

Les entreprises et la justice

Le prisme médiatique réduit les rapports entre les entreprises et la justice au contentieux pénal, en ne s'intéressant, le plus souvent, qu'aux problèmes de corruption et d'abus de biens sociaux. En réalité, les entreprises doivent faire face à une augmentation des contraintes juridiques dans tous les domaines (travail, concurrence, environnement...). Et il est d'autant plus facile d'attaquer les entreprises en justice que, parallèlement à l'augmentation des risques judiciaires, le nombre des acteurs du droit n'a cessé de croître. Aussi la composante juridique devient-elle primordiale, et le droit dans l'entreprise, un investissement.

**par Arnaud Capdeville
et Patrice Russac**

Aujourd'hui, tout ce que fait l'entreprise a une dimension juridique : décrocher un marché, établir des relations de partenariat, déposer un brevet, passer un contrat avec un fournisseur, embaucher un

nouvel employé... Tout cela repose sur un contrat qui doit respecter les lois et les réglementations en vigueur. Force est de constater que le corpus législatif et réglementaire ne cesse de croître : Jean Picq, dans son rapport intitulé « *L'Etat en France* », estime qu'il y a actuellement 8 000 lois et 100 000 décrets en vigueur. A cela s'ajoutent 10 000 directives et 20 000 règlements européens. Depuis une trentaine d'années le nombre de lois votées en une année s'est accru de 35 % et celui des décrets de 20 %, sans parler de la taille moyenne des lois qui est passée de 93 lignes à 220 lignes entre 1950 et 1990.

L'accroissement des contraintes juridiques

Cette inflation a de nombreuses explications tant structurelles que conjoncturelles.

Le modèle français de régulation étatique dans lequel la société est entièrement structurée par et autour de l'Etat joue un rôle d'impulsion et exerce en contrepartie sa mainmise sur la société (1) par le biais de lois, décrets, règlements, arrêtés ou encore circulaires.

La superposition de textes - dont certains sont bicentennaires - qui rendent, par exemple, le droit pénal de l'environnement « trop massif et donc répétitif (2) » peut conduire à des répétitions. Ainsi, les lois de police locale étaient, avant 1975, renforcées par des lois qui respectaient le principe de la décentralisation de la lutte contre les pollutions (3), puis les textes promulgués depuis 1975 ont abandonné la règle de la décentralisation de la lutte contre la pollution et se superposent aux textes précédents sans les annuler.

Qu'elles soient anciennes ou modernes, les lois opposables aux entreprises en matière d'environnement

sont souvent redondantes et ce pour une raison technique. Il y a, en effet, trois moyens d'énoncer les règles relatives à la protection de l'environnement : soit en visant l'origine de la pollution (installation classées, carrières, installations nucléaires de base par exemple), soit en réglementant l'agent polluant (huiles, déchets, produits commercialisés), soit enfin en se

référant au milieu qu'il s'agit de protéger (eaux terrestres, mer, air, paysages, forêts, biotope). L'entreprise industrielle est en conséquence prise sous un feu croisé de réglementations rédigées par des administrations qui agissent souvent indépendamment les unes des autres (ministères de l'environnement, de l'industrie, de l'agriculture) et qui semblent ignorer au surplus les exigences énoncées pour la protection d'autres intérêts, par exemple l'hygiène et la sécurité des travailleurs, la sécurité routière ou la coordination des transports.

La construction européenne induit le décroisement des systèmes juridiques. Ce sont des normes et des juges en plus, mais aussi des mécanismes procéduraux destinés à assurer la reconnaissance de ces nouvelles lois. Règlements, directives, recommanda-

(1) Par sa formation même, le Royaume de France devait, pour assurer sa cohérence et sa survie, avoir recours au centralisme, même si le subsidiarité, définie dès le XIII^e siècle par Saint Thomas d'Aquin, assurait une large autonomie aux provinces. Avec Colbert, puis la Révolution, la régulation étatique ne fait que s'accroître. Après la seconde guerre mondiale, pour accompagner la reconstruction et le développement de la société civile, la tutelle étatique s'est appliquée à des secteurs entiers de l'économie française, avec de nombreuses nationalisations et la naissance, par exemple, de la sécurité sociale « à la française ».

(2) « Droit pénal et environnement dans l'entreprise », J.H. Robert, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.

