors plus seulement celle de la forme contractuelle, elle est aussi celle de la norme contractuelle.

B. – La généralité de la norme

La généralité de la norme tient essentiellement à son rayonnement. A cet égard, Philippe Jestaz écrit que la loi et le contrat "*ne se distinguent que par leur rayon d'action et non par leur force obligatoire, qui est rigoureusement la même dans les deux cas*" (608). "*Il faut obéir au contrat aussi bien qu'à la loi*". Seuls les destinataires de la norme changent.

Que le contrat soit une norme, fût-elle privée, n'est pas nouveau et ses virtualités ont été dynamisées par Pascal Ancel dans un lumineux article que tout le monde a en mémoire (609). Le contrat ne se réduit pas à ses obligations, il est obligatoire même sans être obligationnel. De ce point de vue, le contrat apparaît bien comme une "*petite loi*" (610), obligatoire pour ceux qui y ont consenti, mais seulement pour ceux-ci. C'est donc par son opposabilité restreinte que le contrat peine à se faire loi. La force normative du contrat ne présente pas le même degré de généralité que celui de la loi.

Il tend pourtant à être démontré que, sous l'influence notamment des groupes de pression théorisés par Ripert, la loi régit de plus en plus des catégories sociales ou professionnelles déterminées. Sa généralité est en recul. Elle est également devenue moins l'expression de la volonté générale que celle du législateur en la personne de ses techniciens, technocrates et autres politiques (611).

608 Ph. Jestaz, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 86

609 P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : RTD civ.* 1999, p. 771

610 Ph. Jestaz, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 88

611 F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7^e éd., 2006, n° 418

De son côté, le contrat aspire à davantage de rayonnement. Son effet relatif traditionnel tend à s'estomper derrière la progression de son opposabilité. Les tiers peuvent, aujourd'hui plus qu'hier, invoquer à leur profit un contrat auquel ils sont pourtant étrangers (1). On s'interroge toutefois sur la possibilité qu'un contrat puisse, malgré son effet relatif, nuire aux tiers (2).

1) Le contrat peut profiter aux tiers

La solution, naguère controversée en doctrine, est aujourd'hui acquise en jurisprudence : "*le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage*" (612). Cette solution, abondamment commentée et à laquelle la *RDC* a récemment ouvert ses colonnes de la rubrique "Débats" (613), renforce très sensiblement la généralité de la norme contractuelle. Je me contenterai de formuler deux séries d'observations en rapport avec le sujet traité.

a) La première tient à la portée de la solution sur la force normative du contrat et, plus spécialement sur son opposabilité. L'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle méritait sans doute d'être approuvée lorsque l'obligation inexécutée constitue l'expression d'un devoir général de prudence ou de diligence. Elle est en revanche plus discutable lorsqu'elle se rapporte à une obligation économique propre au contrat car permettre au tiers d'invoquer son inexécution aboutit à lui reconnaître indirectement la qualité de créancier.

C'est pourquoi, à l'égard de telles obligations, la jurisprudence de la Chambre commerciale tendait encore à exiger du tiers la preuve d'une faute délictuelle autonome, « envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel », « détachable » ou « séparable » du contrat ; bref, une faute au sens de l'article 1382 du Code civil (614).

Désormais, le contrat ne se conçoit plus seulement comme "*un fait interindividuel dont la portée est limitée aux seules parties contractantes, mais aussi comme un fait social intéressant l'ensemble de la*

⁶¹² Ass. plén. 6 octobre 2006 : *D.* 2006, jur. p. 2825, note G. Viney ; *JCP G* 2006, II, n° 10181, note M. Billiau et avis Gariazzo ; *RTD civ.* 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; p. 123, obs. P. Jourdain ; *Contrats-conc.-consom.* 2007, n° 63, note L. Leveneur ; v. aussi Ph. Brun, *Feu la relativité de la faute contractuelle* : *RLDC* 2007, 2346

⁶¹³ *RDC* 2007/2, p. 537 et s.

⁶¹⁴ par ex., Com. 8 octobre 2002, *JCP G* 2003, I, 152, obs. G. Viney ; *Defrénois* 2003. 863, obs. E. Savaux ; Com. 5 avril 2005, *RDC* 2005/3, p. 687, note D. Mazeaud ; *Contrats-conc.-consom.* 2005, n° 149, note L. Leveneur

collectivité". L'ordre contractuel n'est plus un ordre autonome, il est désormais intégré à l'ordre juridique général dont il constitue un sous-ordre (615). Le renversement de perspective est saisissant !

b) La seconde observation est plus en recul. Il convient d'observer que le rayonnement de la norme contractuelle n'est pas le même selon qu'il s'envisage du côté des parties, des titulaires d'une action directe de nature contractuelle ou des tiers. Il apparaît en effet que, par le jeu combiné de cette jurisprudence et de celle relative à l'opposabilité au sous-acquéreur des clauses limitatives de responsabilité stipulées dans le contrat initial, les tiers au contrat sont désormais mieux traités que les créanciers contractuels, qu'ils soient directement parties ou bénéficiaires d'une action directe.

En niant l'autonomie de la faute délictuelle qu'elle assimile à la défaillance contractuelle (« sans avoir à rapporter d'autre preuve »), la solution de l'Assemblée plénière autorise un tiers à se prévaloir d'un contrat auquel il est étranger pour obtenir réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation dont il n'est pas créancier, sans que le débiteur puisse lui opposer la moindre clause limitative de responsabilité. Le contrat peut donc être opposé par les tiers aux parties mais celles-ci ne peuvent s'en prévaloir en retour pour faire valoir leur éventuelle limitation de responsabilité. Si norme générale il y a dans le contrat, elle est pour le moins à deux vitesses.

En d'autres termes, le sous-acquéreur, pourtant ayant cause à titre particulier, est traité plus sévèrement que les véritables tiers puisque, s'il peut comme ceux-ci se prévaloir du manquement contractuel du vendeur initial, il doit contrairement à eux supporter les limites contractuelles du premier contrat. L'option proposée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations ne résoudra guère ce paradoxe (616).

Le contrat peut donc profiter aux tiers, mais peut-il leur nuire ?

2) Le contrat peut-il nuire aux tiers ?

La question fut récemment posée par Denis Mazeaud à propos d'un énigmatique arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mai 2006 (617). Un bailleur avait consenti un bail commercial à un premier

615 G. Wicker, *La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général* : RDC 2007/2

616 cf. notre *HyperCours, Contrats spéciaux*, 2^e éd., Dalloz, 2007, *Quiz*, p. 259 et s.

617 Civ. 3^e, 4 mai 2006 : RDC 2006/4, p. 1154, obs. J.-B. Seube ; JCP G 2006, II, 10119, obs. O. Deshayes ; RTD civ. 2006, p. 553, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2007/2, p. 267, obs. D. Mazeaud

preneur assorti d'une clause d'exclusivité. Il conclut par la suite sur un local voisin un second bail commercial avec un autre locataire dont l'activité était précisément celle visée dans la clause d'exclusivité. Le premier locataire assigne alors son bailleur aux fins d'obtenir le respect de cette exclusivité. Il obtient devant les juges du fond le versement de dommages-intérêts mais est débouté de sa demande tendant à faire condamner le bailleur à contraindre sous astreinte le second locataire à cesser l'activité litigieuse. Mais la Cour de cassation exerce sa censure au motif que "*le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation*" Comme il a été justement observé, cet arrêt peut faire l'objet de deux interprétations fort différentes.

Selon une première, le locataire créancier est seulement en droit d'exiger de son bailleur qu'il "fasse respecter" la clause par les autres locataires sans qu'aucune contrainte ne puisse être exercée sur ces derniers lesquels, étrangers au premier contrat, n'ont pas à le subir (618). Selon une interprétation plus audacieuse (619), les autres locataires seraient directement tenus de respecter la clause d'exclusivité stipulée dans le premier contrat et le bailleur serait en droit d'en exiger d'eux le respect. Il va de soi que si cette interprétation devait être retenue, le contrat pourrait désormais imposer des obligations à des tiers n'y ayant pas consenti et n'en ayant même pas eu connaissance. On connaissait le contrat avec effet protecteur à l'égard des tiers, voici le contrat avec effets nuisibles aux tiers !

Dans une moindre mesure, on observera que le contrat est opposable aux tiers en tant que fait social, si bien que les tiers en ayant connaissance sont tenus de le respecter. De cette opposabilité plus classique du contrat découlent notamment les applications jurisprudentielles de la tierce complicité et la récente faculté reconnue au bénéficiaire d'un pacte de préférence "*d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir*" (620). La norme contractuelle n'est ici opposable que sous réserve d'une double preuve particulièrement difficile à rapporter. Sa généralité s'en trouve d'autant réduite. Reste que cette opposabilité pourrait croître pour peu qu'un mécanisme de publicité efficace soit organisé (par ex., une publicité foncière, obligatoire ou facultative, mais rendant l'acte opposable aux tiers). Un problème similaire se pose avec les clauses de réserve de propriété et de renonciation à accession immobilière. De

618 J.-B. Seube, obs. préc.

619 O. Deshayes, obs. préc.

620 Cass., Ch. mixte, 26 mai 2006 : *D.* 2006, jur. p. 1861, note P.-Y. Gautier ; p. 1864, note D. Mainguy ; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Contrats-conc.-consom.* 2006, n° 153, note L. Leveneur ; *JCP E* 2006, 2378, note Ph. Delebecque ; *RDC* 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud ; *Ibid.* p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; *Deffrénois* 2006, art. 38433, p. 1206, obs. E. Savaux

façon générale, le contrat ne peut rayonner et accéder à une certaine généralité que si, à l'instar de la loi, il est rendu public.

Norme générale, le contrat tend donc à le devenir mais sous des conditions strictes de forme et d'opposabilité aux tiers. Il ne saurait, en tout état de cause, prétendre à l'opposabilité *erga omnes* de son modèle. Mais les velléités contractuelles en direction de la loi ne se limitent pas à copier sa généralité. Le contrat prétend aussi dans une certaine mesure lui emprunter son autonomie.

II. – Le contrat, source autonome ?

Le contrat peut-il devenir une source autonome ou relativement autonome de droit ? A quelles conditions ? Les relations entre le contrat et la loi se sont longtemps bornées à l'affirmation d'une dépendance, d'une soumission du premier à la seconde. Dans la conception légicentriste des sources de droit, kelsénienne ou néo-kelsénienne, la volonté individuelle ne peut être qu'une source dérivée, un pouvoir délégué et encadré par la loi, ce qui revient à dire qu'elle n'est pas une véritable source de droit. Dans le prolongement, le contrat n'est pas obligatoire parce qu'il traduit l'exercice d'une liberté individuelle, expression d'une autonomie de la volonté, mais parce que la loi lui accorde cette force. La force obligatoire du contrat est donc aussi subordonnée à la loi pour laquelle elle n'est qu'un instrument de l'équilibre social (621).

Au contraire, dans une conception pluraliste des sources, la volonté individuelle acquiert une certaine autonomie. Dépassant la distinction traditionnelle entre création et application de la règle de droit, des bouillonnements plus ou moins désordonnés échappant au contrôle de l'Etat font naître de nouvelles normes aux contours variables. Reste à savoir si ce droit contractuel spontané se développe en totale liberté ou s'inscrit au contraire dans un ensemble de contraintes découlant de l'ordonnement juridique. En particulier, les contraintes inhérentes à la formulation d'une source normative s'appliquent-elles au contrat ? Et celui-ci supporte-t-il des exigences supplémentaires tenant à sa place singulière dans le concert des normes ? Pour le vérifier, j'envisagerai successivement deux problèmes.

A l'instar de toute norme, le contrat est censé obéir à l'exigence kelsénienne de conformité à la norme supérieure. Comme la loi, il est donc de plus en plus soumis à un contrôle de fondamentalité (A.). Mais

⁶²¹ P. Ancel, *La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 163 et s., spéc. p. 165.
in crise, p. 165

parce que le contrat est traditionnellement présenté comme subordonné à la loi, il convient aussi de s'interroger sur sa légalité et d'envisager plus largement la subtilité des relations entre la loi et le contrat (B.).

A. – La *fondamentalité* du contrat

La *fondamentalité* du contrat peut s'apprécier de deux manières fort différentes : verticale, elle inscrit le contrat dans l'ordonnement normatif et vérifie que la norme contractuelle n'édicte pas une règle contraire aux droits fondamentaux (1) ; horizontale, elle échappe à toute logique normativiste et tend seulement à vérifier que les droits fondamentaux d'une partie ne sont pas sacrifiés sur l'autel des droits fondamentaux de l'autre partie (2). On verra que la première est plus rare que la seconde, si bien que le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative est, en définitive, relativement pauvre.

1) La *fondamentalité* verticale

Cette *fondamentalité* hiérarchisée s'inscrit dans une approche normativiste du contrat justifiant, selon certains auteurs, la soumission verticale du contrat aux normes fondamentales qui lui sont supérieures (622). Rares sont toutefois les décisions à illustrer pareille approche. Je n'en vois guère qu'une seule pour l'instant, relative à l'interprétation des actes juridiques, dont la portée est somme toute relative. Alors que cette interprétation était jadis gouvernée par la seule volonté des parties, elle est désormais soumise au contrôle dynamique et évolutif de la Cour EDH.

Ainsi, une veuve andorrane avait rédigé un testament en 1939 par lequel elle léguait sa fortune à son fils en lui faisant obligation de transmettre à son tour l'héritage à "un fils ou un petit-fils issus d'un mariage légitime et canonique", à défaut de quoi les biens reviendraient aux sœurs du légataire et à leurs enfants. Si le légataire contracta bien un mariage canonique, il adopta un enfant. Celui-ci pouvait-il être regardé comme issu "d'un mariage légitime et canonique" selon les termes du testament ? Le Tribunal supérieur de justice d'Andorre avait répondu par la négative au motif qu'en 1939, date du testament, un enfant adoptif était considéré comme une personne étrangère au cercle familial de sorte que la testatrice n'avait pu vouloir lui transmettre ses biens.

(622) J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. E. Garaud, PUAM, 2003, n° 18 et s.

La Cour européenne condamna cette interprétation au motif qu'elle établissait une discrimination à l'encontre de l'enfant adoptif : "*Certes la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus généralement avec les principes sous-jacents à la Convention*" (623). Injonction est donc faite aux juges nationaux d'interpréter les actes juridiques conformément aux principes de la Convention en se plaçant, non au jour de l'expression de volonté, mais à l'époque actuelle.

Si l'on veut bien admettre que la contrainte pesant sur le juge se rapporte au sens à donner à l'énoncé normatif contractuel, on en déduira volontiers par ellipse que l'exigence pèse directement sur le contrat. Pour autant, à supposer que la volonté exprimée par la testatrice ait été claire, ne souffrant aucune interprétation possible, la solution aurait probablement été différente. On voit donc par là que le contrat peut encore aujourd'hui méconnaître certains principes fondamentaux sans encourir de censure. C'est que sa fondamentalité s'inscrit, pour l'essentiel, dans une dimension horizontale.

2) La fondamentalité horizontale

Cette fondamentalité égalitaire fait entrer les droits fondamentaux dans le contrat, non par le sommet, mais en la personne des contractants à laquelle ils sont d'ores et déjà attachés, *ab initio*, avant même le début des négociations. Les droits fondamentaux s'identifient le plus souvent, selon l'heureuse et intuitive formule de L.F. Pignarre, à des "*droits de la personnalité du contractant*" (624). La relation entre le contrat et les droits fondamentaux se ramène ainsi à celle des contractants armés de leurs droits fondamentaux. La relation est devenue horizontale, la hiérarchie normative a disparu. Le contrat ne s'oppose pas directement aux droits fondamentaux et ne leur est pas de prime abord soumis comme le serait une norme inférieure dans la théorie kelsénienne. Le contrat apparaît davantage comme un lieu de lutte entre les droits fondamentaux des contractants et n'est valable qu'à la condition de ne pas sacrifier les droits de l'une des parties au profit de l'autre. Le contrat doit réaliser le juste équilibre entre des droits

⁶²³ Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre* : *RTD civ.* 2004, 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2005, 645, obs. J. Rochfeld ; v. aussi, J.-P. Marguénaud, *Droits fondamentaux et interprétation du contrat, Regard sur les juges*, in *Contrats et Droits fondamentaux*, Colloque Avignon 12 janvier 2007

⁶²⁴ L.-F. Pignarre, note ss. *Civ. 1^{ère}*, 7 février 2006 et *Soc.*, 12 juillet 2005 : *Les petites affiches* n° 187 du 19 septembre 2006, p. 7 et s.

fondamentaux antagonistes. L'approche traditionnelle du contrat s'en trouve bouleversée mais elle ne rapproche en rien le contrat de la loi.

C'est cette analyse en termes de proportionnalité qui ressort de la plupart des décisions intervenues au cours de ces dernières années pour assurer l'équilibre entre les droits fondamentaux dans le contrat, qu'il s'agisse d'assurer l'hébergement des proches du locataire malgré la clause contraire du bail (625), de préserver le libre choix du domicile du salarié malgré les intérêts légitimes de son employeur (626), de sauvegarder le libre exercice d'une activité professionnelle malgré la créance légitime de non-concurrence de l'employeur (627), de protéger la liberté d'association contre des intérêts commerciaux (628) ou encore de préserver le contenu et l'exécution du contrat des convictions religieuses de l'une des parties (629).

Mais le contrôle de proportionnalité auquel le contrat se trouve désormais soumis ne le rapproche-t-il pas, d'une autre façon, de la loi ? N'est-ce point là le reflet du contrôle auquel se livre le Conseil constitutionnel lorsqu'il apprécie l'atteinte portée par la loi à un droit fondamental ? Au fond, la liberté gagnée par le contrat l'obligerait du même coup à davantage de responsabilité dans l'équilibre des droits et des obligations des parties. Le contrat autonome doit aussi être mieux équilibré. Voilà sans doute pourquoi l'exigence d'équilibre contractuel se fait de plus en plus forte, quel que soit masque sous lequel elle se manifeste (cause, bonne foi, abus, etc.). C'est aussi la raison pour laquelle l'unilatéralisme, signe du déséquilibre des forces entre les parties, est aujourd'hui compensé par un contrôle de l'abus, demain peut-être par une obligation de motivation (630). Le contrat ne peut être libre que si son équilibre est assuré. La balance des droits fondamentaux des parties suit assurément la même contrainte.

⁶²⁵ Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996 (*Mel Yedei*) : JCP G 1996, éd. G, I, 3958, obs. Ch. Jamin ; RTD civ. 1996, p. 897, obs. J. Mestre. – Civ. 3^e, 22 mars 2006 (*Zéline*) : *Petites Affiches* 2006, n° 148, p. 18, note E. Garaud ; RTD civ. 2006, p. 722, obs. J.-P. Marguénaud ; RDC 2006, obs. J.-B. Seube, p. 1149.

