



Les entreprises et la justice

Patrice Russac, Arnaud Capdeville

► To cite this version:

Patrice Russac, Arnaud Capdeville. Les entreprises et la justice. Sciences de l'Homme et Société. 1997. hal-01908529

HAL Id: hal-01908529

<https://minesparis-psl.hal.science/hal-01908529>

Submitted on 30 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Juillet 97



ÉCOLE DES MINES
DE PARIS

Corps Techniques de l'État

*Les entreprises et la justice :
la montée du juridisme en France*

BIBLIOTHÈQUE
DE L'ÉCOLE DES MINES
60, boulevard St-Michel
75272 PARIS CEDEX 06
Téléphone : 40 51 90 56

IE 1 [348]

*Patrice Russac & Arnaud Capdeville
Mémoire de fin d'études 1996-1997*

REMERCIEMENTS

Ce mémoire a été réalisé dans le cadre du cycle de formation des Corps Techniques de l'Etat à l'Ecole des Mines de Paris.

Nous exprimons notre plus grande gratitude à :

- Monsieur Bernard DELAFAYE, notre professeur, Contrôleur Général du groupe Lagardère, pour sa disponibilité, ses encouragements et ses conseils avisés tout au long de cette étude,
- Madame Frédérique PALLEZ, notre pilote, chercheur au Centre de Gestion Scientifique de l'Ecole des Mines de Paris, pour son soutien tout au long de cette étude et ses remarques pertinentes.

Nous tenons également à remercier vivement toutes les personnes qui ont eu l'amabilité de nous recevoir au cours de la préparation de ce travail et nourrir notre réflexion de leurs analyses et témoignages.

0. Introduction

Aujourd'hui, tout ce que fait l'entreprise a une dimension juridique : décrocher un marché, établir des relations de partenariat, déposer un brevet ... Tout cela repose sur un contrat et doit respecter les lois et les réglementations en vigueur. Si cette dimension juridique - c'est-à-dire "qui relève du droit"¹ - n'est pas ou est mal prise en compte par l'entreprise, alors la justice - "l'institution qui est chargée d'exercer le pouvoir judiciaire, d'appliquer le droit"² - entre en scène.

Pendant longtemps cependant, l'entrepreneur considérait 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. Mais l'éclairage s'est progressivement déplacé vers l'aspect institutionnel de la société. Le contrat donne naissance à une personne morale autonome, distincte des associés qui l'ont initialement créée, et cette personne morale, parce qu'elle intéresse les tiers, les salariés, les fournisseurs, l'économie tout entière, a un intérêt propre, qu'il faut protéger, une vie propre, dont il faut, autant que possible, assurer la pérennité. Paradoxalement, c'est cette autonomie qui a amené le juge à entrer dans le monde de l'entreprise. Le rôle du juge n'a cessé de croître dans la vie de la société, tant et si bien que désormais il "autorise, désigne, contrôle, révoque, remplace, rémunère, temporise, suspend, condamne, exclut, interdit, ajourne, annule, récuse et même tue"³. Ces pouvoirs s'exercent à toutes les époques et concernent tous les aspects de la vie sociale : le monde de la justice et le monde de l'entreprise vont devoir apprendre à se connaître et à se comprendre.

Pourtant, plutôt que des relations entre les *entreprises* et la justice, ne faudrait-il pas s'interroger sur les relations entre les *entrepreneurs* et la justice ? Il ne se passe pas en effet une semaine sans que les problèmes judiciaires d'un chef d'entreprise ne fassent la une des médias⁴. A tel point que certains chefs d'entreprise⁵ n'hésitent plus à penser que "si l'on ajoute à la multiplicité des infractions possibles, un comportement rigoureux à l'extrême, voire tatillon de la part des autorités de poursuites, on comprend alors aisément la méfiance des chefs d'entreprise vis-à-vis des règles répressives qui les gouvernent". La justice ferait alors preuve de juridisme, c'est-à-dire d'un attachement excessif à la règle de droit ? Ce terme a choqué toutes les personnes que nous avons rencontrées.

Ne voulant pas débiter avec cet a priori péjoratif, nous essaierons d'analyser plus froidement d'abord l'accroissement des contraintes juridiques auquel sont confrontées les entreprises. Ensuite nous nous emploierons à montrer comment cette contrainte, conjuguée aux pressions concurrentielles, aux nouveaux moyens de pression dont disposent les associations et les syndicats et à la médiatisation de la vie des entreprises, a contribué à la judiciarisation de la sphère économique. Enfin nous nous attacherons à comprendre comment les entreprises se sont adaptées à ces nouveaux défis, en redéfinissant les missions de leurs services juridiques et en leur donnant les moyens de les remplir.

¹Grand dictionnaire encyclopédique Larousse.

²Grand dictionnaire encyclopédique Larousse.

³*Le rôle des juges dans la vie des sociétés*, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1993.

⁴*Patrons - Juges : la guerre*, l'Evénement du Jeudi du 15 février 1996.

⁵Régis Pelen, Président du Groupement Interprofessionnel du Logement, dans *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989.

1. La contrainte juridique

Tout acte de l'entreprise est un acte juridique, c'est-à-dire "produisant un effet de droit, du fait de la volonté de son auteur et soumis à des formes légales"⁶. C'est en particulier le cas des contrats passés entre une entreprise et un client, un fournisseur, un créancier, ... Cette dimension juridique n'est pas la plus apparente car elle est inhérente à la vie des entreprises, mais elle a acquis une importance considérable aujourd'hui. Ces contrats s'inscrivent de plus dans un cadre législatif et réglementaire s'imposant à l'entreprise.

Le corpus législatif et réglementaire d'une part, les contrats d'autre part, sont donc les deux composantes de la contrainte juridique qui s'exerce sur les entreprises. Si ces deux composantes s'accroissent actuellement en France, les raisons et les conséquences en sont différentes.

1.1. La France étouffée par ses lois

La France est un pays de droit civil, système de droit écrit où la règle de droit est édictée par la loi de manière générale et abstraite. Paradoxalement, alors que la déréglementation et la liberté d'entreprendre sont des valeurs en vogue, force est de constater que le corpus législatif et réglementaire connaît actuellement une forte inflation qui contraint les entreprises et les pénalise.

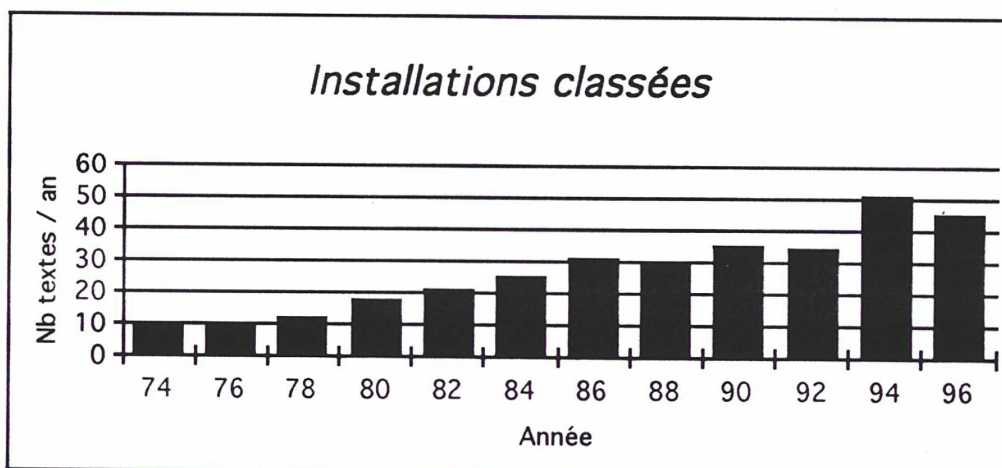
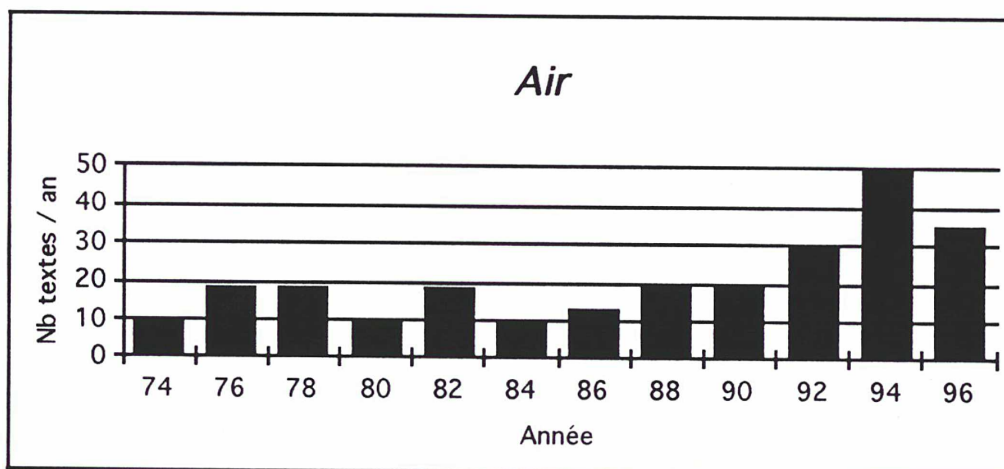
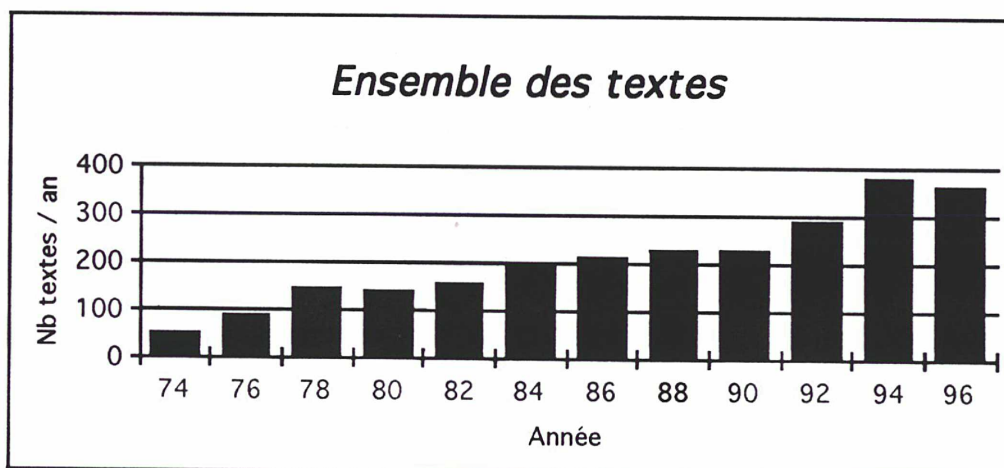
1.1.1. Le constat

L'inflation législative et réglementaire a été analysée par Jean Picq dans son rapport intitulé "L'État en France". Il estimait 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.

Conscient de cette dérive, le législateur a, par la loi n°96-516 du 14 juin 1996, installé un office parlementaire chargé d'évaluer la législation, c'est-à-dire de faire le tri entre les lois utiles et nécessaires et celles qui ne le sont pas. En attendant les conclusions de l'office parlementaire, force est de constater que l'inflation du corpus législatif et réglementaire en France touche de nombreux domaines. Aujourd'hui, c'est particulièrement vrai en ce qui concerne le droit de l'environnement (cf. les courbes page suivante). Le constat est sans appel : nous sommes passés de moins de 50 nouveaux textes par an en 1974 à plus de 350 en 1996. Le même constat peut être fait en ce qui concerne le droit du travail et le droit de la concurrence. Par contre le droit des sociétés n'a pas évolué depuis 1966 malgré quelques récentes tentatives de réforme. Quant au droit pénal, c'est un droit transversal, constitué d'une part du Code pénal, et d'autre part des articles répressifs contenus dans les autres codes. Au total on estime qu'il y a aujourd'hui plus de 14.000 articles pénaux en France, sans être capable d'en faire un inventaire exhaustif. Par conséquent, s'il est incontestable que la contrainte juridique a considérablement augmenté ces dernières années, il est nécessaire de ne pas oublier que cette augmentation n'est pas uniforme et qu'elle varie d'un droit à l'autre.