(3) Décret du 18 octobre 1810 « relatif aux ateliers qui répandent une odeur insalubre et incommode », remplacé par la loi du 19 décembre 1917 « relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes » ; le même procédé inspire les lois du 8 avril 1898 et du 16 décembre 1966 sur la police des eaux, qui est exercée par le préfet, et encore celle du 2 août 1961, « relative à la lutte contre la pollution atmosphérique et les odeurs ».

tions, décisions, conventions, Cour de justice des Communautés européennes, Tribunal de première instance des Communautés européennes, Commission et Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, questions préjudicielles, recours en manquement, droit de recours direct après épuisement des voies de recours internes, ce rapide survol des créations juridiques internationales en dit long sur la contribution du décroisement des systèmes juridiques à l'expansion des règles juridiques. Ainsi, dans le domaine de la concurrence, les entreprises sont confrontées aux réglementations française et communautaire, parfois contradictoires, et aux enquêtes successives de la DGCCRF en France, de la DG IV à Bruxelles, voire du *Department of Justice* américain.

La crise économique et le taux de chômage élevé que connaît la France ont amené le législateur à prendre des mesures afin de sauvegarder l'emploi. Il confirme ainsi l'adage selon lequel « en période de croissance on fait de l'économie, en période de crise on fait du droit ». Ainsi, et parallèlement à la montée du chômage, le Code du travail s'est transformé et se caractérise, aujourd'hui, par la proclamation d'interdictions de travailler, par les entraves imposées au terme des contrats et par l'interférence de contraintes portant atteinte à la liberté de recruter.

De nouvelles attentes de la société française liées à l'Etat-providence, donc de nouveaux droits, ont fait leur apparition : les droits économiques et

sociaux, non plus droits-libertés mais droits-créances sur l'Etat, comme le droit à la santé, le droit au travail, le droit à l'éducation et au logement. Les droits de

l'homme eux-mêmes ont été revigorés et transformés par les terribles conflits qui ont ensablé notre siècle. Si nous examinons maintenant l'évolution de la société, nous constatons que les préoccupations des citoyens ne cessent de s'accroître dans le domaine de l'environnement, de la santé, de la

consommation, etc. La responsabilité ainsi dérogée oblige les dirigeants à se couvrir par rapport aux risques liés aux éventuelles pollutions, ou à une mise en cause du fait des défauts constatés sur les produits ou tout autre phénomène lié à l'activité de l'entreprise. Nous pouvons dès lors constater une augmentation importante des potentialités de recours à l'encontre de l'entreprise. Ce dernier point, du fait du fonctionnement de la société française, conduit les pouvoirs publics à légiférer encore plus et alimente ainsi, de fait, la production juridique. De plus, des domaines nouveaux, vierges de toute réglementation, apparaissent et obligent le législateur à produire du droit. C'est le cas, par exemple, des biotechnologies, des technologies de l'information.

Les récentes réformes visant à désétatiser et à libéraliser l'économie française n'ont réussi à freiner ni l'inflation juridique ni la régulation étatique. De manière très paradoxale, la dérégulation appelle bien souvent la régulation. C'est le cas notamment dans le secteur des télécommunications où la libéralisation a finalement été fortement encadrée par l'ART (autorité de régulation des télécommunications), un nouveau mode de régulation s'est substitué à l'ancien, mais la contrainte juridique ne s'en trouve pas diminuée pour autant.

La situation française que nous venons d'évoquer et qui s'explique en grande partie par le modèle de régulation étatique, est-elle cependant si différente de celle qui prévaut dans les pays de

Dans le domaine de la concurrence, les entreprises sont confrontées aux réglementations française et communautaire, parfois contradictoires, et aux enquêtes successives de la DGCCRF en France, de la DG IV à Bruxelles, voire du *Department of Justice* américain

Common Law ? Aux Etats-Unis, par exemple, la Common Law forme le fond du droit des Etats (à la seule et notable exception de la Louisiane où s'applique un droit codifié inspiré des textes napoléoniens). Apportée en 1607 par les colons anglais qui s'installèrent sur le continent américain, elle s'est très vite diversifiée. Chaque Etat possède aujourd'hui sa Common Law, dérivée de la Common Law anglaise, mais qui est différente de celle des autres

Etats. Chaque Etat a, de plus, un organe législatif qui génère aujourd'hui une grande quantité de lois, rassemblées et mises en ordre dans des codes. A la jurisprudence et aux lois des Etats il convient d'ajouter le droit fédéral et les lois votées par le Congrès : cela procure une complexité et une profusion de lois et de textes jurisprudentiels qui n'ont rien à envier à la situation française.

La contractualisation de l'économie

A l'inflation législative et réglementaire, qui constitue une première contrainte juridique, s'ajoute la montée des contrats. Ce phénomène est plus difficile à analyser, car il est inhérent au mode de fonctionnement des entreprises (4). De plus, les données chiffrées ne sont pas disponibles. Dans son article consacré à la fonction juridique, Monsieur Tonin (5) classe par ordre d'importance les problèmes juridiques auxquels l'entreprise est confrontée : « les contrats viennent en tête devant le droit fiscal puis, pratiquement à égalité, le droit social, le droit des sociétés, le contentieux, les assurances, eux-mêmes devant le droit bancaire ». Cette classification est intéressante, mais elle ne précise pas les critères d'importance sur lesquels elle repose.

