

Le contentieux systémique

par Marie-Anne Frison-Roche, Professeure de Droit de la Régulation et de la Compliance ¹

L'essentiel > Émerge ce qui apparaît comme une catégorie propre, méritant d'être désignée par une expression singulière : le « contentieux systémique » (I). Cela désigne l'ensemble de ce que j'ai appelé les « causes systémiques », litiges singuliers dans lesquels un système est tout entier impliqué, phénomène à ce point puissant et décisif qu'il engendre une catégorie unifiée. Ce contentieux apparaît aujourd'hui pour trois raisons, sources distinctes dont la trace demeure dans les litiges (II). L'enjeu est désormais de concevoir et de construire un traitement à la fois spécifique et unifié de ce contentieux systémique (III).

I – Ce qui définit le contentieux systémique

J'ai proposé en 2021 la notion et l'expression de « causes systémiques ». Il s'agit de l'ensemble des cas, des « causes » – pour reprendre le vocabulaire classique de la procédure –, qui sont portées devant un juge et dans lesquelles un « système » est impliqué.

Il ne s'agit pas d'une méthode, à savoir l'appréhension d'une situation particulière pour y faire apparaître le système qui la structure, l'analyse systémique, par ailleurs pertinente, peut

s'appliquer à quasiment tous les cas. L'hypothèse est plus restreinte et tient au fait que, dans le cas soumis au juge, un système est factuellement présent dans la cause portée à la connaissance du juge par les parties en litige. L'analyse qui devra être faite du cas devra donc nécessairement prendre en considération l'intérêt du système impliqué : il peut s'agir du système bancaire, financier, de transports, de télécommunication, audiovisuel, numérique, des données, énergétique, sanitaire, algorithmique, climatique, etc. Plusieurs systèmes peuvent d'ailleurs être impliqués dans un même cas, par exemple le système bancaire et le système algorithmique, le système énergétique et le système climatique.

(1) Les développements techniques, références et liens hypertextes sont disponibles dans le document de travail bilingue accessible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/definition-du-contentieux-systemique-emergent/>.

La diversité des systèmes n'est en rien un obstacle à l'unicité de la catégorie du contentieux systémique et au traitement procédural unifié de celui-ci. En effet, quel que soit le système impliqué, sa prise en considération est toujours et avant tout celle des risques systémiques et l'intérêt premier du système est de perdurer, par une prévention et une gestion de ces risques. Un litige devant un juge doit intégrer cette dimension dépassant la dispute, sauf à faire comme si les systèmes n'existaient pas.

L'on a certes créé des autorités de régulation, en charge des systèmes à travers les secteurs qui leur correspondent. Leur organe de sanction et de résolution des différends intègre ce souci de durabilité dans les solutions. En cela, le contentieux systémique a de nombreux points de contact avec les contentieux auxquels donnent lieu les systèmes de régulation. Comme l'a montré François Ancel, le contentieux systémique se situe dans le prolongement que le droit de la compliance est en train de construire par rapport au droit de la régulation.

Ainsi le contentieux systémique est la traduction en procédure du profond mouvement substantiel que le droit de la compliance opère en délivrant le droit de la régulation de son strict rapport à des secteurs. L'on parle de plus en plus de révolution juridique, car cela s'opère au-delà de la distinction du droit public et du droit privé, au-delà de la distinction des droits civil, commercial et répressif, dans un continuum entre l'*ex-ante* et l'*ex-post*.

Le système lui-même est alors présent dans l'instance qui se déroule devant le juge, avec ses intérêts propres, que le juge doit prendre en considération. Pour ce faire, la procédure doit placer dans l'instance qui se déroule devant le juge des personnages processuels qui peuvent expliquer ces intérêts et demander leur prise en considération, soit qu'ils y aient eux-mêmes intérêt soit qu'ils constituent des parties désintéressées. C'est pourquoi les régulateurs et le ministère public sont des parties naturelles du contentieux systémique, quel que soit le juge devant lequel il se déroule, par exemple le juge civil.

II – Ce qui a fait émerger le contentieux systémique

Naguère les systèmes se développaient dans des secteurs, les autorités de régulation, en charge des systèmes régulés, étant dotées d'un organe de sanction et de résolution des différends fonctionnellement autonome, trouvant des solutions qui préservent les intérêts du système. Cela explique notamment le statut particulier de ces autorités comme partie à l'instance à l'occasion des recours contre leurs décisions. Il en est de même pour le système des marchés concurrentiels, dont les autorités de concurrence prennent en charge le contentieux systémique. Le contrôle de leurs décisions a toujours été fait par des juges à la fois de droit commun et spécialisés, par exemple, en France, la cour d'appel de Paris et le Conseil d'État, en dialogue avec les juges européens.

Mais aujourd'hui un contentieux systémique apparaît, tout d'abord parce que de nouveaux systèmes sont apparus qui

n'entrent pas dans les contours d'un seul secteur. Même si les régulateurs ont vocation à prendre leur part dans la résolution du contentieux, ils ne peuvent l'embrasser tout entier.

Sont ainsi apparus au-delà des secteurs le système numérique, le système des données, le système algorithmique, qui ne relèvent pas d'un secteur et qui, chacun, développent un souci analogue d'équilibre et de durabilité, mis en cause dans des litiges singuliers.

Une deuxième source de contentieux systémique tient dans l'apparition d'éléments nouveaux dans des systèmes anciens. C'est le cas pour le système énergétique, dont on risque de ne plus disposer un jour, ou pour le système climatique, dont la perturbation pourrait provoquer la disparition de l'espèce humaine sur terre.