⁶²⁶ Soc., 12 janvier 1999 : D. 1999, p. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *Dr. social* 1999, p. 287, note J.-E. Ray ; RTD civ. 1999, p. 395, obs. J. Hauser ; Ch. Pettiti, *TPS* 1999, chron. 6 ; Soc. 12 juillet 2005 : *Dr. social* 2005, p. 1037, obs. J. Barthélémy ; D. 2006, p. 31, obs. M.-C. Escande-Varniol ; RTD civ. 2006, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1^{ère}, 7 février 2006 : *Les petites affiches* n° 187 du 19 septembre 2006, p. 6, note L.-F. Pignarre

⁶²⁷ Soc. 10 juillet 2002 : D. 2002, p. 2491, note Y. Serra ; JCP G 2003, II, 10162, note F. Petit ; RDC 2003, p. 17, obs. J. Rochfeld et p. 148, obs. Ch. Radé

⁶²⁸ Civ. 3^e, 12 juin 2003 : RTD civ. 2003, p. 771, obs. J. Raynard ; JCP G 2003, II, 10190, note F. Auque ; RTD civ. 2004, p. 280, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld ; p. 348, obs. G. Lardeux

⁶²⁹ Civ. 3^e, 18 décembre 2002 : RTD civ. 2003, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 383, obs. J.-P. Marguénaud et p. 575, obs. R. Libchaber ; RDC 2003, p. 220, obs. A. Marais ; RDC 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld et p. 348, obs. G. Lardeux. – Civ. 3^e, 8 juin 2006 (*Amsellem*) : D. 2006, jur. p. 2887, note C. Atias ; RTD civ. 2006, p. 722, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2006, n° 10, p. 12, note E. Putman ; *Petites Affiches* 2006, n° 133, p. 9, note D. Fenouillet ; *adde* J. Raynaud, *Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ?* : *AJDI* 2006, Point de vue p. 609).

⁶³⁰ M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats : Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301

Contrairement à une présentation répandue, le contrôle de fondamentalité auquel le contrat est de plus en plus soumis ne procède pas donc tant de sa soumission à des normes supérieures qu'à une exigence d'équilibre attachée à la liberté qu'il a su gagner. Là réside sans doute le véritable transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative.

Qu'en est-il dans ses relations avec la loi ?

B. – La légalité du contrat

La légalité du contrat est ici moins entendue comme le respect par le contrat des prescriptions légales nécessaires à sa validité et à son efficacité que comme l'éventail des tensions subtiles et souvent secrètes qui innervent les relations entre la loi et le contrat (631). Le contrat est traditionnellement soumis, subordonné à la loi, surtout lorsqu'elle celle-ci porte le sceau de l'ordre public. Mais cette relation verticale s'est largement complexifiée. Tantôt le contrat reprend la loi en s'y soumettant. Le contrat est alors légal (1). Tantôt, au contraire, le contrat emprunte à la loi certaines de ses prescriptions et les fait siennes. Il les incorpore. Il les contractualise. C'est la loi qui est alors contractualisée (2). Selon l'hypothèse envisagée, il est clair que les exigences pesant sur le contrat ne seront pas les mêmes.

1) Le contrat légal reformule la loi en s'y soumettant.

a) Lorsque la situation juridique entre dans le champ naturel de la loi, sa contractualisation n'impose guère que le respect de la loi elle-même. Le contrat mime la loi, il est un simple imitateur. Comme l'a justement observé Sandrine Chassagnard, il s'agit seulement "*d'ajouter un maillon contractuel à une chaîne normative unilatérale*". Le contrat se fait alors "pédagogique", selon l'expression de Judith Rochfeld (632), en rappelant aux contractants leurs obligations légales. On aura bien sûr reconnu le visage du PARE et du contrat de responsabilité parentale que Thierry Revet développera avec talent. Ils n'ajoutent rien à la loi, sauf une signature...

b) Lorsque, au contraire, le contrat entend se soumettre à une loi dans le champ d'application de laquelle il n'entre pas naturellement, la question devient plus délicate. Le contrat entend déclencher

631 *Cah. Cons. const.* 2004, n° 17, *Loi et contrat*, Etudes réunies et présentées par Y. Gaudemet ; Ph. Jestaz, *La loi et le contrat*, in *Autour du droit civil, Ecrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 397 et s.

632 J. Rochfeld, *Le PARE ou les virtualités du "contrat pédagogique"* : *RDC* 2005, p. 257 ; *Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du "contrat pédagogique"* : *RDC* 2006, p. 665

l'application d'une loi qui ne s'applique normalement pas à la situation considérée. Le contrat n'est plus seulement imitateur, il est le déclencheur de la loi. On aura reconnu la figure de la clause d'*electio juris*, bien connue du droit international privé, mais qui se développe aussi, non sans hésitation, en droit interne (633). Les contractants entendent ici volontairement soumettre leur contrat au statut légal des baux commerciaux, des baux ruraux ou des baux d'habitation, au régime protecteur du prêt à la consommation ou encore à la garantie décennale des constructeurs. Ces clauses appellent ici trois séries d'observations.

- La validité et l'efficacité d'une telle clause supposent d'abord que les parties aient la libre disposition de leurs droits, c'est-à-dire que le régime légal auquel elles entendent se soustraire ne soit pas lui-même impératif. La liberté contractuelle serait en effet impuissante à contrarier l'impérativité de la loi. Choisir est ici d'abord renoncer (634). Ainsi, un contrat normalement soumis au statut du bail commercial ne saurait y échapper pour relever de celui du bail d'habitation, un contrat de bail d'habitation relevant des dispositions de la loi du 23 décembre 1986 ne peut conventionnellement être soumis à celles de la loi de 1948 (635).

- Mais l'*electio juris* suppose également d'admettre l'extension conventionnelle du statut impératif en dehors de son domaine naturel. Si la jurisprudence y semble assez largement favorable, on observe encore quelques îlots de résistance. En témoigne un récent arrêt du 21 mars 2007 qui approuve une cour d'appel de n'avoir pas recherché, comme il lui était demandé, si les parties avaient entendu soumettre leur contrat de bail aux dispositions de la loi du 6 juillet 1989 dès lors que le local loué n'était pas affecté à l'habitation principale du preneur (636).

On sait en effet que la loi de 1989, d'ordre public, ne s'applique qu'aux locations à usage d'habitation ou mixte, à usage d'habitation et professionnel. Faut-il en déduire que le caractère impératif de la loi interdit son extension conventionnelle ? Autrement dit que le contrat ne pourrait élire en dehors de son champ naturel d'application qu'une loi supplétive ? Rien n'est moins sûr tant l'impérativité de la loi devrait rester étrangère à cette extension. Ce que l'ordre public interdit, c'est de se soustraire à la loi quand ses conditions d'application sont réunies. Mais rien n'interdit de s'y soumettre lorsque toutes ses conditions ne sont pas réunies. Le caractère impératif de la loi se rattache seulement à son applicabilité. Une fois

⁶³³ J.-B. Seube, *L'electio juris en droit interne ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1009 ; D. Bureau, *L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat : Mélanges Philippe Malaurie, Liber amicorum, Defrénois*, 2005, p. 125 ; C.

Lisanti, *Retour sur l'electio juris en droit interne : RLDC* à paraître.

⁶³⁴ J.-B. Seube, art. préc.

⁶³⁵ Civ. 3^e, 2 juin 1999 : *D.* 2000, p. 733, note S. Beaugendre ; *RD imm.* 1999, p. 466, obs. F. Collart Dutilleul

⁶³⁶ Civ. 3^e, 21 mars 2007 : *RDC* 2007/4, obs. J.-B. Seube

applicable, la loi est seulement obligatoire, qu'elle soit impérative ou supplétive. A supposer, donc, que ses conditions d'application ne soient pas satisfaites, la loi n'est plus qu'une "*matière normative refroidie*" (637) dont le caractère obligatoire peut être réactivé par la volonté des parties. L'impérativité de la loi s'épuise dans ses conditions d'application et ne saurait logiquement affecter son extension conventionnelle.

- C'est pourquoi, contrairement à ce que décide la Cour de cassation, les parties ayant décidé de soumettre leur contrat à un statut légal devraient pouvoir y déroger indépendamment de son caractère impératif, lequel est devenu inopérant. La thèse de la soumission du contrat à la loi ne permet pas en effet pas d'expliquer "*les raisons pour lesquelles la volonté des parties pourrait ressusciter l'impérativité de certaines règles quand elle ne tient plus à l'ordre du législateur*" (638). Dès lors que les parties ont choisi l'application volontaire d'une loi, cette loi n'est plus ni impérative, ni supplétive, elle est tout au plus obligatoire, à l'image du contrat qui l'a ressuscitée (639).

L'exigence de soumission du contrat à la loi devrait donc céder devant la liberté contractuelle. Ce n'est pas le contrat qui devrait ici être soumis à la loi mais bien la loi qui devrait être incorporée au contrat. Tel est d'ailleurs le cas lorsque le contrat, reformulant la loi, lui apporte un souffle supplémentaire de normativité. La loi est alors, d'une certaine manière, contractualisée.

2) La loi contractualisée bénéficie parfois, grâce au relais contractuel, d'un surcroît d'obligatorité. Le contrat n'est plus, ni l'imitateur, ni le déclencheur de la loi, il est son stimulateur. Deux exemples récents permettent d'illustrer cette secrète alchimie du couple formé par la loi et le contrat.

1^{er} exemple : Voici une société qui, dans une transaction, s'engage moralement "à ne pas copier" les produits commercialisés par une société concurrente, étant entendu qu'il est précisé dans l'acte que tout éventuel manquement à cet engagement exclusivement moral ne saurait être considéré comme une inexécution contractuelle. Quelques semaines plus tard, la société créancière réclame des dommages-intérêts à la société débitrice de l'engagement sur le double fondement de la contrefaçon et de la violation du contrat et obtient gain de cause devant la Cour d'appel. Le pourvoi reproche aux juges du fond d'avoir violé l'article 1134 C. civ. en faisant produire un effet de droit à un engagement purement moral. Le pourvoi est rejeté en ces termes : "*en s'engageant, fût-ce moralement, à ne pas copier les produits*

637 R. Libchaber, note ss. Ass. plén., 17 mai 2002 : *Defrénois* 2002, p. 1234

638 *Ibid.*

639 Cf. C. Lisanti, art. préc., n° 10

commercialisés par la société concurrente, la société avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la Cour d'appel en a exactement déduit que la clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable" (640). Bien que la décision se prête à diverses interprétations, on peut en retirer deux enseignements sur les relations entre la loi et le contrat.

D'une part, une obligation simplement morale de ne pas commettre un délit devient une obligation civile par le simple fait qu'elle reprend une exigence légale. La légalité de l'engagement le rend juridiquement obligatoire en l'empêchant de demeurer dans la seule sphère de la morale. La règle morale est juridique quand elle est légale. Et cette exigence légale se transmet au contrat.

D'une part, une obligation simplement morale de ne pas commettre un délit devient une obligation civile par le simple fait qu'elle reprend une exigence légale. La légalité de l'engagement le rend juridiquement obligatoire en l'empêchant de demeurer dans la seule sphère de la morale. La règle morale est juridique quand elle est légale. Et cette exigence légale se transmet au contrat.

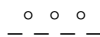
D'autre part, à supposer que les conditions légales de la contrefaçon ne soient pas remplies, restera au créancier victime l'action en responsabilité civile pour inexécution du contrat. Le contrat renforce ici l'application de la loi après que la loi lui a donné le souffle de la juridicité.

2^e exemple : Voici une donation avec réserve d'usufruit prévoyant que l'usufruit réservé par le donateur "*s'exercera conformément à la loi*", en particulier que le nu-proprétaire devra faire toutes les grosses réparations conformément aux articles 605 et 606 C. civ. L'usufruitier agit quelques temps plus tard contre le nu-proprétaire afin d'obtenir l'exécution desdites réparations. Il est débouté devant les juges du fond au motif que la clause ne faisait que répartir les charges entre usufruitier et nu-proprétaire sans pour autant créer un rapport d'obligation entre eux. On sait en effet que la Cour de cassation, depuis longtemps, n'autorise pas l'usufruitier à contraindre le nu-proprétaire à procéder aux grosses réparations en raison de l'absence de lien d'obligation entre eux. Chacun n'étant investi que d'un droit réel sur la chose, aucun d'eux ne dispose de droit personnel contre l'autre. La Cour de cassation censure pourtant la décision en considérant que la clause impliquait la possibilité pour l'usufruitier de contraindre le nu-proprétaire à exécuter les grosses réparations (641).

640 Com., 23 janvier 2007 : *RDC* 2007, p. 697, obs. Y.-M. Laithier

641 Civ. 1^{re}, 23 janvier 2007 : *Dr. et patr.* 2007, obs. J.-B. Seube, à paraître ; *Dr. Famille* mars 2007, n° 69, obs. B. Beignier

Le simple renvoi à la loi par le contrat permet donc ici de donner à la norme légale un surcroît d'efficacité (642). *Obligatoire*, la loi devient, par le relais contractuel, *obligation*. Loi et contrat conjuguent leurs forces respectives pour créer une norme mixte, mi-légale, mi-conventionnelle, dont l'efficacité est renforcée par rapport à celle de ses deux composantes.



A l'instar de toute source normative, le contrat aspire à la généralité et à la liberté, l'autonomie. Par sa généralité, le contrat tend à devenir un modèle normatif, un référent, fonction que la loi, par sa prétendue neutralité, refuse souvent d'exercer. Sa généralité l'oblige aussi à se standardiser et à prendre en considération la situation des tiers dont il risque d'affecter la situation. Plus le contrat rayonnera et plus les contractants devront être attentifs à leur environnement. Faudra-t-il demain consulter les tiers avant de contracter ? L'autonomie conduit le contrat à se "responsabiliser" en se montrant respectueux des droits fondamentaux des contractants. Le contrôle de fondamentalité n'est certes pas vertical parce que la norme contractuelle présente encore une dimension interindividuelle qui l'exclut. Mais son développement horizontal pourrait bien changer d'orientation si la norme autonome contractuelle devait accéder à un niveau supplémentaire de généralité. Son rayonnement accru l'inscrira alors dans l'échelle de la normativité et la combinaison des deux tendances observées pourrait conduire demain à exiger du contrat qu'il respecte, voire défende, les droits fondamentaux des tiers. Mais le contrat en sera-t-il encore un ? Il est permis d'en douter. La Fontaine nous aura pourtant prévenus...

L'ACCROISSEMENT DE LA PLACE DE L'UNILATERALITE DANS LE CONTRAT ?

⁶⁴² Observons toutefois que la donation-partage précisait que le donataire nu-propriétaire serait tenu de "*faire aux biens donnés toutes les réparations...*" (nous soulignons)

Par Pascal ANCEL

Professeur de droit privé à l'Université de Saint-Etienne

1- Il y a maintenant près de 10 ans, en janvier 1998, que le Centre René Demogue, alors sous la houlette de C. Jamin, organisait, en collaboration avec le Centre de droit des obligations de Paris XII (personnifié par D. Mazeaud), un colloque consacré à « L'unilatéralisme et le droit des obligations »⁶⁴³. Invité, aujourd'hui, dans le cadre d'un nouveau colloque organisé par le premier de ces centres, à m'interroger sur « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat » - je préfère, d'emblée, mettre à l'intitulé un point d'interrogation – ma première idée a été de me situer dans la lignée de ce précédent, et de faire le point sur l'évolution du phénomène mis à jour en 1998. Il m'est cependant apparu très vite que je me devais, dans le cadre des présentes journées, marquer mes distances avec les précédents travaux, et cela à plusieurs points de vue, que suggéraient l'intitulé même donné par les organisateurs à ma contribution, et sa place dans ce colloque.

2- D'abord parce que – si on regarde l'intitulé - il est ici question d'unilatéralité – et non d'unilatéralisme – dans le contrat - et non dans le droit des obligations. Cette seconde différence amenait d'emblée à sortir du propos les actes unilatéraux hors contrat, et en particulier à laisser de côté la problématique classique de l'engagement unilatéral de volonté⁶⁴⁴, laquelle, du reste, ne me paraissait guère avoir de rapport avec le thème général de la contractualisation. Mais, à l'inverse, l'utilisation du terme technique d'unilatéralité invitait à explorer tous les mécanismes qui, dans un contrat, font intervenir ou concernent une seule partie, là où l'idée d'unilatéralisme, traduisant une tendance du droit contemporain, n'avait amené à traiter que du rôle de la **volonté unilatérale** dans la vie du contrat, phénomène qui paraissait alors en pleine expansion⁶⁴⁵. Il s'agissait alors de s'intéresser à tous les mécanismes qui, expression d'un pouvoir reconnu à une partie, lui permettent de se « rendre maître » du contrat, en contrôlant sa naissance, son contenu, son exécution ou son expiration. Il est vrai que cet aspect de l'unilatéralité est le plus perturbant, car il semble entrer de plein fouet avec la bilatéralité essentielle du contrat : accord entre (au moins) deux volontés, qui lie les contractants de telle sorte que l'un seul, par sa volonté, ne

⁶⁴³ L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica 1999

⁶⁴⁴ Voir en dernier lieu sur cette problématique : C. Grimaldi, Engagement et quasi-engagement en droit privé, Recherche sur les sources de l'obligation, Defrenois Paris 2006

⁶⁴⁵ L'idée du colloque était venue aux organisateurs à la suite des arrêts Alcatel de 1995 qui avaient reconnu à une partie le droit de déterminer unilatéralement le prix du contrat.

devrait pouvoir ni s'en défaire ni le modifier. La logique de pouvoir entre alors en conflit avec la logique contractuelle, comme l'a bien montré P. Lokiec⁶⁴⁶. Mais l'unilatéralité dans le contrat présente aussi un autre aspect, qu'on oublie trop souvent dans les réflexions actuelles, sans doute parce qu'il relève de l'évidence : c'est que, aux termes mêmes de l'article 1103 du Code civil, le contrat peut avoir un **contenu unilatéral**, c'est à dire ne faire naître d'obligations qu'à la charge d'une seule partie. Cette unilatéralité possible du contenu contractuel correspond à l'idée, commune aux droits de tradition civiliste, que la force obligatoire du contrat est liée à la promesse donnée – même sans contrepartie – plus qu'à l'idée d'échange qui prévaut dans les systèmes de common law. Assez vite, il m'est apparu que, si le mouvement de contractualisation pouvait avoir une incidence sur la place de l'unilatéralité dans le contrat, elle ne concernait pas seulement le rôle attribué à la volonté des contractants, mais aussi le contenu même du contrat, des engagements mis à charge de chaque contractant, et qu'il n'y avait pas lieu de négliger *a priori* ce second aspect au seul motif qu'il s'inscrit dans l'approche la plus traditionnelle du contrat. Les deux aspects du reste, ne sont pas sans lien. Non pas tant parce que l'unilatéralité des engagements dans certains contrats peut être une conséquence de la domination qu'une partie exerce sur l'autre⁶⁴⁷, mais plus parce que, dans certains cas, la reconnaissance de prérogatives unilatérales à une partie aboutit à vider ses engagements de leur substance, et à transformer, de fait, un contrat normalement synallagmatique en contrat unilatéral. C'est en tout cas ce qu'on observe parfois dans le cadre de la contractualisation.

