

Introduction : **Le rôle du droit dans les stratégies des acteurs économiques**

Hugues BOUTHINON-DUMAS

Antoine MASSON

ESSEC Business School

I. Les stratégies juridiques, nouveau facteur du succès des acteurs économiques

Le droit apparaît aujourd'hui comme une clef de la réussite de certains acteurs économiques. Par exemple, le succès vertigineux d'une entreprise comme Apple s'explique non seulement par la qualité des produits et services qu'elle propose ou par le génie marketing de son emblématique fondateur, mais également par une utilisation remarquablement efficace de différentes techniques juridiques relevant de plusieurs branches du droit : le droit des brevets et des marques, le droit des contrats (exploité dans les rapports d'Apple avec ses fournisseurs, ses distributeurs et ses clients), le droit de la concurrence et de la distribution, le droit des sociétés et le droit du travail avec la mise en place d'incitations pour les dirigeants et les collaborateurs de l'entreprise, le droit processuel (utilisé pour menacer voire sanctionner des entreprises rivales)...

À cet égard, le droit apparaît comme une arme stratégique d'autant plus efficace qu'elle reste aujourd'hui encore relativement méconnue malgré l'émergence d'un courant de pensée – l'approche « Law & Management » – qui s'intéresse particulièrement à ce type de phénomènes. En effet, de nombreux dirigeants n'ont pas encore pris la mesure de la capacité du droit à faire la différence dans la compétition économique qu'ils se livrent, car le droit n'est pas seulement une source de contraintes et de risques, mais aussi un ensemble de

ressources qui peuvent être exploitées pour surclasser ses concurrents, tirer parti de ses partenaires ou encore accroître fortement ses résultats commerciaux. Certes, l'utilisation judicieuse du droit par certains hommes d'affaires n'est pas absolument nouvelle, mais ces dernières années celle-ci a pris une dimension tout autre, le droit étant de plus en plus souvent intégré à de véritables stratégies à grande échelle.

Le terme de stratégie juridique désigne une action visant à atteindre un objectif déterminé grâce à la mobilisation de moyens parmi lesquels les instruments juridiques ou judiciaires jouent un rôle majeur, voire prépondérant. Soulignons qu'il n'existe pas de stratégies juridiques pures pour deux raisons. D'une part, si les stratégies sont juridiques par les moyens qui sont mis en œuvre, les finalités poursuivies sont extra-juridiques. Le droit est fondamentalement un outil au service des sociétés et de leurs membres ; il n'est pas une fin en soi. Les stratégies juridiques ne visent pas à modifier le droit pour lui-même (ce qui ne pourrait être qu'une ambition académique ou esthétique), mais à modifier, à travers le droit, le contexte dans lequel s'inscrivent les actions des acteurs économiques et sociaux, pour accroître leur liberté ou les gains qu'ils peuvent retirer de leur action. D'autre part, les moyens juridiques déployés sont rarement isolables d'autres moyens, non juridiques, qui ne sont pas moins décisifs dans le succès de la stratégie considérée. En effet, les ressources juridiques doivent généralement être combinées avec d'autres ressources matérielles ou immatérielles (puissance financière, image, pouvoir de négociation, asymétrie d'information, etc.) pour atteindre l'objectif visé. Par suite, les stratégies juridiques des acteurs économiques sont en réalité juridico-économiques, juridico-managériales, juridico-médiatiques, etc. Bien qu'il n'existe pas de stratégie purement juridique, cette notion garde, selon nous, sa pertinence car elle permet de souligner les opportunités qu'offrent certaines ressources juridiques pour les acteurs économiques.

II. Les finalités des stratégies juridiques des entreprises

Tous les acteurs économiques cherchent avant tout à gagner de l'argent ou à éviter d'en perdre. En ce qui concerne plus spécifiquement les entreprises, ces dernières, dès lors qu'elles opèrent sur un marché concurrentiel, cherchent à obtenir un avantage compétitif afin de s'assurer de gagner de l'argent de façon durable. Dans ce contexte, les stratégies juridiques constituent l'une des possibilités pour parvenir à cet objectif.

