



CONVENTION | S
RÉGULER LA MONDIALISATION

LE TIERS INCLUS

Rôle et enjeux de la fonction de directeur juridique
dans la mondialisation

Rapport
Mars 2016

Antoine Garapon

Institut des hautes études sur la justice

Table des matières

Le projet Conventions – Directeurs juridiques	3
INTRODUCTION	4
I. UN ACTEUR CENTRAL DE LA MONDIALISATION	5
1. Une fonction portée par le nouveau rôle de l'entreprise	5
2. L'entreprise, une forme politique ?	6
3. Une forme politique imparfaite	7
4. Le juriste au cœur de la coproduction du monde par les entreprises et les États	8
5. Le tiers inclus	9
II. ENJEUX INTERNES : NOTAIRE OU BUSINESS PARTNER ?	11
1. Trouver sa place parmi les dirigeants de l'entreprise	11
Notaire de l'entreprise, relais des fonctions régaliennes ou stratège ?	11
La mondialisation comme risque et comme business opportunity	12
2. Se faire reconnaître comme le garant du droit dans l'entreprise	15
Un garant des droits de chacun	15
Un facilitateur de relations au sein de l'entreprise	15
Le leadership sur une équipe interne et globale de juristes	16
Une nouvelle responsabilité vis à vis de la société	17
3. Se faire admettre comme « avocat en entreprise »	17
Mettre la France sur le même level playing field	18
L'attraction du General counsel	20
4. Soutenir la concurrence avec les juristes d'entreprise étrangers	21
Un retard français ?	21
La difficulté de la France à se situer dans la mondialisation	22
III. ENJEUX EXTERNES : L'INGÉNIEUR ET LE MÉDIATEUR	24
1. Le droit comme arme commerciale	24
Les différentes fonctions du droit dans l'espace globale	25
Une réciprocité négative et positive qui produit un droit coutumier global	26
Une place inconfortable	27
2. Participer à la création d'un droit global	27
Le monde, un espace sans cadre préétabli	28
Le droit est du fait et le fait est du droit	29
Un bouleversement dans la hiérarchie des normes	30
Une dynamique destructrice et créatrice	31
3. Défendre son entreprise dans une justice systémique	33
L'auto-dénonciation	33
La coopération	33
La négociation	34
La compliance	35
IV. ENJEUX MORAUX : COMPLICE, DISSIDENT OU FUSIBLE ?	36
1. Un réel conflit de loyauté	36
2. Des solutions	37
3. La ressource symbolique de l'indépendance	38
CONCLUSION	39
Annexes	40

Le projet Conventions – Directeurs juridiques

Le projet Conventions est né d'un partenariat entre l'Institut des hautes études sur la justice et le ministère des Affaires étrangères après le Livre blanc sur la réforme de la diplomatie française en 2008. Une des conclusions du document insistait en effet sur la nécessaire adaptation de la diplomatie aux nouveaux enjeux de la mondialisation qui voyait croître le rôle des entreprises et qui promouvait de ce fait la place du droit et de justice dans la conduite des affaires internationales. Il recommandait de créer des lieux intermédiaires pour favoriser les échanges entre diplomates, juristes universitaires et praticiens, représentants du monde de l'entreprise et de la société civile.

Le programme Conventions a été lancé début 2010, et des rencontres régulières se sont tenues au ministère des Affaires étrangères depuis lors, permettant d'aborder des questions relatives à l'arbitrage international, à la corruption et à l'extra-territorialité de la justice américaine, au droit de l'environnement ou encore à la régulation des nouvelles technologies. Le travail de réflexion mené dans ces rencontres est également relayé par des publications régulières sur le site web de Conventions (www.convention-s.fr).

Au fil de ces travaux, il est devenu toujours plus évident que les directeurs juridiques étaient des observateurs privilégiés ainsi que bien souvent les acteurs des transformations à l'œuvre dans le droit « global ». Ce qu'ils nous disaient de leur expérience et leur réflexion sur les changements en cours, livraient des clés de compréhension que n'offraient ni les diplomates, ni les universitaires. C'est ainsi qu'est née l'idée du partenariat entre Conventions et le Cercle Montesquieu en vue d'analyser le rôle spécifique des directeurs juridiques dans la mondialisation.

Ce rapport livre ici la synthèse de nos travaux qui se sont déroulés de septembre 2014 à juin 2015 à partir d'entretiens individuels avec une dizaine de directeurs juridiques de grands groupes français ou présents en France, de la participation à de multiples rencontres professionnelles et de quatre séances de brainstorming réunissant un groupe d'une douzaine de directeurs juridiques animé par Pierre Laporte, avec l'apport de l'équipe de l'IHEJ et de différents chercheurs en sciences humaines (Frédéric Gros, Michel Lussault, Bertrand Warusfel, Catherine Malecki et Jean-Philippe Robé).

INTRODUCTION

Les directeurs juridiques jouent dans la vie du droit interne et international, un rôle majeur mais méconnu. Ils n'ont pas en France aujourd'hui un niveau de représentation politique, ni une visibilité académique à la hauteur de cette contribution à la construction d'un droit global. Ils occupent donc une place centrale que leur positionnement en France vis à vis des autres professions juridiques – avocats, magistrats, professeurs de droit – ne reflète pas réellement. D'où la nécessité de comprendre les spécificités de ce métier, l'agence du directeur juridique, et son rôle non seulement comme observateur mais aussi comme co-constructeur d'un « droit global » – largement invisible, et pourtant bien tangible. Ils sont détenteurs d'un savoir pratique que la présente étude a pour ambition de recueillir et de restituer de manière critique.

Le rôle du directeur juridique a beaucoup évolué ces dernières années. Certaines entreprises ont entamé très tôt une mutation en donnant à leur direction juridique un rôle central, correspondant bien à sa nouvelle place. Celle-ci leur est dictée par le *business* avec les États-Unis que l'on peut voir à plusieurs titres comme les architectes de la mondialisation actuelle et qui lui impriment sa culture juridique propre notamment via leur interprétation extensive de la compétence de leurs juridictions. Il est donc difficile de parler de manière générale de la fonction de directeur juridique car celle-ci dépend de multiples facteurs, y compris personnels comme le charisme, et du lien qu'il a réussi à créer avec les dirigeants. Il n'en demeure pas moins que sa place au sein de l'entreprise est portée par des mouvements de fond.

La fonction de directeur juridique dans la mondialisation a le vent en poupe car elle est portée par trois moteurs puissants du monde contemporain : le droit tout d'abord, qui conteste de plus en plus le rôle traditionnellement reconnu à la politique, l'entreprise ensuite qui se présente comme une forme optimale pour agir et le monde enfin qui se pose comme l'espace de référence le plus pertinent pour le marché et bien d'autres choses (I). Mais ce triple booster n'est pas suffisant à garantir le développement de la fonction juridique dans l'entreprise. Le directeur juridique n'y parviendra qu'à la condition de relever aujourd'hui un triple défi : il doit tout d'abord défendre au sein de l'entreprise un rôle qui n'est pas encore totalement circonscrit – c'est pourquoi il doit l'inventer et le conquérir contre des professions bien établies comme les dirigeants (notamment le directeur financier) ou les avocats (II). Il doit ensuite mettre en forme l'action éminente des entreprises dans la mondialisation, ce qui lui offre une marge de progression formidable à condition qu'il réussisse à maîtriser les enjeux relatifs au droit (III). Ces deux fronts le renvoient enfin à l'ambiguïté constitutive de sa fonction dont il peut tirer par son comportement aussi bien sa gloire que sa malédiction (IV).

I. UN ACTEUR CENTRAL DE LA MONDIALISATION

La place de directeur juridique le condamne à naviguer entre deux mondes : celui du droit qu'il représente au sein de l'entreprise et dont il est souvent issu, celui du *business* dans lequel il vit. Sa mission consiste en effet à accorder les intérêts de l'entreprise avec les exigences du droit pour permettre à celle-ci d'agir et de créer de la valeur. Cela le place dans une situation certes parfois inconfortable mais néanmoins centrale car il va bénéficier de la double dynamique qui caractérise nos sociétés : la place éminente réservée à l'entreprise d'une part, et de la montée en puissance du droit de l'autre. À lui de savoir en profiter et de s'organiser pour cela. Commençons donc par l'entreprise.