En se fondant sur un critère mixte « temps passé – enjeux », l'enquête (6) réalisée par Messieurs Bidaud, Bigron et Cailloux, démontre que les contrats occupent partout - ou presque - la première place ; les autres domaines, les plus représentatifs, placés après, étaient le droit du travail et la gestion juridique des risques (assurances). Cette enquête de 1992 s'appuie sur un questionnaire

(4) La frontière entre la loi et le contrat s'estompe. En France, les conventions collectives, négociées entre les syndicats d'ouvriers et les syndicats patronaux, sont ensuite étendues par une loi à l'ensemble des ouvriers et à l'ensemble des entreprises, qu'ils soient ou non parties prenantes des négociations. Le contrat négocié entre les parties devient ainsi une loi qui s'impose à tous. L'article 1134 du Code civil illustre ces propos : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... ».

(5) « Une fonction peu connue mais importante : la fonction juridique de l'entreprise », *Les petites affiches*, 17 avril 1987.

(6) « La fonction juridique », Ed. ESKA.

Positionnement des services juridiques

Une enquête de 1992 sur les 40 premières entreprises françaises montre que le positionnement des services juridiques (au niveau du groupe) est le suivant.

- Rattachement au président : 11 sur 40
- Rattachement à la direction générale : 4 sur 40
- Rattachement au secrétariat général : 8 sur 40
- Rattachement à divers services : 7 sur 40
- Nombre de juristes des directions centrales : 8 en moyenne

Le budget est imputé, en général, en charges fixes sur l'ensemble du groupe et géré par le service juridique. ●

adressé aux quarante premières grandes entreprises françaises.

La montée des contrats en France est à première vue paradoxale. Le modèle français de régulation étatique s'oppose, en effet, au modèle d'autorégulation contractuel anglo-saxon. Aux Etats-Unis par exemple, pays de Common Law, on a un système de droit jurisprudentiel où la règle de droit est élaborée par les tribunaux au fur et à mesure des cas dont ils sont saisis. Les contrats ont donc pour objectif de préciser tout ce qui n'est pas défini dans la règle de droit. Par conséquent, ils sont beaucoup plus volumineux qu'en France, pays de droit écrit. Pourquoi aurions-nous donc en France la superposition de deux modes de régulation différents ? Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le mode de régulation contractuel, qui commence à croître en France, ne s'oppose pas au modèle de régulation étatique : ils relèvent chacun d'un mode de vie juridique différent mais complémentaire.

Avant l'ouverture de l'économie française et la mondialisation, les échanges à l'intérieur d'un territoire national pouvaient reposer sur la confiance et sur des valeurs communes. Il n'en est plus de même lorsque les entreprises vont sur les marchés étrangers. La force économique des entreprises (en particulier anglo-saxonnes) fait que, pour conquérir des parts de marché nouvelles, les entreprises françaises ont été contraintes d'adopter des règles nouvelles de comportement, intégrant le contrat comme mode de fonctionne-

ment. Mais la démarche conduite à l'international s'est progressivement déplacée vers le marché national du fait d'un environnement de plus en plus compétitif. Les prestataires de proximité qui étaient traditionnellement traités avec des conventions orales se voient opposer un formalisme nouveau de manière à éviter les risques liés à la tension du marché. D'une certaine mesure l'interprétation de ce phénomène peut être un effet de mimétisme dans le comportement des responsables juridiques qui considèrent que les prestataires de service - et ce, quelle que soit leur nationalité - doivent appliquer les mêmes règles. Ils mettent donc en place systématiquement des outils de « bonnes pratiques juridiques » à l'instar des « bonnes pratiques fiscales ». Cette conception traduit, en fait, une perte de confiance dans les relations des entrepreneurs entre eux. Une autre explication réside dans la présence importante des cabinets d'avocats anglo-saxons à partir des années 1970 en France. Rompus aux méthodes américaines ces derniers ont gagné des