Les stratégies juridiques des acteurs économiques sont donc avant tout orientées vers la conservation de la valeur (à travers la protection des biens et des droits) ou la création de valeur (précisons que le droit ne contribuera à créer de la valeur que si le coût d'acquisition, d'accumulation et de mobilisation des

ressources juridiques est inférieur aux bénéfices dégagés par les ressources ayant été mobilisées et combinées). Ainsi, une entreprise mobilisera des ressources juridiques afin :

- de donner ou d’augmenter la valeur de ce qu’elle produit ;
- de réduire les risques générés par les menaces auxquelles elle est confrontée ;
- de réduire ses coûts de transaction (coûts de négociation avec ses partenaires économiques, coûts engagés pour obtenir le respect de ses droits, coûts de *compliance*, etc.) ;
- d’accroître et d’améliorer la coordination de ses ressources (dans la mesure où le droit contribue à la bonne organisation des entreprises et à leur insertion efficace dans leur environnement socio-économique).

Le résultat obtenu ne sera pas nécessairement durable, mais sera le plus souvent ponctuel. En effet, l’un des enjeux que soulèvent les stratégies juridiques pour les entreprises est de parvenir à un avantage économique durable, ce qui est particulièrement délicat puisque les ressources juridiques peuvent être instables.

III. Les conditions des stratégies juridiques

L’intégration du droit dans les stratégies des acteurs économiques repose tout d’abord sur leur capacité à identifier les opportunités et les menaces que génère l’environnement juridique au regard de leur situation particulière. Mais cette connaissance n’est qu’une condition de la mise en œuvre de stratégies juridiques efficaces. Il faut ensuite que les acteurs économiques soient capables d’acquérir, d’accumuler et de déployer efficacement (au besoin en les combinant entre elles) les ressources nécessaires à l’exploitation de ces opportunités ou à la réduction des menaces. Enfin, cette double capacité est elle-même tributaire du savoir-faire juridique de l’entreprise, ainsi que, plus généralement, de la culture juridique que celle-ci a su insuffler en son sein.

Certaines stratégies juridiques sont ponctuelles et procurent des avantages précaires. Elles se présentent comme des « coups » sans lendemain, qui peuvent néanmoins produire des effets non négligeables en faveur de leur auteur. D’autres stratégies sont susceptibles de produire des effets durables.

Dans les deux cas, une stratégie juridique sera considérée comme efficace si les moyens juridiques utilisés permettent effectivement d’atteindre le résultat escompté et ce en dépit d’éventuelles modifications de l’environnement dans lequel celle-ci prend place. En effet, les ressources juridiques mobilisées dans le cadre de la stratégie en question doivent être en adéquation avec la logique

économique de l'opération sur toute sa durée. Si, en outre, les ressources utilisées sont les plus avantageuses ou, à tout le moins, les moins coûteuses, pour atteindre l'objectif économique qui a été défini, alors la stratégie juridique pourra être dite efficiente.

On peut s'interroger sur la question de savoir si les entreprises peuvent fonder un avantage compétitif sur des stratégies juridiques, alors même que le droit se présente comme un « bien public » pour reprendre la terminologie des économistes. En effet, le droit n'est pas, à première vue, une ressource « rare ». De plus, celui qui utilise une ressource juridique ne peut pas empêcher son concurrent de l'imiter (sans compter qu'il peut exister des substituts à l'avantage conféré par le droit). À première vue, les stratégies juridiques peuvent donc difficilement déboucher sur un avantage concurrentiel durable.

Plusieurs arguments viennent relativiser la force de cette objection.