3- Car bien sûr – et c'était une autre raison pour prendre mes distances avec le colloque de 1998 - il ne m'a pas échappé que la réflexion qui m'était demandée s'inscrivait dans un colloque sur la « contractualisation de la production normative » (du reste largement entendue) et que ma communication se situait le troisième jour, au titre des incidences que ce mouvement de contractualisation aurait sur la physionomie du contrat . Il était donc clair qu'il ne s'agissait pas de traiter de l'unilatéralité dans le contrat pour elle-même, mais en liaison avec l'extraordinaire expansion de l'utilisation de l'outil contractuel que le séminaire sur la contractualisation, qui trouve aujourd'hui sa conclusion, a mis en évidence.

Ainsi compris, le thème peut sembler paradoxal, puisque, précisément, dans la conception aujourd'hui dominante de la contractualisation, celle-ci se traduit précisément par - je cite la conclusion d'un récent colloque sur la contractualisation en Belgique - « *le passage de*

⁶⁴⁶ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Pref. A. Lyon-Caen, LGDJ 2004

⁶⁴⁷ Cette domination aboutit plutôt à un déséquilibre des contrats synallagmatiques

l'unilatéralité, caractéristique traditionnelle de l'action de l'autorité vers une bilatéralité contractuelle, ou vers un droit davantage négocié »⁶⁴⁸. Il semble même que, ce que le phénomène récent de contractualisation prend dans le modèle civiliste du contrat, c'est justement cette bilatéralité, à la fois dans les procédures qui conduisent à l'élaboration et qui peuvent faire évoluer la norme contractuelle, et dans les résultats qu'elles permettent d'obtenir. La figure du contrat, telle qu'elle est utilisée, mise en avant, dans les diverses manifestations de la contractualisation, c'est à la fois la figure du contrat négocié, élaboré à deux, et celle du contrat qui est censé procurer aux deux partenaires des avantages réciproques – donc, sur les deux plans évoqués, une figure du contrat aux antipodes de l'unilatéralité. Cependant on s'aperçoit très vite que, dans ces nouvelles formes de contrats, la bilatéralité proclamée est souvent de façade, qu'elle est de l'ordre du discours, et qu'elle dissimule mal les traces profondes de la norme ou de la décision unilatérales auxquelles elle est censée se substituer. On peut dès lors se demander si, par une sorte d'effet boomerang, cette expansion considérable de l'outil contractuel, tout en teintant de bilatéralisme des modes d'action traditionnellement unilatéraux, ne conduirait pas à modifier la physionomie du contrat en lui communiquant en retour une certaine coloration d'unilatéralité.

4- La question ne peut se poser, bien sûr, que si on admet au départ que la notion de contrat n'est pas une essence, un modèle éternel, figé une fois pour toutes. C'est pour moi un présupposé méthodologique dans toute réflexion sur les rapports entre le mouvement actuel de contractualisation et la théorie générale du contrat⁶⁴⁹. De mon point de vue, il faut admettre que la notion se nourrit au fil du temps des multiples utilisations qu'on en fait, et que c'est à cette notion relative, évolutive et donc affectée d'une constante marge d'incertitude - qu'il faut sans cesse confronter les nouvelles figures⁶⁵⁰. Cessons donc, lorsqu'on traite de la contractualisation, de faire semblant de croire que le contrat, aujourd'hui, est toujours le contrat tel qu'il a été conçu dans la doctrine du XIX^{ème} siècle à partir d'une certaine représentation des textes du Code civil. On pourra dès lors considérer que la contractualisation contribue à remodeler l'outil contrat, et à faire évoluer la réflexion sur cet outil, autant que la théorie du contrat permet de mieux comprendre la contractualisation. En même temps, bien sûr, ce n'est pas une raison pour accepter

⁶⁴⁸ Conclusion collective au Colloque organisé par l'ULB sur la contractualisation du droit public, Rev. Dr. ULB 33-2006, p 348

⁶⁴⁹ cf P. Ancel, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in Approche renouvelée de la contractualisation, PUAM 2007 p 15 s spec p 24 s

⁶⁵⁰ Sur les différents aspects de cette relativité voir : La relativité du contrat, Journées de l'Association Henri Capitant, Nantes, 1999, LGDJ 2000

comme contrat tout ce qui se donne comme tel dans les pratiques sociales actuelles. Comme le relève M. Mekki à propos des discours contemporains sur le contrat, en se référant à Austin, « dire, ce n'est pas toujours faire »⁶⁵¹. Dans un certain nombre d'hypothèses, les caractéristiques techniques de ce qui se présente comme contrat qu'on considérera que les limites sont dépassées, que le « dispositif » nouveau est incompatible avec la qualification contractuelle, même conçue de manière évolutive et relative. Il en va ainsi, notamment, pour ce qui nous concerne ici : il est des cas où, dans la pensée juridique commune, la dose d'unilatéralité introduite dans ce qui se nomme contrat est telle qu'on « rebascule » en quelque sorte du côté de l'acte unilatéral auquel on avait prétendu substituer l'outil contractuel. De telle sorte qu'on ne sait pas toujours si on est en présence d'un nouveau remodelage de la notion, intégrant davantage d'unilatéralité, ou d'une sorte de dévoiement terminologique.

5- En raison de ce caractère « mou et incertain »⁶⁵² que les phénomènes de contractualisation contribuent à donner à la notion de contrat, on sait d'avance qu'on ne pourra pas donner une version tranchée à la question ici posée de savoir si la contractualisation contribue ou non à accroître la place de l'unilatéralité dans le contrat⁶⁵³. D'abord parce que, même s'ils procèdent, globalement, de la même idéologie - ce qui peut justifier qu'on y consacre une réflexion d'ensemble - les divers phénomènes de contractualisation ne peuvent, à l'évidence, pas être mis sur le même plan du point de vue de leur structure technique quand il s'agit de décrypter leurs rapports avec la théorie générale du contrat : sur ce terrain, on s'apercevra bien vite des limites d'un rapprochement entre, par exemple, la transaction, le contrat de responsabilité parentale, le PACS ou les contrats de gestion du risque environnemental. Ensuite parce que, du point de vue de la théorie générale du contrat, j'ai relevé d'emblée qu'il fallait bien distinguer deux aspects de l'unilatéralité : l'unilatéralité comme antithèse de la bilatéralité de l'accord et l'unilatéralité comme antithèse de la bilatéralité (ou de la réciprocité) des engagements. Or, de prime abord, et sous bénéfice d'inventaire, l'incidence des phénomènes étudiés dans le cadre du présent colloque

⁶⁵¹ M. Mekki, Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, RDC 2006 p 297 – Sur ces utilisations rhétoriques de la figure du contrat, V aussi M. Mekki, Les nouvelles utilités du contrat, infra P...

⁶⁵² V. infra T. Revet p...

⁶⁵³ Il va de soi que la réponse à la question ne peut pas ici être cherchée sur le plan des faits : seules des études de sociologie empirique (qu'il faut d'ailleurs appeler de ses vœux) pourraient montrer, éventuellement, qu'il y a de plus en plus de contrats d'adhésion dont les conditions sont imposées unilatéralement par l'un des contractants à l'autre, ou qu'il y a, dans la pratique contractuelle contemporaine, de plus en plus de cas où un des contractants modifie ou anéantit unilatéralement le contenu d'un contrat qui le lie. L'exploration ne peut bien sûr être ici entreprise que sur le plan du droit, en s'intéressant à la manière dont le législateur et la jurisprudence organisent aujourd'hui la conclusion et le fonctionnement des opérations qui sont reconnues ou posées comme étant des contrats dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la contractualisation.

ne paraît pas être la même selon qu'on se situe sur l'un et l'autre terrain. S'il paraît évident que la contractualisation, dans la plupart de ses manifestations, reflète parfaitement la montée du rôle de la volonté unilatérale dans le contrat (I), on peut se demander si elle ne conduit pas, à l'inverse, à refouler la place qu'a toujours eue l'unilatéralité des engagements contractuels (II).

La contractualisation, reflet de la place de la volonté unilatérale dans le contrat

6- Envisagé du point de vue de la volonté des contractants, le contrat apparaît comme un acte essentiellement bilatéral (ou multilatéral). Le contrat, même lorsqu'il ne crée d'obligations qu'à la charge d'une partie est, et reste, par sa définition même, un accord entre deux ou plusieurs personnes – ce qui le distingue, précisément, de l'acte unilatéral. Ceci suffirait du reste à exclure la qualification de « contrat » lorsque l'accord est passé, à l'intérieur d'une même organisation, entre des services qui ne sont pas dotés de la personnalité juridique⁶⁵⁴ Certes, tant que le contrat n'est pas formé, chaque consentement présente une individualité, mais celle-ci disparaît dès que l'accord est obtenu. Pour reprendre une formule de M.A. Frison-Roche « Le consentement s'anéantit dans le contrat. Son unilatéralité est confondue par et dans la bilatéralité contractuelle »⁶⁵⁵. Il est vrai que les rédacteurs du Code civil ont pensé le contrat comme la juxtaposition de deux engagements et que, même une fois formé, l'accord peut présenter une certaine transparence par rapport aux engagements qui l'ont formé, notamment lorsqu'il s'agit de juger de sa validité⁶⁵⁶. Mais ce qui compte c'est que le contrat, s'il est valable, ne peut ensuite, en principe, être modifié ou anéanti que de manière bilatérale.

7- Cette vision classique du contrat, on le sait, est aujourd'hui largement remise en cause, parce que la relation contractuelle, si elle est d'abord le cadre de la rencontre d'intérêts, apparaît aussi comme un lieu privilégié d'exercice de pouvoirs, par essence unilatéraux. **Au moment même de la formation du contrat**, chacun sait bien qu'un des contractants a souvent, en fait, le pouvoir d'imposer sa volonté à l'autre. Ensuite, **dans le cours de la vie du contrat**, ce pouvoir, que le système juridique prend en compte depuis longtemps, peut se trouver prolongé – ou contrebalancé- par la reconnaissance à l'un des contractants de prérogatives unilatérales. On ne

⁶⁵⁴ On songe ici à l'exemple des « contrats d'objectifs » entre le Ministère de la justice et les tribunaux (V supra la communication d'E. Serverin)

⁶⁵⁵ M.A Frison-Roche, Consentement et unilatéralité, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, précité, p 22

⁶⁵⁶ Ainsi pour juger de la capacité, des vices du consentement, et même de la cause et de l'objet. Sur cette vision du contrat comme juxtaposition d'engagements V. C. Grimaldi, thèse précitée

peut pas s'étonner que ces phénomènes se retrouvent fréquemment dans diverses hypothèses de contractualisation, dès lors que le contrat y apparaît souvent comme un substitut, ou peut-être comme un mode d'exercice du pouvoir unilatéral de l'un des contractants. Il est cependant difficile de dire si, sur ce terrain, la contractualisation se traduit par un « accroissement » de la place de l'unilatéralité : on pourrait tout aussi bien émettre l'hypothèse que l'utilisation du contrat dans de nouveaux contextes n'a été possible que parce que, depuis longtemps, on sait que la technique contractuelle peut laisser une large place à la volonté unilatérale, tant au moment de la formation du contrat (A) que dans le cours de la vie du contrat (B).

8- A- Concluant le colloque de 1998 sur l'unilatéralisme, P. Jestaz constatait d'emblée que « En fidèles disciples de Saleilles, nous sommes tous conscients d'un phénomène majeur : de nombreux contractants dictent leur loi à leur partenaire, de sorte que le contrat ainsi conclu n'exprime *de facto* qu'une volonté unilatérale »⁶⁵⁷. Cette unilatéralité de fait des contrats d'adhésion, qui, curieusement, était complètement restée en dehors du colloque de 1998, peut présenter plusieurs degrés. Elle est particulièrement marquée lorsque la partie dominante ne se contente pas, au cas par cas, d'imposer ses conditions à l'autre, mais lorsqu'elle élabore par avance, sous forme de conditions générales applicables à un nombre illimité de cocontractants, les normes qui vont régir les relations contractuelles futures. Le contrat apparaît ici comme le moyen de déclencher l'application de ces normes unilatéralement élaborées. On aurait pu, pour préserver la pureté du modèle classique du contrat, décider de traiter ces figures sur le modèle des actes réglementaires (du point de vue de leur interprétation et du contrôle de leur contenu), et on y a songé, à un certain moment de l'histoire de la doctrine. On sait cependant que, dans la science juridique occidentale, le choix a été fait de les intégrer dans la « théorie générale du contrat », sauf à y introduire de multiples règles destinées à protéger le contractant qui n'a pas la maîtrise du contenu du contrat (réglementation des clauses abusives, obligations d'information, formalisation du processus de conclusion du contrat etc.). Le lieu n'est pas ici de mesurer les avantages et les inconvénients de cette approche, que plus personne du reste ne songe à remettre en cause⁶⁵⁸. Il s'agit seulement d'observer qu'elle a complètement transformé la notion même de contrat, qui ne peut plus être pensé comme le produit commun de la rencontre de deux volontés, alors qu'il n'est souvent que la soumission plus ou moins consciente à un cadre normatif extérieur.

⁶⁵⁷ P. Jestaz, Rapport de synthèse, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, précité, p 87

⁶⁵⁸ Voir cependant les doutes émis par P. Lokiec, *supra* p ... qui semble voir dans ces figures plus des « décisions » que de véritables contrats

9 - Je ne rappelle ces évidences que parce que, dans les multiples utilisations du contrat recensées au titre de la « contractualisation » de la société, on retrouve très fréquemment ces situations de dépendance, et d'adhésion à des conditions posées unilatéralement par l'autre. Ainsi, traitant des diverses modalités de la contractualisation en matière pénale, B. de Lamy note que « les parties au contrat ne sont pas sur un pied d'égalité au nom de la préservation de l'ordre public dont le parquet est le gardien et qui le place en position de faire une offre que le délinquant peut saisir ou décliner »⁶⁵⁹. De même, on sait bien que, dans le « contrat de responsabilité parentale » prévu par l'article L 224-4-1 du Code de l'action sociale et des familles, les parents n'ont aucun pouvoir réel de discuter le contenu des engagements qui leur sont dictés par les services d'aide sociale. Et personne ne pense sérieusement, je le suppose que l'étranger admis en France et qui souhaite s'y établir durablement aura une quelconque latitude de discussion sur le contenu du « contrat d'accueil et d'intégration », unilatéralement établi par l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations⁶⁶⁰. Mais d'une part, il serait caricatural de ramener la contractualisation à ces figures particulières, alors qu'elle se manifeste aussi à travers nombre d'accords négociés. D'autre part, à elle seule, l'unilatéralité de l'élaboration du contenu de l'accord ne devrait pas suffire, même aux yeux d'un civiliste, à faire douter qu'il s'agisse de véritables contrats⁶⁶¹. Du reste, parce qu'ils cherchent à « singer » la forme la plus traditionnelle du contrat, ces nouvelles utilisations de l'outil contractuel cherchent souvent à compenser cette unilatéralité de fait par l'institutionnalisation d'un processus de discussion, de négociation. Le contrat de responsabilité parentale ou la transaction pénale en offrent des exemples caractéristiques. On aura beau jeu de souligner que cette procéduralisation de la conclusion du contrat, cette redécouverte du contrat négocié dans un monde d'adhésions, relève assez souvent du simulacre puisque, *in fine*, la partie titulaire du pouvoir de décision pourra imposer sa volonté à l'autre. Mais c'est oublier qu'il en va très souvent de même dans les contrats d'adhésion de droit privé, où la loi impose très souvent une formalisation du processus de formation du contrat, en distribuant les rôles (l'offrant, l'acceptant) et en réglant le tempo de la discussion.

⁶⁵⁹ B.de Lamy, Procédures et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale), in Approche critique de la contractualisation, p 149 s spec p 156

⁶⁶⁰ Article L 311-9 et R 311-19 s du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le texte de ce contrat (qui se présente formellement comme tel) est accessible sur le site de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations(<http://www.anaem.fr/>).

⁶⁶¹ Si on peut en douter, c'est pour d'autres raisons – V infra n°19

10 - Plus perturbant est le fait que la conclusion – ou plutôt la signature - de certains de ces contrats soit obligatoire pour la partie subordonnée. Certes, on sait bien qu'en fait, dans le jeu contractuel le plus traditionnel, on est fréquemment contraint de passer un contrat pour obtenir tel ou tel avantage : si on n'est pas propriétaire et qu'on veut se loger, on devra conclure un bail, si on est chef d'entreprise et qu'on veut obtenir une ouverture de crédit, on sera contraint de cautionner son entreprise. De ce point de vue, je ne crois pas que la situation du délinquant qui « consent » à plaider coupable ou à conclure une transaction pénale n'est pas si différente⁶⁶². Il en va autrement en revanche lorsque la loi elle-même impose la signature pour assurer l'accès à tel ou tel droit, le refus de passer le contrat étant assimilé à son inexécution : ainsi les parents qui ne signent pas le contrat de responsabilité parentale seront privés des allocations familiales, l'étranger qui ne signe pas le contrat d'accueil ne sera pas admis à demeurer en France... Un contrat imposé dont le contenu est imposé, est-ce encore un contrat ? Au stade de la conclusion du contrat, l'unilatéralité n'est compatible avec la notion même de contrat que si elle laisse au moins le choix de dire oui ou non.