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le mode de régulation contractuel, qui commence à croître en France, ne s'oppose pas au modèle de régulation étatique : ils relèvent chacun d'un mode de vie juridique différent, mais complémentaire

parts de marché par des positions agressives sur les besoins exprimés par les entreprises. La concurrence entre entreprises ainsi que certains vides juridiques sont à l'origine des contrats : ils innove et créent constamment de nouvelles activités, de nouvelles relations, de nouvelles manières de faire les choses, et tout cela nécessite de nouveaux contrats. Dans ces contrats, le juriste ne se contente pas d'appliquer des règles juridiques préexistantes,

mais il conçoit de nouvelles règles. Ce fut le cas en France dans les années soixante, lorsque sont apparus les premiers centres commerciaux. Comment organiser juridiquement dans un centre commercial un groupe de commerçants détaillants et une société d'hypermarchés ? Ce fut également le cas lorsque les juristes durent organiser sur le plan juridique les relations entre un franchiseur et des franchisés à une époque où ce type de contrat était totalement inconnu en droit français. La situation n'a-t-elle pas été la même lors de l'apparition des techniques de crédit-bail, de lease-back, de factoring, de transmission d'entreprise par LBO (Leveraged Buy Out) ? Ces organisations conçues par les juristes d'affaires peuvent même parfois donner lieu à la promulgation de textes. Tel a été le cas pour le crédit-bail, les magasins collectifs de commerçants indépendants, l'EURL et la société par actions simplifiées.

Pour conclure, si paradoxal qu'il soit, le resserrement de la contrainte juridique s'explique. Il faut que les autorités prennent conscience de la prolifération des textes et des contrats qui s'exercent sur les entreprises et mettent en place une réforme qui conduise « à droit constant » à simplifier l'environnement juridique des entreprises.

La judiciarisation (7) de la vie économique

Pendant longtemps l'entrepreneur a considéré que le monde de la justice était réservé aux vols et aux divorces. De leur côté, les magistrats ont longtemps estimé que les tribunaux n'avaient pas à intervenir dans un domaine essentiellement contractuel, qu'ils n'avaient pas à influencer la gestion d'un patrimoine privé, qui demeurait la « chose » des associés. Les sphères économiques et judiciaires s'ignoraient donc. Mais puisque la dimension juridique de la sphère économique a considérablement augmenté, il est plus facile, maintenant, d'attaquer judiciairement les entre-

(7) « Judiciarisation » : il s'agit d'un néologisme couramment utilisé par les juristes.

prises, si bien que le rôle du juge n'a cessé de croître dans la vie des sociétés et, désormais, il « autorise, désigne, contrôle, révoque, remplace, rémunère, tempore, suspend, condamne, exclut, interdit, ajourne, annule, récuse et même tue (8) ».

Il est d'autant plus facile d'attaquer les entreprises judiciairement que, parallèlement à l'augmentation de la contrainte juridique, le nombre des acteurs du droit n'a cessé de croître. Ont accédé à la vie juridique, et donc à la scène judiciaire, un certain nombre de personnes ou de groupements de personnes qui ont été autant de vecteurs d'expansion des prérogatives juridiques. Ces nouveaux acteurs, susceptibles de saisir la justice au plan pénal ou au plan civil (associations, collectivités...), renforcent mécaniquement le risque de voir l'entreprise conduite devant les juridictions.

Les associations montrent parfois leur volonté d'utiliser la justice comme un moyen pratique et efficace de faire connaître leur point de vue et de contraindre les entreprises, mais aussi l'administration, à respecter leurs objectifs. Leur accès à la justice est de plus en plus facile. Ainsi, dans le Code du travail, dans le Code de la concurrence, dans les lois sur la famille et dans une quinzaine d'articles, qui ne sont pas très anciens, du Code de procédure pénale se trouve la possibilité pour des associations d'agir au pénal et d'exercer, quelquefois avec l'autorisation de la victime, mais souvent sans

l'autorisation de personne, le pouvoir de saisir un tribunal correctionnel pour obtenir publiquement une condamnation pénale.

Quant aux médias, l'histoire enseigne que, face à leurs excès, le seul contre-pouvoir efficace est celui de la justice. Face à une erreur ou au dysfonctionnement de la justice, c'est l'opinion publique, donc la presse, qui constitue la première protection des justiciables. Mais quand des juges et des journalistes marchent la main dans la main, l'on se trouve en présence d'une puissance singulière - le complexe médiatico-judiciaire - aussi forte

qu'irresponsable aux yeux de certains. De plus, la situation économique des médias n'étant pas florissante, ceux-ci hésitent de moins en moins souvent à donner dans le sensationnel.

Pour ce qui concerne le politique, nous citerons l'avertissement donné par Raymond Barre à la tribune de l'Assemblée nationale avant le vote des lois de décentralisation en 1981 : « Avec la décentralisation, voilà la corruption qui s'installe ». La réalité confirme malheureusement cette pré-

diction. En effet, les affaires récentes l'illustrent, le financement des partis politiques est à l'origine des écarts constatés dans la vie des

entreprises. Mais, plus inquiétant, ce phénomène qui avait une taille réduite prend aujourd'hui des proportions importantes du fait de l'augmentation constante des besoins liés aux campagnes électorales. Du reste, dans les pays où ce problème n'a toujours pas été réglé par voie législative, les menaces sont toujours présentes et importantes.