1. Une fonction portée par le nouveau rôle de l'entreprise

Une des grandes évolutions du XXe siècle est la montée en puissance de l'entreprise sur le plan aussi bien national qu'international. Cette évolution s'est encore accélérée avec la mondialisation qui a pris un essor considérable depuis la chute du mur de Berlin et la fin de la Guerre froide en 1989. Non que des entreprises multinationales n'existaient pas auparavant, bien au contraire, mais elles restaient suspendues à un organisateur fondamental du monde qui opposait non seulement des puissances – les Etats-Unis et l'Union soviétique – mais aussi des idéologies : le capitalisme et le socialisme. L'entreprise se trouvait dans un camp et ne pouvait prétendre se présenter comme une forme universelle. L'événement capital qui se produisit en 1989 est non seulement politique mais également de nature symbolique : l'entreprise triompha de tout autre modèle pour se poser comme la seule forme capable de permettre aux hommes de s'associer et s'organiser entre eux, de manière constructive et prospère indépendamment de toute culture ou d'appartenance nationale ; non pas sans le secours des États mais avec un concours minimal de ceux-ci puisqu'ils se bornent à lui fournir un droit en échange d'un prélèvement fiscal. L'entreprise est une organisation pratique en vue de réaliser un but mais aussi une forme optimale sur les plans humain, économique, symbolique et politique.

Non seulement l'entreprise ne reçoit plus sa légitimité d'une source extérieure mais c'est au contraire elle qui désormais fournit au monde politique et social son modèle et son discours de référence. L'entreprise se pose comme le nouveau grand organisateur du monde : on gère désormais sa vie comme un entrepreneur fait fructifier son capital - ne parle-t-on pas de « capital santé » ? - plus aucun domaine de la vie personnelle et collective n'y échappe, jusque la vie amoureuse qui se conçoit en termes stratégiques. Le néolibéralisme manifeste la mutation de l'économie comme une discipline de sciences humaines parmi d'autres, au statut de « discours de vérité », de science des rapports humains. Le néolibéralisme devient une « gouvernementalité » et l'entreprise est beaucoup plus qu'une unité économique, elle représente l'art de conduire les hommes : le

management. L'entreprise est une des trois grandes forces de la mondialisation actuelle avec les gouvernements et les individus.

Encore plus récemment, l'emprise de l'entreprise a connu un nouvel essor du fait du numérique. Le numérique n'est pas un nouveau secteur mais le facteur de transformation de tous les autres secteurs. Internet n'est pas un bien, une industrie comme une autre, c'est la fusion d'une forme symbolique et de l'économie : une force de sur-intégration de la vie dans la vie par la force combinée de la technique et de l'économie ; sur-intégration car il a pour effet de tout recoder et de le rendre à nouveau disponible pour de nouveaux usages ou de nouvelles exploitations économiques (un peu comme si le langage en plus d'être instrument de communication, devenait de ce fait également un bien marchand). Le numérique réalise une immense entreprise de désintermédiation des rapports sociaux et économiques mais au prix d'une concentration sans cesse accrue entre les mains des seules entreprises qui l'opèrent, de leur culture, de leur nationalité et de leur droit. En clair, le numérique renforce une américanisation des entreprises, ce qui lance un défi supplémentaire au directeur juridique. C'est la raison pour laquelle les directeurs juridiques de ce secteur sont à la pointe des transformations de la fonction. Ils doivent non seulement exercer leur rôle traditionnel dans l'entreprise mais également anticiper voire alerter sur les enjeux nouveaux sous-jacents à leur activité qui sont ni plus ni moins que la production d'un nouveau monde.

2. L'entreprise, une forme politique ?

L'entreprise se pose comme une forme juridico-politique de plus en plus autonome. Elle répond donc à un certain nombre de critères qui caractérisent un ordre juridique : elle est délimitée – par les employés et un patrimoine matériel et immatériel-, elle poursuit une finalité précise – faire du profit- et elle est dirigée par des personnes physiques selon une hiérarchie très précise et parfois très rigide. Tout cela lui assure une certaine continuité. Elle peut même, comme toute forme politique par définition éphémère, être soumise à une sorte d'état d'exception quand son existence est en péril : elle peut licencier et se montrer terrible. Réapparaît alors son caractère précaire qui affecte aussi le directeur juridique.

Cet ordre juridique quasi-autonome va jusqu'à se poser comme une alternative à l'État. Dans la première modernité, c'est l'État qui a été le principal intégrateur politique par ses capacités de prélèvement économique mais aussi d'action collective et d'accélération sociale, donc de modernisation. Mais la montée en puissance de l'entreprise signale que cette dynamique s'inverse : la modernisation prend son autonomie par rapport aux institutions publiques et se retourne désormais contre elles¹. Pour poursuivre l'aventure moderne, l'entreprise doit maintenant dépasser l'État, du moins en partie. Certes, le commerce a toujours existé mais la naissance de l'entreprise au XVIIIe montre

¹ Hartmut Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps*, trad. de l'allemand par Didier Renault, Paris, La découverte, 2010, chap.9. p. 255.

qu'elle a partie liée à la politique. L'entreprise incarne la liberté d'entreprendre, de construire (au sens propre du terme d'ailleurs car le terme d'entreprise a d'abord désigné ce qui concernait la construction). Elle donne corps à la liberté moderne. Elle a lié son sort aux Lumières et au libéralisme.

Ce qui est absolument nouveau, c'est que l'entreprise n'est plus uniquement une source d'enrichissement collectif (dont la politique prend en charge la répartition), elle est aussi un « lieu d'élaboration du réel collectif »². Aujourd'hui la réalité du monde se construit principalement en référence à l'entreprise ; les dimensions économiques et sociales du réel s'inventent dans ce lieu : modes d'être ensemble, de travail collectif, de régulation, de transmission, de production de savoirs. En ce sens, l'entreprise serait la forme actuelle la plus achevée de l'autonomisation de production du réel. Elle incarnerait alors le principe de la vie même, entendue comme « création continue d'imprévisibles nouveautés »³. On comprend mieux dès lors pourquoi le tournant néolibéral voit sa référence non plus dans l'État mais dans l'entreprise ; celle-ci est entendue non pas au sens de la société commerciale mais au sens générique, celui auquel l'entendait Foucault : la « forme-entreprise ». Celle-ci est une forme de pouvoir beaucoup plus adaptée à notre monde et à notre rapport moderne au temps, car elle a une capacité de réaction infiniment plus grande puisqu'elle n'est pas embarrassée par les procédures et les diverses consultations externes. Elle n'est plus encombrée par tous les réquisits de la politique : c'est une forme politique post-étatique voire ... post-politique !

3. Une forme politique imparfaite

Raymond Aron distinguait les formes politiques ordinaires des formes par excellence politiques. « Tout agrégat humain, disait-il, {comporte} un aspect politique, c'est-à-dire un ordre de commandement avec un régime et des acteurs, mais, à travers l'histoire, certains agrégats ont passé pour « politiques en tant que tels », les cités, les empires, les nations et leur volonté consciente appelée État »⁴. L'entreprise est dans ce sens bien une forme politique car elle est un ordre juridique qui distribue le pouvoir et met en forme l'association humaine en lui assignant une finalité et en lui conférant une forme de conscience du fait de la réflexivité du droit. Mais elle ne peut prétendre toutefois à être un agrégat « par excellence politique » parce qu'elle ne satisfait pas aux deux critères que les distinguent selon Raymond Aron : elle ne dispose pas de la violence légitime d'une part et elle ne détermine pas l'aspect politique des autres agrégats. On pourrait ajouter que les entreprises n'ont aucune prétention universelle (et c'est pour cela qu'elles s'assignent une finalité spécifique), c'est-à-dire aucune vocation à prendre en charge *tous* les aspects de la vie humaine.