Une troisième source de contentieux systémique est constituée par le cas d'un système ancien qui ne connaît pas d'évolution objective majeure et sur lequel l'on porte un regard nouveau. La source est alors de nature plus politique. Par exemple, l'ambition que la situation des femmes soit désormais la même que celle des hommes, ou l'affirmation que les droits des personnes travaillant dans d'autres zones que l'Europe deviendront les mêmes que ceux des Européens.

Ces trois sources peuvent se mêler. Par exemple, dans le contentieux systémique de la vigilance, il s'agit à la fois de confier aux entreprises qui ont structuré des chaînes d'activités en usant des droits des sociétés et des contrats le soin de prendre en charge le souci climatique, obligation objective que, notamment, l'Europe et la Chine partagent, mais aussi le souci des droits humains, pour lesquels ces deux systèmes politiques et juridiques ne développent pas la même conception. Le droit international ne va donc pas jouer de la même façon dans le contentieux systémique qui va se développer au-delà des frontières. Le droit des contrats ne va pas non plus prendre place de la même façon, notamment lorsque l'arbitrage international va par ce biais se révéler le champ inattendu d'un contentieux systémique des chaînes d'activités, intégrant avant tout la durabilité de celles-ci.

III – Le traitement institutionnel et procédural du contentieux systémique

Ce contentieux systémique dépassant les secteurs, ayant avant tout pour objet l'avenir, émerge devant les juridictions de droit commun, parce que les entreprises ont elles-mêmes contractualisé leurs obligations systémiques. C'est aussi en raison des positions des entreprises dans les systèmes que l'engagement de leur responsabilité est demandé sur la base de textes spécifiques mais dans les conditions du droit commun.

Les causes systémiques sont peu nombreuses, car il n'est pas fréquent qu'un système soit impliqué dans une cause particulière. Il faut d'ailleurs que le juge vérifie tout d'abord que le demandeur soit éligible à demander des comptes à ce défen-

deur-là, ce à quoi la cour d'appel de Paris a procédé avec soin et rigueur dans les trois arrêts du 18 juin 2024, *TotalEnergies*, *Suez* et *EDF*. Mais, une fois l'espace juridictionnel ouvert, la décision particulière qui est prise par le juge impacte le système tout entier. C'est aussi pour cela que, dans le contentieux systémique, même si les juges du droit, Cour de cassation et Conseil d'État, conservent toute leur importance, ce sont les juges de première ligne, tribunaux judiciaires et tribunaux de commerce notamment, vers lesquels les regards se tournent car le système est un fait : les solutions pratiques viennent souvent de ces juges-là.

En outre, parce que les règles de fonctionnement des systèmes sont souvent des « lois », de nature physique, financière, comptable, biologique, économique, etc., le dialogue des juges doit se faire entre juges du fait et juges du droit, car les systèmes entrent mal dans cette distinction entre le fait et le droit, comme la distinction entre le droit public et le droit privé leur convient peu, puisqu'ils constituent des structures durables tenues par des entreprises cruciales, peu important qu'elles soient publiques ou privées. La place des experts dans le débat contradictoire doit être accrue.

On y voit une source de « complexité ». On peut aussi y voir une sorte de simplicité, parce que l'intérêt du système est de perdurer. Cette simplicité nouvelle est également source de désarroi en ce qu'on ne peut guère compter sur les piliers de notre savoir juridique traditionnel, comme l'étanchéité des systèmes juridiques ou la distinction public/privé, piliers qui passent au second plan.

Les juridictions françaises ont particulièrement fait preuve d'audace et de raison. Le premier président de la cour d'appel de Paris a exposé en janvier 2024 la création d'une nouvelle chambre spécialisée dans le contentieux de la vigilance. Le tribunal judiciaire de Paris crée une chambre de la régulation

sociale, économique et environnementale, c'est-à-dire traitant du contentieux systémique. Il est possible que d'autres juridictions suivent. Les formations se mettent en place pour comprendre l'émergence de ce contentieux systémique et ses implications.

Les ajustements processuels requis doivent favoriser ce dialogue entre les juges, notamment par des questions préjudicielles et demandes d'avis, voire par de simples pratiques ou protocoles. Dans la menée du procès, l'innovation peut venir de la distinction entre les parties au litige et les parties à l'instance : alors que les parties au litige peuvent choisir de continuer à s'affronter en demandant au juge de refuser ce que l'autre demande, l'instance doit s'ouvrir le plus possible à ceux qui ont plus largement quelque chose à dire. C'est alors aux autorités publiques, aux experts, à la société civile, de venir éclairer le juge. Le temps des *amici curiae* est venu.

Le juge, maître de l'instance, doit lui-même trouver des solutions adéquates pour les parties et pour le système impliqué. Il doit aussi, notamment grâce à une procédure qu'il aura lui-même instruite, pouvoir, à son tour éclairer, ceux qui, impliqués dans les systèmes, ont besoin d'anticiper l'évolution de ceux-ci. Le modèle de Perelman des cercles d'auditoires doit prendre forme pratique.

Pour tout cela, le dialogue, là encore, est la meilleure des méthodes. Le principe du contradictoire est plus que jamais le principe majeur. La procédure gagnera à être accusatoire, publique, et les méthodes de débat, par exemple la *cross-examination*, sont bienvenues. Le juge doit diriger l'instance, par exemple en invitant des experts à l'éclairer, en dirigeant les débats, en invitant les parties à entrer elles-mêmes dans un dialogue, la médiation pouvant être ainsi favorisée.

L'expérience du contentieux systémique a commencé.