⁶Petit Robert.

*Evolution du nombre des textes réglementaires⁷
concernant l'environnement⁸ signés annuellement.
(source : le Courrier de l'Environnement Industriel)*



⁷Lois, décrets, arrêtés, circulaires, instructions nationales publiées ou non au J.O. ; règlements, directives, décisions, résolutions, recommandations communautaires ; conventions internationales.

⁸Installations classées, air, bruit, déchets, eau, substances et préparations dangereuses, produits chimiques et phytosanitaires, protection de la nature et des paysages.

1.1.2. Les raisons de cette inflation législative et réglementaire

L'inflation du corpus législatif et réglementaire en France a de nombreuses explications tant structurelles que conjoncturelles. Toutes les explications mentionnées ci-dessous ne s'appliquent pas automatiquement à tous les droits. Pour chaque type de droit, une ou deux explications suffisent en général à expliquer son accroissement.

1.1.2.1. Le modèle français de régulation étatique⁹

Dans le monde occidental, on distingue généralement deux modes de régulation : le modèle français de régulation étatique et le modèle anglo-saxon d'autorégulation. Dans le modèle français, la société est entièrement structurée par et autour de l'État, qui joue un rôle d'impulsion et exerce en contrepartie sa mainmise sur la société. Par sa formation même, le Royaume de France devait, pour assurer sa cohérence et sa survie, avoir recours au centralisme même si la subsidiarité, définie dès le XIII^{ème} 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 de la sécurité sociale "à la française".

On pourrait penser qu'avec les réformes actuelles qui vont clairement dans le sens de l'autorégulation de la société - la décentralisation et le vaste mouvement de déréglementation de nombreux secteurs économiques - la régulation étatique s'essouffle, voire diminue. Il n'en est rien car, de manière très paradoxale, la dérégulation appelle bien souvent la régulation. Prenons l'exemple¹⁰ de la libéralisation du secteur des télécommunications, libéralisation finalement fortement encadrée : le rôle confié à l'ART (Autorité de Régulation des Télécommunications) et l'échange informationnel prévu avec le Conseil de la concurrence permettent de relativiser la libéralisation du secteur 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.

1.1.2.2. Des raisons historiques : l'exemple du droit pénal de l'environnement.

Le droit pénal de l'environnement est "trop massif et donc répétitif¹¹", ses incriminations s'accumulent sur certains dommages écologiques tandis qu'il présente des lacunes, souvent inattendues, que la pratique révèle comme ce fut le cas à propos de l'affaire dite des "fûts de Seveso". Cette redondance s'explique par des motifs historiques et aussi par la mauvaise coordination des objectifs législatifs (cf. paragraphe 1.1.2.3).

L'essentiel des lois environnementalistes a été rapidement constitué entre 1975 et 1979. Il est le fruit de l'apparition et du succès mondial du concept d'environnement alors nouveau et établi sur des actes internationaux : la Conférence de Stockholm sur l'Environnement, réunie en 1972, d'où est sortie la création d'une agence spécialisée des Nations-Unies, le PNUE. Pour ne pas être en reste, la France a promulgué ses propres lois, en grand nombre. Mais leur vaste ensemble n'a pas aboli les textes anciens dont certains sont bi-centenaires. Ces deux systèmes de règles coexistent, non coordonnées et revêtues de caractères très différents.

- **Les textes anciens** appartiennent à deux catégories : ce sont des lois de police locale ou bien des dispositions d'un genre particulier inventées sous Louis XIV. Les desseins que nous appelons aujourd'hui "protection de l'environnement" relevaient

⁹Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat, sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985.

¹⁰ Libéralisation et régulation : le paradoxe, Les Echos du 18 avril 1997.

¹¹ *Droit pénal et environnement dans l'entreprise*, J.H. Robert, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.

autrefois de la police administrative puisqu'ils tendent à la tranquillité et à la salubrité publiques. Leurs pouvoirs avaient, et ont encore pour fondement, les lois municipales et quand, avant 1975, ils venaient à être renforcés par telle ou telle loi particulière, celle-ci respectait le principe de la décentralisation de la lutte contre les pollutions : ainsi en fut-il du 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". Les violations des réglementations prises en exécution de ces diverses lois constituent des contraventions dont la sanction ne s'élève pas, même dans les textes des années 1960, au-dessus de l'amende de police de la cinquième classe.

Ces textes anciens instituant des lois de polices locales faiblement sanctionnées coexistent avec une veine législative imaginée par Colbert. Le principe en est de considérer les atteintes à certains milieux naturels comme des dommages affectant le patrimoine royal. La compétence répressive est attribuée à des autorités administratives qui ont en même temps le pouvoir de transiger car les peines encourues sont réputées avoir un caractère plus patrimonial que répressif. De nombreuses dispositions de ces ordonnances existent encore dans le droit moderne, rassemblées ou non dans des Codes tels que celui du domaine public fluvial, et celui des ports maritimes.

Le procédé de Colbert n'a pas disparu après la Révolution et se manifeste encore dans le Code forestier de 1827, les lois sur la pêche du 15 avril 1829 dont est issu l'actuel article 407 du Code rural réprimant la pollution des fleuves et rivières : ces textes conservent le pouvoir de transaction des autorités chargées de la police et établissent, pour quelques infractions, la compétence répressive des conseils de préfecture devenus les tribunaux administratifs.

- *Les textes promulgués depuis 1975* ont abandonné la règle de la décentralisation de la lutte contre la pollution car ils sont principalement pris à l'initiative des ministres; cette concentration s'impose naturellement, c'est vrai, lorsque l'objet de la réglementation est un produit destiné à être vendu sur tout le territoire et même exporté, comme c'est le cas avec les supports de culture et les engrais, soumis à homologation ministérielle (loi du 13 juillet 1979) ou avec les nouvelles substances chimiques, soumises à une déclaration préalable à leur commercialisation (loi du 12 juillet 1977). Mais la compétence ministérielle est encore établie pour l'autorisation d'opérations plus locales comme l'élimination des huiles usées (décret du 21 novembre 1979 pris pour l'application de la loi du 15 juillet 1975 relative aux déchets) ou les immersions et incinérations en mer (loi du 7 juillet 1976).

Les lois modernes s'opposent encore aux textes de police anciens par la rigueur de la répression qu'elles prévoient. Par exemple, un emprisonnement de deux ans, est la mesure ordinaire de leurs sanctions pénales et il est invariablement accompagné d'une amende élevée dont le plafond oscille entre 120.000 et 5.000.000 francs.

1.1.2.3. Des objectifs différents qui conduisent à la redondance

Reprenons l'exemple du droit pénal de l'environnement. Qu'elles soient anciennes ou modernes, les lois relatives à l'environnement sont encore redondantes 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 indépendamment les unes des autres¹² (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.

1.1.2.4. La construction européenne et le décloisonnement des systèmes juridiques

Dans la période contemporaine, l'expansion des règles juridiques a encore été amplifiée par l'internationalisation des échanges humains et le décloisonnement des systèmes juridiques qui en est résulté. Du point de vue du droit français, la construction communautaire, d'un côté, le Conseil de l'Europe, de l'autre, illustrent tangiblement cette source supplémentaire d'instruments juridiques. Le droit européen, communautaire ou non, 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, recommandations, 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 décloisonnement 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.

1.1.2.5. La crise économique

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 recruter¹³. Etudions sur quelques exemples comment la crise économique a généré de nouvelles contraintes juridiques.

- *Les interdictions de travailler* : elles concernent les horaires ou la rémunération. Il est interdit par exemple de travailler la nuit, le dimanche ou au-delà d'un certain temps. Des normes uniformes s'appliquent en ce domaine, quelles que soient les personnes et les situations. Dans le domaine des rémunérations, l'entrave la plus lourde réside dans le blocage des minima de rémunération. Le SMIC est généralement présenté comme une protection des plus pauvres, puisqu'il aligne vers le haut les salaires les plus bas. Mais ce mécanisme ferme aux personnes les moins qualifiées la porte de l'emploi.
- *Les entraves au licenciement*. Depuis deux siècles la règle est claire : le louage de service fait sans détermination de durée pouvait toujours cesser par la volonté d'une des parties, sauf dommages-intérêts. On était libre de choisir son métier, son employeur et d'en changer. Il en est résulté une concurrence entre employeurs pour engager de bons employés. Cette mutuelle concurrence a entraîné une amélioration considérable des conditions de salaires, de sécurité, d'hygiène d'une part, et de la productivité des travailleurs d'autre part. Or, en 1973 et 1975, des lois sont venues restreindre le droit de licencier, l'une pour obliger à justifier son exercice par une "cause suffisante" et l'autre pour l'assortir d'une autorisation administrative. Le

¹²Droit pénal et environnement dans l'entreprise, de J.H. Robert, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.

¹³Le code du travail, code du chômage, de Patrick Simon, avocat au barreau de Paris, dans Valeurs Actuelles du 16 novembre 1996.

blocage à la sortie révèle une perte de confiance qui se répercute à l'entrée et qui est en somme indirectement punie par un effet de boomerang. Enfin depuis la loi Séguin (1986), amendée par la loi Aubry de janvier 1993, l'entreprise qui veut procéder à un licenciement économique de plus de 10 salariés doit établir un plan social motivé, prévoir des reclassements en interne, et s'engager dans une procédure de consultation complexe des représentants du personnel. Mais, là où le bât blesse, c'est sur le contrôle des licenciements. Depuis la suppression de l'autorisation administrative de licenciement en 1986, les juges - tribunal de grande instance, cour d'appel et Cour de cassation - sont devenus les acteurs du contrôle.

- *Les atteintes à la liberté de recruter* : même si nous ne connaissons pas, comme les pays scandinaves ou l'Angleterre d'avant Margaret Thatcher, la pratique du monopole syndical de l'embauche (closed shop), sauf pour les dockers (il n'a pas été entièrement abrogé) ou les ouvriers imprimeurs, les lois imposent parfois de surprenantes contraintes. Prenons par exemple une école qui confie à une société ses services de cantine. Mécontente de la prestation, elle met fin au contrat et choisit une autre entreprise pour assurer la restauration. En vertu de l'article L 122.12, celle-ci sera obligée d'employer les serveuses (dont l'école se plaignait) de la précédente entreprise et de les maintenir à leur poste même si l'activité est différente (plats pré-cuisinés à l'avance et non plus cuisines sur place), même si l'école change de destination (grandes classes au lieu de petites classes). L'école devient ainsi une cliente captive de salariés qui ne la satisfont pas. Ces solutions ont été adoptées, notamment, en matière de gardiennage, de nettoyage, de distribution, de transport.

1.1.2.6. De nouvelles attentes de la société française

L'expansion de l'univers juridique que nous avons constatée au paragraphe 1.1.2.4. est à l'origine d'un nouveau phénomène : l'expansion des prérogatives juridiques. La révolution française a joué, sur ce terrain, le rôle d'un détonateur. C'est avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, puis avec le Code civil et son cardinal article 544¹⁴ proclamant le caractère absolu du droit de propriété que les droits subjectifs, droits-libertés par excellence, acquièrent la plénitude que nous leur reconnaissons aujourd'hui. Avec l'Etat-Providence, 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 ensanglanté 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 dégagée oblige les dirigeants à se couvrir des risques liés aux éventuelles pollutions, 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 ainsi alimente, 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, etc.

¹⁴ Art. 544 du Code Civil : "la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements".

1.1.3. Une exception française ?

La situation française que nous venons d'évoquer, 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 *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 (normalement appelé législature) 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.

1.2. La montée des contrats

A l'inflation législative et réglementaire que nous venons d'étudier, et qui constitue une première composante de la contrainte juridique qui s'impose aux entreprises, s'ajoute la montée des contrats. Ce phénomène est plus difficile à analyser car il est inhérent au mode de fonctionnement des entreprises. De plus, les données chiffrées ne sont pas disponibles. Par ailleurs, la frontière entre la loi et le contrat est-elle encore pertinente ? 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....".

1.2.1. Le constat

Dans son article consacré à la fonction juridique, Monsieur Tonin¹⁵ 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'enquête¹⁶ réalisée par Messieurs Bidaud, Bigron, 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 adressé aux quarante premières grandes entreprises françaises.