² Olivier Basso, *Politique de la très grande entreprise. Leadership et démocratie planétaire*, Paris, PUF, 2015. Il s'agit d'un ouvrage fondamental pour toutes les questions ici abordées dont la lecture nous a beaucoup inspiré.

³ *Ibidem*, p. 138.

⁴ Raymond Aron, « À propos de la théorie politique », *Revue française de science politique*, n°1, 1962, PP 24-25, cité par Basso, op. cit. p. 180.

La finalité de l'entreprise est spécifique et *in fine* toujours la même : créer de la valeur pour la répartir entre ses actionnaires après prélèvements par l'État. Elle tire son universalité de l'intérêt et non de la politique.

Le modèle classique de Milton Friedman est mis à mal par les évolutions contemporaines qui demandent à l'entreprise de s'impliquer davantage dans la stabilité du monde tant la majorité des États paraissent corrompus, tant les vieux États sont épuisés par des crises à répétition et délégitimés par un néolibéralisme triomphant. Mais l'intégration au monde que peut réaliser l'entreprise de manière décentralisée et démultipliée souffre de sérieux handicaps : elle ne peut être que partielle et elle se montre de surcroît déficitaire par rapport à l'intégration westphalienne de l'État territorialisé. Le système westphalien permettait en effet de construire des ordres juridiques internes et des catégories à partir du territoire⁵ ; en s'en émancipant, la mondialisation a créé des formes juridiques non plus à partir des territoires mais de la circulation, en construisant un monde entièrement formel et systémique constitué de signaux électroniques et de signes monétaires. L'ordre ne repose désormais plus sur le territoire mais sur la sécurisation. La sécurité est l'équivalent, dans un univers mondialisé, du territoire dans l'univers westphalien, à savoir le *substratum* concret de la communauté politique à partir duquel il devient possible de construire le droit et des institutions. Du moins le croit-on car l'État n'est bien sûr pas mort mais il ne règne plus en solitaire. La sécurité ne peut plus en effet être assurée par l'État seul mais résulte plutôt d'une co-production et d'une cogestion entre le secteur public et le secteur privé, comme on le voit aujourd'hui en matière de lutte contre la corruption, d'évasion fiscale ou de financement du terrorisme.

La mondialisation se construit donc sur un paradoxe dont le directeur juridique supportera toutes les contradictions : elle mise sur l'entreprise en lui confiant des missions éminentes jusqu'à présent confiées à l'État, mais qu'elle ne pourra à elle seule honorer n'étant pas une forme politique « par excellence ». C'est le grand malentendu sur lequel est fondée notre globalisation.

4. Le juriste au cœur de la coproduction du monde par les entreprises et les États

L'enjeu est donc non pas chanter de manière un peu naïve les mérites infinis de l'entreprise, mais de penser la nécessaire articulation entre deux entités qui ne sont pas homogènes : l'entreprise et l'État. Ce dernier a besoin non seulement de la richesse que produit l'entreprise mais aussi de sa réactivité, de sa créativité et de l'énergie qu'elle libère pour construire le monde ; et réciproquement l'entreprise a besoin du monopole de la violence légitime toujours entre les mains des États. Les formes politiques « par excellence » ont perdu de la puissance mais restent incontournables et les nouvelles formes politiques imparfaites sont indispensables mais insuffisantes : voilà l'équation

⁵ C'est tout le sens de la pensée de Carl Schmitt notamment dans *Le Nomos de la terre*

que devront régler les artisans concrets de la coproduction du monde par l'entreprise et l'État.

Notre monde est coproduit par deux formes dépendantes réciproquement l'une de l'autre mais en même temps hétérogènes (car l'économie est hétérogène par rapport au politique). Il faut donc penser ce rapport et le directeur juridique se trouvera précisément à la jonction de ces deux formes. Il n'est pas le seul mais sa contribution consistera dans un double rôle : de correspondant de l'État dans l'entreprise d'un côté et d'ambassadeur des intérêts de l'entreprise auprès de autorités publiques de l'autre.

Cette solidarité nouvelle entre l'État et l'entreprise se paye par un double phénomène : une « déséconomisation » de l'entreprise (qui va de pair avec une économisation de la politique des États dont les chefs de gouvernement deviennent les VRP de leurs champions nationaux). C'est en effet parce que l'entreprise se pose comme forme politique qu'elle doit assumer beaucoup d'autres fonctions que la poursuite de son strict intérêt économique c'est-à-dire gagner de l'argent et le distribuer à ses actionnaires.. Elle se trouve chargée d'une mission nouvelle, celle de construire un monde dont les proportions sont plus vastes que celle de n'importe quel État, ce qui implique d'intégrer aux objectifs classiques de l'entreprise toute une série de facteurs extra-économiques (droits de l'homme, sécurité, éthique, etc.). L'entreprise devient par conséquent un lieu d'intégration de toutes ces dimensions, et en son sein, le directeur juridique joue lui-même un rôle d'agent intégrateur. La responsabilité sociale des entreprises montre que l'entreprise peut aussi être un lieu de stabilisation du monde et de modernisation de la société. C'est très nouveau pour une mentalité française toujours très imprégnée d'étatisme. Le directeur juridique se trouve placé au cœur de cette transformation profonde non seulement de l'entreprise globale mais de la société tout entière.

L'entreprise d'aujourd'hui n'est plus organisée uniquement pour faire du profit, mais elle est devenue un milieu de vie. Elle doit faire en sorte que les salariés soient heureux, faire du mécénat et donner à des associations caritatives, en un mot, se penser comme une entreprise citoyenne. Le rôle du juriste d'entreprise devient alors d'assurer la socialisation de l'entreprise dans son environnement politique, social et écologique.

5. Le tiers inclus

Le système global dans lequel nous entrons présente deux caractéristiques majeures : il est à la fois sans extériorité (c'est-à-dire sans transcendance ni alternative) et complexe.

La première caractéristique a une conséquence directe sur le droit. Celui-ci n'est plus cette référence externe à laquelle doit se conformer toute action mais il devient comme la grammaire pour la langue, ce qui donne forme et sens à l'action. Le droit devient le langage commun, facteur de socialisation pour l'entreprise et de communication avec son environnement. Dans la mondialisation, le droit n'est donc plus un cadre instituant, extérieur, qui autorise l'action et les bénéfices économiques mais devient un paramètre de l'action,

indispensable certes mais immanent. Il a perdu son statut structurant pour devenir un paramètre de l'activité économique. « Le droit, estime Emmanuel Picavet, n'est plus tant un cadre figé dans lequel se déroulerait l'interaction qu'un ensemble de caractéristiques de cette interaction même »⁶.

La seconde caractéristique, la complexité, s'explique aisément par l'imbrication des objectifs que l'on vient de voir mais elle a aussi d'autres causes. La complexité vient également de l'empilement des normes et de la multiplication des régimes juridiques. La complexité globale est donc due à l'étendue, à la diversité et aussi à l'absence de formes *a priori* du monde à exploiter qui demande de ce fait à être mis en forme. Il n'y a plus de volonté rectrice, de principe organisateur comme pouvait l'être le système westphalien. Ce sont précisément aux juristes d'entreprise, entre autres, que va être confié le rôle de mise en forme du monde.

Pour qualifier cette nouvelle fonction, on dira que le directeur juridique remplit le rôle de tiers, mais de tiers *inclus*. Le principe du tiers inclus a été forgé par la logique des sciences précisément pour rendre compte de la complexité. Il signifie que l'on peut être à la fois le même et autre en échappant à toute « alternative disjonctive ». Le type même de tiers inclus est la situation de langage et le modèle dialogique est à l'œuvre partout où il y a complexité. C'est pourquoi le tiers inclus se développe en fonction de la complexité nous disent les logiciens⁷.