Premièrement, il est inexact de considérer que le droit dans son ensemble est un bien public. Certes, dans les États de droit modernes, le droit étatique est porté à la connaissance de chacun et l'accès à la Justice est en principe libre, à défaut d'être parfaitement gratuit. Mais cela ne représente qu'une partie seulement du phénomène juridique. À côté du droit étatique, il existe de multiples formes de droit dont les sources sont privées : les contrats et plus généralement les actes juridiques, les règlementations privées, les pratiques juridiques, etc. Or, d'une part, ce droit est applicable uniquement à ceux qui y sont parties. D'autre part, il n'est pas nécessairement « public » au sens connu de tous. En effet, les acteurs économiques attachant beaucoup d'importance au secret concernant certains montages, notamment en matière de gestion patrimoniale et fiscale, et à la confidentialité de certains modes de règlement des litiges, comme l'arbitrage, afin de conserver les avantages susceptibles d'être obtenus grâce à de tels instruments juridiques au sein du cercle étroit des bénéficiaires et des initiés.

Deuxièmement, certains instruments juridiques visent à octroyer un avantage particulier à un sujet de droit. La propriété consiste précisément à conférer au propriétaire un droit exclusif et un pouvoir d'exclusion d'autrui sur l'objet de ladite propriété. La propriété confère une forme de monopole circonscrit qui constitue, en toute logique, une protection potentielle face à la concurrence. Cela est vrai de la propriété « ordinaire » sur les biens corporels, mobiliers et immobiliers, mais cela est également et surtout vrai des diverses propriétés incorporelles reconnues, voire organisées, par les pouvoirs publics : « propriété commerciale » du preneur à bail commercial, propriété industrielle (brevets, marques...), propriété littéraire et artistique, etc. Les droits de propriété intellectuelle jouent un rôle essentiel dans les stratégies juridiques. Ils permettent de sécuriser et pérenniser l'avantage concurrentiel qu'une entreprise a généré, à travers son image, ses efforts d'innovation, etc.

Troisièmement, ce n'est pas tant le droit qui fonde un avantage concurrentiel que son utilisation. Or, comme les personnes et les organisations sont

diversement capables de tirer profit du droit, elles peuvent se différencier par leur capacité variable à mobiliser les ressources juridiques les plus efficaces et les plus efficaces pour atteindre l'objectif donné. L'entreprise qui a su développer un savoir-faire ou une culture juridique nécessaire au bon déploiement des ressources juridiques aura un avantage sur ses concurrents et cet avantage pourra être maintenu tant que les concurrents n'auront pas été en mesure de développer le savoir-faire et la culture juridique requis.

Quatrièmement, ce n'est pas parce que des instruments juridiques sont *a priori* offerts à tous les acteurs économiques que ceux-ci seront, dans la réalité, également susceptibles d'y recourir. Même si l'accès au droit (émanant de sources publiques) et à la justice (étatique) était gratuit, son utilisation ne le sera toujours pas. La compréhension du droit, le traitement de l'information juridique en vue de son exploitation, la mobilisation des ressources juridiques impliquent des coûts (humains, matériels, financiers...) différents selon la situation de l'acteur juridique considéré. Les acteurs économiques peuvent jouer de cette situation. Ainsi, certains acteurs économiques chercheront à tirer profit du fait que les parties adverses n'ont pas économiquement intérêt à faire valoir leurs droits, lorsque les coûts d'un procès excèdent les bénéfices qui pourraient en être retirés. Il convient de souligner que ces coûts « matériels » ne sont pas les seuls qui peuvent dissuader des acteurs économiques de recourir au droit ou à la Justice. Certaines stratégies reposent sur une utilisation du droit qui peut apparaître incompatible avec l'éthique de l'acteur économique qui pourrait théoriquement en tirer profit. Dans ce cas, l'obstacle est de nature morale. En pratique, l'acteur économique qui n'a pas les mêmes scrupules est en situation de tirer profit d'une asymétrie de prédispositions morales, en utilisant une voie qui est juridiquement licite même si elle est moralement réprochée.