Partant de ces premiers éléments, il nous semblait possible de confronter ces hypothèses à des éléments chiffrés. Mais notre attente a été déçue, dans une large mesure, car les services juridiques rencontrés ne possèdent pas de statistiques historiques permettant de faire une rétrospective justifiant cette augmentation du nombre de contrats. Nous avons dû nous contenter de corroborer les éléments des deux enquêtes effectuées en 1987 et 1992 par des renseignements qualitatifs. Ainsi, si l'ensemble des directeurs juridiques interviewés nous ont signalé la prééminence des contrats dans la vie des entreprises, dans

¹⁵Une fonction peu connue mais importante : la fonction juridique de l'entreprise - Les petites affiches du 17-04-1987.

¹⁶La fonction juridique - ESKA -

le groupe Lagardère, l'option choisie a été d'organiser les services juridiques de manière à ce que le droit des "contrats" relève d'une branche opérationnelle fortement orientée vers les métiers. Pour Madame Mondet, directeur juridique de la branche Matra BAe Dynamics, la montée des contrats a conduit le service à doubler les effectifs pour passer à deux personnes.

En fait, l'intégration de la problématique des contrats est une notion plus importante encore, dans la vie des sociétés, dans la mesure où il est nécessaire de les faire vivre dans le temps. Cette dimension fait que le travail des juristes est sans cesse renouvelé.

1.2.2. Les raisons de la montée des contrats

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.

1.2.2.1. Ouverture de l'économie française et mondialisation

Depuis la Seconde Guerre Mondiale l'internationalisation des marchés n'a fait que s'accroître. Alors que les échanges pouvaient permettre sur le territoire national un mode de fonctionnement basé 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 fonctionnement.

Dans les pays de *Common Law*, le droit est constitué d'avancées jurisprudentielles successives. Il est parfaitement logique que les entreprises évoluant dans un tel contexte prévoient dans leurs contrats des dispositions permettant de parer aux lacunes du droit écrit. Tel n'est pas le cas en France, puisque notre droit écrit, et tout particulièrement le Code civil, est abondant et organisé de telle sorte que toutes les éventualités possibles soient prévues. Une entreprise française voulant travailler avec une entreprise étrangère ne pourra dans ses contrats faire référence au Code civil français et devra donc adopter la solution anglo-saxonne consistant à tout prévoir dans les contrats.

Aux raisons évoquées ci-dessus, il convient d'ajouter certains autres paramètres qui conduisent à une augmentation. Nous l'avons vu, avec la mondialisation de l'économie, les entreprises françaises ont été conduites à établir des contrats pour permettre leur entrée sur les marchés. 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 nous a été fournie par les directeurs juridiques des groupes rencontrés : la présence importante des cabinets d'avocats anglo-saxons à partir des

années 1970. Rompus aux méthodes américaines ces derniers ont gagné des parts de marché par des positions agressives sur les besoins exprimés par les entreprises.

1.2.2.2. La concurrence entre entreprises et certains vides juridiques sont à l'origine des contrats¹⁷

Dans le monde contemporain, la concurrence entre les entreprises porte non seulement sur les produits et les services, mais également sur leur organisation humaine, industrielle, financière, sociale et commerciale. C'est la raison pour laquelle leur recherche d'une véritable différenciation concurrentielle porte, par exemple, sur l'organisation ou la réorganisation de leurs opérations de production, de leur structure financière, de leur réseau de distribution, de leur partenariat avec les fournisseurs, leurs clients ou avec d'autres entreprises. Elles innovent 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 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.

1. 3. Le resserrement de la contrainte juridique et ses conséquences

1.3.1. Les conséquences sur les entreprises

Le resserrement de la contrainte juridique qui s'exerce sur les entreprises a donc une double origine : c'est d'une part l'inflation du corpus législatif et d'autre part la montée des contrats. Si les raisons de ce resserrement sont multiples, elles sont pour les entreprises à l'origine d'un vaste effort d'adaptation. Comment, en effet, se tenir à jour de la prolifération des textes, faire face à leur technicité croissante et donc limiter le risque juridique de l'entreprise ? C'est ce que nous étudierons dans la troisième partie de ce mémoire.

Peut-on néanmoins prétendre qu'il y a trop de droit ? La réponse ne va pas de soi. Il faudrait en effet pouvoir mesurer l'excès, déterminer le moment fatidique à partir duquel la production des règles juridiques devient nocive. Mais qui peut dire où est le seuil, en quoi il consiste ? Au nombre de textes publiés chaque année au Journal officiel ? Mais, à ce compte, toute production normative devient excessive dès lors qu'elle ne se limite pas aux articles 1134, 1382 et au principe selon lequel nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. Voire, à supposer qu'il y ait excès, il est permis de se demander si cet excès n'est pas spontanément corrigé par le corps social sous la forme de ce phénomène que la sociologie juridique nomme l'ineffectivité du droit. Combien de textes demeurent ainsi inappliqués à défaut d'être connus ? Les progrès de l'informatique juridique documentaire ne suffisent pas à donner une réalité au principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi et puis, surtout, est-ce bien de l'excès des règles juridiques que se plaignent les entreprises ? Le grief, quantitatif, n'en cacherait-il pas un autre, d'ordre qualitatif, tenant moins au volume qu'à la nature des règles juridiques, du droit objectif ? La loi de

¹⁷Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, Jean Paillusseau, Directeur du Centre de droit des Affaires.

l'Etat devient insupportable lorsque l'Etat se mêle de tout, et précisément, l'Etat-Providence, ne croyant pas aux vertus naturelles du marché, a eu tendance à se mêler de tout. La critique du trop de droit rejoint ainsi la critique du trop de lois et du trop d'Etat, de trop de droit de l'Etat. L'extension du pouvoir réglementaire, consacrée par l'article 37 de la Constitution de 1958, et la pratique dite du parlementarisme rationalisé, liée au fait majoritaire, n'ont fait qu'aggraver le phénomène. Le Parlement n'a plus les moyens de remplir sa mission ; trop de droit est désormais produit par les bureaux des ministères. Le droit, devenu bavard, bureaucratique et technocratique¹⁸ est souvent ressenti comme un corps étranger par la société civile qui se sent dépossédée de son pouvoir de fabriquer la norme.

1.3.2. Les conséquences pour la justice

En ce qui concerne la justice, il n'est pas inutile de nous interroger sur les moyens dont elle dispose afin de faire respecter le droit. Il n'y a en effet pas de corrélation entre l'augmentation de la contrainte juridique et l'augmentation des effectifs de la magistrature. Il y avait 5802 magistrats en 1910, il y en a aujourd'hui 6024, et la loi quinquennale sur la justice de 1995 ne prévoit que 300 magistrats de plus en cinq ans. Le budget de la justice quant à lui ne représente qu'un peu plus de 1,5% du budget total de l'Etat (23.982 milliards de francs dans le projet de loi de finances 1997)

Si l'on ajoute à l'ensemble de ces raisons structurelles le fait que l'apprentissage par la justice des nouveaux textes est rendu difficile du fait de leur complexité et parce que les magistrats reçoivent une formation de généraliste, on peut imaginer que les nouveaux textes relatifs à la protection de l'environnement ou bien encore à la protection des données informatiques exposent les entreprises à des risques encore plus élevés.

1.4. Conclusion

Si paradoxal qu'il soit, le resserrement de la contrainte juridique s'explique. Mais s'il est normal que la vie des entreprises soit de plus en plus contractuelle, s'il est légitime que le législateur produise des textes dans de nouveaux domaines comme les biotechnologies ou les technologies de l'information, la profusion des lois, leur complexité et leur technicité semblent ne pas avoir de limite et peuvent handicaper les entreprises françaises. Les autorités publiques ont pris conscience de la contrainte que ces textes exerçaient sur les entreprises. La codification (mise en ordre des textes épars "à droit constant") est ainsi présentée comme un axe important de la réforme de l'Etat. La commission supérieure de codification, créée en 1989, a pour objectif de tout codifier d'ici à l'an 2000. Seul le code des collectivités locales a été adopté en 1996, mais une dizaine d'autres codes (environnement, patrimoine, marchés publics, ...) sont techniquement prêts et attendent d'être adoptés.

¹⁸ *Le spectre de la société contentieuse*, de Loïc Cadiet, Professeur à la Faculté de droit de Nantes, dans *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*.

2. La judiciarisation de la vie économique

Au resserrement de la contrainte juridique que nous venons d'analyser s'ajoutent l'accroissement de la contrainte économique et la pression d'acteurs (associations, syndicats, etc) disposant d'un accès plus facile à la justice. Ainsi, le monde économique est fait d'un antagonisme entre, d'une part des entreprises qui évoluent dans un contexte très concurrentiel et libéral nécessitant une particulière adaptabilité et d'autre part un ensemble législatif et réglementaire de plus en plus contraignant ; et comme l'internationalisation des litiges entraîne un choc entre des systèmes juridiques de valeurs différentes, et que l'accès à la justice est de plus en plus facile et étendu aux personnes morales, le recours au juge comme garant de la loi est plus systématique qu'autrefois et la justice devient l'élément possiblement régulateur de la sphère économique. Nous allons voir comment ces phénomènes structurels sont à l'origine de la judiciarisation de la vie économique, c'est-à-dire de l'augmentation du nombre des affaires portées devant les tribunaux.

2.1. L'accroissement de la contrainte économique : Libéralisme, concurrence et compétitivité

L'économie en cette fin du XXème se caractérise par la montée de l'interdépendance, elle même engendrée par le commerce mondial. Chaque année les échanges entre pays augmentent plus vite que l'activité de chaque pays. En France, la part des importations dans la demande finale représente 25%. Pour garder sa part de marché chez soi ou aller conquérir une part du marché étranger, le maître mot est compétitivité. Dans ce contexte de concurrence accrue, les décisions des entrepreneurs doivent être de plus en plus rapides et le choix d'une économie libérale conduit ces derniers à prendre de plus en plus de risques pour rester sur le marché mondial. L'économie de marché, le libéralisme et la dérégulation ont donc pour conséquence d'accroître la pression économique qui s'exerce sur les entreprises.

2.2. La nouvelle pression des acteurs

L'expansion des prérogatives juridiques s'est accompagnée d'une augmentation des acteurs du droit. 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, pêle-mêle : les personnes morales de droit privé, comme les syndicats et les associations, et de droit public, établissements publics, collectivités locales et autres groupements d'intérêt public. La période la plus contemporaine, marquée par le renforcement déjà évoqué du droit international, tend aussi à la multiplication des acteurs du droit : qu'on songe aux enfants, aux animaux voire à la nature élue par Michel Serres partie au contrat naturel...

De nouveaux acteurs interviennent sur les choix des entreprises. Il en va ainsi des associations de défense de tous ordres (consommateurs, minoritaires, environnement...), des médias, et de l'apparition de nouveaux pouvoirs politiques locaux.

2.2.1. Les associations

Une rencontre avec la fédération "SOS Environnement" regroupant la majeure partie des associations de défense de l'environnement nous a montré 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.

2.2.2. Les médias

L'histoire enseigne que, face aux excès des médias, le seul contre-pouvoir efficace est celui de la justice¹⁹. 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.

2.2.3. Le politique

“Avec la décentralisation, voilà la corruption qui s'installe” : c'est l'avertissement donné par Raymond Barre à la tribune de l'Assemblée Nationale avant le vote des lois de décentralisation en 1981.

La réalité confirme malheureusement cette prédiction. 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 des besoins sans cesse augmentés 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.

Remarque : ce bouillonnement qui concerne les interactions entre la vie de l'entreprise et les responsables publics peut induire des effets pervers : la désaffection des candidatures aux fonctions électives publiques, l'atteinte à la confiance des marchés, l'atteinte à la compétitivité des entreprises.

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

2.2.4. Les salariés et les syndicats

Dans leur discours officiel, les syndicats français 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 (cf le tableau ci-après).

Sur une période de 10 ans le nombre de conflits du travail a considérablement augmenté (plus 73% de 1994 à 1991 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.

¹⁹Le complexe médiatico-judiciaire, par Robert Badinter. Le Nouvel Observateur du 9-15 mai 1996.