Mais plus encore, si l'on s'intéresse aux marchés publics, la passation des ordres par les autorités locales induit des comportements en marge de la légalité. Même si l'on imagine des actions qui ne correspondent pas à

l'enrichissement d'une personne en particulier, que penser des choix qui privilégient une entreprise locale pour des raisons de proximité et de relance de l'économie locale ? C'est tout le problème du délit de favoritisme qui conduit les entrepreneurs et les politiques à être poursuivis par la justice.

Il faut donc que les entreprises mettent en place des règles déontologiques visant à éviter tout phénomène de corruption et qui permettent de redonner confiance aux différents acteurs.

Les syndicats français, dans leur discours officiel, prônent le développement de la négociation collective

comme mode central de régulation sociale. Cela éviterait de recourir systématiquement au juge. La réalité est plus complexe. En invoquant la « justiciabilité » des droits sociaux (tout homme a le droit de défendre ses intérêts et il existe un tribunal indépendant pour juger), l'activité contentieuse des syndicats est en augmentation ces dernières années. Sur une période de 10 ans, le nombre de conflits du travail a considérablement augmenté (plus 73 % de 1991 à 1994

en matière de droit syndical), du fait de la tension économique, mais aussi du fait de la prise de conscience des salariés et des syndicats des

possibilités offertes par la justice. Seul le délai de traitement des dossiers constitue un handicap à ce processus qui se substitue à la négociation.

Citons, enfin, parmi les nouveaux acteurs susceptibles de saisir la justice, les magistrats eux-mêmes. Avec le développement des affaires, l'exemple des magistrats italiens luttant contre la corruption avec l'opération *Mani Pulite* (mains propres), la déception de certains juges, l'exaspération de nombreux Français face à l'argent-roi et, surtout, la cohabitation qui a neutralisé l'action du pouvoir exécutif cherchant à contrôler l'institution judiciaire, certains magistrats ont pris conscience de leur pouvoir et tentent de gagner leur autonomie face au pouvoir exécutif. Il ne faut cependant pas oublier que les juges d'instruction n'instruisent que les dossiers qu'on leur demande d'instruire, et qu'ils ne peuvent en aucun cas s'auto-saisir. Notons par ailleurs que, de par leur formation généraliste, les magistrats ont besoin de temps pour acquérir les compétences économiques nécessaires à l'application des textes, notamment dans les domaines techniques (c'est pourquoi certains excès constatés dans l'application de la loi sur les sociétés de 1966 n'adviennent que récemment).

Les associations montrent parfois leur volonté d'utiliser la justice comme un moyen pratique et efficace de faire connaître leur point de vue et de contraindre les entreprises, mais aussi l'administration, à respecter leurs objectifs

Le nombre de conflits du travail a considérablement augmenté (plus 73 % de 1991 à 1994 en matière de droit syndical), du fait de la tension économique, mais aussi du fait de la prise de conscience des salariés des possibilités offertes par la justice

(8) « Le rôle des juges dans la vie des sociétés », Nouvelles Editions Fiduciaires, 1993.

L'accès aux tribunaux a par ailleurs été grandement facilité grâce à la réforme des dispositifs d'aide financière. Certes, de tout temps, il a paru nécessaire de permettre aux plus pauvres d'accéder gratuitement à la justice. Tel a ensuite été le rôle de l'aide judiciaire organisée en 1972, qui traduisait un progrès sensible en socialisant l'accès des justiciables aux tribunaux. Des critiques ont fini par conduire à une nouvelle réforme avec la création, en 1991, d'un système d'aide juridique. Le glissement terminologique de l'assistance judiciaire à l'assistance juridique en passant par l'aide judiciaire n'est pas seulement une coquetterie de style législatif. Ce glissement est aussi sémantique, comme en témoigne exemplairement la loi du 10 juillet 1991. Le nouveau dispositif d'aide juridique comporte en effet deux volets. Pour l'essentiel, il rénove l'ancien régime de l'aide judiciaire, rebaptisée aide juridictionnelle. Mais il crée aussi un nouveau cadre juridique pour l'aide dite à l'accès au droit. Surtout, il faut bien voir que la contribution de la collectivité à la dette judiciaire, destinée à faciliter l'accès à la justice, ne se réduit pas au concours de l'Etat sous la forme de l'aide juridique. Il faudra de plus en plus compter dans les années qui viennent avec les assurances privées de protection juridique, qui reposent sur la mutualisation du risque judiciaire.