Le tiers inclus s'oppose au principe du tiers exclu qui correspondait au modèle national classique dans lequel l'avocat⁸ et le juge étaient extérieurs à la matière qui leur était soumise. Jusqu'à un certain point car les juges sont toujours liés à un État et ont partie liée de manière plus ou moins intense avec le pouvoir ; ils sont dans ce sens-là toujours un peu inclus. Le tiers radicalement exclu, sans aucun lien avec les parties, même pas celui du langage, est plus qu'une figure limite, mieux : il est une impossibilité logique. Cela amène à comprendre le tiers comme une figure non pas donnée mais toujours à construire et à perfectionner, ce qui ne pourra être fait que par un emboîtement de personnes remplissant de manière nécessairement partielle et imparfaite, une fonction tierce⁹. C'est le problème de fond de la mondialisation qui est une forme sans frontières ni transcendance. Le système westphalien par l'articulation de formes autorisait plus cette compénétration des tiers : les limites territoriales lui permettaient de créer des tiers sinon exclus au moins externes car gardant la triple articulation entre le national et l'international, le droit et la politique, et le droit et la morale.

⁶ « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité », Klésis, revue philosophique, 2011.

⁷ Nous renvoyons sur ce point à l'œuvre de Stéphane Lupasco et notamment à *Logique et contradiction*, P.U.F., Paris, 1947

⁸ La montée en puissance des directeurs juridiques, de surcroît s'ils sont reconnus comme avocats en entreprise illustrerait un mouvement d'internalisation du droit à l'intérieur de la matière.

⁹ C'est peut-être là une voie plus féconde pour penser la fonction tierce du juriste et du juge qui est toujours abordée sous l'angle de la séparation mais pourrait – devrait ? – être abordée de manière inverse par les liens qui le solidarisent avec les parties ou le pouvoir.

II. ENJEUX INTERNES : NOTAIRE OU *BUSINESS PARTNER* ?

Le premier combat que doit livrer le directeur juridique pour se hisser à ce statut de tiers inclus commence au sein de l'entreprise et de son pays dont il doit vaincre les résistances culturelles.

1. Trouver sa place parmi les dirigeants de l'entreprise

A l'origine le directeur juridique était responsable du contentieux, c'est-à-dire qu'il intervenait très en aval, sans grande prise sur les décisions de la direction. Mais, petit à petit, la multiplication des règles et le développement de la régulation dans divers domaines d'activité ont fait ressentir la nécessité de créer des directeurs juridiques « gardiens du temple », qui connaissaient la loi, pouvaient l'interpréter et ne se bornaient plus au contentieux. Si l'on sait d'où vient la fonction de directeur juridique, on voit avec moins de clarté là où elle va.

Notaire de l'entreprise, relais des fonctions régaliennes ou stratégie

Le statut du directeur juridique, en France, demeure très différent d'une entreprise à l'autre. Il est donc difficile de parler d'un profil type de directeur juridique, tant cette fonction varie selon le secteur d'activité de l'entreprise, de sa taille, de sa culture propre, et de son degré d'exposition à la mondialisation. La tendance est cependant au rapprochement de la direction juridique et des instances dirigeantes, et donc à une meilleure intégration du juridique dans la stratégie des entreprises. Cette évolution rencontre des résistances et sa place dans l'entreprise n'est pas totalement acquise : le juriste reste souvent mal vu, perçu comme un personnage à part qui empêche de faire du *business* en compliquant tout.

Entre le scribe et *le business partner*, tout un dégradé est possible. Le rôle minimal du directeur juridique est de s'assurer de la régularité des opérations. Il se borne à mettre en forme, ce qui faisait dire à un dirigeant d'entreprise, pour présenter le directeur juridique, qu'il était son « notaire ».

Son rôle moyen, c'est à la fois conformité et le contentieux mais ces deux fonctions sont considérées comme non explicitement stratégiques. Encore que le contentieux est géré différemment qu'autrefois. La direction juridique peut décider par exemple de se lancer dans une stratégie jurisprudentielle pour obtenir une jurisprudence plus favorable à ses intérêts. Mais il n'y a là rien de bien nouveau : c'est un peu le b.a.ba du métier. Ce qui l'est plus, c'est le management global des différends incluant le précontentieux, car cela a un impact financier réel et direct. Pour certains, le contentieux peut devenir source de profit, un *business unit*, ce qui heurte le juriste classique.

Dans ce nouvel échange de compétences entre le public et le privé, l'État se fait le défenseur de son tissu économique (parfois avant même les missions traditionnelles de protection sociale) et l'entreprise doit *internaliser* des nouvelles

fonctions autrefois qualifiées de « régaliennes » (collecter l'impôt, lutter contre la corruption, participer à la défense nationale) mais également sociale, sociétale, etc.

Dans sa fonction de conseil qui est encore un autre rôle, le directeur juridique s'occupe aujourd'hui aussi bien des sanctions internationales, de régulations financières et non financières, que de *soft law* et de management de crise. Tous ces domaines réclament de l'anticipation car plus le dossier sera pris en amont, plus les options seront nombreuses.

L'entreprise prend ainsi conscience que toute pratique du droit implique directement ou indirectement une stratégie, que les avocats et les juristes devront avoir les moyens de mettre en œuvre. Le conflit est présent déjà dans la négociation du contrat, il faut anticiper les complications, négocier la clause qui sera utile en cas de différend. Les juristes savent bien que les entreprises heureuses ne connaissent pas le droit mais que la meilleure manière d'assurer de la paix reste de se préparer à la guerre. Toute affirmation de droit comporte la dimension de conflit.

Beaucoup de directeurs juridiques estiment aujourd'hui qu'ils ne doivent pas ainsi être cantonnés dans des fonctions « froides » ou organisationnelles comme le contentieux voire la *compliance*, mais qu'ils doivent être le plus étroitement associés aux fonctions « chaudes », c'est-à-dire aux orientations stratégiques de l'entreprise voire du groupe. Le directeur juridique « idéal » est donc tout à la fois un notaire, un avocat et un stratège, et doit en avoir toutes les qualités (sans toujours mesurer qu'elles peuvent être en contradiction). Encore faut-il que les autres dirigeants laissent un espace plus grand à un juriste perçu jusqu'ici comme quelqu'un qui « coûte mais ne rapporte rien ». À lui donc de prouver le contraire et pour cela, de plaider ses atouts. Qui sont nombreux.

La mondialisation comme risque et comme *business opportunity*

Si le droit devient un élément central, il faut pour l'utiliser de la manière la plus efficace, que le juriste soit étroitement associé à la dimension commerciale et stratégique ; et qu'il soit invité à quitter sa place de « gardien du temple » qui rappelle le cadre rigide du droit. Tout cela apparaîtra comme des vœux pieux s'il n'arrive pas à faire valoir les arguments objectifs qui justifient cette nouvelle place. Quels sont-ils ?

L'exploitation d'une plus value juridique - Le premier atout pour prétendre être considéré comme un *business partner* est de convaincre son dirigeant que le droit peut s'avérer créateur de valeur. C'est particulièrement visible dans le secteur du numérique qui représente aujourd'hui la pointe de la modernité. Comme le rappelle Jean-Baptiste Soufron, « On se trompe en pensant que c'est l'innovation technologique qui a fait le succès de Airbnb ou de Uber. Leur réussite vient de la qualité de leur design, de l'accent mis sur la culture de l'entreprise, de la cohérence de leurs modèles juridiques et économiques ». Et de remarquer que Wikipédia utilise avec originalité les règles du droit d'auteur. « Quoi de plus utile, ajoute-il, que de créer soi-même les catégories juridiques qui permettront de justifier l'activité nouvelle que vous

voulez exercer ? »¹⁰. Le droit est un ingrédient essentiel du développement de l'entreprise parce qu'il est lié à l'innovation. Toute création est le fruit d'une technique et d'un statut juridique ; innover c'est inventer aussi bien des nouveaux produits que des nouveaux concepts car les deux sont inséparables. Le juridique peut parfois faire la différence.

Les directeurs juridiques se révèlent donc être les mieux placés pour occuper cet espace qui sera sinon occupé par d'autres mais à la condition d'abandonner une vision idéaliste de la justice censée avoir un rôle absolu et de se rapprocher de la vision utilitariste du droit qui existe aux USA. C'est pourquoi la compétence technique ne suffit plus, il faut une posture de dirigeant juridique, et donc arriver à développer une réflexion stratégique (ce qui s'apprend par l'expérience). Adopter une perspective stratégique oblige à faire le deuil d'une certaine « pureté » du droit. Il n'existe pas en effet de logique juridique unique, « pure », qui guiderait à coup sûr vers une seule solution mais le plus souvent une variété de solutions que l'on obtient en jouant sur les catégories et les régimes juridiques.