EVOLUTION DES DOSSIERS	1991	1992	1993	1994
- Désignation et élections professionnelles	60	94	135	161
- Droit syndical et fonctionnement de la représentation	80	57	62	80
- Sanction ou discrimination contre des militants et des élus	41	35	51	71
- Licenciement des militants et des élus	48	47	76	100
- Grève et conflits collectifs	15	17	29	19
- Droit syndical hors entreprise	07	10	09	13
- Négociation collective	13	07	12	13
TOTAL DOSSIERS "DROIT SYNDICAL"	264	267	374	457
- Accidents du travail	11	10	09	14
- Conventions et accords collectifs	14	17	27	53
- Contrat de travail	06	05	14	22
- Règlementation du travail	16	32	62	62
- Fonction publique			11	23
TOTAL DOSIERS "FONDS TACTIQUE"	47	64	123	174
TOTAL DOSSIERS "DIVERS"	73	74	116	169
TOTAL GÉNÉRAL DES DOSSIERS	384	405	613	800

Le Code du Travail, dans son article L. 411-1 précise que "les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts". Grâce aux règles de soutien de la CNAS (Caisse Nationale d'Action Syndicale) qui s'articulent autour du droit syndical, du fonds tactique et du soutien à l'adhérent, l'action judiciaire de la CFDT, par exemple se concentre sur la défense des droits collectifs (plus de 50% des dossiers "droits syndical" pour l'année 1994), l'interprétation et la clarification du droit, l'application des règles législatives, réglementaires et conventionnelles en vigueur, la défense des intérêts individuels des salariés.

La conjoncture économique actuelle, l'amélioration de l'aide juridictionnelle (cf : paragraphe 2.3.2) ainsi qu'une meilleure organisation des syndicats de travailleurs (qui disposent de réseaux d'avocats - AVEC, AVocats Etudes Conseils dans le cas de la CFDT) ont donné aux syndicats des leviers d'actions puissants et sont désormais un interlocuteur de poids dans le monde des entreprises.

2.3. La pression de la justice

2.3.1. Les magistrats eux-mêmes

Ce n'est que très récemment, et pour des raisons diverses, que les magistrats de l'ordre judiciaire ont pris conscience de leur pouvoir et commencent à en user. Le débat actuel sur l'indépendance de la justice (Commission Truche,) pose justement la question du rapport entre l'exécutif et la justice.

La méfiance à l'égard des juges a historiquement placé l' "autorité judiciaire" sous l'oeil de l'exécutif. Cette méfiance provient des abus de pouvoir des Parlements de l'Ancien Régime et est encore très présente aujourd'hui; la Constitution de 1958 plaçant l' "autorité judiciaire" un cran au-dessous des "pouvoirs exécutifs et législatifs" qui, eux, trouvent leur légitimité dans le suffrage universel. Si les magistrats du siège (qui rendent la justice) sont indépendants et inamovibles, les magistrats du parquet (qui mettent en mouvement l'action publique) sont subordonnés au pouvoir exécutif. Cette dépendance hiérarchique s'exerce à un double niveau. Les nominations par l'exécutif des procureurs généraux et des procureurs échappent au Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM), compétent pour leurs collègues du siège. En outre, l'action, au quotidien, des membres du parquet est contrôlée par leur hiérarchie et, au sommet de la pyramide, par le Garde des Sceaux.

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 cohabitation²⁰ 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. Enfin, 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).

2.3.2. Une plus grande facilité d'accès aux tribunaux²¹

L'évolution contemporaine des systèmes juridiques occidentaux est caractérisée par une libération notable de l'accès aux tribunaux. Ce phénomène, lié au développement de l'Etat-Providance, est général, mais il est nettement perceptible en France en raison des réformes dont la procédure civile est l'objet depuis une vingtaine d'années.

La manifestation la plus marquante en est bien sûr la *réforme des dispositifs d'aide financière à l'accès au droit*. Certes, de tout temps, il a paru nécessaire de permettre aux plus pauvres d'accéder gratuitement à la justice. Telle a d'abord été la fonction de l'*assistance judiciaire* créée en 1851, dont le dispositif reposait encore, pour partie, sur l'idée de charité consentie et supportée par les auxiliaires de 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* qui augmente significativement les plafonds de ressources des justiciables, si ce n'est le montant des rémunérations des auxiliaires de justice. 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*. L'évolution du régime légal de l'aide juridique n'est sans doute pas achevée car le système présente encore des imperfections, notamment en ce qui concerne le financement des actions de groupe. 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.

L'allègement du coût de l'accès à la justice est un facteur primordial de la libération de l'accès aux tribunaux. Cependant, cette ouverture peut prendre bien d'autres formes. Qu'il suffise de citer la *libération des actions en justice dans un intérêt collectif*, même si le droit français ne connaît pas encore les *class actions*²² du droit des Etats-Unis ou les recours collectifs du Québec

²⁰ Monsieur REUMONT, Vice-Président de l'Association Européenne des Juristes d'Entreprises (AEJE), ancien Directeur Juridique de Rhône Poulenc Chimie.

²¹ *Le spectre de la société contentieuse*, de Loïc Cadiet, Professeur à la Faculté de droit de Nantes, dans les *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*.

²² Il s'agit d'une procédure spéciale américaine autorisant par exemple le recours collectif d'actionnaires contre la gestion d'une entreprise.

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.

2.4. Des raisons sociologiques

On demande désormais au droit pénal et à la justice pénale, non plus seulement de sanctionner, de faire rentrer dans la norme, mais de *signifier*²³. Or les institutions qui donnaient du sens ou une morale, l'Eglise, l'Ecole, l'Armée, sont en perte de vitesse. Ce qui est nouveau, c'est une sorte d'attente des gens à l'égard de la justice pénale, qu'il s'agisse de la vie administrative, de la vie politique, de la vie familiale, de la vie privée. On est tenté de ramener toutes ces relations au code binaire et très grossier de l'agresseur et de la victime. C'est notre dernière grille de lecture, affirme Mr Garapon. Comme si le droit pénal était la dernière morale commune dans un monde qui en manque. La pénalisation est donc à la fois conséquence et cause de ce brouillage de la norme. La société française éprouvant des difficultés à trouver des repères moraux, va les rechercher dans le juge pénal et la justice pénale. Finalement, et pour reprendre les termes de Monsieur Pierre Truche, Premier Président de la Cour de cassation, "on se tourne vers la responsabilité pénale, parce que ce n'est pas seulement l'argent qui compense le préjudice. Il faut répondre à ce que l'on a subi par une reconnaissance de ce que l'on a subi et cela passe par la reconnaissance de la culpabilité de quelqu'un".

Alors qu'aux Etats-Unis, on assiste non pas à une pénalisation, mais à une dérive, à une exaspération de la responsabilité civile; en France, Blandine Kriegel rappelle que la procédure pénale a toujours été plus développée que la procédure civile. Elle touche la culture française et elle montre deux traits de notre spécificité. Tout d'abord elle montre l'absence de régulations intermédiaires. On recourt au juge pénal parce que l'on ne peut pas régler ses problèmes autrement. Un des écueils est cette difficulté de notre société à négocier, à trouver des arrangements, des régulations intermédiaires qui ne se basent pas nécessairement sur le droit. Pour négocier il faut avoir des partenaires collectifs forts, et ce n'est pas le cas.

2.5. Conséquences structurelles pour l'entreprise : la judiciarisation de la vie économique

Il y a quelques années, l'entreprise était soumise à une faible pression économique et à des acteurs connus. Aujourd'hui, l'entreprise doit faire face à une très forte pression économique, à un environnement juridique complexe et contraignant et aux exigences de plus en plus fortes exprimées par les nouveaux acteurs étudiés ci-dessus. L'ensemble de ces nouvelles contraintes antagonistes débouche inéluctablement sur une plus grande judiciarisation de la vie économique française.

2.5.1. Les différentes formes de justice

Pendant longtemps les affaires concernant les entreprises étaient principalement traitées devant les tribunaux de commerce et les conseils de prudhommes, 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

²³ Cf. *La justice pénalisée*, de Antoine Garapon et Denis Salas, éditions Hachette.

commun, est devenue une pratique quotidienne. Mais parallèlement, se développent, hors du système judiciaire étatique, des "autorités" qui régulent un secteur professionnel.

2.5.1.1. La justice étatique

Deux grandes voies ; la justice civile et la justice pénale sont tour à tour explorées par les différents acteurs et menacent les entreprises. 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.

Il est bien entendu que l'apparition de nouveaux acteurs susceptibles de saisir la justice au plan pénal ou au plan civil (associations, collectivités..) renforce mécaniquement le risque de voir l'entreprise conduite devant les juridictions.

2.5.1.2. Les Autorités Administratives Indépendantes

De nouvelles instances viennent se mêler à la vie des entreprises, il s'agit des autorités administratives indépendantes. Elles introduisent un nouveau mode de régulation de la vie économique. Elles s'inspirent 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 règlent, elles instruisent, elles poursuivent et elles jugent. Ce sont les mêmes hommes qui font tout cela (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).

L'autorité la plus connue est la Commission des Opérations de Bourse, mais on compte en France plus de 70 autorités administratives disposant de pouvoirs pénaux. Ainsi en est-il du Centre national de la cinématographie : son directeur a un pouvoir de police sur l'établissement des bordereaux de billetteries de cinéma : si les bordereaux de billetteries ne sont pas bien tenus, les exploitants encourent une peine d'amende, dont il est d'ailleurs régulièrement fait application à la suite de contrôles (dans la pratique, deux cents francs d'amende dont cent francs avec sursis).

2.5.2. Qui est concerné ?

Traditionnellement, le chef d'entreprise était responsable de l'ensemble des actions menées au sein de l'entreprise ; maintenant, l'entreprise, personne morale, peut aussi être concernée. En la matière, les nouveaux textes législatifs prévoient que l'entreprise peut être poursuivie ce qui, mécaniquement, introduit un risque supplémentaire pour les acteurs concernés. C'est ainsi que, grâce au nouveau Code pénal en vigueur depuis le 1er mars 1994 qui permet d'invoquer la responsabilité pénale de la personne morale, un juge d'instruction vient de mettre en examen la banque Rivaud (et non ses dirigeants!). Mais au delà, nous ne souhaitons pas ouvrir la polémique qui agite les milieux spécialisés et qui consiste à se poser la question de savoir si lorsqu'une poursuite est engagée au niveau de la personne morale alors il faut automatiquement ouvrir des poursuites au niveau de la personne physique. L'examen de la jurisprudence à venir pourra nous éclairer utilement sur ce sujet.

2.5.3. Un constat

Une fois planté le décor, essayons d'examiner en détail les chiffres donnés par les statistiques. Pour caractériser au mieux le phénomène nous avons essayé de reconstituer par type de droit les fluctuations du nombre d'affaires civiles et pénales.

Mais pour effectuer une comparaison significative plusieurs explications liminaires doivent être données :

- En matière de justice civile, les données disponibles concernent les saisines des cours d'appel, des tribunaux de grande instance, des tribunaux d'instance et de commerce ou des conseils de prud'hommes.

- Pour la justice pénale, les données statistiques concernent les affaires traitées par les tribunaux et issues de l'exploitation du casier judiciaire et des informations du parquet.

Dans la mesure où le parquet dispose dans le cadre de l'opportunité des poursuites du droit de classer sans suite certaines affaires, il faut avoir un regard prudent dans l'exploitation de ces chiffres qui ne traduisent pas la réalité. Ainsi pour fixer les idées nous pouvons indiquer qu'au parquet de Paris le taux de classement est de l'ordre de 60% , les poursuites engagées ne portant que sur les affaires les plus importantes.

D'après les déclarations des responsables juridiques rencontrés il semble que le droit du travail, de l'environnement, des sociétés sont les matières qui constituent les points majeurs sur lesquels les entreprises sont vigilantes. Aussi pour infirmer ou confirmer ces hypothèses nous avons essayé de trier les domaines correspondants tant en matière civile qu'en matière pénale.