Qu'on songe encore à la simplification des manières de procéder : saisine des juridictions par simple déclaration au greffe dans les litiges de la consommation ou du travail, utilisation des lettres missives comme actes de procédure, multiplication des procédures rapides, le plus souvent orales, devant un juge unique, et qui peuvent déboucher soit sur une décision provisoire, comme le référé-provision permettant de faire le plein de la demande, soit sur une décision sur le fond, comme l'injonction de payer ou l'injonction de faire.

De nouvelles formes de justice pour les entreprises

Pendant longtemps, les affaires concernant les entreprises étaient

principalement traitées devant les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes, composés de professionnels issus de l'entreprise et connaissant bien ses règles et ses contraintes. Aujourd'hui, l'intervention du juge civil ou du juge pénal, c'est-à-dire du juge de droit commun, est devenue une pratique quotidienne. Dans le cas de la justice civile, les actions susceptibles d'être intentées portent essentiellement sur des questions de préjudices subis par des personnes privées ou des entreprises, en vue d'évaluer les réparations possibles. Par contre, la justice pénale relève du domaine de l'infraction et est relative à la confrontation de la loi ou du règlement avec des affaires qui sont portées à la connaissance du Parquet par des plaintes ou des procès-

verbaux. Mais, parallèlement, se développent, hors du système judiciaire étatique, des « autorités » qui régulent un secteur professionnel. Il s'agit, par exemple, des autorités administratives indépendantes (AAI). Elles introduisent un nouveau mode de régulation de la vie économique, inspiré des « agences » américaines. Sur le fond, les entreprises apprécient leur professionnalisme, mais contestent la confusion qu'elles font des pouvoirs et, dans une certaine mesure, l'iniquité des méthodes d'investigation. L'essentiel relève de la confusion des rôles : elles réglementent, elles instruisent, elles poursuivent et elles jugent. Ce sont les mêmes hommes qui font tout cela (9).

Le principe du recours à l'arbitrage est certainement une forme adaptée à la sécurité des entreprises dans la mesure où, en cas de conflit, la solution proposée passe par un processus de désignation d'une tierce personne, indépendante, reconnue pour ses compétences et qui garantit un secret absolu des transactions post litiges. De nombreux cas ont été évoqués et démontrent l'intérêt de la procédure. En cinq ans, les demandes d'arbitrage adressées à la Chambre de commerce internationale (CCI) ont augmenté de 30 % pour atteindre 433 en 1996.

Augmentation du risque judiciaire, accroissement des risques juridiques

Le risque judiciaire a augmenté parallèlement à l'accroissement des risques juridiques. Ainsi cette judiciarisation des relations entre entreprises fait que la justice, qui devrait être un facteur de paix stabilisateur et rassurant des relations sociales, participe de plus en plus, à son corps défendant, dans l'application des textes réglementaires, à une pression accrue vis-à-vis des entreprises. Il ne faudrait pas penser, au vu des affaires récentes, que les chefs d'entreprises soient moins honnêtes qu'autrefois - encore que le quasi-désert judiciaire dans lequel ils ont vécu les a peut-être entraînés à

quelques excès - c'est plutôt que le juge, davantage saisi, a acquis plus d'expérience, n'a plus de tabous et n'hésite plus, au nom parfois d'un idéal dont il n'est pas lieu ici d'entamer la critique, à porter ses investigations et le feu purificateur sur le sacro-saint de la finance et sur les intouchables « politiques ».

Comment se sortir de cette judiciarisation de la vie économique, quand on sait que par ailleurs la justice ne dispose pas des moyens matériels de faire respecter le droit (il y avait 5 802 magistrats en 1910, il y en a aujourd'hui 6 024, et la loi quinquennale sur la justice de 1995 ne prévoit que 300 magistrats de plus en cinq ans) et que les magistrats n'ont pas toujours la formation requise à l'application de textes très pointus.

La dépénalisation d'un certain nombre d'infractions propres au droit des sociétés va dans le bon sens, à condition toutefois qu'elle soit d'ordre strictement technique, sans arrière-pensées d'ordre politique.

Il y avait 5 802 magistrats en 1910, il y en a aujourd'hui 6 024, et la loi quinquennale sur la justice de 1995 ne prévoit que 300 magistrats de plus en cinq ans

(9) La Cour d'appel de Paris vient ainsi d'annuler la sanction infligée par la COB à l'ancien PDG de l'Immobilière Phénix : dans son arrêt elle reproche noir sur blanc à la COB d'être à la fois législateur, juge d'instruction et tribunal ; autant de prérogatives qui nécessitent de préserver davantage les droits de la défense.