11- B- Le même type de limites apparaîtraient aisément s'agissant du rôle de la volonté unilatérale **dans le cours de la vie du contrat**. On ne peut pas concevoir qu'une partie ait, entièrement et sans contrôle extérieur, la maîtrise de la relation contractuelle dans laquelle elle a accepté de se lier, qu'elle puisse unilatéralement modifier ou anéantir ce lien – qui, dès lors, n'en serait pas un. La prohibition traditionnelle des conditions purement potestatives passe pour être une traduction technique de cette idée⁶⁶³. On sait cependant que, même dans la conception traditionnelle du contrat, cela n'empêche pas la volonté unilatérale de jouer un rôle pendant la vie du contrat – que l'on songe au droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, à la faculté de réméré, aux clauses de dédit - et il est clair que ce rôle est plutôt en expansion dans la législation et dans la jurisprudence contemporaine. Sans qu'il soit question d'entrer ici dans le détail des multiples manifestations techniques de cet unilatéralisme, ni d'expliquer comment il peut se concilier avec la force obligatoire du contrat⁶⁶⁴, on en soulignera

⁶⁶² C'est pourquoi on peut être sceptique de voir la Cour européenne des droits de l'homme considérer qu'une transaction pénale a été passée sous la contrainte dans un cas où la personne poursuivie n'a accepté de la passer que pour éviter la fermeture de son entreprise (arrêt Deweer c. Belgique, 1980, cité supra par M. van de Kerchove)

⁶⁶³ Pour une intelligente remise en cause de cette idée V. M. Latina, Essai sur la condition en droit des contrats, thèse Paris II 2007

⁶⁶⁴ La conciliation paraît particulièrement difficile lorsque l'un des contractants peut unilatéralement et sans avoir à fournir de motifs anéantir le contrat (et non seulement y mettre fin pour l'avenir). Cela n'est possible cependant que si les parties l'ont prévu dans leur convention : faculté de réméré ou clause de dédit. La conciliation pourrait s'opérer sur la base de l'idée que la force obligatoire du contrat se ramène à son effet normateur : c'est la norme même posée par les parties (et qui les lie) qui

l'ambiguïté. L'idée d'unilatéralisme évoque plutôt des prérogatives qui viennent prolonger le pouvoir de fait d'une partie, et qui constituent une reconnaissance de ce pouvoir sur le terrain du droit : on songe ici immédiatement au droit de détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadres, reconnu par la Cour de cassation en 1995⁶⁶⁵, et qui avait constitué l'élément déclencheur du colloque de 1998. Mais on ne peut pas oublier que, à l'inverse, certaines prérogatives unilatérales sont accordées au contractant en situation de faiblesse, précisément pour compenser le trop grand pouvoir de l'autre : c'est le cas des droits de rétractation, qui constituent un des éléments majeurs de la protection des consommateurs en Europe. Certaines prérogatives unilatérales, enfin, sont en elles-mêmes neutres, et peuvent servir tantôt à l'un tantôt à l'autre. Il en va ainsi, d'une manière générale, des droits de rupture unilatérale. Ainsi le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, présenté à l'origine comme un moyen de préserver la liberté individuelle des contractants, est surtout vu aujourd'hui comme une menace affectant la situation sociale du contractant faible, mais il ne faut pas oublier qu'il peut toujours servir, aussi, à celui-ci, pour sortir de liens contractuels gênants : qu'on songe au salarié qui démissionne, au locataire qui donne congé, à la caution qui résilie son engagement... De même, le droit de déclarer unilatéralement la résolution en cas d'inexécution, admis aujourd'hui par la jurisprudence française à l'encontre de la lettre de l'article 1184 du Code civil, dans lequel on est naturellement porté en France à voir une arme entre les mains du puissant créancier contre le malheureux débiteur, peut être tout à l'inverse exercé par un petit créancier – un consommateur par exemple- contre une grosse entreprise⁶⁶⁶. Il en résulte du reste un régime juridique très diversifié de ces prérogatives unilatérales : largement incontrôlées, voire parfois discrétionnaires, lorsqu'elles viennent compenser une situation d'infériorité⁶⁶⁷, elles sont au contraire strictement encadrées lorsqu'elles viennent prolonger, dans le cours de la vie du contrat, le pouvoir factuel du contractant en situation de force. La question a alors été posée de savoir si, pour assurer cet encadrement, il ne fallait pas sortir de la logique contractuelle en transposant les mécanismes de contrôle des actes unilatéraux de droit public⁶⁶⁸ ou en élaborant un régime propre de contrôle du

permet à une partie de se retirer, le cas échéant sans contrepartie (voir ainsi pour la clause de dédit : Cass com 30 octobre 2000 : pourvoi n° 99-11224)

⁶⁶⁵ Cass Ass plen 1^{er} décembre 1995 : D 1996, 13, concl Jéol, note L. Aynès ; JCP 1996, II, 22565, concl Jéol, note J. Ghestin . Sur ces arrêts, au sein d'une très abondante littérature v. T. Revet, La détermination unilatérale du prix dans le contrat, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, précité, p 31 s

⁶⁶⁶ Et c'est dans ce cadre qu'il a d'abord été consacré par le législateur, par dérogation à l'article 1184 du Code civil. V par exemple l'article L 114-1 C. cons pour le cas de non-respect du délai de livraison.

⁶⁶⁷ C'est le cas des droits de rétractation, que la Cour de cassation considère comme des prérogatives discrétionnaires. Voir ainsi pour l'article L 132-561 du Code des assurances : Cass civ2 7 mars 2006 : Bull 2006, II, n° 63

⁶⁶⁸ R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, pref. A. Lyon-Caen, LGDJ 1996

pouvoir⁶⁶⁹. Le droit des contrats pourrait ainsi se transformer sous l'influence de techniques non contractuelles.

12- Le phénomène de la contractualisation est *a priori* inverse, puisqu'il introduit du contractuel dans des zones où régnaient en maître, jusque là, le pouvoir et la décision unilatérale. Mais, si elles se servent ainsi du contrat, ces nouvelles techniques de régulation s'en servent en lui empruntant tous les mécanismes unilatéraux qu'il comportait déjà.

On ne s'étonnera donc pas de retrouver, dans ces nouvelles utilisations du contrat, les prérogatives unilatérales destinées à compenser la situation de force du cocontractant. La contractualisation des modes de règlement des litiges est ainsi un des domaines d'élection – à côté du droit de la consommation – des facultés de rétractation, lorsqu'elle est organisée entre deux parties *a priori* inégales. On trouve ainsi une telle faculté dans certains types de transaction indemnitaires intervenant entre une victime et un assureur⁶⁷⁰, mais elle apparaît aussi, de manière implicite, dans la procédure du « plaider coupable » et dans la composition pénale où le délinquant a la possibilité de rétracter son consentement, dans le premier cas en n'exécutant pas les obligations mises à sa charge, et dans le second en refusant de réitérer son acceptation devant le juge de l'homologation⁶⁷¹. On ne s'étonnera pas davantage de retrouver dans les nouvelles utilisations de l'outil contractuel, le droit de résiliation unilatérale des contrats conclu sans limitation de durée, comme moyen de protéger la liberté individuelle des contractants. Il suffit de songer ici à l'exemple du PACS, pour lequel c'est précisément la reconnaissance de ce droit qui a été l'enjeu principal de la qualification contractuelle⁶⁷².

13- De manière évidemment plus significative, la contractualisation, lorsqu'elle intervient sur le terrain de l'action publique, révèle fréquemment, au profit de la personne publique le maintien de nombreuses prérogatives unilatérales qui lui donnent une certaine maîtrise du contrat. Dans ces contrats, le droit de déclarer unilatéralement le contrat résolu en cas d'inexécution des

⁶⁶⁹ P. Lokiec, thèse précitée

⁶⁷⁰ Le droit de repentir est prévu dans l'article L 211-10 C. Assur à propos des transactions portant sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, et par l'article L 422-2 al 3 à propos de l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme

⁶⁷¹ Cf pour la composition pénale Art 41-2 C. proc. Pen : l'inexécution replace le délinquant dans la situation où il se serait trouvé s'il n'avait pas accepté la composition pénale, le Ministère public mettant alors en mouvement l'action publique. Pour le « plaider coupable », la faculté de se rétracter apparaît implicitement dans l'article 495-11 C. proc.pen

⁶⁷² C'est pour reconnaître ce droit que le Conseil constitutionnel a reconnu la qualification contractuelle du PACS (Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999). Comp F. Dekeuwer-Défossez, la contractualisation du droit de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in Approche critique de la contractualisation, précité, p 167 s spec p 170, qui note à ce propos que « l'analyse contractuelle peut alors être réellement crédible, puisqu'il s'agit du droit de rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée, conformément au principe civiliste traditionnel »

obligations du cocontractant est pratiquement toujours reconnu. Surtout, et même en l'absence d'inexécution, la personne publique se voit très souvent reconnaître un droit de modification unilatérale du contrat – alors que c'est un terrain sur lequel, en droit privé, l'unilatéralisme connaît les manifestations les plus limitées⁶⁷³. L'existence d'un tel droit, à dire vrai, est une caractéristique traditionnelle des contrats administratifs⁶⁷⁴, mais on peut penser qu'il est amené à se développer avec l'expansion du droit négocié. C'est que, comme l'a bien noté H. Dumont lors d'un récent colloque bruxellois⁶⁷⁵, cet attrait pour le droit négocié – qui fige les règles dans la force obligatoire du contrat - entre en conflit avec l'accélération du temps juridique, donc du rythme des changements qu'on croit nécessaire d'apporter au droit existant. Le changement, en effet, se décrète plus vite de manière unilatérale que par la négociation, seule apte, en principe, dans la conception classique du contrat, à remettre en cause ce qui a été arrêté d'un commun accord. Dans le même colloque, A. Fayt note, à propos de la contractualisation de la fonction publique que cette contractualisation est peu compatible avec la « loi du changement » qui est un des principes de fonctionnement des services publics: dès lors qu'on est dans le cadre d'un contrat, l'Etat contractant ne peut pas unilatéralement modifier les conditions de travail de l'employé. Elle suggère qu'une solution pourrait être trouvée dans la « contractualisation de la loi du changement », c'est-à-dire dans l'insertion dans le contrat d'une clause autorisant l'autre à modifier le contrat⁶⁷⁶. Mais alors, ce qui est remis en cause, ce n'est pas seulement la bilatéralité de l'accord et du lien qui en résulte, mais aussi l'apparente bilatéralité des engagements, dont la contractualisation semble pourtant, en apparence, assurer la promotion.

La contractualisation refoulement de l'unilatéralité des engagements contractuels ?

14- Lorsqu'on observe les utilisations multiples du contrat dans les phénomènes de contractualisation, on constate que le modèle de référence est celui du contrat synallagmatique, bilatéral quant à ses effets. Si, dans un certain nombre de ces contrats, l'idée est

⁶⁷³ cf H. Lecuyer, La modification unilatérale du contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, précité, p 48 s, spec p 59 « les hypothèses de modification unilatérale du contrat demeurent très marginale » - Dans son rapport de synthèse, P. Jestaz déclare avoir beaucoup admiré H. Lecuyer qui a réussi à faire croire à l'existence de son sujet

⁶⁷⁴ V. par exemple sur le régime « classique » du contrat administratif : Y. Gaudemet, droit administratif, 18^{ème} ed LGDJ 2005, p 300-301- Pour une tentative de conciliation des pouvoirs unilatéraux de l'administration et de la théorie générale du contrat en droit privé V. M. H. Sinkendo, La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration, RTDCiv 1993, p 239 s

⁶⁷⁵ H. Dumont, L'état belge résistera-t-il à sa contractualisation ? Rev ULB 33 – 2006 (L'auteur s'interroge ici sur la pratique de certains états fédéraux où une loi émanant d'un état fédéré peut déroger à un accord intergouvernemental ou même revenir sur cet accord)

⁶⁷⁶ A. Fayt, La fonction publique de demain, Rev ULB 33 – 2006

incontestablement de responsabiliser celui qui s'engage en attirant l'attention sur le respect de la parole donnée⁶⁷⁷, ce qu'on emprunte à la mystique contractuelle, c'est principalement, et dans tous les cas, l'idée d'échange, de contrepartie, d'engagements réciproques, de « donnant-donnant », ou pour reprendre une formule significative récemment apparue dans le discours politique, du « gagnant-gagnant ». Si le délinquant accepte de reconnaître sa culpabilité, il peut espérer avoir une peine réduite, si l'entreprise s'engage à mener des actions en faveur de l'environnement, elle aura des subventions, si l'Université met en place des mesures d'aide aux étudiants en difficulté, elle recevra des moyens supplémentaires etc. Parmi les nouvelles formes d'utilisation de l'outil contractuel, rares sont les contrats comportant, de manière ostensible, des engagements unilatéraux⁶⁷⁸.

En ce sens, et contrairement à ce que l'intitulé de cette communication semblerait vouloir suggérer, la contractualisation, loin de participer à l'accroissement de l'unilatéralité dans le contrat, pourrait apparaître plutôt comme une promotion de la bilatéralité, de la montée du contrat-échange face au contrat-promesse.

Cette promotion, cependant, se révèle assez ambiguë et elle n'a pas la même portée selon les types d'utilisation du contrat. Dans de très nombreux contrats qui se substituent à la décision unilatérale d'une partie, la bilatéralité proclamée se révèle souvent illusoire (A). Elle est plus marquée lorsque le contrat se substitue à la décision d'un tiers, même s'il ne faut pas en exagérer la portée (B).

15- A- Chaque fois qu'on contractualise une situation qui, auparavant, relevait de la décision unilatérale d'une partie – généralement une personne publique ou para-publique – c'est pour lier, et mettre en balance, dans l'accord signé, les engagements pris par la personne traditionnellement assujettie avec un certain nombre d'engagements pris par le détenteur de l'autorité⁶⁷⁹. C'est sur cette idée que repose, en particulier, toute la contractualisation de l'action publique, si souvent étudiée. Cependant, on a souvent dénoncé le caractère hypocrite de cette

⁶⁷⁷ Cet aspect est caractéristique dans les « contrats » rappelant à des personnes physiques les devoirs dont ils sont tenus : contrat de responsabilité pédagogique, contrat d'accueil et d'intégration des étrangers, charte des thèses etc.

⁶⁷⁸ Ce que remarque en particulier C. Ballandras-Rozet, *La contractualisation du risque environnemental*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, p 112 s spec p 116

⁶⁷⁹ On passera sur l'idée, évoquée par C. Ballandras-Rozet dans sa communication sur la contractualisation du risque environnemental (*Approche renouvelée de la contractualisation*, p 112 s spec p 117-118, qu'un certain nombre des contrats passés dans ce cadre entrent mal dans la classification du Code civil entre contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux, au motif qu'ils ne font pas naître des rapports de créancier-débiteur, mais des situations juridiques objectives. Il ne s'agit pas là d'un phénomène spécifique aux manifestations modernes de la contractualisation, mais simplement de la traduction de ce que, d'une manière générale, la « théorie générale du contrat » (et notamment les classifications), est pensée à travers le seul prisme – très réducteur – des contrats générateurs d'obligations, laissant à part les conventions qui en sont pas productrices d'obligations (V. R. Loir, *Les conventions non créatrices d'obligations*, thèse Lille II, 2007).

réciprocité, la figure du contrat – et spécialement du contrat synallagmatique – n'étant souvent qu'un moyen de faire plus facilement accepter à l'assujetti les sacrifices qui lui sont imposés sans réelle contrepartie. Ce caractère illusoire du synallagmatisme tient à plusieurs facteurs.

16- D'abord il faut rappeler que, dans le modèle civiliste du contrat, la réciprocité n'implique pas une équivalence entre les prestations. Il suffit que chaque engagement ait une contrepartie – à défaut de quoi, en droit français, le contrat serait annulé pour absence de cause- mais peu importe en principe la valeur de cette contrepartie. Certes, dans le droit contemporain des contrats, la montée des idées de justice contractuelle, de solidarité entre les contractants, les préoccupations de protection du contractant faible, l'explosion de la notion de bonne foi, ont amené un certain développement des techniques de contrôle de l'équilibre contractuel, par la loi ou par le juge, mais sans que le principe soit frontalement remis en cause. Et, globalement, c'est le modèle le plus traditionnel de réciprocité sans contrôle d'équivalence qu'on utilise dans la contractualisation.

17- Ensuite, on sait que, dans de très nombreux cas, les « engagements » contractuellement pris par la personne détentrice de l'autorité révèlent une certaine inconsistance. Outre que, comme on l'a vu, le droit de modification unilatérale parfois reconnu à la puissance publique retire beaucoup de force à ces engagements, leur contenu même est parfois trop flou pour sérieusement obliger. C'est le cas des clauses contractuelles qui se contentent de fixer des objectifs, ou de faire des déclarations à simple valeur programmatique, sans comporter d'obligations précises susceptibles de donner lieu à l'application de sanctions en cas d'inexécution – au point de faire douter, lorsqu'il n'y a rien d'autre dans l'accord, si on est encore en présence d'un véritable contrat. On peut ici citer la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les contrats de plan Etat-Régions⁶⁸⁰: dans un arrêt de 1988, le Conseil d'Etat avait, en prenant au pied de la lettre les termes de la loi du 9 juillet 1982 sur la planification, reconnu à ces accords une véritable nature contractuelle. Mais par la suite le Conseil d'Etat a fait machine arrière, et, dans un arrêt de 1996, il a jugé, à propos d'un recours pour excès de pouvoir formé par un tiers au contrat, que le contrat de plan entre l'Etat et la région Pays de Loire « n'emportait par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des opérations qu'il

⁶⁸⁰ Voir sur la question C.A Garbar in La relativité du contrat, précité

prévoit »⁶⁸¹. Cela a conduit beaucoup de spécialistes du droit administratif qu'on pouvait douter de la juridicité des contrats de plan « celui-ci n'aurait qu'une simple valeur programmatique, les engagements qu'il comporte se résumant à des simples déclarations d'intention ». Commentant la décision de 1996, Y. Madiot note que « le contrat de plan rejoint la catégorie des contrats faux-amis dont le nombre ne cesse de croître dans tous les domaines... L'énoncé d'objectifs ou d'engagements moraux n'est pas incompatible avec la nature contractuelle d'un acte. Mais lorsque cet acte ne contient pas d'autres dispositions, il n'est pas possible de lui consacrer une appellation, celle de contrat, qui ne doit pas devenir un simple label »⁶⁸².

18- Il en va de même, *a fortiori*, lorsque les prétendus « engagements » des parties se ramènent en réalité à la mise en oeuvre de normes légales ou réglementaires qui seraient de toute façon applicables. C'est le cas de tous les « contrats » à fonction pédagogique – pour reprendre l'expression de J. Rochfeld⁶⁸³ : charte des thèses, contrat de responsabilité parentale, contrat d'accueil et d'immigration, et bien sûr du défunt PARE, qui tout en formalisant les obligations du demandeur d'emploi, ne faisait que rappeler, de l'autre côté, les obligations légales de l'ASSEDIC.... Face à ces figures, deux attitudes sont concevables. Soit on s'efforce de discerner, au delà du substrat légal sur lequel ils se fondent, de véritables effets de droit, ne serait-ce qu'à travers l'individualisation des droits et obligations légaux⁶⁸⁴. Soit on considère qu'il s'agit en quelque sorte de « dispositifs » transparents, d'instrumenta sans negotia, ce qui aboutit à leur nier toute valeur contractuelle⁶⁸⁵. C'est la position qu'a prise jusque là la jurisprudence, à propos de la charte des thèses⁶⁸⁶, et, très récemment, du PARE. On sait que la Cour de cassation a refusé de reconnaître à la charge de l'ASSEDIC l'existence d'un véritable engagement contractuel se substituant aux dispositions réglementaires unilatéralement modifiables⁶⁸⁷. Les recalculés ont pu ici éprouver concrètement l'illusion de la bilatéralité, et, au delà, l'illusion de la contractualisation.

⁶⁸¹ Cons Etat 25 octobre 1996, Association Estuaire Écologie: n° 169557

⁶⁸² Y. Madiot, R.F.D.A., 1997, p. 339. Le Conseil d'Etat a cependant par la suite adopté une position moins négative : C.E. Sect., 19 novembre 1999, Fédération syndicaliste Force ouvrière des travailleurs des postes et télécommunications et Syndicat C.N.T-P.T.T. (2 espèces), Les Petites Affiches, n° 187, 19 septembre 2000, p. 15, note P. Combeau

⁶⁸³ J. Rochfeld, RDC 2005 p 257 et RDC 2006, p 665

⁶⁸⁴ Voir par exemple en ce sens : A. Supiot, La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs « recalculés », Dr soc 2004, 541

⁶⁸⁵ Pour une tentative de sortir de cette alternative V infra la communication de T. Revet

⁶⁸⁶ CE 21 décembre 2001 : n° 220997

⁶⁸⁷ Cass soc 31 janvier 2007 : pourvoi n° 04-19464 – sur cet arrêt : C. Willmann, Le plan d'aide au retour à l'emploi n'est pas un contrat, D 2007, p 1469 ; P. Morvan, libre propos, JCP 2007, Act 86 ; X. préto, L'intangibilité des droits aux prestations de l'assurance-chômage, Dr soc 2007, p 403

19- B. La bilatéralité apparaît plus marquée lorsque le contrat se substitue à la décision d'un tiers, ou à une norme qui définissait de manière impérative les droits et les obligations des parties. Il n'est pas question, dans ces hypothèses, qu'une partie accepte des engagements, ou plus généralement des sacrifices sans contrepartie, parce qu'on veut retrouver dans le contrat l'équilibre que la décision ou la norme extérieure était censée garantir.