Les tableaux suivants en ressortent

La justice civile (saisines)

	Cour d'Appel		TGI		Tribunal d'instance		Tribunal de commerce / Prud'hommes	
	94	93	94	93	94	93	94	93
Droit des affaires (hors difficultés) - concurrence / propriété industrielle	1764	1794	2441	2404	11	27	1083	1092
Droit des affaires (entreprises en difficultés) - redressement judiciaire	5235	4442	12712	11748	154	54	64289	72382
Contrats - relations travail / protection sociale	49465	44961	6272	7422	25875	31495	163978	163022
- dont relations individuelles	40486	36177	594	614	365	321	156468	155005
Responsabilité : environnement	578	586	909	829	1318	1299		

	94	93	92	91	90
Plan de redressement judiciaire	6471	6200	4632	4304	2994

De ce premier tableau, nous pouvons tirer les conclusions suivantes :

a) droit du travail (rubrique relations travail-protection sociale et relations individuelles):

Nous constatons une montée des contentieux sur la période 1990 à 1994 mais avec semble-t-il une limite atteinte en 1994 pour ce qui concerne les relations entre les salariés

Entreprises et justice : la montée du juridisme en France

et les entreprises. En effet les tensions économiques induisent des licenciements ou des plans sociaux de plus en plus contestés. Ce point est corroboré par une statistique établie en 1995 par la CFDT qui indique une progression de 5% par an des dossiers suivis par son propre service juridique spécialisé dans le soutien des adhérents. Par ailleurs le même syndicat nous a indiqué que le fait de se porter devant les tribunaux constituait une menace forte sur les chefs d'entreprises. Mais le passage de la menace à l'acte devient de plus en plus fréquent compte tenu des tensions économiques.

b) droit des sociétés (rubrique redressement judiciaire et plan de redressement) :

L'analyse des chiffres relatifs au plans d'ouverture de redressement judiciaire est suffisamment explicite (+116% sur 4 ans). Le même constat peut être fait sur le redressement judiciaire (+12% sur 1 an) qui traduit l'extrême tension économique du moment. Un deuxième chiffre peut paraître surprenant, il s'agit de la baisse de 20% des contentieux liés aux contrats. Cette situation, nous le verrons par la suite peut s'expliquer par un recours accru des entreprises à des formules de conciliation voire d'arbitrage qui échappent à la justice.

c) droit de l'environnement (rubrique responsabilité environnement) :

Nous constatons une stagnation du nombre de dossiers traités.

La justice pénale (affaires traitées)

	1989	1990	1991	1992	1993
Infractions à la législation économique et financière	42215	52424	37769	18642	19542
- dont travail et sécurité sociale	6432	6488	6722	6699	7215
- dont concurrence et prix	2010	2155	2096	2361	2870
- dont législation société	388	441	527	489	623
- dont banqueroute	1095	1109	1170	1194	1150
Atteinte à l'environnement	3330	3707	3653	4237	4682

De ce deuxième tableau nous pouvons tirer les conclusions suivantes :

a) droit des sociétés (rubrique infractions à la législation économique et financière) :

Une surprise qui est la chute importante des infractions à la législation économique et financière. Une analyse détaillée de ce phénomène nous a permis d'isoler un facteur exogène : la dépénalisation des chèques décidée en 1992. Aussi, si nous distinguons uniquement les contentieux relatifs à la législation sur les sociétés, nous constatons une hausse de 60% des dossiers sur les 5 dernières années, là aussi très corrélée avec les tensions économiques du moment.

b) droit du travail (rubrique droit du travail et sécurité sociale) :

Dans ce domaine, l'augmentation est de 12% sur 5 ans. Par comparaison au phénomène constaté au plan civil, les raisons évoquées sont identiques mais d'ampleur plus faible.

c) droit de l'environnement (rubrique atteinte à l'environnement) :

Seul le droit de l'environnement se distingue dans la mesure où il augmente de +40% de 1989 à 1993. Cette augmentation paraît très liée à la production normative sur la même

période et est une conséquence directe de la pénalisation voulue de ce droit, que nous analyserons par ailleurs. Ce chiffre pourrait être encore plus élevé si comme l'indique Michel Doumenq (magistrat), les acteurs nouveaux que sont les associations utilisent pleinement leurs nouvelles prérogatives telles que renforcées par la loi du 2 février 1995.

2.5.4. Le succès de la justice pénale

On observe²⁴ actuellement un bouillonnement en ce qui concerne la responsabilité pénale des dirigeants : dirigeants politiques, responsables administratifs et dirigeants d'entreprise. Cette surchauffe déborde les portes du prétoire pour s'étaler dans la grande presse. Les préfets, les élus locaux, les chefs d'entreprise doivent respecter la loi pénale comme tout un chacun. Certains magistrats rencontrés ont fait état des effets pervers que l'on peut observer, et pas seulement dans le monde de l'entreprise, mais qui sont particulièrement nombreux ; la désaffection des candidatures aux fonctions électives publiques, la désaffection dans les mandats sociaux, l'atteinte à la confiance du marché, à la compétitivité des entreprises, et au bout du compte, des atteintes à des principes aussi fondamentaux que la légalité des délits et des peines ou encore la présomption d'innocence.

Il convient de rappeler que le droit pénal s'exprime aujourd'hui avec une force médiatique extrêmement puissante, de sorte que si les "affaires" concernant les hommes de pouvoir sont, par rapport aux dossiers de droit commun, relativement faibles en nombre, elles marquent néanmoins une nette évolution et prennent une place de plus en plus grande dans la conscience collective.

Ce succès nous a semblé mériter une étude spécifique. Sans revenir sur les aspects sociologiques évoqués plus haut il semble que nous pouvons expliquer ce succès par des raisons structurelles et des raisons conjoncturelles. Nous allons regarder tour à tour les raisons qui expliquent la pénalisation des lois et les insuffisances de la justice civile avant d'aborder les raisons plus conjoncturelles.

2.5.4.1. La pénalisation des lois

Le mot "pénalisation" est un mot nouveau. Pour le définir rapidement on peut dire que la pénalisation est l'extension qualitative du droit pénal à des personnes nouvelles, c'est-à-dire à des hommes politiques, à des patrons ou même à des entreprises (personnes morales). Mais au delà de cette ouverture du champs du droit pénal nous avons pu observer une évolution dans le raisonnement fait par les acteurs du droit qui explique en partie le succès de la justice pénale.

Revenons sur la définition de la règle pénale. La règle pénale a pour objet de sanctionner, au besoin lourdement, les actes portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la société. La puissance de la règle pénale, à travers les sanctions qui lui sont assorties et à travers les pouvoirs exorbitants des organes du procès pénal, exige un usage du droit pénal respectueux des libertés notamment par l'*interprétation stricte des textes* qu'il s'agit d'appliquer. Le pénal a pour objet la sanction des comportements *intentionnels graves*.

Cependant un raisonnement tout à fait autre est en train de s'insinuer, prenant à rebours ce que l'on aurait pu considérer comme une logique naturelle. Voilà ce raisonnement²⁵ : "le législateur adopte des corps de règles, tel que le droit de la consommation, le droit de l'environnement, le droit des sociétés, etc. Comme il se doit, le législateur tient à l'effectivité de la loi qu'il adopte, ce respect sans lequel la loi ne parvient pas à être vraiment de droit positif. Mais la dégénérescence de l'art législatif et l'affaiblissement de la justice, notamment quant à ses moyens matériels, expliquent le fait qu'actuellement la

²⁴La pénalisation nuit-elle à la démocratie, Les petites affiches du 27 janvier 1997, de Bernard Vatie, Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris.

²⁵Bernard Vatie, Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris.

majorité des lois ne sont pas appliquées, ne sont pas respectées, ne serait-ce que parce qu'elles ne sont pas connues ou pas comprises de leurs destinataires. Il existerait aujourd'hui plus de 14.000 infractions ! C'est alors que le législateur va rechercher l'instrument le plus puissant qui soit et recourir à ce titre au droit pénal. En effet, comment résister à la tentation de truffer toute loi nouvelle d'une disposition pénale qui assortit tout irrespect de celle-ci d'une sanction pénale ? Il semble qu'aujourd'hui, ce serait quasiment faire une loi au rabais que de ne pas la rehausser d'un dispositif répressif, quels que soient la nature et l'objet des dispositions principales. C'est la théorie du "délict-obstacle" où la disposition pénale joue un rôle dissuasif, sans qu'il soit besoin de l'appliquer (sur les 140 infractions prévues par la loi de 1966 sur les sociétés, à peine 12 ont fait l'objet d'une utilisation à des fins de poursuites par les magistrats). Il en résulte plusieurs inconvénients majeurs. Ainsi, le mauvais fonctionnement du droit des sociétés, notamment dans la régulation des rapports entre associés majoritaires et minoritaires, a entraîné un déferlement du droit pénal. Mais cet instrument manié de l'extérieur par le juge peut-il être équivalent à une régulation interne des rapports dans l'entreprise ?

A terme, il sera donc nécessaire de dépénaliser certaines infractions. Elles ne donneraient ainsi pas lieu systématiquement à une information judiciaire et cela permettrait à la justice de se concentrer sur les fautes graves et intentionnelles.

2.5.4.2. Les insuffisances de la justice civile

D'une manière caricaturale l'examen des différentes procédures nous conduit à dire que la justice civile est:

a) lente :

Si l'on examine le nombre d'affaires dans les domaines du droit du travail, de l'environnement, des sociétés, force est de constater que les délais de traitement des dossiers augmentent. Sur la période de référence 1990-1994, la durée est passée de 4 à 5 mois pour les tribunaux d'instance, stagne à 9 mois pour les tribunaux de grande instance et augmente de 5 à 6 mois pour les tribunaux de commerce et pour finir atteint 10 mois pour les conseils des prudhommes. Ce dernier paramètre illustre bien les difficultés rencontrées par la justice pour faire face à l'augmentation des litiges.

b) difficile d'accès et coûteuse :

Pour ester en justice il faut avoir la personnalité juridique nécessaire pour engager les poursuites et déterminer avec précision le préjudice subi. Pour ce faire l'aide d'experts ad hoc est souvent un passage obligé, ce qui pour certains acteurs représente un coût peu compatible avec les moyens dont ils disposent. A titre d'exemple nous pouvons évoquer le cas d'une action de minoritaires qui pour engager des poursuites civiles ont dépensé plus de deux cent mille francs alors même que leurs actifs ne représentaient que quelques milliers de francs. Ces mêmes minoritaires déçus du résultat du jugement civil se sont retournés vers la justice pénale avec un coût d'honoraires d'avocats qui ne représentait que quelques milliers de francs

Ces deux remarques entraînent dans bien des cas les différents protagonistes à préférer la justice pénale. Ce phénomène est d'autant plus marqué que la constitution de partie civile s'est largement ouverte et assure, ainsi, une garantie de poursuite à coût quasi-nul, avec à la clé une expertise gratuite qui pourra par la suite servir les intérêts de l'action civile.

2.5.5. L'abus de biens sociaux, un phénomène conjoncturel ?

Durant les années 1970, à l'initiative d'un certain nombre de juges, des patrons d'entreprises se sont retrouvés mis en examen, à l'époque inculpés, pour des problèmes

d'accidents du travail. Ces inculpations se sont même conclues par des emprisonnements. Ce phénomène qui a défrayé la chronique il y a quelques années, ne représente aujourd'hui qu'une faible partie des dossiers traités par la justice. En fait la prise de position de quelques juges d'instruction a permis une prise de conscience de la part des chefs d'entreprises qui ont réagi et ont pris toutes les mesures nécessaires pour,, autant que faire se peut, diminuer les risques d'accidents au sein de leurs entreprises. Ainsi une limite a été trouvée dans un domaine où les patrons pensaient être durablement impunis.

De la même manière les années 1990 sont les années de mises en examen des patrons pour abus de biens sociaux. Le fondement juridique de cette infraction n'est pas nouveau, mais la décision des juges consiste à mettre un frein à des abus en matière de corruption touchant les entreprises et leurs patrons. Même si les problèmes de financement des partis politiques, de marchés publics, ne sont pas complètement résolus, les actions entamées ont des conséquences importantes au niveau des entreprises.

Il n'est pas rare de voir des séminaires organisés sur ces problèmes à l'attention des patrons d'entreprises mais aussi des maires ou des présidents de collectivités locales.