Le législateur pourrait également réfléchir à une question de procédure - qui ne concerne pas que les chefs d'entreprise, mais l'ensemble des justiciables - relative à l'abus des plaintes avec constitution de partie civile. Cet abus est, en effet, pour l'entreprise un risque pénal non susceptible d'être maîtrisé : quelque prudent qu'il se montre, le chef d'entreprise peut, à son corps défendant, être rattrapé par une telle action, notamment à la suite d'un différend commercial artificiellement pénalisé par son adversaire qui, au lieu d'intenter son action devant le juge naturel qu'est le tribunal de commerce, ou à la suite d'une décision commerciale qui le déboute, saisit le doyen des juges d'instruction. Il serait temps que les pouvoirs publics recherchent les moyens de s'opposer au harcèlement judiciaire des justiciables en admettant comme acquis qu'une plainte avec constitution de partie civile entraîne inéluctablement la mise en examen de la personne visée, quelle que soit, en l'état de la jurisprudence, la volonté des parquets et des juges d'instruction de refouler ces actions lorsqu'elles semblent abusives.

Enfin, les dirigeants aimeraient, au-delà des conseils éclairés des juristes de profession, qui ne donnent que des avis parfois contredits par les juridictions, pouvoir obtenir d'une autorité compétente l'assurance que tel projet résultant d'un mémoire détaillé ne leur fera pas encourir de poursuites s'ils le mettent en œuvre dans les conditions exigées par cette autorité. Le rescrit existe déjà en matière fiscale ; pourquoi ne pas y recourir en matière pénale ?

L'organisation juridique des entreprises

Les entreprises n'ont cependant pas attendu pour s'adapter et faire évoluer leurs services juridiques. Dans un monde où la concurrence entre les entreprises ne se situe plus uniquement au niveau des produits et des services, mais également au niveau de l'organi-

sation qui permet de les produire dans des conditions réellement concurrentielles, la composante juridique devient primordiale. Il faut donc considérer que le droit dans l'entreprise est un investissement et que le dirigeant doit savoir investir dans la préparation juridique des décisions et utiliser à bon escient les spécialistes de la matière. Suivant

les cas, la direction juridique est soit rattachée à la direction générale ou au président, soit au secrétariat général, soit encore à une structure fonctionnelle (10) : voir l'encadré ci-avant.

Les missions dévolues aux services juridiques sont désormais d'assurer la sécurité juridique et l'optimisation des choix industriels et financiers. Historiquement, les services juridiques des entreprises voyaient l'essentiel de leurs activités dévolues au traitement du contentieux. L'analyse des activités des services juridiques centraux montre qu'aujourd'hui seulement 10 % du temps est consacré au contentieux, le reste étant consacré à des tâches de prévention. Face à l'instabilité du droit due à la multiplication des normes, à

l'existence de règles de plus en plus ouvertes (« mettre en place tous les moyens pour ne pas polluer »), à une jurisprudence de plus en plus spécifique qui découle naturellement de l'imprécision des textes et, enfin, à un droit de plus en plus spécialisé, les services juridiques tentent d'assurer les missions suivantes : la veille juridique et l'étude des textes nouveaux pour évaluer les risques pris par l'entreprise ; la préparation et la rédaction des contrats, en faisant appel à des spécialistes de l'ingénierie juridique ; le traitement du contentieux (11) ; le lobbying pour intervenir le plus tôt possible sur les acteurs de la réglementation, afin d'orienter les textes dans un sens favorable aux entreprises.

Mais, comme nous l'avons vu, la complexité des droits ne peut pas être prise en charge par le seul service juridique.

Les dirigeants aimeraient pouvoir obtenir d'une autorité compétente l'assurance que tel projet résultant d'un mémoire détaillé ne leur fera pas encourir de poursuites, s'ils le mettent en œuvre dans les conditions exigées par cette autorité

Dès lors, une intervention très spécialisée est nécessaire. On distingue généralement trois types de sous-traitance : la sous-traitance de compétence (le juriste ne sait pas tout faire) ; la sous-traitance de capacité (le juriste ne peut pas tout faire) ; la sous-traitance de responsabilité (le juriste ne doit pas tout faire, c'est la notion de « legal opinion (12) »). Cependant, un enjeu important demeure pour la direction juridique : c'est le choix du cabinet qui peut, dans certains cas, ne pas avoir toute la pertinence voulue et conduire l'entreprise à ne plus être performante. C'est pourquoi une mission essentielle du service juridique est de garder la capacité d'évaluation et d'expertise nécessaire dans les domaines sous-traités.

Assurer sa propre performance

L'examen des structures juridiques démontre que toutes sont préoccupées par l'évaluation de leur apport dans l'entreprise. Un optimum doit être trouvé entre les ressources internes et les ressources externes. Dans certains groupes, cette recherche est poussée pleinement, car les ressources internes peuvent, à l'intérieur du groupe, être mises en compétition avec des ressources externes. Un suivi précis du « centre de coûts » est réalisé pour optimiser l'ensemble de la fonction juridique.