Aussi bien ne faut-il pas s'étonner que la transaction, qui reste le modèle du règlement contractuel des litiges, et qui est, selon l'expression d'A. Jeammaud, « l'illustration de ce qu'on appellera peut-être le paradigme contractuel »⁶⁸⁸ soit précisément un contrat où l'unilatéralité est normalement bannie. On sait en effet que la doctrine et la jurisprudence exigent traditionnellement, et alors même qu'aucun texte ne le prévoit, que les deux parties se fassent des concessions réciproques⁶⁸⁹. Ici, le mouvement de contractualisation paraît donc aux antipodes d'un accroissement de l'unilatéralité. Il ne faut pas, cependant, exagérer la portée de ce bilatéralisme. D'abord, en règle générale, le juge, s'il contrôle l'existence des concessions réciproques, n'exige pas qu'elles soient équivalentes. Ensuite, en droit commun, la sanction de concessions unilatérales n'est pas la nullité de l'accord, mais simplement sa requalification en un autre type d'acte juridique (remise de dette, renonciation...) qui peut parfaitement avoir force obligatoire. Il n'en va autrement en droit du travail, c'est-à-dire dans un contexte où le risque de sacrifices imposés par un contractant à l'autre est particulièrement grand⁶⁹⁰. Enfin, et surtout, P. Pierre a montré, dans le cadre du séminaire ayant précédé ce colloque que dans le domaine de l'indemnisation des victimes⁶⁹¹, il pouvait exister des transactions sans concessions, depuis que la Cour de cassation a jugé que la transaction dans le cadre de la loi de 1985 ne pouvait pas être remise en cause au motif de l'absence de concessions de l'assureur⁶⁹².

21- La bilatéralité des engagements ne peut être vraiment garantie que lorsque la loi subordonne la force obligatoire de l'accord à son homologation par le juge, ce qui est une autre facette de la contractualisation, tout particulièrement observable en droit de la famille. Qu'il

⁶⁸⁸ A. Jeammaud, Genèse et postérité de la transaction, in La transaction dans toutes ses dimensions, sous la direction de B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, coll Thèmes et commentaires, Dalloz 2006 p 9

⁶⁸⁹ cf en dernier lieu B. Fages, Equilibre et transaction : l'exigence de transactions réciproques, in La transaction dans toutes ses dimensions, précité p 53 s

⁶⁹⁰ Sur tous ces points V B. Fages, op cit

⁶⁹¹ P. Pierre, in Approche renouvelée de la contractualisation, précité – Sur la question des concessions réciproques dans les transactions indemnitaires V S. Porchy-Simon, Transaction et droit de l'indemnisation, in La transaction dans toutes ses dimensions, précité p 112 s

⁶⁹² Cass civ2 16 novembre 2006 : Bulletin 2006 II N° 320 p. 296 ; JCP ed G II-10032, obs. L. Mayaux

s'agisse du changement de régime matrimonial ou de la convention entre époux dans le divorce par consentement mutuel, l'homologation, même si ce n'est pas son seul but, permet de vérifier que la convention n'instaure pas un trop grand déséquilibre entre les intérêts des époux⁶⁹³. Et on se demande s'il faut de même reconnaître au juge le pouvoir de vérifier l'équilibre des concessions lorsqu'il homologue un accord en fin de médiation judiciaire ou une transaction : si on peut l'admettre lorsque le juge est amené à homologuer une transaction indemnitaire⁶⁹⁴, un tel pouvoir paraît peu probable dans le cadre de l'homologation facultative sur le fondement de l'article 1441- 4 NCPC⁶⁹⁵. Il est cependant remarquable que, pour parvenir à ce résultat, on soit amené à passer par des techniques étrangères au contrat – et qui s'intègrent mal dans la logique contractuelle. Si cela ne permet certainement pas de démontrer que la contractualisation contribue à accroître la place de l'unilatéralité dans le contrat, cela montre bien en revanche que, par elle-même, la technique contractuelle ne garantit en rien la bilatéralité qu'elle symbolise habituellement dans l'idéologie de la contractualisation.

⁶⁹³ cf art 232 al 2 C.civ à propos de l'homologation de la convention réglant les conséquences du divorce par consentement mutuel : le juge peut refuser l'homologation s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

⁶⁹⁴ Article 706-561 C proc pen à propos de l'homologation de l'accord entre une victime d'infraction et le FGTI

⁶⁹⁵ Sur l'ambiguïté de cette homologation, V par exemple Y. Desdevises, Les transactions homologuées, vers des contrats juridictionnalisables ? D 2000, p 284

LES INCIDENCES DU MOUVEMENT DE CONTRACTUALISATION SUR LES FONCTIONS DU CONTRAT

Par Mustapha MEKKI

Professeur à l'Université Paris XIII (Paris Nord-Villetaneuse)

1. – Le contrat, entre visible et invisible – Le contrat aujourd'hui se mêle de tout et s'emmêle dans tout⁶⁹⁶. Une certaine harmonie pourrait-elle, cependant, se dissimuler derrière cette cacophonie contractuelle ? La confrontation du phénomène de contractualisation et du contrat sous l'angle de ses fonctions semble mettre à jour l'existence d'une symphonie en deux mouvements. D'un côté, le contrat est un acte juridique qui réalise l'objet pour lequel il a été conclu. Le contrat est un outil⁶⁹⁷, ce qui constitue sa fonction dévoilée. D'un autre côté, le contrat est un mot, un langage qui vaut pour ce qu'il représente, pour ce qu'il symbolise, pour ce qu'il évoque. Cette force incantatoire du « mot » contrat constitue sa fonction cachée. Les fonctions du contrat mêlent ainsi en permanence une part de visible et d'invisible⁶⁹⁸.

Il convient au préalable de s'entendre sur les termes de l'équation : contractualisation, contrat et fonctions du contrat⁶⁹⁹.

2. – Contractualisation, crise ou une évolution du contrat ? La contractualisation peut désigner, tout d'abord, une « hypertrophie » du contenu contractuel⁷⁰⁰. Il y aurait toujours plus d'obligations contractuelles « implicites », non voulues par les parties⁷⁰¹. L'« hypertrophie » signifie également une

⁶⁹⁶ Pour paraphraser M. A Supiot à propos de l'Etat.

⁶⁹⁷ S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M., 2007 : l'ouvrage est construit autour du contrat comme outil de structuration, d'une part, et de gestion, d'autre part, même si des chevauchements sont visibles entre ces deux utilités.

⁶⁹⁸ G. Cornu, *Le visible et l'invisible*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 1998, p. 419 et s.

⁶⁹⁹ Sur l'importance de ce point de départ, v. P. Ancel, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, P.U.A.M., p. 15 et s., spéc. n° 12 et s., p. 22 et s.

⁷⁰⁰ Sur ce point, v. J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat, sous la dir. Chr. Jamin et D. Mazeaud*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et s., spéc. p. 106 et s.

⁷⁰¹ Pour une illustration récente, Cass. soc., 18 octobre 2006, R.D.C., 2007-2, p. 714 et s., obs. Y.-M. Laithier : au visa de l'article 1135 du Code civil, la Cour de cassation a jugé que « l'employeur investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa

prolifération des clauses du contrat faisant de lui un instrument sur mesure, particulièrement en droit du travail et en droit des affaires⁷⁰². Cette implosion s'accompagne d'une explosion contractuelle.

C'est l'image d'un contrat conquérant qui déploie sa force centrifuge et gagne en densité. De « nouvelles » utilités du contrat, avec toute la relativité que cette présentation recouvre, sont à l'honneur : il permet de gérer, de structurer, d'organiser, de responsabiliser, d'individualiser, de prescrire... L'inflation est aussi verbale dans le discours juridique, politique et journalistique : Contrat de confiance, nouveau contrat social, contrat entre générations, contrat républicain...

On peut alors se demander si cette contractualisation traduit une crise ou une simple mutation du contrat. Avec le mouvement de contractualisation la question prend une nouvelle tournure car ce n'est plus la loi qui est dénoncée en ce qu'elle porterait atteinte à la liberté contractuelle mais le contrat lui-même qui deviendrait son propre ennemi. Trop de contrats tuerait le contrat. Quel que soit le regard que l'on porte sur ce phénomène de contractualisation, il met en exergue le caractère multifonctionnel du contrat.

3. – L'opportunité d'un concept général de contrat – Le mouvement de contractualisation force les observateurs à appréhender le contrat de manière plus pragmatique. Il ne convient pas pour autant de renoncer à toute forme de dogmatisme juridique⁷⁰³. Les catégories juridiques ont du bon dès lors qu'elles ne trahissent pas la réalité⁷⁰⁴. En se livrant à la recherche d'une notion de contrat derrière ou dans le phénomène de contractualisation, on facilite la reconstruction du paysage contractuel et du droit des contrats. La contractualisation est à l'origine d'une « dilution des catégories »⁷⁰⁵, alors que le contrat doit rester un instrument juridique accessible, compréhensible et prévisible.

Faut-il, pour ce faire, partir d'une définition *a priori* du contrat ? Cette entreprise paraît difficile voire insurmontable. Le contrat se caractérise par sa relativité⁷⁰⁶. Néanmoins, les premiers résultats de la

subordination juridique, est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail ». Pour une vue d'ensemble de la question, v. Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. Fr. Chabas, Dalloz, 2005.

⁷⁰² Notre article, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle*, R.D.C., 2006, p. 1051 et s. et 2007, p. 239 et s.

⁷⁰³ Il faut rechercher le « génotype » du contrat derrière le « phénotype » de la contractualisation, v. R. Sacco, *Contract, contrat, Vertrag*, *European review of private law*, 1999, p. 237 et s., cité par P. Ancel, *Contractualisation et théorie générale...*, *op. cit.*, p. 23, note 40.

⁷⁰⁴ « Faisant entrer la réalité dans des cadres destinés à les préciser et à améliorer l'adaptation du droit à la vie, les catégories juridiques ne doivent pas être détournées de leur finalité. Les efforts des juristes, devant une situation originale, pour la faire entrer dans les catégories existantes, ne doivent pas conduire à « violenter inutilement la réalité... Il faut alors sortir... des cadres connus et éprouvés » (P. Roubier). *C'est au juriste qu'il appartient de le faire. Les catégories juridiques ne sont pas de simples données du réel, ni même du droit positif. Elles ne préexistent pas à l'intervention des juristes ou à la science du droit* », J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 3^{ème} édition, Dalloz, 1999, n° 190, p. 204.

⁷⁰⁵ E. Savaux, *La dilution des catégories, in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, sous la dir. G. Pignarre, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 33 et s. Terme emprunté à M. Vasseur, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, R.T.D. civ., 1964, p. 5 et s., spéc. n° 27, p. 46.

⁷⁰⁶ Sur cette idée générale, v. *La relativité du contrat (Rapport de synthèse)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Tome IV, Nantes, 1999, L.G.D.J., 2000. M. A. Supiot dévoile une triple relativité de la notion de contrat : elle est conceptuelle, par l'émergence de contrats non civils ; elle est structurelle, car les contrats sont variables en fonction de l'objet et du sujet ; elle est culturelle, en ce qu'il existerait des civilisations sans contrats telles que le Japon, A. Supiot, *La relativité du contrat en questions. Conclusion générale in La relativité du contrat, op. cit.*, p. 183 et s., spéc. p. 185 et s.

confrontation, menée notamment par le Centre René Demogue, ont permis de dégager deux dénominateurs communs à la plupart des contrats étudiés. La contractualisation s'entend d'un regain d'intérêt accordé à la procédure contractuelle⁷⁰⁷ en vue de produire certains effets.

En complément, l'étude des incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat contribuerait à une meilleure compréhension. La définition du contrat serait instrumentale. Même si cette acception fonctionnelle ne permet d'en avoir qu'une vue partielle, elle contribue à réduire la marge d'incertitude.

4. – Contractualisation et fonctions du contrat – La fonction peut être définie comme « *le rôle caractéristique que joue une chose dans l'ensemble dont elle fait partie* »⁷⁰⁸. Elle implique la notion de système⁷⁰⁹. Etudier les fonctions du contrat revient à insister sur l'idée qu'il s'agit d'un moyen au service d'une fin et à souligner qu'il est la partie d'un tout qui le dépasse et auquel, en même temps, il contribue⁷¹⁰. Cela explique que tout n'est pas contractuel dans le contrat⁷¹¹. Le contrat est une technique en ce qu'il appartient à un « *ensemble de procédés employés pour produire ou obtenir un résultat déterminé* »⁷¹². A ce titre, le contrat est un outil, qui permet de faire quelque chose et un mot qui permet d'exprimer quelque chose.

En tant qu'outil, le contrat est à la fois lien personnel et entité⁷¹³, norme⁷¹⁴ et instrument d'échange⁷¹⁵. Le contrat-échange coexiste avec les « *contrats d'allégeance* »⁷¹⁶, « *aristocratiques* »⁷¹⁷

⁷⁰⁷ Sur la « procéduralisation », P. Lociek, *La procéduralisation à l'épreuve du droit privé*, in *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)* Universités d'été 2000-2001 du Barreau de Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s. En droit des contrats, v. notre thèse, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., 2004, n° 1118 et s.

⁷⁰⁸ *Le Petit Robert*, V° *Fonction*.

⁷⁰⁹ V. en sociologie, R. Boudon et Fr. Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, P.U.F., coll. Quadrige, 2000, p. 259, V° *Fonction*. Adde, E. Durkheim pour qui toute analyse d'une institution suppose d'étudier ses causes et ses fonctions, *Les règles de la méthode sociologique* (1937), P.U.F., coll. Quadrige, 1990, spéc. p. 89 et s.

⁷¹⁰ Sur le contrat comme élément d'un ordre juridique et social au sein duquel il s'insère, J. Ghedin, *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables*, in *La relativité du contrat*, *op. cit.*, p. 223 et s., spéc. p. 241.

⁷¹¹ E. Durkheim, *De la division du travail social*, P.U.F., Coll. bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, spéc. p. 189 : « (...) partout où le contrat existe, il est soumis à une réglementation qui est l'œuvre de la société et non celle des particuliers, et qui devient toujours plus volumineuse et plus compliquée ». Adde, E. Durkheim, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, avant-propos H. Nail Kubali, introduction G. Davy, P.U.F., Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1950, spéc. p. 208 : « (...) le lien contractuel ne saurait être primitif (...). Le contrat est (...) une source de variations qui suppose un premier fond juridique, ayant une autre origine ».

⁷¹² *Le Petit Robert*, V° *Technique*.

⁷¹³ Sur cette distinction, J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), P.U.F., 1986, p. 41 et s., spéc. p. 55 et ss. L'entité contrat est un acte « envisagé en lui-même, comme une entité autonome, distincte de la personne de ceux qui l'ont conclu » (p. 56). Dans le même esprit, M.-A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique*, R.T.D. civ., 1998, p. 43 et s., spéc. n° 12, p. 47. Pour une application, Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Préf. R. Bout, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 337, 2000.

⁷¹⁴ H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, A.P.D., Sirey, 1940, p. 33 et s. ; J. Ghedin, *La formation du contrat*, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 1993, n° 188 et s., p. 168 et s. Sur la distinction de l'effet normatif et de l'effet obligationnel du contrat, v. P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, R.T.D. civ., 1999, p. 771 et s.

⁷¹⁵ Sur la notion de contrat en tant qu'échange, v. not. J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, Avant-propos J. Ghedin, Préf. J.-P. Baud, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 194, 1987. Sur les origines de l'échange, A. Caillé, *De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement)*, in *La nouvelle crise du contrat*, in *La nouvelle crise du contrat, sous la dir. Chr. Jamin et D. Mazéaud*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 27 et s.

ou « *associatifs* »⁷¹⁸, les « *contrats-organisation* »⁷¹⁹, les « *contrats-institution* »⁷²⁰, les « *contrats relationnels* »⁷²¹ et les « *contrats de situation* »⁷²². Malgré cette diversité des utilités du contrat, de récentes études sont parvenues à isoler les deux principales utilisations de l’outil contractuel. Il est un outil de structuration lorsqu’il « *sert de fondation à une institution* ». Il est, également, un outil de gestion. Même si ces distinctions n’épuisent pas les fonctions du contrat, notamment dans son aspect rhétorique, elles en précisent les contours⁷²³.

Au-delà de l’instrument contractuel, l’analyse des incidences de la contractualisation sur les fonctions du contrat met en évidence sa face cachée. Il ne se réduit pas à l’acte de contracter. Le contrat fait également partie d’un discours. En quelque sorte, tout n’est pas contractuel dans la fonction du contrat...

⁷¹⁶ A. Supiot, *La relativité du contrat en questions...*, *op. cit.*, spéc. p. 198 et s. : « *Au périmètre de l’échange et à celui de l’alliance, le droit des contrats ajoute donc désormais celui de l’allégeance, par laquelle une partie se place dans l’aire d’exercice du pouvoir d’une autre* ».

⁷¹⁷ M.-A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité...*, *op. cit.*, spéc. n° 35 et s., p. 54 et 55 : par le contrat aristocratique « *ce sont alors véritablement les volontés de deux personnes particulières qui, par leur puissance, construisent pour eux seuls une relation juridique sur-mesure, relation imprégnée par leur personnalité (...)* » (n° 35, p. 54). « *Le contrat est donc l’alternative au marché, soit parce qu’il peut être l’expression de la puissance des personnes ne supportant pas l’interchangeabilité absolue du marché, soit parce qu’il est l’expression de la spécificité de l’objet, qui y résiste pareillement* » (n° 39, p. 55). Dans le même sens, S. Lebreton, *L’exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution*, Avant-propos J. Monéger, Préf. M. Pédamon, Litec, Bibliothèque de droit de l’entreprise, Tome 57, 2002, spéc. n° 14, p. 27.

⁷¹⁸ G. Rouhette, *Encyclopédie Universalis*, Vol. 4, 1972, *V° Contrat*, p. 961 et s., spéc. p. 963 : « *La caractéristique essentielle du contrat associatif – en un sens technique, en prenant pour paradigme le contrat d’association stricto sensu, ou le contrat de société – serait que les parties y poursuivent non plus des fins personnelles, mais un but identique : la réalisation d’une même œuvre. Le contrat ne vise pas dans ce cas à apaiser un conflit d’intérêts divergents en opérant, par lui-même, leur composition ; dès avant la conclusion du contrat, les oppositions ont été réduites et un intérêt commun unique (une somme d’intérêts individuels identiques) est apparu, qui est seul recherché* ». Il y a dans ce contrat « *un grain de fraternité* ».