L'internationalisation des affaires oblige le directeur juridique à accomplir des tâches nouvelles, à être au courant de nombre de dossiers. Pour être lié à cette perspective dynamique, il doit participer le plus possible aux négociations. Il va de soi qu'il ne peut rester dans sa tour d'ivoire, où certains aimeraient le confiner, mais qu'il doit avoir une bonne connaissance de l'entreprise, de ses produits et de ses acteurs et de ses territoires. Il doit être à l'écoute de nouveaux projets.

Le droit joue un rôle défensif de préservation de l'ordre dans l'entreprise et de consolidation des ressources aussi bien intellectuelles qu'humaines, mais la relation entre le droit et l'entreprise ne peut s'arrêter à cette seule fonction conservatrice, le droit doit également être un élément primordial des décisions de l'entreprise et un instrument pour la compétitivité commerciale de l'entreprise. Le respect du droit contribue également à installer une réputation, une « marque » et donc la crédibilité de l'entreprise ; pour cela, il doit faire partie des valeurs de l'entreprise, de son « ADN ». L'entreprise est riche de ses contrats (à un point tel que pour certains comme Jean-Philippe Robé, c'est sa seule identité juridique). La protection de son patrimoine immatériel, par exemple, dépend de la protection de la propriété intellectuelle.

Une vigilance contre le risque judiciaire - Le métier de juriste d'entreprise est aujourd'hui comme « anobli » par la globalisation, qui amène l'entreprise à commercer avec d'autres entreprises qui n'ont pas le même rapport au droit qu'en France. Elles n'ont d'autre choix que de le prendre en compte et de rehausser par un effet ricochet le statut de leur propre juriste. C'est que le droit quand il est respecté (ce qui n'est pas toujours le cas en France, ou du moins pas de la même manière) devient un risque ! C'est vrai notamment du droit américain. Ces contacts avec les autorités américaines jouent comme un puissant renfort vis-à-vis des autres dirigeants tentés de sous-

¹⁰ « À quand une stratégie ouverte et collaborative face aux risques de l'ubérisation du droit ? »
Bloc-note du 26 juin 2015

estimer son rôle. L'intervention énergique de la justice américaine dans un certain nombre d'affaires¹¹ ont contraint à un changement rapide des mentalités. La publication du Yates Memo par le DOJ américaine à l'automne 2015¹² qui annonce que dorénavant les autorités fédérales souhaitent que les enquêtes privées soient présentées de telle manière que la responsabilité personnelle des dirigeants puisse être engagée, a encore accéléré cette prise de conscience. Le DOJ joue un rôle important en faisant du directeur juridique un « procureur par délégation » et le directeur juridique peut être amené à faire des enquêtes pour le compte des autorités américaines. Ce mouvement fait basculer le directeur juridique vers le rôle de l'avocat tandis que l'avocat lui-même change de rôle.

Cette découverte de la culture juridique américaine est aussi urgente que déroutante. Pour beaucoup de dirigeants en effet, connaître le droit, c'est connaître des dispositions substantielles et ils ne comprennent pas que le droit englobe un raisonnement, une certaine rigueur, une culture. Dans le cas des Etats-Unis, ils peinent à saisir que la culture juridique américaine recouvre une réalité beaucoup plus large composée autant d'un respect de la parole donnée, d'une certaine franchise et d'un évitement absolu du mensonge, d'un grand pragmatisme et d'une préférence pour la transaction chaque fois que cela est possible.¹³

Avant de le communiquer, il faut s'en imprégner : l'internationalisation a obligé les directeurs juridiques à s'ouvrir à d'autres cultures, à tenter de les comprendre, à parler plusieurs langues, à mieux connaître la *Common law* et à expérimenter des solutions. Le juriste d'entreprise est avant tout un *problem solver* : il doit dépasser les travers de la culture civiliste, où le juriste est souvent tenté de s'opposer à toute initiative¹⁴, et faire preuve d'une certaine souplesse, être positif, trouver des solutions, être imaginatif. D'où le mot d'ordre de l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE), qui veut des « créateurs de solutions juridiques »

Une protection contre les scandales - Le dernier élément qui valorise le rôle du directeur juridique est paradoxalement le scandale. L'entreprise est en effet extrêmement sensible et réactive au scandale, ce qui l'a poussé à mettre en place une communication de crise. Mais il ne suffit pas de réagir à chaud, il faut aussi en tirer toutes les conclusions pour que les mêmes causes ne reproduisent pas les mêmes effets. C'est alors que le juriste est à nouveau

¹¹ On se permet de renvoyer à Antoine Garapon, Pierre Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013.

¹² Il s'agit du *memorandum* du 9 septembre 2015 rédigé par Sally Yates, Deputy Attorney General américaine sur la responsabilité individuelle des chefs d'entreprise.

¹³ Je me permets de renvoyer à l'interview du Juge Breyer dans Antoine Garapon, Daniel Schimmel, Stéphanie Balme, Li Bin, Jean-Louis Langlois, *Le procès civil en version originale, cultures judiciaires comparées*, éd. Lexis Nexis.

¹⁴ Cela correspond au rôle symbolique que joue le droit pénal dans les cultures romano-canoniques comme en témoigne la pénalisation de la vie collective, phénomène qui ne se retrouve pas ailleurs et notamment pas aux Etats-Unis où ce rôle est plutôt rempli par le procès civil et par des class actions.

appelé à la rescousse pour jouer un rôle préventif par la *compliance* mais aussi de bien d'autres manières.

Le vrai rôle du directeur juridique commence souvent après un scandale. C'est le cas de tout le dispositif anti-corruption américain et le fameux FCPA, qui a inspiré la convention OCDE, qui est directement issu du scandale du Watergate. Les grandes lois américaines sont consécutives aux catastrophes que furent les affaires Worldcom ou Enron. En France, la loi Sapin II est consécutive aux affaires BNP Paribas qui a coûté 9 milliards de dollars. Des sociologues distinguent entre les scandales dont on apprend quelque chose et ceux dont on n'apprend rien parce qu'on n'a pas voulu entendre le message (et qui en annonce d'autres plus terribles). L'exemple des laboratoires pharmaceutiques est caractéristique à cet égard : faut-il faire un lien entre le fait qu'ils aient été lourdement sanctionnés pour pratiques anti-concurrentielles et le fait que nombre des dirigeants de ce secteurs soient d'anciens directeurs juridiques ?

Si l'environnement se transforme de cette façon cela tient beaucoup à la place du DOJ américain, au poids de ses décisions et à l'importance des sanctions prononcées ces dernières années. Celles-ci ont créé un véritable risque juridique qui a eu un effet dissuasif tandis que, comparativement, les sanctions de l'AMF ou de la CNIL ont mis plus de temps à provoquer de réels changements. La pression judiciaire d'une menace de procès – voire d'une condamnation - peut ainsi rendre service au directeur juridique et réciproquement une relâche d'un dirigeant peut s'avérer catastrophique et retarder de plusieurs années une prise de conscience.

2. Se faire reconnaître comme le garant du droit dans l'entreprise

Le rôle du directeur juridique ne se limite pas au *business* : il exerce aussi plusieurs autres fonctions qui concernent la vie interne de l'entreprise. Celles-ci ne dépendent pas que du statut du directeur mais véritablement de son autorité, c'est-à-dire de la confiance qu'il aura réussi à susciter, et qui devra être reconnue implicitement par tous.

Un garant des droits de chacun

L'entreprise est un ordre juridique quasi-autonome dont le directeur juridique est le ministre de la justice et le procureur général voire parfois le juge. Certains ont parlé de nécessaire constitutionnalisation de l'entreprise¹⁵ de manière peut-être un peu abusive : en effet, il n'y a pas de corps constituant et ce régime politique serait plutôt autoritaire tant le pouvoir du dirigeant reste fort dans l'entreprise (un directeur voire un directeur juridique peut être remercié sur le champ). L'entreprise est un système juridique qui multiplie les conseils mais ne connaît rien qui ressemble à une quelconque division des pouvoirs pas plus qu'à un système de « freins et contrepoids », comme les systèmes politiques.