Cinquièmement, comme nous l'avons déjà noté, les stratégies juridiques reposent souvent non sur l'exploitation d'une ou plusieurs ressources juridiques, mais sur la combinaison de ressources juridiques et non-juridiques. Or, même si les ressources juridiques étaient également accessibles aux différents acteurs économiques (ce qui, au surplus, ne se vérifie pas dans tous les cas, comme nous venons de le voir), ce ne serait pas le cas des ressources matérielles, organisationnelles, financières, de la réputation, etc. avec lesquelles les ressources juridiques doivent être combinées. Là encore git une source de différenciation incorporant des atouts fondés sur le droit.

IV. L'analyse des stratégies juridiques des acteurs économiques

Si, d'un point de vue théorique, le rôle du droit dans la performance de l'entreprise semble aujourd'hui avoir été clairement identifié par les tenants de

l'approche « Law & Management »¹, les implications pratiques de ces usages du droit restent méconnues.

Il nous a donc semblé nécessaire de publier un nouveau volume², afin d'explorer les stratégies juridiques menées par les acteurs économiques – et non plus les seules entreprises.

En effet, il est important de souligner que les entreprises ne sont pas les seuls acteurs de la vie économique qui sont susceptibles de développer des stratégies juridiques. Toutes les personnes gravitant autour des entreprises peuvent y avoir recours : les salariés, les clients, les pouvoirs publics (notamment l'État et les juges), les observateurs des entreprises, au premier rang desquels on doit citer les journalistes qui jouent un rôle majeur dans la formation de l'opinion publique, etc. À cet égard, parce que les interactions entre ces différents acteurs sont stratégiques, les usages que font ces derniers du droit ne sauraient être analysés qu'en tenant compte des face-à-face dans lesquels ils prennent sens (salariés / employeurs, avocats / journalistes, entrepreneurs / prêteurs, contribuables / fisc, etc.). En outre, l'analyse des stratégies juridiques implique une rupture avec l'approche traditionnelle du droit et un enrichissement des travaux portant sur les stratégies des entreprises dans lesquels la dimension juridique reste souvent marginale.

Une première série de contributions présente ainsi des approches transversales visant à montrer la fécondité de l'application d'une analyse stratégique au droit et à expliciter les concepts nouveaux sur lesquels repose ce type d'approches. La contribution de Constance E. BAGLEY dresse un panorama des travaux nord-américains relatifs à l'importance du facteur juridique dans le succès des entreprises et appelle à un rapprochement du droit et de la stratégie dans une approche véritablement intégrée. La contribution de George J. SIEGLER et Helena HAAPIO met en évidence la proximité entre l'approche juridico-stratégique et l'approche proactive du droit qui constitue un courant d'analyse majeur, notamment dans les pays scandinaves. Les deux contributions suivantes, de Virginie LEFEBVRE-DUTILLEUL et Stéphane BALLER, d'une part, et d'Anne-Cécile MARTIN, d'autre part, soulignent la prégnance de la problématique des risques et présentent les techniques juridiques traditionnelles et innovantes qui permettent de les gérer. La conformité constitue un autre thème émergeant de l'analyse juridico-stratégique. Il est revenu à Nabyla DAIJ, Philippe ROUET et Franck VERDUN de présenter une analyse de ce concept avec une attention particulière au coût impliqué par la conformité juridique.

1. A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche 'Law & Management' », *Rev. trim. dr. com.*, janvier /mars 2011, p. 233.

2. Un premier ouvrage collectif a été publié chez Larcier sous le titre *Stratégies juridiques des entreprises* en 2009 (sous la direction d'A. MASSON). Un autre ouvrage collectif intitulé *Legal Strategies : How Corporations Use Law to Improve Performance* a réuni des contributions en anglais en 2009 (sous la direction de A. MASSON et M. J. SHARIEF aux éditions Springer).

Le droit du travail constitue un terrain privilégié où peuvent se déployer des stratégies subtiles entre employeurs et salariés. Les contributions de Vincent REBEYROL sur la rupture du contrat de travail et d'Eyal CHVIKA sur l'évaluation des salariés démontrent la richesse des stratégies juridiques qui peuvent être élaborées dans ce domaine.