⁷¹⁹ P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L’avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz-P.U.F.-éd. du juris-classeur, 1999, p. 635 et s., spéc. p. 636 : « *Les contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A* » ; l’exemple type est la vente. « *Les contrats-organisation instituent une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe* ». Dans le contrat-échange, « *les intérêts des contractants (...) sont donc très largement divergents, même s’ils peuvent ponctuellement converger* ». Dans le contrat-organisation les intérêts sont « *structurellement convergents, même si cela n’exclut pas des situations de divergence* ».

⁷²⁰ L. Boy, *Les « utilités »...*, *op. cit.*, spéc. p. 7 et ss.

⁷²¹ Contrat théorisé par Ian R. Macneil, *The New Social Contract : An Inquiry into Moderne Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. Pour une analyse de la théorie du contrat relationnel, v. O. E. Williamson, *Les institutions de l’économie*, Préf. M. Ghertman, trad. R. Coeurderoy et E. Maincent, InterÉditions, sous dir. M. Ghertman, 1994, spéc. p. 95 et s. Pour une application concrète de la théorie de Ian R. Macneil, v. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société...*, *op. cit.*, spéc. p. 203 et s. : partie consacrée à l’« *internormativité contractuelle* ». Pour une étude d’ensemble, v. H. Muir-Watt, *Du contrat « relationnel »*. Réponse à François Ost, in *La relativité du contrat*, *op. cit.*, p. 169 et s. et les références citées note 5, p. 170 et 171 : l’auteur oppose le « *contrat relationnel, qui se greffe sur un véritable rapport social et comporte une certaine densité dans le temps* » et le « *contrat discret, éphémère, qui implique un échange aveugle de prestations et disparaît aussitôt épuisée son utilité immédiate* » (p. 169). En droit anglais, v. J. Bell, *L’incidence du changement de circonstances*, *Rapport anglais*, in *Le contrat aujourd’hui : comparaisons franco-anglaises*, *op. cit.*, p. 233 et s. ; en droit québécois, v. L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec*, *Revue de droit de McGill*, 1999, vol. 44, p. 903 et s.

⁷²² M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mélanges G. Marty, Université des sc. soc. de Toulouse, 1978, p. 235 et s., spéc. n° 8, p. 239 : les contrats de situation sont ceux qui sont « *déterminants pour la vie d’une entreprise ou son niveau d’activité et sont par là le plus souvent l’instrument d’une vassalité économique* ». Contrats qu’il oppose aux contrats d’occasion « *qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l’existence de l’entreprise* ». Pour une analyse des contrats de distribution ou de production sous le prisme des « *contrats de situation* », v. D. Mainguy, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 165 et s.

⁷²³ S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (sous la dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M., 2007, *passim*.

Dire du contrat qu'il est un mot relève de l'évidence. A dire vrai, c'est son inflation verbale qui constitue à elle seule un phénomène. Une véritable rhétorique contractuelle⁷²⁴ se met en place dont la raison d'être n'est pas, ou pas seulement, de traduire juridiquement la réalisation d'une opération économique⁷²⁵. La rhétorique est l'art de bien dire ou l'art de parler de manière à persuader. Sous l'Antiquité, la rhétorique est plutôt perçue comme l'art de séduire et de tromper⁷²⁶. Ce faisant, la raison d'être du contrat ne réside pas dans son objet mais dans la signification que souhaitent lui conférer ses locuteurs et la réception qu'en font les interlocuteurs. Le phénomène de contractualisation met en lumière cette fonction rhétorique. Ce discours contractuel n'est pas exclusivement juridique et brouille alors la frontière entre le droit et le non-droit. Le langage juridique du contrat tend aujourd'hui à se confondre avec le langage courant⁷²⁷. Selon les termes savants des linguistes, le contrat est un mot qui n'a plus d'« *appartenance juridique exclusive* » et est pourvu d'une « *polysémie externe* »⁷²⁸.

5. – En définitive, le mouvement de contractualisation contribue à l'intensification du caractère multifonctionnel du contrat. Les incidences sont diverses mais présentent deux principaux aspects. Le mouvement de contractualisation rend les fonctions proprement juridiques du contrat plus hétérogènes. En même temps, il met en lumière une facette moins visible du contrat, celle de ses fonctions extra-juridiques, rhétoriques. L'hétérogénéité des fonctions juridiques du contrat (I) coexiste avec les virtualités de ses fonctions rhétoriques (II).

L'hétérogénéité des fonctions juridiques du contrat

6. – La liste des fonctions juridiques du contrat ne semble être limitée que par l'imagination de ceux qui en usent. Le mouvement de contractualisation a pour effet de renover à défaut de révéler, deux fonctions du contrat la fonction d'échange, d'une part (A), et la fonction institutionnelle, d'autre part (B).

⁷²⁴ V° *Rhétorique juridique*, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique, L.G.D.J.

⁷²⁵ Certains auteurs parlent à ce titre de « paradigme du contrat », Fr. Collart-Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 225 et s., spéc. p. 227.

⁷²⁶ Sur ce sens, Platon, *Protagoras*, *Gorgias*, éditions G.-F., 451d-452.

⁷²⁷ Le langage juridique est généralement présenté comme « *la langue d'un groupe particulier* » (G. Mounin, *La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques*, in *Le langage du droit*, A.P.D., Tome XIX, 1974, p. 10 et s.) et, plus exactement, comme « *un langage spécialisé* » (G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Montchrestien, Domat Droit privé, 2005, n° 2, p. 16 ; *adde*, J.-L. Souriou et P. Lerat, *Le langage du droit*, P.U.F., Cill. SUP, Le Juriste, 1975, spéc. p. 9).

⁷²⁸ G. Cornu, V° *Linguistique juridique*, in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 952 et s.

A/ Le renouveau de la fonction d'échange du contrat

7. – Si le contrat conçu comme le cadre juridique de l'échange n'est pas une idée nouvelle, le mouvement de contractualisation invite à repenser cette fonction primaire qui, d'une certaine manière, est revivifiée. Cette nouvelle vitalité provient tantôt du contexte contractuel (1), tantôt du contenu contractuel (2).

1°/ Un renouveau du contexte

8. – Le contrat-échange revivifié par le commerce numérique – L'aspect polymorphe du mouvement de contractualisation tend à faire oublier la fonction première du contrat comme instrument d'échange⁷²⁹. Cette fonction est revivifiée par l'émergence d'un nouveau marché celui de l'économie numérique. C'est, dans ce domaine, la fonction libérale du contrat qui est à l'honneur, au sens de maximisation de la valeur par l'échange. A ce titre, le contrat de droit civil a également sa place dans le mouvement de contractualisation. Par cette libéralisation du contrat-échange, l'idée d'une justice par le contrat l'emporte alors sur celle d'une justice imposée en dehors du contrat⁷³⁰.

Le monde virtuel de l'Internet encourage le libre échange contractuel. Cet univers numérique se veut simple, sans contrainte et libre. L'échange n'est qu'un moyen au service d'une fin : le développement de l'économie numérique⁷³¹. S'il y a ici contractualisation c'est au sens d'essor de la fonction d'échange du contrat, le législateur choisissant de ne pas imposer un contrat spécial à l'économie numérique⁷³². Il faut encourager la conclusion de contrats par la mise en place de simples règles du jeu.

La fonction d'échange est également revivifiée de l'intérieur par une prolifération des clauses contractuelles. Le renouveau du contexte contractuel se double, ensuite, d'un renouveau de son contenu.

2°/ Un renouveau du contenu

9. – Le contrat-échange revivifié par les clauses contractuelles – La fonction d'échange du contrat se déploie sous les traits d'un outil sur mesure adapté aux objectifs poursuivis par les parties. En ce sens, les clauses contractuelles individualisent le lien contractuel au service d'un échange qui se moule aux besoins des partenaires.

⁷²⁹ La vente se présente d'ailleurs comme le modèle du contrat du Code civil, v. M.-E. Ancel, *La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel*, in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la dir. Th. Revet, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de l'institut A. Tunc, 2005, p. 285 et s.

⁷³⁰ Sur cette idée de justice extérieure au contrat à qui elle s'impose, E. Durkheim, *Leçons de sociologie (1950)*, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, spéc. p. 232 et s. : « 18^{ème} leçon : la morale contractuelle (fin) ».

⁷³¹ Sur cet aspect instrumental, J. Rochfeld, *Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation*, R.D.C., 2004-4, p. 915 et s., spéc. n° 3, p. 918 ; du même auteur, *Les rapports entre la régulation et le contrat renouvelés par l'Internet*, in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, sous la dir. M.-A. Frison-Roche, Presses de sciences po et Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 209 et s.

⁷³² Sur cette prévalence du libre échange contractuel, J. Rochfeld, *Les rapports...*, *op. cit.*, spéc. n° 404 et s., p. 214 et s.

Cette pulvérisation des clauses contractuelles est également l'expression d'un contrat qui se singularise enserrant le cocontractant dans des liens d'une grande subtilité dont il est parfois fait prisonnier. Le contrat de travail est assez représentatif de cette stratégie contractuelle où la multiplication des clauses permet à l'employeur de créer un lien de subordination sur mesure⁷³³.

Cette implosion alimente le caractère multifonctionnel du contrat qui, au moyen de clauses diverses et variées, est capable de garantir une meilleure appréciation des risques, de prévenir la réalisation de certains risques ou de répartir les risques entre les parties. Ces clauses enrichissent également la fonction d'échange du contrat en attribuant à certaines parties un pouvoir unilatéral et en imposant certaines directives aux parties, à certains tiers, voire au juge lui-même⁷³⁴.

10. – La fonction d'échange du contrat conserve donc une place de choix au sein du mouvement de contractualisation avec une coloration plus libérale assez marquée. Lorsqu'il est fait état du mouvement de contractualisation c'est à une autre fonction du contrat que l'on songe : sa fonction institutionnelle. Autrement dit, tout n'est pas échange dans le contrat...

B/ Le renouveau de la fonction institutionnelle du contrat

11. – « Derrière le contrat, le lien... »⁷³⁵ - Si l'outil contractuel est la vedette de ces dernières années c'est principalement sous l'angle de sa fonction institutionnelle. L'institutionnalisation du et par le contrat consiste à dépasser sa fonction d'échange pour percevoir derrière ou au-dessus de lui la création d'une relation, d'une situation. Institutionnaliser revient à établir un lien qui se distingue de l'acte qui le crée, lien stable qui s'inscrit dans la durée. Le contrat ne se réduit pas à un échange de biens ou de prestations, il est un moyen privilégié pour organiser une activité. Cette fonction organisationnelle a alors une incidence directe sur la fonction normative du contrat. La fonction institutionnelle est ainsi l'addition de deux fonctions inextricablement liées : la fonction organisationnelle, tout d'abord (1), et la fonction normative, ensuite (2).

1°/ La fonction organisationnelle du contrat

12. – L'organisation personnelle – L'organisation peut être de nature personnelle. C'est l'état des personnes qui devient l'objet d'une régulation contractuelle. Le contrat de Pacs peut être analysé en ce sens. Il ne peut plus aujourd'hui être réduit à un simple contrat-échange. Mi-contractuel, mi

⁷³³ Sur ce point, v. notre article, *Existe-t-il un « jus commune » applicable aux clauses du contrat de travail ?*, *Revue de droit du travail*, 2006, p. 292 et s., spéc.n° 5.

⁷³⁴ Sur ces différents aspects, notre article, *Un nouvel essor...*, R.D.C., 2006, op. cit., spéc., p.1056 et s.

⁷³⁵ P.-Y. Verkindt, *Préface in Approche critique de la contractualisation*, sous la dir. S. Chassagnard et D. Hiez, L.G.D.J., coll. Droit et société, 2007, p. 7.

institutionnel⁷³⁶, le Pacs organise, institutionnalise un lien personnel⁷³⁷. La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 vient à ce titre renforcer l'aspect extra-patrimonial de ce contrat⁷³⁸.

13. – L'organisation économique – Le droit des affaires est également propice à l'épanouissement de cette fonction organisationnelle. En offrant un nouveau cadre au monde des affaires, détaché du contrat civil classique, le contrat a connu un succès croissant comme technique de régulation de l'activité économique⁷³⁹. Le contrat de société est ainsi présenté comme l'archétype du contrat-organisation⁷⁴⁰. Les contrats de service de longue durée, les contrats de sous-traitance industrielle, les contrats d'accès au réseau d'électricité, de gaz ou des télécommunications sont autant de manifestations de cette fonction organisationnelle. Une simple clause contractuelle peut également recouvrir une telle fonction organisationnelle. Cette « *clause-organisation* » ne réaliserait pas un échange de prestations mais aurait pour servir, par exemple, à mettre en place une zone d'exclusivité ou de non-concurrence⁷⁴¹.

C'est dans cet esprit que se situe le contrat dit relationnel. Même si une partie de la doctrine ne voit pas dans ce contrat une véritable catégorie juridique⁷⁴², cette qualification permet néanmoins de faire état d'un phénomène qui touche à la fonction du contrat. Le contrat relationnel se présente comme un acte « *incomplet* »⁷⁴³ qui ne réalise pas une appréhension du futur dans le présent, mais une « *projection du présent dans le futur* »⁷⁴⁴. Le lien contractuel est assoupli afin d'éviter que, sous la pression du temps, il ne se brise. Le sujet contractuel est valorisé. L'acte est capable de s'adapter à son environnement social⁷⁴⁵ et s'inscrit dans la durée au prix d'une certaine flexibilité.

⁷³⁶ Ph. Malaurie, *Sur le PACS*, in *Le Pacs, Dr famille*, n° hors série, décembre 1999, n° 8, p. 30 et 31, spéc. p. 31 ; D. Fenouillet, *Couple hors mariage et contrat*, *Couple hors mariage et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, sous la dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, Economica, 2001, p. 81 et s., spéc. p. 100 et s. qui parle d'« *institutionnalisation du couple non marié* ».

⁷³⁷ En ce sens, A. Supiot, *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale*, in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 19 et s., spéc. p. 37.

⁷³⁸ V. par ex. le nouvel article 515-3-1 du Code civil sur la mention en marge de l'acte de naissance et l'art. 515-5 du même Code instaurant un devoir mutuel entre les pacsés.

⁷³⁹ Pour une analyse d'ensemble, v. *Les engagements dans les systèmes de régulation*, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁴⁰ P. Didier, *Brèves notes...*, *op. cit.*. Il est à ce titre parfois présenté comme un outil de structuration, Ph. Bissara, *De la société contractante à la contractualisation de la société*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 53 et s. Rapp. M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Préf. A. Viandier, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 303, 1998 ; Y. Guyon, *Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 2002.

⁷⁴¹ Pour une illustration, v. Cass. 3^{ème} civ. 3 mai 2007, J.C.P. (G), 2007, II, 10179, note M. Roussille.

⁷⁴² Y.-M. Laithier, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D., 2006, Chr., p. 1003 et s.

⁷⁴³ V. H. Muir-Watt, *Du contrat « relationnel »...*, *op. cit.*, spéc. p. 174 : « (...) l'accord initial de volontés n'est qu'un relais avec l'avenir contractuel ».

⁷⁴⁴ L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat...*, *op. cit.*, spéc. p. 932.

⁷⁴⁵ V. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société. Etude socio-juridique des achats d'Alcan au Sagunay-Lac-Saint-Jean*, Les éditions Yvon Blais inc., Coll. Le droit aussi..., 1998, spéc. p. 304 et 305 : il faut « *harmoniser les normes internes* » de la relation contractuelle « *avec celles de l'environnement social. Pour satisfaire à cette obligation, il ne suffira pas que la convention soit conforme à la légalité étatique. Avant d'en reconnaître la validité et la force obligatoire en droit, les agents du système juridique devront aussi prendre en compte les règles organisationnelles et les normes sociales qui ont cours dans l'environnement du contrat* ».

Cette fonction organisationnelle ou relationnelle du contrat se déploie dans divers secteurs. Le droit de la distribution en fait un instrument de création et de gestion de réseaux⁷⁴⁶.

Dans ces conditions, la fonction d'échange du contrat passe au second plan au profit du contrat instrument d'organisation.

14. – Le mouvement de contractualisation n'est donc pas toujours le moteur d'une plus grande liberté des acteurs⁷⁴⁷. Ces acteurs acceptent souvent de se soumettre à un contrat qui a pour fonction d'organiser cette relation de dépendance, de dominant à dominé, en confiant à l'une des parties ou à un tiers le soin de réguler le lien ainsi créé. La fonction institutionnelle du contrat n'est pas synonyme de liberté mais d'une nouvelle contrainte⁷⁴⁸, parfois analysée comme une forme de « reféodalisation » de la société⁷⁴⁹.

La fonction institutionnelle du contrat ne se réduit pas à une question d'organisation. Il faut aussi repenser sa fonction normative.

2°/ La fonction normative du contrat

Cette fonction normative n'a rien apparemment de novateur. Mais le mouvement de contractualisation donne de nouvelles perspectives à la fonction normative du contrat. On peut partir de la norme définie comme un ensemble de règles et de décisions. Le contrat entretient des liens avec la règle de droit, lors de son élaboration et lors de son application. En outre, il accompagne la décision de justice avec laquelle il coexiste ou à laquelle, plus rarement, il se substitue. Le contrat assume en quelque sorte, d'un côté, une fonction « réglementaire » contribuant à la création du droit objectif (a) et, de l'autre, une sorte de fonction para-juridictionnelle, comme instrument de réconciliation en cas de conflits (b).

a) La fonction « réglementaire » du contrat

⁷⁴⁶ Sur l'institutionnalisation des réseaux de distribution, v. L. Amiel-Cosme, *La théorie institutionnelle du réseau*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 et s. Pour une illustration, v. Chr. Jamin, note sous Cass. com., 15 janvier 2002, *J.C.P. (G)*, 2002, II, 10157 ; Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 6 mai 2002, *J.C.P. (G)*, 2002, II, 10146

⁷⁴⁷ En ce sens, v. S. Chassagnard et D. Hiez, in *Introduction*, in *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., 2007.

⁷⁴⁸ Sur cette idée, v. Chr. Jamin, *Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés*, in *Les engagements...*, *op. cit.*, p. 183 et s., spéc. n° 350 et s., p. 194 et s.

⁷⁴⁹ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, spéc. p. 164 et s. ; du même auteur, *Les deux visages de la contractualisation...*, *op. cit. et loc. cit.*. A. Supiot, *La relativité du contrat en question...*, *op. cit.*, p. 198 : le contrat s'impose comme un instrument d'organisation du pouvoir, un « instrument de hiérarchisation des personnes et des intérêts ».

La fonction réglementaire est liée à une perte de légitimité de la loi. La raison triomphante de la loi ne convainc plus⁷⁵⁰. Le contrat vient alors renforcer sa légitimité en facilitant la collaboration des groupements privés à son élaboration et à sa mise en œuvre. Il revêt une fonction législative.

15. – La fonction législative du contrat – L'idée de « loi négociée » était inconcevable en 1804⁷⁵¹. Aujourd'hui, la loi prend forme par étapes successives, forme de *punctuation* législative, processus auquel le contrat prend part⁷⁵².