¹⁵ Gunther Teubner, *Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives à la théorie constitutionnelle de l'État*, Éditions Thémis, Montréal, Canada, 2005.

Certains freins existent néanmoins comme l'audit interne, les services de contrôle technique, la consultation nécessaire entre différents services, voire un audit externe. Le rôle des juristes est donc central, parce qu'il sécurise les relations. Et, ce faisant, il garantit la stabilité de l'entreprise. En effet, si les contrôles internes fonctionnent grâce à l'autorité du directeur juridique, le cours de l'action est fiable ; dans le cas contraire...

Un facilitateur de relations au sein de l'entreprise

Les directions juridiques et financières d'une entreprise fonctionnent comme le système nerveux d'un organisme vivant en irriguant le corps entier. La direction juridique est une plaque tournante de l'information et le directeur juridique fait souvent la synthèse entre plusieurs logiques concurrentes. Il doit intégrer la dimension réglementaire, le droit des affaires, le droit social. Les qualités souvent appréciées chez les juristes sont d'ailleurs la capacité d'abstraction, de synthèse, et d'énoncer clairement les problèmes. C'est sa force par rapport au directeur financier qui ne raisonne qu'avec des chiffres. Le juriste est capable de qualifier juridiquement les opérations et de faire le lien avec le régulateur. En nommant juridiquement la réalité de l'entreprise et de son action, il démine des contentieux et peut fédérer les différents acteurs intéressés - le directeur financier, le directeur commercial et le DRH et créer du consensus.

Il est aussi celui qui est en charge du contact avec l'extérieur, une sorte de ministre des affaires étrangères, qui assure la socialisation de l'entreprise dans son environnement.

Le leadership sur une équipe interne et globale de juristes

Le directeur juridique doit également exercer un leadership sur sa propre équipe (qui peut regrouper des centaines de juristes dans des grands groupes). Il doit également établir un *business model* pour la direction juridique, une approche marketing et assurer l'animation d'une équipe pour qu'elle soit impliquée dans l'entreprise. La direction juridique d'un grand groupe gère des équipes de juristes locaux qui ont l'habitude d'évoluer dans des environnements très différents – au plan juridique et réglementaire bien sûr mais aussi plus largement. Son rôle est donc de créer un ensemble de références et de règles communes, qui puisse rapprocher les différentes parties de l'entreprise.

Le directeur juridique acquiert donc de par son exposition à la mondialisation, une certaine souplesse et une attention qui le prédispose à un management interculturel. C'est ainsi qu'il réunit régulièrement tous les juristes des différents pays dans lesquels ses filiales sont présentes pour coordonner l'action commune, faire passer des messages et aplanir les conflits. Ces grandes réunions sont des véritables lieux concrets de la mondialisation juridique, des laboratoires vivants où l'on rencontre des centaines de juristes venus de toute culture et où se forge une véritable culture globale, mixte de culture d'entreprise et de *global business law*. Peu d'autres organisations donnent une pareille image (à l'exception peut-être des ONG).

Le directeur juridique doit se faire l'acteur zélé d'une culture d'entreprise unique à l'échelle du monde qu'il doit développer, quels que soit les régimes

politiques des pays d'implantation, qu'il s'agisse de l'Indonésie, des États-Unis ou de la Roumanie. On ne peut laisser cohabiter des « standards » juridiques et éthiques différents d'une partie à l'autre d'une même organisation, ce serait perçu comme totalement hypocrite ; les salariés ne comprendraient pas que ce qui est permis ici soit interdit là bas. La grande entreprise globale devient ainsi un puissant facteur d'unification sociale (quitte à creuser l'écart entre les agents locaux et leur propre société) et d'homogénéisation culturelle du monde. Tous ses employés deviennent sinon des citoyens du monde au moins des citoyens de leur entreprise globale. Ou, du moins, doivent-ils faire semblant.

Une nouvelle responsabilité vis-à-vis de la société

Si les entreprises assurent la prospérité du monde, elles peuvent tout aussi bien le conduire à sa perte en le transformant en une jungle impénétrable. Ces géants mondiaux, souvent plus puissants que certains États, peuvent fausser les marchés par la corruption, cautionner les pires violences en se rapprochant – et parfois se confondant avec – le crime organisé ou en finançant le terrorisme, ou encore détruire la planète en exploitant sans vergogne les ressources de la terre. Le nouveau pouvoir qu'elles acquièrent se traduit donc par une internalisation des contraintes.

Les grandes entreprises sont aujourd'hui devenues des acteurs de la société globale pour le meilleur et pour le pire. Elles font les gros titres des journaux un jour sur deux, et toutes leurs actions sont examinées à la loupe par les ONG. Cette pression accrue les oblige à entrer en discussion non seulement avec les pouvoirs publics dans les pays où elles souhaitent se développer, mais également avec les communautés indigènes, avec les syndicats, les ONG bref avec la société civile.

Le nouveau rôle dévolu à l'entreprise se traduit concrètement par une multiplication des contraintes qui pèsent sur elles (responsabilité sociale et sociétale, environnementale, mémorielle, et la liste ne cesse de s'allonger), contraintes qui résultent autant de la réglementation ou de la *soft law* que des attentes des consommateurs. L'entreprise n'a pas d'autre choix que de s'adapter à ce nouvel environnement et de prévenir le risque de ces enquêtes et de ces contentieux toujours extrêmement coûteux et parfois destructeurs. Comment ? En développant une sorte de police interne appelée conformité, qui s'assurent que tous – dirigeants et salariés – observent certaines règles qui préviennent efficacement la corruption et autres infractions financières. Cela suppose la mise en place non seulement de règles internes de bonnes conduites, mais également d'une nouvelle organisation interne destinée à rassurer les dirigeants, les actionnaires, les administrateurs et même les salariés. Mais aucune société n'est parfaitement en conformité avec les milliers de règles et lois auxquelles elle est soumise à tout moment. Elle doit donc pouvoir être guidée, conseillée en permanence sur l'existence d'éventuels manquements au sein de l'entreprise et sur la meilleure façon d'y remédier.

3. Se faire admettre comme « avocat en entreprise »

Toutes ces tâches réclament une autorité personnelle du directeur juridique comme on l'a mentionné mais cela ne suffit pas : il faut également que le statut du directeur juridique lui permette de les remplir en toute quiétude. Or celui-ci souffre d'une faiblesse structurelle car il est le salarié de l'entreprise qu'il doit contrôler. Une alternative s'offre alors : soit de confier ces fonctions à des avocats externes, soit de conférer au directeur juridique le statut d'avocat en entreprise.

Plusieurs arguments plaident en faveur de cette dernière solution. Pour remplir toutes ces nouvelles tâches, le juriste doit connaître intimement la matière qu'il a à traiter (les produits, le secteur, le milieu, les us et coutumes). Il doit également maîtriser la réglementation spécifique. On ne voit pas en effet un avocat absorber une telle masse de réglementations, parfois très techniques, issues de législations et de cultures juridiques très variées : cela serait très coûteux pour l'entreprise et exigerait de la part des avocats un investissement exceptionnel et peu rentable puisque ceux-ci n'interviennent que ponctuellement dans la vie de l'entreprise sauf à se transformer en juristes d'entreprise. D'autant que ces derniers connaissent nécessairement moins bien l'organisation et le fonctionnement du groupe que les juristes internes. Il n'est enfin pas souhaitable que l'entreprise se décharge de ses devoirs de conformité sur des professionnels qui lui sont extérieurs, quelles que soient leurs compétences. Ce travail ne peut être fait ni avec des professeurs de droit, ni des avocats, ni des juges. Il faut des gens qui ont une vision globale.