Le droit de la propriété intellectuelle apparaît comme l'un des domaines où les applications stratégiques sont les plus déterminantes. Les contributions de Véronique CHAUPUIS-THUAULT et de Pierre BRESSÉ se complètent pour offrir un panorama exhaustif de la question. La première analyse comment la gestion des droits de propriété intellectuelle peut être rationalisée et optimisée par l'utilisation stratégique de techniques originales et sophistiquées dans le cadre d'une politique volontariste de valorisation du patrimoine immatériel de l'entreprise. La seconde illustre les avantages que peuvent retirer les entreprises des stratégies fondées sur les droits de propriété intellectuelle.

Le droit des sociétés est également l'une des branches du droit où la virtuosité des praticiens a eu l'occasion de s'exercer depuis longtemps. Inscrite dans une perspective pragmatique typique de la doctrine de l'entreprise³, la contribution de Claude CHAMPAUD et de Didier DANET présente les stratégies visant à pérenniser le contrôle familial sur les entreprises françaises grâce à différentes techniques juridiques dont les limites et les avantages sont discutés. Lorsque la pérennité de l'entreprise ne peut pas être assurée, le droit des sociétés en difficulté offre des ressources pour appréhender les actifs de valeur des entreprises vouées à la liquidation. Ariel DAHAN dévoile ainsi les stratégies juridiques des chercheurs de « pépites ». Enfin, la contribution de Jean-Baptiste CARTIER illustre comment un outil d'analyse issu des sciences de gestion peut guider les entreprises dans le choix de la meilleure forme sociale.

Les deux contributions relatives au droit des contrats soulignent l'importance de la fonction de communication qui peut être assurée par les actes juridiques. La bonne compréhension du contrat peut notamment être favorisée par le recours aux techniques de visualisation qui demeurent largement sous-exploitées, comme le montrent Gerlinde BERGER-WALLISER, Robert C. BIRD et Helena HAAPIO ou par l'utilisation de clauses juridiquement inutiles mais susceptibles de produire des effets non négligeables sur le comportement des contractants (contribution de Hugues BOUTHINON-DUMAS et Antoine MASSON).

Les quatre contributions suivantes présentent différentes stratégies qui peuvent être mises en œuvre par les entreprises et leurs conseils à l'occasion de procédures judiciaires. À cet égard, l'une des préoccupations majeures des personnes impliquées dans des procès est de minimiser les effets collatéraux dommageables que les procédures pourraient générer, indépendamment même des

3. Cf. Cl. CHAMPAUD et alii, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, préf. H. BOUTHINON-DUMAS et A. MASSON, Larcier, 2011.

condamnations encourues. Thibault DU MANOIR DE JUAYE analyse ainsi les conséquences de l'affaire *Buffalo Grill* sur la perception de la situation de la société par le marché boursier et les différentes parades judiciaires utilisées pour contrecarrer la dynamique médiatico-judiciaire. Pierre-Yves ROSSIGNOL analyse le jeu stratégique complexe qui unit les acteurs de la procédure judiciaire et les médias. Olivier DE MAISON-ROUGE souligne le danger que représente un contentieux pour la préservation du patrimoine informationnel d'une entreprise et présente les techniques juridiques qui peuvent être utilisées pour réduire ce risque. Bénédicte BURY et Bertrand MOREAU mettent en évidence les stratégies qui entourent l'expertise *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile.

Enfin, Emmanuel DINH aborde, dans le dernier chapitre du livre, le droit fiscal où les stratégies de minimisation des impôts payés semblent aussi vieilles que la fiscalité elle-même. C'est l'occasion pour l'auteur de présenter la méthode de la planification fiscale.

Nous avons eu la chance de pouvoir associer à ce projet éditorial plusieurs auteurs étrangers, dont les écrits constituent, en la matière, des références incontournables dans le monde anglo-saxon et scandinave, ainsi que différents experts francophones formés à la stratégie juridique. Qu'ils en soient tous remerciés.