Ces deux exemples nous laissent imaginer une théorie que nous avons appelée la théorie des vagues : il s'agit en fait de constater un engouement conjoncturel pour des infractions pénales mises sur le devant de la scène par les médias et qui, par phénomène d'apprentissage, provoque une réaction des entreprises en vue de limiter les risques.

Les interlocuteurs rencontrés, en particulier dans le monde de la justice ont été très prudents quant à la confirmation d'une volonté politique d'engager des actions ciblées.

Cependant les faits historiques nous permettent d'imaginer une suite à ces phénomènes conjoncturels et nous faisons l'hypothèse que l'évolution de notre société va tendre vers un monde où l'information va devenir une notion primordiale et par voie de conséquence les problèmes de piratages informatiques et de protection des logiciels des sujets incontournables. Ainsi notre pronostic est que la loi Godfrain²⁶ dans un avenir proche connaîtra son heure de gloire.

2.6. Les conclusions

Le risque judiciaire a augmenté parallèlement à l'accroissement des risques juridiques. Ainsi cette judiciarisation des relations entre entreprises fait que, comme l'explique le sénateur Haenel, 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". Quel que soit le fondement de la montée en puissance du risque judiciaire dans l'entreprise, on peut s'interroger sur les anticipations de certains dirigeants qui s'entraînent à subir une garde à vue.

Sur ce risque de judiciarisation de l'entreprise, nous assistons à des réflexions tant du patronat que des juristes sur les limites de ce phénomène et de nombreux colloques sont organisés pour répondre à la question: Comment se sortir de cette judiciarisation de la vie économique ? Plusieurs pistes sont envisageables et parmi elles :

- Sanctionner autrement : les juridictions financières offrent des moyens qui pourraient être creusés pour diversifier le champ des sanctions possibles. Il y a d'abord tout le champ des sanctions disciplinaires, dans le cadre de la procédure disciplinaire qui peut être déclenchée à l'encontre d'un fonctionnaire au sein du ministère ou du corps

²⁶ Il s'agit de la dernière loi française relative à la protection de la propriété intellectuelle des logiciels et à l'ensemble des problèmes liés à la sécurité des données informatiques.

auquel il appartient. Sanctions disciplinaires également à travers des organismes tels que la COB ou le Conseil de la concurrence (à condition de ne pas engager de poursuites en parallèle devant les juridictions pénales ou civiles).

- La dépenalisation 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.
- Le législateur pourrait également réfléchir à une question de procédure qui ne concerne pas que les chefs d'entreprise, mais l'ensemble des justiciables et qui touche 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 rescrit²⁷ existe déjà en matière fiscale ; pourquoi ne pas y recourir en matière pénale ?

²⁷ Réponse d'un empereur romain portant sur une question de droit, et par extension réponse donnée par l'Administration.

3. L'organisation juridique des entreprises

3.1. Domaine de validité de l'étude

Pour préciser la limite de l'étude, il faut noter que notre regard s'est concentré sur un examen des organisations juridiques de grands groupes.

En effet, et nous le constaterons dans les paragraphes suivants, l'exposé des structures ainsi que les formes retenues dépendent essentiellement de la taille des entreprises mais aussi des secteurs d'activité. Compte tenu du fait que l'entreprise qui nous a accueillis est le groupe Lagardère, nous avons essayé de comparer plusieurs groupes dont la définition comportait certaines similitudes, à savoir une entreprise multinationale possédant :

- des branches d'activités diversifiées,
- des produits grand public et des produits industriels.

Cependant les spécificités des activités du groupe Lagardère que sont les branches industrielles telles que automobile, presse, multimédia, défense ont pu dans une certaine mesure nous influencer.

C'est la raison pour laquelle les constatations faites dans les autres groupes (Péchiney, Framatome, Saint Gobain) nous permettront de mettre en perspective les solutions proposées.

La méthodologie :

La méthode a consisté surtout à faire des interviews des directeurs juridiques respectifs de ces différents groupes ce qui nous a permis d'aborder sans concession l'ensemble des problèmes posés par la fonction juridique au sein de l'entreprise.

3.2. Les juristes d'entreprise, qui sont-ils ?

Le juriste est une valeur en hausse dans l'entreprise. Il a pris de l'importance au point de siéger de plus en plus souvent au comité directeur des grands groupes français. L'importance de l'Association Française des Juristes d'Entreprises (AFJE) et du Cercle Montesquieu en est une illustration frappante.

3.2.1. Leurs places observées dans l'entreprise

Trois tendances se dégagent:

a/ Rattachement du service à la direction générale ou au président :

Dès lors la direction juridique apparaît comme un élément important de contrôle et d'action de la direction.

b/ Rattachement du service au secrétariat général :

Le plus souvent cette position correspond à une situation issue du passé où le secrétaire général fédérait l'ensemble des activités administratives. Il faut noter que l'implication des secrétaires généraux en matière juridique est de plus en plus forte ; ils ont acquis cette compétence soit par formation initiale soit par des formations complémentaires.

c/ Rattachement à une structure fonctionnelle :

Cette situation se retrouve essentiellement dans les branches opérationnelles des groupes. C'est notamment le cas de la branche Matra-Défense du groupe LAGARDERE où le service juridique est rattaché à la direction "projet-marketing".

En fait nous pouvons dégager une structure commune qui se retrouve dans de nombreux groupes: le service central du "corporate" qui relève d'un rattachement au plus haut(cas a/ ou b)/et le service des branches qui relève plus d'un rattachement fonctionnel (cas b/ ou c/).

Une récente enquête de 1992²⁸ sur les 40 premières entreprises françaises montre que le positionnement des services juridiques est le suivant (au niveau du groupe) :

Rattachement à :	<i>Président</i>	11 sur 40
	<i>Direction Générale</i>	14 sur 40
	<i>Secrétariat Général</i>	8 sur 40
	<i>Divers</i>	7 sur 40

Nombre de juristes des directions centrales : en moyenne 8

Budget: en général imputé en charges fixes sur l'ensemble du groupe et géré par le service juridique.

Pour essayer de poursuivre l'enquête citée la tentation est grande d'extrapoler les chiffres avec une remise à jour des données. Cependant il faudrait prendre en compte toutes les évolutions en terme de chiffre d'affaires, d'activité, etc. Aussi dans l'impossibilité de pouvoir refaire l'enquête de manière exhaustive, nous avons pris note de l'appréciation qualitative des directeurs juridiques interviewés qui nous ont confirmé la tendance à une augmentation du nombre de juristes au sein des entreprises ces quatre dernières années.

Selon les positions des services du siège ou bien des branches, les compétences ne sont pas de même nature. Ainsi il est courant de rencontrer des juristes généralistes de haut niveau dans les directions du siège avec souvent une spécialité dans un ou deux domaines. C'est notamment le cas dans le groupe Lagardère où la fonction de "contrôleur général" est occupée par un ancien haut magistrat chargé, à la fois de prévenir le risque juridique (pénal notamment), de gérer les contentieux les plus importants et de veiller à une stratégie juridique de l'entreprise.

Par contre si l'on observe les services juridiques des branches dans trois des quatre groupes étudiés, le phénomène de spécialisation est beaucoup plus marqué et reste lié à l'activité concernée.

Une remarque quant à la typologie des activités des services au sein des groupes doit être formulée dans le domaine du droit du travail où il faut noter que les directions des ressources humaines restent la plupart du temps chargées de cette question. Compte tenu de l'importance de ces sujets au sein des entreprises l'effectif moyen évoqué ci-dessus est certainement un minorant de la fonction juridique de l'entreprise considérée globalement.

3.2.2. Le recours à l'externalisation

Mais comme nous l'avons vu, la complexité des droits ne peut pas être prise en charge par le seul service juridique. Dès lors une intervention très spécialisée est nécessaire. Souvent les entreprises font appel à des consultants extérieurs et ce pour les raisons que Monsieur Melot (directeur juridique de Glaxo) classe sous les rubriques suivantes:

²⁸Lettre des juristes d'affaires du 1er Mars 1993

- a/ sous traitance de **compétence** : le juriste ne sait pas tout faire ;
- b/ sous traitance de **capacité** : le juriste ne peut pas tout faire ;
- c/ sous traitance de **responsabilité** : le juriste ne doit pas tout faire (c'est la notion de "legal opinion"). 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.
Cette pratique qui a tendance à progresser en France sur les gros contrats étrangers, voit aussi des développements, en interne, pour cautionner les options choisies par les directeurs juridiques eux-mêmes.

Pour l'ensemble des groupes étudiés le choix des spécialistes requis en matière juridique relève de la responsabilité des directions juridiques. Deux types d'interventions sont généralement distinguées. Le recours du cabinet se fait soit sur la base d'un abonnement pour des actions bien définies (contentieux par exemple) soit sur la base d'une demande ponctuelle au gré de besoins spécifiques. 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. Aussi une mission essentielle du service juridique est de garder la capacité d'évaluation nécessaire dans les domaines soustraits.

3.3. Quelles sont les missions des services juridiques ?

Les directeurs rencontrés nous ont présenté les missions dévolues aux services juridiques suivant deux thèmes qui sont :

- Assurer la sécurité juridique
- Assurer l'optimisation des choix industriels et financiers

3.3.1. Assurer la sécurité juridique

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 . Il faut toutefois nuancer cette proportion pour tenir compte de la nature des activités dévolues aux services. Ainsi pour les directions juridiques confrontées aux contentieux de masse des particuliers ce constat ne s'applique pas. Par contre pour les services très orientés vers les industriels où l'essentiel consiste à négocier des contrats entre professionnels ce changement est réel (cas de la direction juridique du groupe Lagardère et de la branche Matra-Défense.) Cependant le phénomène le plus caractéristique est la prise en compte de l'instabilité du droit due à :

- a/ La multiplication des normes :
 - les exemples dans le domaine du travail sont illustratifs
- b/ L'existence de règles de plus en plus ouvertes :
 - si l'on prend comme exemple le domaine de l'environnement, le recours abusif à des objectifs généraux de type : "mettre en place tous les moyens pour ne pas polluer" engendre des débats nombreux et variés suivant les interlocuteurs.
- c/ Une jurisprudence de plus en plus spécifique qui découle naturellement de l'imprécision des textes ;
- d/ Un droit de plus en plus spécialisé.

Compte tenu de ces éléments, les attributions des services s'organisent de la manière suivante:

3.3.1.1. Analyse détaillée des textes

La veille juridique constitue de ce point de vue une activité importante des services compte tenu de la prolifération des textes. La situation a considérablement évolué du fait des outils informatiques qui optimisent grandement la recherche des textes et leur mise à jour. Il n'en demeure pas moins que l'étude des textes nouveaux, reste une activité importante des juristes, pour évaluer les risques pris par l'entreprise. La pratique constatée dans les quatre groupes montre que le recours à des cabinets externes pour étudier plus en détail tel ou tel point s'accroît du fait de la complexité du corpus juridique.

De manière incidente, nous constatons une certaine évolution de structure dans les grands cabinets d'avocats qui ont choisi de ne pas se spécialiser. Certains d'entre eux ont plus de 50% des personnels qui se consacrent au conseil et à l'étude alors qu'il y a 10 ans cet effectif ne représentait qu'à peine 5% du cabinet.

Par ailleurs les formes de contrats liant les sociétés et les cabinets évoluent vers des solutions d'abonnement pour simplifier et accélérer le travail.

3.3.1.2. Les contrats

Compte tenu de la part importante des contrats dans la vie des sociétés, 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.

Une remarque cependant : si l'on examine les différentes clauses insérées dans les contrats, ces dernières sont très variables et on aurait pu s'attendre à ce que leur complexité dépende de critères tels que montant du contrat ou bien le lieu où exerce la "joint-venture", mais tel n'est pas le cas. Le seul constat possible est une mise en place quasi systématique de ces clauses pour les contrats étrangers. De nombreuses instances peuvent être utilisées. Ce sont : les chambres de commerce et d'industrie, le tribunal de commerce, l'association française d'arbitrage. Cependant il ne faut pas exagérer l'importance de cette procédure dans la mesure où la mise en oeuvre pratique est peu usitée et le coût relativement élevé. Pour fixer les idées, sur les quelques exemples donnés par deux directeurs juridiques, le nombre d'arbitrages effectués est de l'ordre de quatre à cinq sur une période d'une vingtaine d'années et le coût global se situe dans une fourchette de un à vingt millions de francs.