Le directeur juridique est l'avocat de la société dans l'entreprise et l'avocat de l'entreprise dans la société et, oserait-on dire, dans le monde. Le directeur juridique devient un agent double qui se consacre aux intérêts de sa société parmi lesquels figurent aussi la nécessité d'observer des règles fondamentales destinées à lutter contre certains fléaux. Le défi intellectuel est de penser la combinaison, la non-contradiction entre des impératifs qui apparaissent encore hier antinomiques. Certains voient dans ce double rôle un obstacle à l'octroi d'un nouveau statut d'avocat. Mais l'argument se retourne comme un gant : cette double fonction ne le rapproche-t-il pas ontologiquement de l'avocat qui est lui aussi un représentant des intérêts de son client auprès de l'autorité mais aussi un « auxiliaire de justice » ? Le directeur juridique n'est plus un directeur du contentieux ou le simple notaire de la direction chargé de mettre en forme ses décisions mais il est devenu un acteur central du développement de l'entreprise. La mondialisation rapproche l'avocat et le directeur juridique dans une même fonction structurellement duale.

Peut-être que la véritable résistance qui a fait échouer la réforme allant dans ce sens¹⁶ est à chercher non seulement dans une crainte de voir une partie du « gros » contentieux échapper aux barreaux mais aussi par ce que Philippe D'Iribarne appelle une « culture de l'honneur »¹⁷. Un tel statut d'avocat en

¹⁶ L'hypothèse fut un temps envisagée par la Loi Macron

¹⁷ Philippe D'Iribarne, *La logique de l'honneur*, Paris, Seuil, 1989.

entreprise retirerait un peu de noblesse aux gens de robe. Méfions-nous des procès d'intention mais le fait est que la culture Française a du mal à se libérer de ce tropisme pour les statuts et les privilèges. Les avocats doivent comprendre qu'ils n'ont rien à perdre à devenir de véritables partenaires du directeur juridique, que c'est dans la matière que l'on trouve le droit et non plus dans un savoir abstrait appris sur les bancs de l'université. Cela serait un pas dans le chemin d'une grande communauté des juristes français.

Mettre la France sur le même *level playing field*

Ce débat constitue également un test pour la capacité de notre pays à relever le défi de la mondialisation, et à rattraper un certain retard qu'il a accumulé dans ce domaine. Ce retard nous a coûté près de 10 milliards de dollars cette année si l'on ajoute les amendes versées au Trésor américain par BNP-Paribas d'une part et celles par Alstom de l'autre. Les deux grandes entreprises françaises ont payé pour leurs fautes mais aussi – et peut-être surtout – pour leur mauvaise compréhension de ce qui se pose comme une nouvelle règle du jeu du *business* mondial. En effet, que ce soit à travers les *class actions* ou la coopération, plus ou moins librement consentie, avec les autorités américaines, l'entreprise est confrontée à un nouvel environnement administratif et judiciaire dont les conséquences peuvent être dramatiques pour elle et les individus qui la composent. Plutôt que de maudire l'hégémonie américaine, mieux vaut comprendre le nouveau modèle qui est en train de se mettre en place au centre duquel se trouve l'entreprise et par conséquent le directeur juridique.

La globalisation propulse les défis à une échelle inédite que ne peuvent combattre ni les droits nationaux et les tribunaux étatiques, ni même les autorités américaines avec les armes classiques du procès pénal parce qu'elles sont confrontées à une complexité et à une diversité qui les dépassent. D'où les « deals de justice ». Cette nouvelle règle du jeu présente bien des défauts mais elle a le mérite d'exister et d'être efficace. Ce n'est d'ailleurs pas seulement la délinquance proprement économique qu'elle veut éradiquer car les autorités américaines ont compris également qu'à travers les grandes entreprises et les banques, c'est d'autres maux qu'elles pouvaient contrôler comme le terrorisme, le réchauffement climatique ou les violations des droits de l'homme.

Ces nouvelles pratiques globales sont à la fois de nouvelles armes pour lutter contre des fléaux de la mondialisation mais elles sont également des instruments d'influence dans ce que certains appellent une guerre économique. Dans cette « guerre » notre pays a des atouts qu'il ne pourra exploiter qu'à la condition d'avoir bien établi la carte de ce nouveau champ de bataille et de ne pas se battre avec des armes périmées et des stratégies obsolètes. Ainsi, la France, si fière à juste titre de son droit, abandonne-t-elle la bataille pour la compétitivité du droit au profit de ses concurrents en campant sur des positions d'un autre siècle. La guerre, nous rappellent les auteurs, est toujours un combat pour définir la règle de l'engagement ; sous cet aspect, le sort des armes a déjà parlé et les règles du jeu ne sont plus à notre disposition car elles sont définies par le droit global. Ce n'est pas du défaitisme que de le reconnaître, tout au

contraire : c'est en les intégrant que nous pourrions nous concentrer sur l'essentiel, à savoir le souci que la place de Paris et la France jouent pleinement leur rôle dans ce nouveau contexte. A l'heure où les entreprises françaises doivent faire face à la pression de plus en plus forte des autorités américaines pour se conformer à leur vue du monde, les priver d'un des instruments les plus utiles pour y répondre semble incompréhensible, voire irresponsable.

La reconnaissance d'un statut d'avocat en entreprise nous rendrait plus forts pour débarrasser ce nouveau modèle de ses aspects pervers ou déplaisants. Ce n'est pas en revenant en arrière et en prétendant retourner à une législation étatique que l'on avancera et que l'on protégera nos entreprises mais au contraire en allant de l'avant et en purgeant cette politique de certains de ses effets pervers. Reconnaître un statut nouveau au juriste d'entreprise permettrait de nous mettre en ordre de bataille pour des combats futurs qui devront être à la bonne échelle et pour les bonnes causes de notre temps qui sont devenues globales.

Il devient donc essentiel que le juriste d'entreprise français jouisse de garanties qui lui permettent d'accomplir dans les meilleures conditions ce nouveau rôle, et donc pour cela de rapprocher les différentes professions. On parle aujourd'hui du rapprochement du juriste d'entreprise et de l'avocat mais la question du rapprochement de ces deux-là avec les juges, les professeurs de droit et les hauts fonctionnaires est tout autant à l'ordre du jour même s'il est moins statutaire que culturel. Il y va autant du succès de nos entreprises que de la défense de notre droit. Tout ceux qui continuent de les opposer affaiblissent aussi bien l'un que l'autre de ces objectifs pourtant consensuels.

En effet, aussi bien l'entreprise que le juriste doivent pouvoir bénéficier de cette garantie statutaire : l'entreprise pour ne pas être exposée à une transparence fatale dans certains cas dans ses rapports avec ses avocats, et les juristes pour ne pas être sujets à des pressions de la part de l'entreprise. Or aujourd'hui, le droit français les prive de la nécessaire confidentialité qui doit présider aux échanges entre l'entreprise et son conseil. L'intérêt de tous – des entreprises, des juristes mais aussi de l'État – est de sécuriser ces fonctions nouvelles par un statut nouveau. D'ailleurs presque tous nos voisins¹⁸, alliés et concurrents dans ce nouveau contexte, l'ont bien compris en admettant que le juriste d'entreprise devait pouvoir être admis au barreau et bénéficier de la même confidentialité dans ses échanges avec l'entreprise qui l'emploie, que l'avocat extérieur à celle-ci.

L'attraction du *general counsel*

Une telle réforme aurait enfin l'avantage de rapprocher le directeur juridique du statut du *general counsel* américain. C'est lui qui remplit cette fonction d'articulation entre les intérêts privés et les intérêts publics, inscrite depuis toujours dans la culture de *Common law*. Pourquoi peut-il parfois jouer le rôle d'un contrepoids face au pouvoir du dirigeant ? En raison tout d'abord du rôle attribué à la procédure et au droit dans la culture américaine qui sont les

¹⁸ C'est-à-dire tous les pays anglo-saxons ainsi que l'Allemagne, l'Espagne, la Hollande, la Belgique, le Portugal et bien d'autres,

moyens de rendre productive l'action collective. Le rôle du *general counsel* est de communiquer l'information la plus fiable possible sur les contraintes et les exigences juridiques et réglementaires, qui amènent parfois à revoir les délais et différents éléments d'une opération. Il ne s'agit pas forcément de s'opposer à une décision du PDG, mais de lui fournir tous les éléments d'appréciation nécessaire pour qu'il puisse prendre la bonne décision.