Il serait cependant erroné de croire que le contrat se substitue à la loi. Au contraire, l'instrumentalisation du contrat est encore flagrante, lui qui se présente souvent comme un moyen d'assurer un meilleur respect de la loi. Au vrai, la loi tire profit du phénomène de contractualisation⁷⁵³ comme en attestent les accords collectifs en droit du travail⁷⁵⁴. Le législateur instrumentalise ce type d'accords collectifs,⁷⁵⁵ lorsqu'il est face à une question politiquement sensible⁷⁵⁶. La loi reste en retrait par rapport aux partenaires sociaux qui sont mis face à leur responsabilité. Le contrat qui ne se substitue pas à la loi est un moyen d'en assurer l'épanouissement⁷⁵⁷.

Au-delà de la fonction législative du contrat, existe-t-il un ordre juridique contractuel à part entière ?

⁷⁵⁰ Fr. Terré, *La « crise de la loi »*, in *La loi*, A.P.D., Tome 25, Sirey, 1980, p. 17 et s. ; A. Viandier, *La crise de la technique législative, in Crises dans le droit, Droits*, n° 4, P.U.F., 1986, p. 75 et s. Moins qu'une crise, on pourrait y déceler une mutation, v. notre article, *Le modèle de la loi au sein du Code civil, in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, L.G.D.J., 2005, p. 5 et s.

⁷⁵¹ Même si, historiquement, il y a souvent eu une part de conventionnel ou de consensuel au sein des lois. A. Supiot, *La loi dévorée par la convention ?*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, Sous dir. Ph. Gérard, Fr. ost et M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, n° 72, Bruxelles, 1996, p. 631 et s.

⁷⁵² Sur cette idée, v. R. Libchaber, *Qu'est-ce qu'une loi*, R.T.D. civ., 1999, p. 242 et s., spéc. p. 245.

⁷⁵³ Cette exploitation de la rhétorique du contrat est flagrante dans le discours politique contemporain. Le discours du pacte social est récurrent en matière de sécurité sociale, de retraites, de chômage...

⁷⁵⁴ Accords encouragés dès lors que toute valeur constitutionnelle du principe de faveur a été écartée, v. B. Mathieu, *La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail. Observations sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003*, D., 2003, Chr., p. 638 et s.

⁷⁵⁵ Du moins en droit interne. En droit communautaire, la concurrence avec les partenaires sociaux est plus sérieuse, V. Ogier-Bernaud, *Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives*, J.C.P. (G), 2004, I, 118.

⁷⁵⁶ V. par ex. loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, qui a suspendu la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 dans certaines de ses dispositions en invitant, notamment, les organisations professionnelles et syndicales à engager des négociations collectives. Sur ce procédé, N. Molfessis, *La loi suspendue*, D., 2003, Point de vue, p. 139 et s. Le législateur peut également fixer des objectifs et laisser aux partenaires sociaux le soin de choisir les moyens de les réaliser (ex. lois Aubry I et II du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000).

⁷⁵⁷ « La loi dessine des possibles que seul le contrat actualise », A. Supiot, *L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser*, in *La norme, la ville, la mer*, Ecrits de Nantes pour le doyen Y. Prats, Université de Nantes, éd. Maison des Sciences de l'Homme, 2000, p. 21 et s., spéc. p. 42. C'est en ce sens que peut être cité le contrat de bonne pratique des soins proposé par le gouvernement aux médecins afin de réduire les dépenses de santé (art. L. 162-127 à L. 162-12-20 C.S.S.).

16. – Un ordre juridique contractuel est-il envisageable ? – Le mouvement de contractualisation sert souvent à rendre compte d'un contrat créant une situation juridique, une sorte de microcosme au sein duquel des fonctions sont attribuées à certains acteurs afin d'organiser, de gérer, de réglementer cet ensemble et de sanctionner tout comportement déviant. Cette fonction du contrat est le complément nécessaire de sa fonction organisationnelle. Cet ordre juridique contractuel suppose d'adhérer au pluralisme juridique⁷⁵⁸. Celui-ci s'entend d'un pluralisme des ordres juridiques⁷⁵⁹. A cet égard, l'ordre juridique étatique n'est pas le seul foyer producteur de droit. Il existe au sein même de la société civile d'autres foyers de droit. Le contrat pourrait être un de ces ordres juridiques. Ces derniers, quoique autonomes, relèvent de l'ordre juridique étatique qu'ils ne doivent pas contrarier. Sorte de poupées gigognes, ce système pluraliste est encouragé par le phénomène de contractualisation⁷⁶⁰. Ce renouveau de la fonction normative du contrat, qui ne se réduit pas à la création d'une norme isolée, sied parfaitement aux contrats de longue durée, qu'ils soient qualifiés de situation, d'organisation ou relationnels. Malgré cela, cette notion d'ordre juridique contractuel est rarement évoquée par la doctrine⁷⁶¹ et semble, du moins formellement, ignorée par le droit positif.

Cette acception du contrat qui crée un ordre juridique autonome est envisageable si l'on tient compte des critères proposés par la doctrine. Trois critères cumulatifs sont avancés⁷⁶² pour déterminer l'existence d'un système juridique autonome⁷⁶³. Le premier est l'autonomie sociale supposant l'existence d'un « corps social » spécifique. La convention privée se voit généralement refuser à ce titre une telle qualification⁷⁶⁴. Cependant, dès lors que la convention est le produit d'une négociation entre des groupements professionnels ou socioprofessionnels, il devient alors possible de voir dans les règles qui en découlent un véritable ordre juridique autonome conventionnel et collectif. Mais cela est également

⁷⁵⁸ Sur la notion d'ordre juridique, v. J. Chevallier, *L'ordre juridique*, in *Le droit en procès*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1983, p. 7 et s., spéc. p. 8 : « Par son caractère systématique, l'ordre juridique transcende la simple "norme juridique" : (...) ces normes sont analysées, non plus dans leur singularité, mais en fonction de leur appartenance à un ensemble structuré et cohérent, régi par une logique globale et animé par une dynamique propre d'évolution ». *Adde*, *Ordre juridique ? / I, Droits*, n° 33, P.U.F., 2001, spéc. Ch. Leben, *De quelques doctrines de l'ordre juridique*, p. 19 et s. et G. Timsit, *L'ordre juridique comme métaphore*, p. 3 et s.

⁷⁵⁹ Pour une étude générale du phénomène, G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935 ; M. van de Kerchove et Fr. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1988, spéc. p. 188 et s.

⁷⁶⁰ J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, *op. cit.*, spéc. p. 307 : « le contrat est la loi des parties pour autant qu'il s'harmonise non seulement avec le droit de l'Etat, mais aussi avec les normes des organisations représentées et de l'environnement social ».

⁷⁶¹ V. cep. M. Béhar-Touchais et G. J. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 2001, n° 885 et s., p. 467 et s. : ces auteurs analysent les réseaux de distribution comme des ordres juridiques dérivés en s'inspirant de la théorie de S. Romano (S. Romano, *L'ordre juridique*, traduction de la 2^{ème} édition de P « Ordinamento giuridico » par L. François et P. Gothot, introduction de Ph. Francescakis, Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », Paris, 1975). *Adde*, L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat...*, *op. cit.*, spéc. p. 905 et note 4 : « (...) chaque contrat institue un ordre juridique privé dont les liens à l'ordre étatique sont plus ou moins pénétrants ; (...) un contrat peut rester à la périphérie du droit étatique sans que sa nature juridique ne s'en trouve altérée. L'ordre contractuel est dans ce sens un ordre privé ».

⁷⁶² Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op. cit.*, spéc. p. 188 : « l'identité d'un système juridique est susceptible de degrés, selon que ces différents critères se trouvent plus ou moins réunis. En d'autres termes, on peut admettre que l'autonomie d'un système juridique par rapport aux autres systèmes juridiques est aussi relative qu'elle l'est par rapport au système social et à d'autres systèmes normatifs non juridiques ».

⁷⁶³ *Ibid*, p. 188 et s.

⁷⁶⁴ Les parties au contrat « n'agissent pas comme membres d'un groupement distinct de la société globale », *Ibid*, p. 189. En ce sens égal, S. Romano, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, § 18, p. 51 : « un acte juridique, n'établissant que des rapports, ne suffit pas à faire naître un droit objectif (...) il faut pour qu'un acte juridique puisse être considéré comme une source de droit, qu'il établisse non seulement des règles mais une organisation sociale plus ou moins complète ». V. cep., S. Romano qui précise qu'il a depuis la 1^{re} édition, changé d'avis, § 18, p. 57, note 2 : les actes juridiques « donnent naissance non seulement à des rapports, mais aussi à des normes qui régissent ces rapports et qui sont juridiques, c'est-à-dire institutionnelles, dans la mesure où l'autonomie sur laquelle elles se fondent dérive de l'Etat et où celui-ci les sanctionne ».

vrai de tout contrat créant une situation juridique objective, constituant une véritable mini-société. Le deuxième critère d'autonomie est organique. Est autonome un système juridique composé d'organes propres disposant de prérogatives propres et qui constitue une sphère autonome opposable à l'ordre juridique étatique⁷⁶⁵. Ce critère d'autonomie, aussi relatif qu'il soit, convient également à certains types de contrats. Prenons par exemple les contrats de concession, au sens générique du terme, qui sont à la base d'un réseau de distribution, régulé et contrôlé par l'initiateur. Ce dernier dispose de prérogatives qui lui sont propres et la sphère ainsi créée est opposable aux tiers et s'impose au sein de l'ordre juridique étatique. Enfin, le dernier critère d'autonomie proposé est organisationnel, au sens de « *faculté d'auto-organisation* »⁷⁶⁶. Cette théorie autopoïétique est présente au sein de nombreuses sphères contractuelles. La négociation permanente des conventions collectives du travail en est une illustration flagrante. La multiplication des contrats dits relationnels, incomplets, dont les règles émergent au fur et à mesure de l'exécution du contrat en est une autre. La réalité des réseaux de distribution, reposant souvent sur des contrats-types, des codes de bonne conduite ou des règlements intérieurs, confirme cette idée⁷⁶⁷.

Le contrat n'est pas seulement un ordre juridique à part entière. Le plus souvent, il sert de vecteur au pluralisme des ordres juridiques.

17. – Un outil au service du pluralisme des ordres juridiques – Le contrat permet, en effet, de structurer une pluralité d'ordres juridiques⁷⁶⁸. Il est un vecteur du pluralisme juridique. En effet, il concilie les dimensions économiques, politiques et juridiques⁷⁶⁹ et peut facilement servir de lien entre différents ordres juridiques. La technique contractuelle permet ainsi de réaliser une « *harmonisation normative* »⁷⁷⁰. Elle facilite la coexistence de l'Etat, de la région, du marché, de l'entreprise, etc.⁷⁷¹ L'intérêt commun contractuel combine ainsi les intérêts publics de l'Etat et de la région avec les intérêts

⁷⁶⁵ Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op. cit.*, p. 190 et s. : les auteurs prennent l'exemple de l'administration déconcentrée et des collectivités territoriales décentralisées, mais le raisonnement vaut également pour une convention privée.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 193 et s.

⁷⁶⁷ V. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy *Les contrats de la distribution*, *op. cit.*, n° 884 et s., p. 467 et ss. : le « *réseau est bien une organisation qui tend à créer ses propres normes* », *Ibid.*, n° 888, p. 470. Comp. L. Amiel-Cosme, *La théorie institutionnelle du réseau*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon, L.G.D.J., 2003, p. 1 et s.

⁷⁶⁸ Sur les rapports entre contrat et pluralisme des ordres juridiques, v. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société...*, *op. cit.*, spéc. p. 241 et s. : « (...) la coexistence plus ou moins pacifique des ordres juridiques peut résulter d'un ordre négocié plutôt qu'imposé ou, à tout le moins, que le fonctionnement d'un régime de pluralisme juridique ne repose pas exclusivement ou même principalement sur une organisation hiérarchique des juridictions. Plutôt que d'obéir à une loi constitutionnelle unitaire, les rapports de droit entre les ordres peuvent s'établir sur la base du contrat. Dans cette optique, la coexistence des ordres est possible s'il y a coordination horizontale ou conciliation contractuelle des compétences juridiques ». Du même auteur, v. *Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, *op. cit.*, p. 353 et s. ; *Le contrat comme phénomène d'internormativité*, in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Préf. J. Carbonnier, sous dir. J.-G. Belley, L.G.D.J., 1996, p. 195 et s.

⁷⁶⁹ En ce sens, G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquey avec la collab. G. Maier, avant-propos N. Boucquey, L.G.D.J., Coll. Story Scientia, 1994, p. 149 et s. et p. 267 et s. : le contrat, le réseau et l'organisation sont les mécanismes de liaison entre l'économie, la politique et le droit.

⁷⁷⁰ J.-G. Belley, *Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 362 et s.

⁷⁷¹ J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société...*, *op. cit.*, spéc. p. 247 et s. : l'auteur distingue cinq ordres juridiques plus ou moins précis : L'Etat, l'entreprise multinationale et les principales filiales canadiennes, les contrats de plusieurs P.M.E., le marché et la communauté régionale.

privés du marché et des entreprises. Le contrat remplit à cet égard une « *fonction inter-organisationnelle* » en ce qu'il assure la combinaison non pas de deux droits subjectifs mais de deux droits objectifs⁷⁷².

La fonction normative ne se réduit pas en amont à l'élaboration de règles de droit ou à la combinaison de divers ordres juridiques. Elle renvoie aussi à la fonction para-judictionnelle du contrat.

b) La fonction para-judictionnelle du contrat

18. – La « consensualisation » du règlement des conflits – Le lien entre contrat et procès a précédé le mouvement de contractualisation. Depuis longtemps, par exemple, le Code civil connaît la transaction et le compromis⁷⁷³. En revanche, ce que le mouvement de contractualisation a modifié, ce sont les termes du débat en raison d'une généralisation et d'une banalisation du contrat en ce domaine⁷⁷⁴. Le contrat assure une fonction para-judictionnelle car, qu'il soit un complément au processus de décision de justice ou un substitut, il permet de dire le droit en réglant un conflit individuel ou collectif. Le contrat est un maillon de la chaîne processuelle.

19. – Les causes de la « consensualisation » du règlement des conflits – Plusieurs facteurs sont la cause de cette « consensualisation » de la justice. Tout d'abord, l'outil contractuel permettrait, avec certaines réserves, une meilleure gestion du contentieux et de lutter contre l'engorgement des tribunaux. Egalement, le contrat redore l'image de la justice jugée trop lente, inhumaine et aléatoire⁷⁷⁵.

Ensuite, le contrat renforce l'efficacité de la solution obtenue à l'amiable. C'est souvent la préservation des relations futures qui encourage le règlement à l'amiable. Dans les contrats de longue durée, par exemple, en cas de conflits une solution consensuelle vaut mieux qu'une solution purement juridictionnelle. Cette proximité existe aussi dans les relations familiales. Il faut protéger le présent pour préserver les relations à venir que ce soit en matière de divorce ou en matière d'autorité parentale⁷⁷⁶. On assisterait à une sorte de retour contractuel vers un futur relationnel.

La solution conventionnelle à un conflit permet également de garantir une meilleure effectivité des règles de droit. Les engagements qui interviennent en droit de la concurrence en sont une illustration

⁷⁷² J.-G. Belley, *Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, *op. cit.*, spéc. p. 370.

⁷⁷³ Art. 2044-2058 C. civ. pour la transaction et art. 2059-2061 C. civ. pour le compromis.

⁷⁷⁴ En ce sens, L. Cadiet, *Une justice contractuelle, l'autre*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 177 et s., spéc. n° 4, p. 186 et 187.

⁷⁷⁵ La justice n'assurerait plus ses fonctions de « *production, de symbole et de régulation* » J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, La documentation française, 1997, spéc. p. 14.

⁷⁷⁶ En ce sens, v. J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation : du droit imposé au droit négocié ?*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, *op. cit.*, p. 419 et s., spéc. p. 430 et s. : cet auteur insiste sur le parallélisme qui existe entre le pluralisme des ordres juridiques et l'essor de la médiation.

des plus topiques⁷⁷⁷. En cas de violation des règles de concurrence, mieux vaut, pour de « petites affaires », enjoindre l'auteur à rectifier l'acte litigieux plutôt que de lancer une procédure longue, coûteuse, qui peut ne pas aboutir. La contractualisation de la justice pénale contribue, dans le même esprit, à réduire le champ d'application du principe de l'opportunité des poursuites renforçant de ce fait l'effectivité de la règle pénale.

20. – Le mouvement de contractualisation donne donc l'image d'un contrat dont les fonctions juridiques sont multiples. Ce mouvement ne traduit pas une crise du contrat mais un renouveau perpétuel et non linéaire de ses fonctions. Certes, c'est avec un peu d'artifice que les fonctions d'échange et institutionnelles ont pu être distinguées car souvent elles se combinent et se superposent. Mais cette présentation a le mérite de mettre en exergue la complexité du tissu contractuel.

Cependant, cette inflation est aussi purement verbale. La fonction rhétorique du contrat dépasse d'une certaine manière la fonction proprement juridique du concept. Elle invite à penser l'incidence du mouvement de contractualisation par le contrat mais au-delà du contrat. Ce sont les virtualités des fonctions rhétoriques du contrat.

Les virtualités des fonctions rhétoriques du contrat

21. – La fonction rhétorique n'a pas d'existence distincte de la fonction juridique mais cette dernière passe au second plan. Ce n'est pas le contrat dans sa fonction d'instrument juridique qui importe mais ce qu'il symbolise, ce qu'il représente.

Dans cette perspective, le contrat est un symbole. Il est un signe de reconnaissance. Il est ainsi fait usage de la symbolique du contrat, indépendamment de son sens juridique, dans une entreprise d'argumentation et de séduction. N'oublions pas en effet que la rhétorique est l'art de bien dire et de parvenir à convaincre. Cependant, la rhétorique est aussi l'art de tromper. L'illusion exercée par le mot contrat devient dangereuse pour le concept même mais aussi pour ceux qui peuvent être abusés par le sens des mots. Cette inflation verbale est à l'origine d'un « *brouillage des catégories* »⁷⁷⁸, faisant du contrat une « *métaphore qui occupe l'espace public* »⁷⁷⁹ et entraîne parfois une perte de repères.

⁷⁷⁷ V. par ex. art. L. 464-2-I C. com. et article 9 § 1 du règlement n° 1/2003. Pour une vue d'ensemble, M.-A. Frison-Roche et M.-St. Payet, *Droit de la concurrence*, 1^{re} édition, Dalloz, coll. Précis, 2006, spéc. n° 312 et s., p. 271.

⁷⁷⁸ J. Commaille, *Code civil et nouveaux codes sociaux*, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 59 et s., spéc. p. 63.

⁷⁷⁹ J. Caillosse, *A propos de l'analyse des politiques publiques : réflexions critiques sur une théorie sans droit*, in *La judiciarisation du politique*, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1999.

22. – La fonction rhétorique du contrat poursuit des objectifs qui traditionnellement échappent au contrat comme outil. Le mot incarne un certain nombre de valeurs et de principes. Il est un message. Le mouvement de contractualisation est lié à cette axiologie qui imprègne le contrat. A ce titre, la fonction rhétorique du contrat se compose, d'une part, d'une fonction pédagogique (A) et, d'autre part, d'une fonction politique (B).

A/ Une fonction pédagogique

23. – Les exemples sont légion de l'utilisation d'une technique contractuelle qui n'en a que le nom. La diversité des manifestations qu'il convient, tout d'abord, d'exposer (1), amène à proposer, ensuite, quelques explications (2).