3.3.1.3. Le contentieux

Le traitement du contentieux représente encore une activité importante de certains juristes. 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. Cependant avec 10% de temps consacré à cette mission pour certains services, un directeur rencontré nous a signalé une certaine perte de pratique qui peut conduire à de mauvaises prises de position dommageables pour les intérêts de l'entreprise.

3.3.1.4. Le lobbying

Une quatrième dimension de la politique de sécurité juridique consiste à intervenir le plus tôt possible sur les acteurs de la réglementation pour orienter les textes dans un sens

favorable aux entreprises. A cet égard les actions de "lobbying" concertées avec les syndicats professionnels et des instances étatiques constituent une action importante de l'action des juristes pour défendre les intérêts de l'entreprise.

3.3.2. Assurer l'optimisation juridique des choix industriels et financiers

Ce deuxième point est un des points clé dans la compétition des entreprises . En effet dans le cadre d'une mondialisation des affaires il s'avère nécessaire de choisir les meilleures solutions juridiques possibles qui permettent de créer une activité ou de bien racheter une entreprise tout en assurant sa pérennité, mais aussi en assurant un retour financier conforme aux attentes des actionnaires. Plusieurs types de droits se retrouvent ainsi imbriqués : le droit fiscal, le droit des affaires, le droit boursier... Dans le groupe Lagardère c'est quasiment une personne à temps plein qui est chargée de gérer l'ingénierie juridique du groupe, en particulier pour ce qui concerne les opérations d'acquisitions ou de ventes de filiales. Cette activité a connu une croissance avec la mondialisation des activités des entreprises.

3.4. Les directions juridiques, que font-elles au quotidien ?

De pair avec la distinction des services juridiques des branches et du "corporate" il faut distinguer la nature des dossiers traités par les uns et les autres. Dans le cas des services du corporate seuls les dossiers qui engagent la politique du groupe (fusion, acquisition, image de marque...) sont traités à leur niveau. Dans le cas, souvent rencontré, d'une fonction juridique déconcentrée, les dossiers de contentieux, de contrats à portée financière limitée (un seuil est souvent déterminé), d'accords techniques sont du ressort des services des branches.

L'objectif poursuivi est, en la matière, conforme à la première mission qui est d'être au plus près des affaires pour assurer une sécurité maximale.

Pour mieux comprendre les pratiques il semble nécessaire de commencer par l'analyse des décisions à caractère juridique. Quelles sont elles?

a/ La plus banale mais la plus utilisée est bien sûr "le contrat" qui est l'acte juridique par excellence avec bien sûr la phase amont de négociation.

b/ Les décisions qui sont couvertes par un domaine du droit des sociétés (concurrence-environnement-travail..).

c/ La troisième famille est, par définition, plus difficile à cerner car elle ne comporte pas d'acte formel et pourtant elle engage très fortement la société : l'exemple le plus flagrant est certainement la campagne de publicité qui, dans sa conception, peut avoir des répercussions contentieuses importantes. Lors de la mise sur le marché d'un nouveau produit grand public, la question des termes utilisés par l'agence de publicité est primordiale, car pouvant déboucher sur des interprétations trompeuses ou de nature à induire en erreur.

Compte tenu de cette première distinction nous allons essayer de regarder en détail les modalités d'interventions du service juridique.

3.4.1. Une réalité : les contrats

Un rappel historique semble nécessaire. En effet il y a 20 ans la formulation du contrat voire son existence étaient des notions jugées comme peu importantes. La réalité juridique était presque complètement ignorée par les acteurs de l'entreprise. La grande révolution provient de l'évolution des marchés, qui s'ouvrant de plus en plus, ont considérablement dilué la notion de confiance que pouvaient avoir les partenaires économiques. Ainsi un

nouveau formalisme s'est imposé, avec, il faut bien le reconnaître, une pression venue des pays anglo-saxons.

Face à ces nouvelles contraintes, les services se sont organisés en mettant en oeuvre un examen systématique des circuits juridiques : l'objet a été de délimiter les sphères de responsabilité de chacun, ainsi que celles qui imposent l'intervention des juristes.

Nous distinguons :

a/ Les contrats dits normalisés :

Ce sont ceux qui, par leur contenu, n'engagent que de manière limitée l'entreprise et qui ont reçu un visa a priori de la part des juristes, dès lors qu'ils respectent une forme standard.

Deux observations peuvent être faites :

- Dans le cas des groupes Lagardère et Framatome les directions du marketing et les négociateurs ont reçu une formation précise sur la portée du contrat ainsi que les limites à ne pas dépasser dans la négociation.
- Le montant du contrat reste le critère utilisé et permet de fixer une borne en deça de laquelle le contrat n'a pas à être soumis au service juridique.

b/ Les "gros contrats" qui engagent fortement la société.

Une approche financière peut paraître surprenante pour la matière juridique. Cependant ce critère demeure un point essentiel retenu par les groupes étudiés avec éventuellement une autre composante qui est le caractère sensible du contrat (politique d'approvisionnement de l'entreprise..). Ces gros contrats sont systématiquement vus par le juriste avec, suivant les cas, possibilité d'opposition voire de droit de veto face aux exigences des directeurs opérationnels. Dans ce domaine il faut évoquer des positions assez divergentes de la part des juristes d'entreprise rencontrés. En effet deux écoles semblent s'opposer :

- les juristes qui tiennent à leur indépendance et qui préfèrent émettre des avis négatifs face à la direction opérationnelle
- les juristes qui s'estiment complètement immergés dans l'entreprise et qui accompagnent les contraintes des directions opérationnelles.

Nous reviendrons par la suite sur ces différentes positions.

3.4.2. Le domaine des droits qui s'imposent aux sociétés

C'est certainement dans cette matière que l'intervention du juriste a le plus évolué ces dernières années. En effet l'internationalisation des activités rend de plus en plus complexe les décisions prises par l'entreprise. Pour ne citer que le cas de l'appel à l'épargne publique ou l'accès à un marché coté, suivant le pays où a lieu l'opération, les données juridiques diffèrent très fortement. D'une manière plus générale, les domaines dont nous avons vu l'importance dans la première partie sont :

- | | |
|-------------------|-------------------------------------|
| -droit étranger | -droit communautaire |
| -droit du travail | -droit de l'environnement |
| -droit fiscal | -droit de la propriété industrielle |

3.4.3. Le travail d'analyse en amont

Le regard nouveau porté par les services juridiques concerne l'ensemble des décisions de l'entreprise pour évaluer les conséquences et les implications de ces actes. En matière préventive, il est toujours difficile d'en quantifier les effets réels et financiers car les conséquences du procès éventuel ne sont pas, par définition, connues et de plus, les conséquences en termes d'image de marque, de marché, quasiment non évaluables.

Tous les services rencontrés affirment, cependant, que l'essentiel du travail se situe en amont tant du point de vue de l'analyse des dossiers que du point de vue de la

sensibilisation des collaborateurs de l'entreprise. A cet égard, Madame Mondet, responsable juridique de la branche Matra Défense, a engagé une politique systématique de sensibilisation des cadres de l'entreprise sur des thèmes variés tels que :

- risque sur la négociations des contrats,
- risque pénal des dirigeants d'entreprise,
- problèmes liés à la propriété industrielle des logiciels.

3.4.4. Assurer sa propre performance

L'examen des structures juridiques démontre des disparités dans les groupes visités, mais chaque entité reste préoccupée par l'évaluation de son apport dans l'entreprise. Un optimum doit être trouvé entre les ressources internes et les ressources externes. Dans le cas du groupe Lagardère 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.

Mais 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 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. Un autre exemple, dont nous ne citerons pas la source pour des raisons évidentes de confidentialité, nous a surpris puisqu'il nous a été rapporté que le budget prévisionnel annuel était déjà dépassé dès la fin du mois de février...

L'association française des juristes d'entreprises (AFJE) consciente de la forte augmentation des coûts juridiques insiste et plaide pour une recherche de solutions les plus pertinentes qui rendent le service juridique performant et efficace.

3.5. Conclusion

Il ressort de l'étude que les dossiers sensibles tels que : fusion-acquisition, contentieux à enjeux lourds et certains domaines d'intérêt général sont systématiquement traités par la direction juridique du "corporate".

L'efficacité de la fonction juridique réside alors dans l'étroite communication et le nécessaire échange d'informations réciproques que se doivent les différents services entre eux. 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. Aussi, la déconcentration qui a été adoptée par la plupart des entreprises pour assurer une plus grande souplesse, une plus grande sécurité juridique (conséquence de la proximité avec les opérationnels) et une plus grande spécialisation (les juristes de branche) ne doit pas compromettre la remontée d'information au niveau du groupe. En effet la cohérence des moyens d'actions juridiques est essentielle pour la crédibilité de l'action de la direction.

Un deuxième sujet de réflexion est le degré d'indépendance que doit posséder chacun des juristes au sein de la hiérarchie des groupes. Sur ce sujet délicat, les discussions passionnées que nous avons eues avec les responsables du groupe Lagardère nous ont conduit à émettre une suggestion quant à la nécessité de positionner le juriste au plus haut niveau de la hiérarchie de l'entreprise et de définir exactement son rôle au sein des organes de décision. Pour oser un parallèle fonctionnel il semble que la direction juridique, par son aspect transversal, puisse être comparée à une direction financière ou bien à une direction qualité, ce qui oblige donc le chef d'entreprise à s'organiser de façon à ce qu'il puisse donner toute l'indépendance requise au juriste, en contrepartie d'une évaluation objective des risques encourus.

4. CONCLUSION GÉNÉRALE

Comme nous venons de le voir, la multiplication des échanges et la complexité du monde moderne induisent mécaniquement une montée en puissance de la notion de droit au sein des entreprises.

La manifestation de ce phénomène, se traduit par le fait que la stratégie juridique devient un moyen à part entière pour l'entreprise de gagner des parts de marché, de faire des profits ou bien de mieux se positionner.

Mais le risque est grand, nous l'avons vu, que la contrainte du droit dans sa dimension juridique ou bien judiciaire soit perçue comme un frein à l'activité de l'entreprise et certains craignent même comme Monsieur Burgelin²⁹ que cette contrainte croissante ne conduise le chef d'entreprise à la paralysie de son action, compte tenu des risques multiples évoqués.

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 vers un blocage de l'activité économique ?

4.1. L'asphyxie des entreprises par le droit ça n'est pas réaliste

Avant d'apporter quelques éléments de réponse, il paraît nécessaire de prendre en considération plusieurs phénomènes :

- Le premier est ce que la sociologie juridique nomme l'ineffectivité du droit. Combien de textes demeurent ainsi inappliqués à défaut d'être connus. Malgré les progrès de l'informatique juridique documentaire, malgré les tentatives de codification des différents types de droit, de jurisprudences pour les anglo-saxons, il faut bien reconnaître que le principe qui consiste à affirmer que nul n'est censé ignorer la loi est irréaliste.

- Le deuxième point consiste à remarquer que l'ouverture des frontières induit effectivement un accroissement des règles du fait de la nouvelle géographie retenue. Cependant l'exemple européen montre qu'une certaine rationalisation peut être obtenue en partant de deux principes :

- Le principe de subsidiarité
 - Le principe d'abrogation des textes nationaux non conformes aux textes communautaires.

Une autre remarque doit être faite sur ce point. Si effectivement certaines entreprises considèrent que la multiplication de règles est un frein à leurs activités, d'autres n'hésitent pas à utiliser à leur avantage les nouvelles possibilités de recours que leur offre ce nouveau dispositif.

- Le troisième phénomène est le constat, fait en examinant les pratiques des entreprises, que la régulation des rapports juridiques des entreprises ne se limite pas au droit ni à la justice de l'Etat mais fait appel, dans la période contemporaine, à une justice "hors du juge". Nous avons vu que la régulation contractuelle spontanée ou collective se développe par le biais des assurances ou bien fait appel aux "Autorités Administratives Indépendantes" ou bien encore mettent en place des clauses systématiques d'arbitrage de manière à éviter autant que faire se peut le monde de la justice.