Toutefois, il faut reconnaître que la grande majorité des groupes procède par imputation sur les charges fixes de l'entreprise. Il est difficile d'obtenir des

(10) En général le service juridique du « corporate » relève d'un rattachement au plus haut, alors que le service des branches relève plus d'un rattachement fonctionnel.

(11) Cette activité est traitée soit dans la continuité du contrat du fait de la complexité des clauses introduites par le juriste lui-même, soit par le service spécialisé du groupe. Quelques cas ont été signalés de transfert de dossiers auprès de cabinets externes.

(12) Ce concept, essentiellement utilisé par les anglo-saxons, consiste à apporter une attestation de la part d'une tierce partie compétente sur des éléments juridiques proposés par l'entreprise. Ainsi les actionnaires peuvent être garantis sur la conformité de l'option juridique choisie.

chiffres sur les dépenses des groupes en matière juridique, mais l'estimation donnée par les directeurs juridiques démontre une croissance importante des budgets de leur direction avec une multiplication de l'ordre de 2 à 3 sur les 5 dernières années.

Pour conclure, il ressort que l'efficacité de la fonction juridique réside alors dans l'étroite communication des différents services de l'entreprise. Cet impératif est d'autant plus important que, comme nous l'avons vu, la fonction juridique devient une composante importante dans le management des groupes. La cohérence des moyens d'actions juridiques est essentielle pour la crédibilité de l'action de la direction.

Une asphyxie des entreprises par le droit ?

La multiplication des échanges et la complexité du monde moderne conduit mécaniquement à une montée en puissance de la notion de droit au sein des entreprises. Mais le risque est grand, nous l'avons vu, que la contrainte juridique ou bien judiciaire soit perçue comme un frein à l'activité de l'entreprise. Il faut dès lors se poser la question de savoir si cette montée du droit ne dirige pas les entreprises vers une impasse ou bien un blocage de l'activité économique.

L'asphyxie des entreprises par le droit ne semble cependant pas réaliste. En effet plusieurs considérations viennent apporter des éléments de réponse :

- plusieurs textes demeurent inappliqués à défaut d'être connus ; c'est ce que les juristes nomme l'ineffectivité du droit ;

- l'ouverture des frontières montre qu'une certaine rationalisation des règles peut être obtenue en partant de deux principes qui sont la subsidiarité et l'abrogation des textes non conformes au droit européen ;

- de plus en plus, les relations entre les entreprises font appel à un nouveau mode de régulation « hors du juge » par le biais soit des assurances, soit des autorités administratives indépendantes, soit par la mise en place de clauses systématiques d'arbitrage.

De toute façon, le droit est une nécessité pour la vie des entreprises. Il constitue la clé de voûte de toute structure sociale et économique ; il définit les différentes institutions et leurs règles de fonctionnement. L'absence de droit crée l'insécurité, la démonstration est inutile. C'est par la mise en œuvre des procédures juridiques que se règlent les difficultés de fonctionnement de la vie de l'entreprise.

Le développement de l'organisation juridique en droit de l'entreprise et en droit des affaires est un processus qui va continuer à croître du fait de l'existence de vides juridiques et de la pression des entreprises. En effet, si l'on ne considère plus le contrat dans sa simple

dimension de technique juridique, mais qu'on l'envisage dans la perspective de l'entreprise, il devient le moyen de réalisation des objectifs et constitue un outil indispensable de la stratégie de réussite de l'entreprise.

Dès lors, la montée du droit fait qu'il devient un acteur à part entière de l'entreprise et, comme nous l'avons constaté dans les groupes industriels, il devient un partenaire au même titre que la finance ou le marketing. Il faut donc considérer que le droit dans l'entreprise est un investissement et que le rôle d'anticipation des chefs d'entreprises est une prise en compte au plus haut niveau de la dimension stratégique du droit. L'enjeu des années à venir réside vraisemblablement dans une prise de conscience de cette question dans les petites et moyennes entreprises. ●

BIBLIOGRAPHIE

- [1] La justice pénalisée, d'Antoine Garapon et Denis Salas, Editions Hachette.
- [2] Le gardien des promesses, Justice et Démocratie, d'Antoine Garapon, Editions Odile Jacob.
- [3] La fonction juridique et l'entreprise, d'Hervé Bidaud, Jean-Paul Cailloux et Patrick Bignon, Editions Eska.
- [4] Le droit sans l'Etat, sur la démocratie en France et en Amérique, de Laurent Cohen-Tanugi, PUF, 1985.
- [5] Managing the legal department : What it takes to be a leading department, European Counsel, Janvier/Février 1997.
- [6] Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise, Economica, 1989.
- [7] La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? numéro spécial des Petites Affiches du 27 janvier 1997.