1°/ Les manifestations

24. – L'affaire des « recalculés » - La célèbre affaire des « recalculés »⁷⁸⁰ illustre à la perfection les dérives du mot contrat. Chaque chômeur doit, pour bénéficier des allocations de chômage, signer un « contrat individuel » avec l'ASSEDIC, accord signé dans le cadre d'un plan d'aide au retour à l'emploi (PARE).

La question est la suivante : Y avait-il véritablement un contrat faisant naître des obligations réciproques entre le chômeur et l'Assedic ? Finalement, la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 janvier 2007, dénie à cet accord toute valeur contractuelle et met fin à ce feuilleton juridico-judiciaire⁷⁸¹. L'engagement formel n'est pas un contrat mais un simple rappel des exigences légales du régime d'assurance-chômage. L'acte signé ne crée pas d'obligations nouvelles et distinctes des dispositions légales et réglementaires qu'il ne fait que rappeler. Les juges considèrent donc le contrat comme un simple réceptacle d'informations. Ce « *contrat pédagogique* »⁷⁸² selon les termes de Madame Judith Rochfeld serait un relais informatif et tout ce qui y figurerait ne serait pas forcément de nature contractuelle⁷⁸³.

⁷⁸⁰ V. not. A. Supiot, *La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs « recalculés »)*, *Dr. Soc.*, 2044, pp. 541 et ss. ; R. Encinas de Munagorri, *Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs*, *R.T.D. civ.*, 2004, p. 594 et s.

⁷⁸¹ Cass. soc., 31 janvier 2007, *D.*, 2007, p. 1469, note P. Morvan.

⁷⁸² J. Rochfeld, *Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique »*, *R.D.C.*, 2005-2, p. 257 et s., spéc. p. 261.

⁷⁸³ Comp. en droit du travail, J. Péliissier, *Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail*, *R.J.S.*, 1/04, p. 3 et s. En droit des baux, Cass. ass. plén., 17 mai 2002, *Bull. A.P.*, n° 1, p. 1 : « *Attendu qu'en cas de soumission conventionnelle au décret du 30 septembre 1953 relatif au bail commercial, sont nulles les clauses contraires aux dispositions impératives du texte susvisé relatives à la forme du congé* ». Adde, D. Bureau, *L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat*, in Mélanges Ph. Malaurie, *Liber amicorum*, Deffrénois, 2005, p. 125 et s.

25. – Le « contrat de responsabilité parentale » - Dans le même ordre d'idées, le « contrat de responsabilité parentale » illustre l'intérêt qui est davantage porté à la rhétorique contractuelle qu'à l'instrument juridique du contrat⁷⁸⁴. Le titre III de la loi du 31 mars 2006, pour lutter contre l'absentéisme scolaire crée « un contrat de responsabilité parentale »⁷⁸⁵. Il s'agit d'un accord signé par les titulaires de l'autorité parentale et par le président du conseil général qui a pour objet de rappeler « *les obligations des titulaires de l'autorité parentale* » en cas « *d'absentéisme scolaire (...), de trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale* ». Dans l'hypothèse où les parents ne respecteraient pas leurs engagements ou refuseraient sa conclusion « *sans motif légitime* », le président du conseil général peut suspendre « *tout ou partie des prestations afférentes à l'enfant* ». Le décret n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006 a précisé que la durée de ce « contrat » est de six mois maximum, renouvelable une fois. Le contenu est également abordé par le décret. Le contrat doit comporter « *les engagements des parents ou du représentant légal du mineur pour remédier aux difficultés identifiées dans le contrat* »⁷⁸⁶.

L'objet de ce contrat est prévu formellement par la loi. Il s'agit de rappeler aux parents leurs obligations. Il facilite une « *prise de conscience* »⁷⁸⁷. L'objectif affiché est celui de rapprocher la loi des destinataires de la règle. Il contribue ainsi à rappeler l'existence de ces règles parfois ignorées et à éclairer les personnes concernées sur leur sens. Mais alors que la fonction pédagogique du contrat de PARE désignait un contrat qui était destiné à expliquer un ensemble de règles relativement complexes, le « contrat de responsabilité parentale » a plutôt pour raison d'être de sensibiliser les signataires en leur rappelant, sans ajout, les règles auxquelles ils sont soumis par l'effet de la loi. Cette sensibilisation permet de mettre les parties face à leurs responsabilités : c'est le fameux *pacta sunt servanda*.

26. – Le contrat d'accueil et d'intégration – Dans le même esprit, on peut citer le contrat d'accueil et d'intégration (Art. L. 311-9 Ceseda). Un étranger qui souhaite se maintenir durablement en France doit préparer son intégration républicaine. Pour ce faire, il doit conclure avec l'État un contrat d'accueil et d'intégration par lequel il s'oblige à suivre une formation civique, et si besoin, linguistique⁷⁸⁸. Le projet

⁷⁸⁴ Sur ce contrat, E. Lambert, *Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale*, *Droit de la famille*, Juin 2007, Etude 25 ; F. Rollin, *Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale*, *R.D. sanit. soc.* 2007, n° 1.

⁷⁸⁵ Art. 222-4-1 C.A.S.F. Sur cette loi, J. Rochfeld, obs. in *R.T.D. civ.*, 2006, p. 395 et s.

⁷⁸⁶ Art. R. 222-4-1 C.A.S.F. Sur ce décret, A.-M. Leroyer et J. Rochfeld, obs. in *R.T.D. civ.*, 2006, p. 834 et s.

⁷⁸⁷ J. Rochfeld, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2006, p. 667.

⁷⁸⁸ La condition « *d'intégration républicaine [des étrangers] dans la société française, (est) appréciée en particulier au regard de (leur) engagement personnel à respecter les principes qui régissent la République française, du respect effectif de ces principes et de (leur) connaissance suffisante de la langue française* ».

de loi sur l'immigration prévoit l'extension de son champ d'application à la question du regroupement familial⁷⁸⁹.

2°/ Les justifications

27. – La fonction pédagogique du contrat – On rattache à l'ensemble de ces contrats de nouvelle génération une fonction pédagogique. Cette fonction désigne à la fois l'éducation morale et l'éducation intellectuelle⁷⁹⁰. Pour saisir au mieux cette fonction, il faut revenir sur la place de la loi dans notre société. Celle-ci est en déclin sur le plan quantitatif et qualitatif. Son efficacité est devenue la préoccupation majeure des pouvoirs publics. Or une forme de résistance de ses destinataires est observée en raison de sa trop grande complexité et d'une certaine distanciation que renforce l'emprise du droit communautaire. Dans ce contexte législatif, l'utilisation du contrat va parfois servir à moraliser et à singulariser les rapports entre le législateur et les sujets de droit. La rhétorique contractuelle remplit ici une fonction de relais. D'une certaine manière, également, et à l'instar de ce qui a pu être dit de la loi, le contrat n'aurait pas ici une fonction normative mais une « *fonction expressive* »⁷⁹¹. Il exprimerait la règle de droit préexistante avec d'autres termes et par le biais d'un processus individualisé d'échange des consentements.

Le contrat n'est pas forcément dépourvu d'effets juridiques mais ces effets sont ici secondaires. L'objectif premier est de mettre l'accent sur ce qui symbolise le mot contrat. Il s'agit de l'individualisation du lien par une réduction de la distance entre la loi et le destinataire de la règle légale. Il est question, également, de faire valoir l'idée de liberté et de responsabilité de celui qui adhère au contrat en vertu du principe *pacta sunt servanda*⁷⁹². Le contrat est un relais aidant à concrétiser certaines normes pour une plus grande effectivité. En ce sens, le contrat assumerait à la fois une fonction d'imputation et une fonction probatoire en facilitant l'attribution des manquements constatés.

28. – La morale incarnée et la morale créée par le contrat – Pour clarifier cette fonction pédagogique, il peut être fait appel aux réflexions du doyen Jean Carbonnier. L'auteur distinguait deux formes de pédagogie des lois, dont le raisonnement peut être transposé au contrat. Tantôt la fonction morale découle de la qualité intrinsèque attachée à la loi, tantôt la loi crée la morale⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Art. 3 et 3ter du projet de loi adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 20 septembre 2007 : le président du conseil général est informé de la conclusion d'un tel contrat d'accueil et d'intégration pour la famille destiné aux bénéficiaires du regroupement familial. Possibilité de ne pas renouveler la carte en cas de non respect du contrat (art. 3). Le Préfet a une compétence liée pour le non-renouvellement de la carte de séjour dès lors que l'étranger a manifesté une volonté caractérisée de ne pas respecter le contrat (art. 3 ter). Il est même prévu d'appliquer aux personnes concernées par le regroupement familial un contrat de responsabilité parentale, si besoin.

⁷⁹⁰ V° Pédagogie, A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., p. 749.

⁷⁹¹ Chr. Jamin et Th. Revet, obs. in *R.T.D. civ.*, 1996, p. 487.

⁷⁹² A. Supiot, *Homo juridicus...*, *op. cit.*, p. 146 et s.

⁷⁹³ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., L.G.D.J., 2001, spéc. p. 158 et s.

Dans son premier sens, la pédagogie est incarnée par la loi. C'est la prosopopée des lois antiques⁷⁹⁴. La loi est vertueuse parce qu'elle est la loi, en raison de son mode d'élaboration et de ses qualités intrinsèques : égalité, généralité et caractère impersonnel. Parler de fonction morale du contrat, c'est aussi insister sur les vertus qu'il incarne : liberté, réciprocité, responsabilité et dialogue. La rhétorique contractuelle s'appuie sur cette morale du respect de la parole donnée. Obliger un étranger à signer un contrat d'accueil et d'intégration, demander à des parents de s'engager par un contrat de responsabilité parentale, exiger des chômeurs l'adhésion à un contrat PARE, c'est en quelque sorte les amener à prendre leur responsabilité. A l'instar de M. Foucault qui avançait l'idée d'un délinquant gestionnaire de sa propre punition⁷⁹⁵, le sujet de droit deviendrait, du moins en apparence, gestionnaire de ses propres devoirs.

La seconde forme de pédagogie semble plus significative. La loi crée la morale par application et par explication.

La pédagogie par l'application consiste pour la loi à prescrire le bien et à interdire le mal. En ce sens, la loi a parfois par son objet même une fonction éducative (nationalité, citoyenneté, famille, école...). Dans cette optique, lorsque le contrat se contente, comme dans les divers exemples cités, de rappeler l'existence de règles de droit, la fonction pédagogique du contrat s'exerce par délégation, par un mouvement descendant. Le contrat tire sa fonction morale de l'objet même de la loi. C'est ainsi que pourraient être présentés le contrat de responsabilité parentale et le contrat d'accueil et d'intégration.

La pédagogie de l'explication, quant à elle, renvoie à l'image d'une loi qui s'explique elle-même, qui se justifie⁷⁹⁶. Cette rationalisation de la loi qui doit être plus efficace, plus intelligible, plus accessible et plus compréhensible rejailit sur la fonction du contrat⁷⁹⁷. Ceux qui usent du contrat le font pour expliquer le contenu des lois qui sont soit trop complexes – c'est l'objet du PARE – , soit trop distantes pour marquer les esprits – c'est le cas du contrat d'accueil et d'intégration et du contrat de responsabilité parentale –. A ce titre, le contrat est censé contribuer à la connaissance et à l'efficacité des lois⁷⁹⁸. En somme, la *ratio contractus* contribue à légitimer la *ratio legis*.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 163 et s.

⁷⁹⁵ M. van de Kerchove, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ?*, in *La contractualisation de la production normative*.

⁷⁹⁶ J. Carbonnier, *Flexible...*, *op. cit.*, p. 163.

⁷⁹⁷ Sur ces caractères, M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D., 2000, Chr., p. 361 et s. ; G. Koubi, *Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ?*, in *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la direction de G. Fauré et G. Koubi, Economica, coll. Etudes juridiques, n° 16, 2003, p. 215 et s.

⁷⁹⁸ Sur l'idéologie de l'efficacité, J. Commaille, *Code civil et nouveaux codes sociaux*, *op. cit.*, spéc. p. 71 et s. Sur l'efficacité des lois marque d'une loi postmoderne, v. J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, R.D.P., 1998, p. 659 et s.

Au-delà d'une simple fonction pédagogique, le mot contrat remplit une fonction purement politique de la rhétorique contractuelle.

B/ Une fonction politique

29. – Le contrat, instrument de cohésion sociale – En usant du mot contrat, on sert une finalité politique et sociale⁷⁹⁹. Ce qui caractérise aujourd'hui notre société, c'est un changement de « *géométrie sociale* »⁸⁰⁰. Le système juridique, politique et social ne se conçoit plus de manière verticale et hiérarchisée mais de manière horizontale et dialogique. La démocratie devient un jeu subtil où l'on cherche, par souci de légitimité, à privilégier l'idée de proximité⁸⁰¹. A cet effet, la démocratie représentative laisse progressivement sa place à l'idée de démocratie participative⁸⁰². Face à cet individualisme participatif et relationnel⁸⁰³, le mot contrat semble le moyen de rassembler dans le discours, de solidifier des liens à l'état gazeux.

Tout le discours politique est imprégné de cette référence au contrat, symbole de proximité et de participation active. L'inflation du mot contrat révèle ainsi une crise : celle de l'idée de représentation en matière politique. Tout devient objet d'un contrat : la sécurité, la retraite, l'emploi, la solidarité, la citoyenneté, le civisme. Le contrat symbolise ici le rapprochement et l'unité dans la diversité. Il s'agit d'une nouvelle génération de contrat social, contextualisé et circonstancié, à contenu variable en quelque sorte, toujours objet de discussion et susceptible d'être remis en cause⁸⁰⁴. En résumé, évoquant le

⁷⁹⁹ Que ce soit sous la République romaine, comme substitut au déclin des *boni mores* (J. Zaksas, *Les Transformations du Contrat et leur loi. Essai sur la vie du Contrat en tant qu'institution juridique*, Thèse Toulouse, Recueil Sirey, 1939, n° 18 et ss., pp. 43 et ss., spéc. n° 18, p. 43) ou au Moyen-âge à travers la catégorie des contrats féodaux (*Ibid*, n° 28 et ss., pp. 67 et ss., spéc. n° 28, pp. 68 et 69). Dans le même esprit, v. la fonction attribuée au *precarium* sous la République et au Bas-Empire, n° 25 et ss., pp. 59 et ss., spéc. n° 26, p. 61, contrat gratuit qui venait encore au secours d'une société en crise) le contrat s'est vu attribuer, dans l'histoire, un certain rôle politique, surtout en période de crise des pouvoirs publics.

⁸⁰⁰ Fr. de Singly, *L'individualisme est un humanisme*, éditions de l'aube, 2005, p. 90.

⁸⁰¹ « Est remise en question la coupure entre savants et profanes, ou entre représentants de l'intérêt général et de l'intérêt particulier. La porte laisse la place au pont, pour reprendre une des analogies de Simmel : la réunion plus que la séparation », *Ibid*, p. 88.

⁸⁰² Sur les illusions de la démocratie participative, J.-P. Gaudin, *La démocratie participative*, Armand-Colin, 2007 ; M. Crépon et B. Stiegler, *De la démocratie participative : fondements et limites*, éd. Mille et une nuits, 2007. Pour une vue plus optimiste, M. Hervé, A. d'Iribarne et E. Bourguinat, *De la pyramide aux réseaux : récits d'une expérience de démocratie participative*, préface de Ségolène Royal, éd. Autrement, 2007.

⁸⁰³ Fr. de Singly, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 44 et s.

⁸⁰⁴ Sur cette idée, v. N. Bobbio, *Contratto sociale oggi*, Naples, 1980, pp. 26 et ss., cité par Fr. Ost qui résume sa pensée de la façon suivante, *Les lois conventionnellement formées...*, *op. cit.*, note 213, p. 104 : « Il faudrait aussi, comme l'a fait N. Bobbio, montrer comment le contrat social se survit aujourd'hui au prix d'une double transformation : il est une réalité historique quotidienne et non plus une idée de la raison ; plutôt que de prétendre à la pérennité, il se renégocie constamment et secteur par secteur (...) ». Pour un exposé d'ensemble, v. Ch.-A. Morand, - *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit*, in *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Préf. Ch.-A. MORAND, Publisud, 1991, p. 181 et s., spéc. p. 202 et s. Pour une mise en œuvre de cette théorie en droit du travail, v. J.-D. Reynaud, *Du contrat social à la négociation permanente*, in *La sagesse et le désordre. France 1980*, dir. H. Mendras, Gallimard, 1980, p. 389 et s.

dialogue et la discussion, même lorsqu'ils sont illusoires, le contrat véhicule l'image d'une société plus démocratique⁸⁰⁵.

30. – En définitive, il n'est pas difficile de comprendre l'engouement juridique pour le contrat. Il facilite l'échange au service d'une économie de marché. Il se présente comme un outil flexible au service d'une économie organisée en réseaux. Il contribue au pluralisme juridique. On comprend également la séduction qu'il exerce sur le plan politique et social en tant que mot. Il rassure, rapproche et renforce le lien entre l'Etat et ses citoyens, entre l'intérêt public et les intérêts privés. Quel que soit le jugement porté sur ce mouvement de contractualisation, nous sommes les témoins d'un phénomène dont il est, à chaud, difficile de savoir s'il constitue une illusion ou une véritable rupture. Seul l'avenir dira si la contractualisation est un simple effet de mode ou le signe d'une nouvelle ère.

⁸⁰⁵ Sur ce discours, v. not. A. Montebourg et B. François, *La Constitution de la 6^{ème} république. Réconcilier les français avec la démocratie*, O. Jacob, 2005.

TABLE DES MATIERES

Première journée

LA CONTRACTUALISATION DES REGLES JURIDIQUES

I/ Contractualisation et mutation de la production normative	2
- Contractualisation et régulation, par Jacques Chevallier	3
- Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale, par Pascal Lokiec	13
- Contractualisation et recherche d'une légitimité technique, par Anne Penneau	27
II/ Contractualisation de la loi	44
- La participation des acteurs socio-économiques au processus pré-parlementaire : ni contractualisation, ni nouveauté, par Jean-Daniel Delley	45
- L'adoption de la loi : négociation et délibération, par Jacques Caillosse	51
- La réception de la loi : le consentement ou adhésion ?, par Rémy Cabrillac	70

Second journée

CONTRACTUALISATION DES MODES DE REGLEMENT DES LITIGES

- Propos introductifs : faire le lien, par Loïc Cadiet	82
I/ Les enjeux de la contractualisation de la justice	97
- Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ?, par Michel van de Kerchove	98
- L'encadrement supranational de la solution contractuelle : l'impact des garanties du procès équitable, par Philippe Frumer	113
- L'efficacité de la solution contractuelle, par Marie Claire Rivier	130
II/ Les contours de la contractualisation de la justice	141
- La contractualisation collective de l'instance, par Pierre-Yves Verkindt	142
- La mise en scène de l'efficacité du contrat et de la performance dans la gestion du service public de la justice, par Evelyne Serverin	157
- Regards comparatistes sur la contractualisation de la justice : l'exemple de la médiation en droit public comparé, par Sophie Boyron	171