Une certaine réserve doit être opérée vis à vis de ces modes de médiation dans la mesure où les avantages attendus par cette régulation : professionnalisme - rapidité - confidentialité... ne sont pas systématiquement atteints et l'appel à la justice reste nécessaire dans certains cas.

Cependant l'émergence d'un nouveau mode d'exercice de la fonction de "juger" qui associe la société civile et quelquefois l'Etat (au travers des Autorités Administratives

²⁹ Procureur général de la Cour de Cassation

Indépendantes par exemple) est de nature à améliorer le jeu des acteurs pour éviter de déboucher systématiquement sur le champ du judiciaire.

Nonobstant ces considérations, il faut bien sûr constater que de nombreux auteurs sont venus dénoncer l'inflation législative comme une menace d'indigestion du corps social (R.Sabatier) et le délire réglementaire comme un corset des initiatives individuelles. Dès lors, que la source de droit en soit le juge ou la loi, cet excès serait plus dommageable que profitable aux libertés individuelles.

4.2. De toute façon, le droit est une nécessité

Mais comme le souligne Loïc Cadet³⁰, il faudrait au moins pouvoir mesurer l'excès de droit et déterminer le moment fatidique à partir duquel la production de règles juridiques devient nocive. Si l'on observe, par ailleurs, en France, les problèmes des victimes de la contamination post-transfusionnelle, nous pouvons aisément rejoindre l'avis du doyen Vedel qui dénonçait les déficits juridiques de notre pays. A cet égard l'absence de droit "tue" plus sûrement que son contraire et ne tue pas seulement les libertés.

En fait, le premier constat que nous pouvons faire est que la communication entre la justice et les entreprises a toujours été difficile parce que ces deux mondes n'ont pas la même échelle de temps et ne parlent pas le même langage: plusieurs décisions récentes, prises par les justices civile et pénale ont contribué à accroître cette incompréhension.

Le deuxième constat est tiré des extraits du rapport du 2 avril 1996 du conseil national des barreaux:

"Conclusion sur le droit :

Le droit apparaît bien comme un concept d'organisation des différentes communautés économiques et humaines; il ne saurait être question de se contenter d'en avoir une vue réductrice.

C'est le droit qui est la clé de voûte de toute structure sociale et économique; c'est lui qui définit les différentes institutions et leurs règles de fonctionnement :

- sociétés, groupements divers, contrats de travail ou conventions collectives..."

L'absence de droit crée l'insécurité, la démonstration en est inutile. C'est par la mise en oeuvre des procédures juridiques que se règlent les difficultés de fonctionnement des différentes communautés humaines, y compris les entités économiques que sont les entreprises.

Nous nous rendons compte de ce que 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, principalement, de deux causes :

- l'existence de vides juridiques

- la pression des entreprises

Si nous revenons un court moment aux années soixante, que ce soit en matière de franchise (relation entre franchiseur et franchisé) ou plus généralement en matière d'organisation juridique des réseaux de distribution des entreprises, il n'existait aucune norme. Aussi le juriste a-t-il été conduit à concevoir et à organiser l'ensemble des relations des différents partenaires pour prévenir les difficultés éventuelles. D'une façon plus large, il a mis au point des techniques d'audit juridique, d'audit de légalité, d'audit de sécurité, d'audit d'efficacité qui reposent sur l'idée d'organisation juridique de l'entreprise.

La deuxième cause du développement de l'organisation juridique en droit de l'entreprise c'est la pression exercée par les sociétés entre elles. En effet, quand on cesse de voir le

³⁰ "Le Spectre de la Société Contentieuse"

contrat dans sa simple dimension de technique juridique pour l'envisager dans la perspective de l'entreprise, il devient le moyen de la réalisation des objectifs de l'entreprise. Autour de l'organisation retenue par l'entreprise pour produire, définir sa stratégie, mettre en place son réseau de distribution, organiser les relations d'affaires avec des investisseurs, des partenaires commerciaux, des soustraitants, des clients, des fournisseurs..le contrat est l'outil indispensable de la réussite. Il est donc conçu et vécu dans la perspective de l'entreprise et particulièrement en fonction de la situation concurrentielle dans laquelle elle se trouve.

4.3. Les entreprises vont continuer à investir dans le juridique

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'organisation qui permet de les produire dans des conditions réellement concurrentielles, la composante juridique qui accompagne l'ensemble de ces nouvelles activités, relations, ou nouvelle manière de faire les choses est primordiale.

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.

La création de nouvelles organisations juridiques devient elle-même source de différenciation concurrentielle. Une réserve doit être émise quant à cette prééminence : ce nouveau défi ne doit pas se faire dans l'oubli des règles qui garantissent les libertés de transparence et de régularité des marchés et dans une plus large mesure une garantie des règles démocratiques .

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. Ce rôle d'anticipation et de gestion en amont des risques juridiques permettra de réduire l'insécurité liée à l'évolution de notre économie.

Si les grands groupes industriels ont largement anticipé ce phénomène, par une prise en compte au plus haut niveau de la dimension stratégique du droit, il n'en est pas de même dans les petites et moyennes entreprises. L'enjeu des années à venir réside vraisemblablement dans une prise de conscience rapide de ce phénomène.

Contacts

Avocats

- Maître Claude LUCAS DE LEYSSAC, professeur à l'université de Paris I
- Maître Olivier METZNER.
- Maître Jean-Pierre MARTEL, cabinet Rambaud-Martel.
- Maître John SELL, Avocat à la Cour, Solicitor, Cabinet Klein-Goddard.

Universitaires

- Monsieur Antoine GARAPON, Secrétaire général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice.
- Monsieur Lucien KARPIK, sociologue, Centre de Sociologie de l'Innovation (CSI) de l'Ecole des Mines de Paris.
- Monsieur Hervé LECUYER, Professeur de Droit des Affaires à l'Université Paris II et à l'Ecole des Mines de Paris.
- Madame Frédérique PALLEZ, Ecole des Mines de Paris.

Directeurs Juridiques et juristes d'entreprises

- Monsieur Bernard DELAFAYE, ancien magistrat, Contrôleur Général du groupe Lagardère.
- Monsieur Norbert GIAOUI, Directeur Juridique du groupe Lagardère.
- Monsieur Jean-Jacques GUILHEM, responsable des fusions et des opérations sur fonds propres dans le groupe Lagardère.
- Madame MONDET, Directeur Juridique de Matra BAe Dynamics.
- Monsieur BIED-CHARRETON, Directeur Juridique de Péchiney.
- Monsieur Bernard FIELD, Directeur Juridique de Saint Gobain.
- Monsieur Bruno GUENY, Secrétaire Général de Christofle.
- Monsieur Rémy SAINTE FARE GARNOT, Directeur Juridique d'Elf Antar.
- Monsieur Patrick ROTHEY, Directeur Juridique Adjoint de Framatome.
- Madame Béatrice DURAND, Directeur Juridique de Valéo.
- Monsieur Nicolas DAVID, Directeur Juridique d'Elf Aquitaine.

- Monsieur REUMONT, Vice-Président de l'Association Européenne des Juristes d'Entreprises (AEJE), ancien Directeur Juridique de Rhône Poulenc Chimie.
- Monsieur Gabriel COIN, responsable du service juridique confédéral (CFDT).

Magistrats

- Monsieur BURGELIN, Procureur Général de la Cour de Cassation.
- Monsieur Maurice de THEVENARD, magistrat détaché au Ministère de l'Industrie.
- Madame Edith BOIZETTE, juge d'instruction au Palais de Justice de Paris.
- Monsieur Alain BLANCHOT, premier Substitut du Procureur de la république, chef de la section économique et sociale du parquet de Paris.

Autres personnalités

- Monsieur Jean-Baptiste de FOUCAULT, Inspecteur Général des Finances.
- Monsieur ROUGER, Président du Consortium de Réalisation, ancien Président du Tribunal de Commerce de Paris.
- Monsieur Olivier DARRÉ, Chef de Produit chez Framatome Connectors.
- Monsieur DENY, ancien Directeur Général de Total.
- Madame BESSE, Chargée de mission à la Direction du Travail.
- Monsieur SENEZ, Président de l'association SOS Environnement.

Bibliographie

- [1] *La justice pénalisée*, de Antoine Garapon et Denis Salas, éditions Hachette.
- [2] *Le gardien des promesses, Justice et Démocratie*, de Antoine Garapon, éditions Odile Jacob.
- [3] *La fonction juridique et l'entreprise*, de Hervé Bidaud, Jean-Paul Cailloux et Patrick Bignon, éditions 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.
- [8] *Le spectre de la société contentieuse*, Ecrits en hommage à Gérard Cornu, de Loïc Cadiet, Professeur à la Faculté de droit de Nantes.
- [9] *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*, de Jean Paillusseau, Directeur du centre de droit des affaires, recueil dalloz du 3 avril 1997.
- [10] *L'économie enlisée dans la justice*, L'Expansion du 5 février 1997.

Sommaire

0. Introduction

1. La contrainte juridique

1.1. La France étouffée par ses lois

1.1.1. Le constat

1.1.2. Les raisons de cette inflation législative et réglementaire

1.1.2.1. Le modèle français de régulation étatique

1.1.2.2. Des raisons historiques : l'exemple du droit pénal de l'environnement.

1.1.2.3. Des objectifs différents qui conduisent à la redondance

1.1.2.4. La construction européenne et le décloisonnement des systèmes juridiques

1.1.2.5. La crise économique

1.1.2.6. De nouvelles attentes de la société française

1.1.4. Une exception française ?

1.2. La montée des contrats

1.2.1. Le constat

1.2.2. Les raisons de la montée des contrats

1.2.2.1. Ouverture de l'économie française et mondialisation

1.2.2.2. La concurrence entre entreprises et le vide juridique à l'origine des contrats

1.3. Le resserrement de la contrainte juridique et ses conséquences

1.3.1. Les conséquences sur les entreprises

1.3.2. Les conséquences pour la justice

1.4. Conclusion

2. La judiciarisation de la vie économique

2.1. L'accroissement de la contrainte économique : Libéralisme, concurrence et compétitivité

2.2. La nouvelle pression des acteurs

2.2.1. Les associations

2.2.2. Les médias

2.2.3. Le politique

2.2.4. Les salariés et les syndicats

2.3. La pression de la justice

2.3.1. Les magistrats eux-mêmes

2.3.2. Une plus grande facilité d'accès aux tribunaux

2.4. Des raisons sociologiques

2.5. Conséquences structurelles pour l'entreprise : la judiciarisation de la vie économique

2.5.1. Les différentes formes de justice

2.5.1.1. La justice étatique

2.5.1.2. Les Autorités Administratives Indépendantes

2.5.2. Qui est concerné ?

2.5.3. Un constat

2.5.4. Le succès de la justice pénale

2.5.4.1. La pénalisation des lois

2.5.4.2. Les insuffisances de la justice civile

2.5.5. L'abus de biens sociaux, un phénomène conjoncturel?

2.6. Les conclusions

3. L'organisation juridique des entreprises

3.1. Domaine de validité de l'étude

3.2. Les juristes d'entreprise, qui sont-ils ?

3.2.1. Leurs places observées dans l'entreprise

3.2.2. Le recours à l'externalisation

3.3. Quelles sont les missions des services juridiques

3.3.1. Assurer une sécurité juridique

3.3.1.1. Analyse détaillée des textes

3.3.1.2. Les contrats

3.3.1.3. Le contentieux

3.3.1.4. Le lobbying

3.3.2. Une deuxième mission est d'assurer l'optimisation des choix industriels et financiers

3.4. Les directions juridiques, que font-elles au quotidien ?

3.4.1. Une réalité : les contrats

3.4.2. Le domaine des droits qui s'imposent au société

3.4.3. Le travail d'analyse en amont

3.4.4. Assurer sa propre performance

3.5. Conclusion

4. Conclusion générale

4.1. L'asphyxie des entreprises par le droit ça n'est pas réaliste

4.2. De toute façon, le droit est une nécessité

4.3. Les entreprises vont continuer à investir dans le juridique