Cette position stratégique du *general counsel* est le fruit de plusieurs tendances lourdes de ces dernières années : la globalisation des marchés d'abord, la taille des entreprises, leur rôle de « citoyen global » également. Elle tend aussi à se renforcer d'elle-même, car du fait de ces transformations, les postes de juristes d'entreprises deviennent plus attrayants et l'entreprise peut prétendre recruter les meilleurs « lawyers » du marché. Il y a aux États-Unis une grande fluidité dans les professions, et les avocats de grands cabinets peuvent choisir de rejoindre les entreprises comme *general counsel*. À condition, bien sûr, que le dirigeant sache faire du *general counsel* un partenaire essentiel, et autoriser ces recrutements de haut niveau (certains juges fédéraux sont recrutés pour de tels postes dans les très grandes entreprises). Les *general counsels* de leur côté doivent savoir conserver une indépendance totale tout en restant positifs pour l'entreprise.

Son rôle n'est pas simplement de gérer les difficultés *a posteriori*, mais bien de définir une politique de long terme, d'être offensif, de faire partie de l'équipe *business*, et d'être capable de donner des conseils indissociablement juridiques et stratégiques. Il doit donc agir en tant que partenaires du PDG, mais aussi comme gardien de l'intégrité de l'entreprise.

Dans un arrêt important sur le secret opposable (*privilege*) du *general counsel*, une Cour d'appel fédérale américaine a récemment dit que « les avantages principaux d'un juriste d'entreprise (*in-house counsel*) sur un *outside counsel* sont, d'une part, sa connaissance encyclopédique de l'entreprise et, d'autre part, la possibilité pour lui de conseiller les dirigeants sur d'importantes opérations dès leur stade initial, souvent bien avant que quiconque ne songe à consulter un cabinet d'avocats. » Pour cette Cour d'appel, « tout le monde s'accorde à conclure que les juristes d'entreprises sont en « première ligne » de la bataille pour assurer la conformité au droit tout en préservant la confidentialité des communications. »¹⁹

La cohérence de ce système doit beaucoup enfin à la très grande homogénéité des élites juridiques américaines (les procureurs, membres des agences, avocats, les juges et une partie des élites politiques ont reçu une même formation et ne cessent de circuler d'un de ces postes à un autre). Comparée à cette situation, la balkanisation de notre champ juridique entre avocats, juristes d'entreprise, magistrats judiciaires, juges administratifs et hauts fonctionnaires, est un handicap majeur. Des timides avancées ont été faites ces dernières années pour rapprocher les différentes professions juridiques et judiciaires. Et notamment l'idée d'intégrer un magistrat dans une grande

¹⁹ Teleglobe Communications Corp. v. BCE Inc., 493 F.3d 345 (3rd Cir. 2007)

entreprise pour y effectuer des enquêtes internes a été examinée, sans concrétisation encore à ce jour.

4. Soutenir la concurrence avec les juristes d'entreprise étrangers

Ce débat entre juristes d'entreprise ou avocats en entreprise a été résolu dans la pratique d'une manière pragmatique : par le recrutement de plus en plus fréquent de juristes non-français ou non formés en France pour y occuper le poste de directeur juridique. C'est le cas de 13 directeurs juridiques sur les 40 entreprises du CAC40. Il est vraisemblable que dans les FTSE 100, 95% sont anglais. Malheureusement la réciproque n'est pas vraie : on importe très facilement des étrangers mais on exporte très mal nos juristes français.

Un retard français ?

Comment expliquer une telle situation ? Les juristes français sont le plus souvent reconnus pour leur compétence et leur curiosité intellectuelle, le problème n'est pas là. Il semble que ce que les entreprises recherchent dans les profils étrangers et notamment souvent chez des juristes de *Common law*, ce sont moins des compétences qu'une certaine culture juridique, et plus précisément encore un certain respect du droit qui peut se traduire paradoxalement par une plus grande promptitude à négocier²⁰.

Les juristes français sont pénalisés de leur appartenance à une culture où le droit en général et le droit privé en particulier, ne sont pas très considérés. Les élites ne font pas de droit et le droit n'a pas véritablement d'élites. La France est un pays construit par des ingénieurs – les polytechniciens – et les énarques qui sont des sortes d'ingénieurs sociaux. On est frappé de voir à quel point l'entreprise française est tentée de reproduire en son sein, les mêmes hiérarchies que celles qui traversent toute sa culture. Ainsi, la direction financière occupe dans l'entreprise une importance équivalente à celle de Bercy dans l'État, le secrétariat général est tenu par un membre du conseil d'État qui est toujours aujourd'hui le gouvernement technique de la France, et la direction juridique est assurée par un ancien avocat ou un spécialiste de droit privé qui bute sur les mêmes incompréhensions que celles que rencontre ce domaine du droit dans notre pays qui semble moins noble que le droit public. On ne dénie pas au droit privé son existence, bien entendu, mais sa prétention à contraindre la décision publique (ce qui est le fondement même de la *Common law*). Et s'il s'avère qu'on ne peut faire autrement qu'appliquer le droit privé, on accuse immédiatement une dérive américaine... Heureusement cette culture évolue et les récentes amendes ont accéléré les prises de conscience.

Le contraste est fort avec des pays où les élites comptent beaucoup d'avocats. Dans les institutions politiques américaines ou anglaises, au contraire, le droit compte beaucoup. Le *general counsel* américain est adossé à un respect spontané de la culture américaine pour le droit. En France au

²⁰ Voir Supra p. 31.

contraire, les directeurs juridiques se heurtent à un certain antijuridisme français qui demeure très fort parmi les dirigeants.

Culturellement la compréhension du droit n'est pas la même. Le droit aux Etats-Unis est un facilitateur là où en France il représente plus volontiers l'interdit. La procédure est très valorisée aux États-Unis, même dans l'éducation des enfants et dans les rapports sociaux, car c'est elle qui permet de vivre ensemble. En France, il y a des formalités mais le jeu est plutôt de ne pas les suivre et de vivre ensemble à côté du droit. Le juriste d'entreprise porte toujours l'image d'un empêcheur de tourner en rond, qui dit toujours non. Cette attitude a peut-être un rapport aussi avec la religion : la religion catholique projette vers un idéal qui à la fois motive les acteurs et les fait désespérer de l'atteindre un jour. Alors que l'esprit protestant, pragmatique, est, lui, plus dans le concret, et toute abstraction qui s'évade de la réalité lui paraît un peu suspecte...

Ce n'est certes pas le lieu de comparer les mérites respectifs de ces approches mais le fait est que les cultures protestantes ont secrété cette extériorité de la loi et donc l'indépendance du juriste. Qu'elle soit minoritaire ou pas, peu importe : même si elle est atypique, c'est cette culture qui donne le la.

La difficulté de la France à se situer dans la mondialisation

Ces questions ont néanmoins induit une confusion en France selon laquelle on conçoit comme une « américanisation » ce qui relève en réalité d'une « mondialisation ». Celle-ci doit certes beaucoup à la culture américaine mais elle ne s'y résume pas : c'est une culture globale nouvelle qui est en train de se construire. Celle-ci tente de redonner une unité, des idées régulatrices au système.

Il est permis d'ailleurs de s'interroger si, dans la mondialisation, les entreprises ont encore une nationalité. Sur quel critère se fonder pour la déterminer ? L'actionariat ? Le lieu de cotation ? Le nombre de salariés dans le monde et où ils sont basés ? Le lieu du siège du conseil d'administration ? À regarder de plus près, il est trop sommaire d'opposer les entreprises nationales et les entreprises globales. Ce n'est pas par exemple parce qu'une entreprise américaine est *worldwide* qu'elle est nécessairement globale : elle est américaine et elle le sait. C'est moins vrai des grandes entreprises européennes qui sont contraintes de se montrer plus ouvertes sur le plan culturel. Ce n'est pas parce que la mondialisation se fait en anglais qu'elle est nécessairement américaine. Les entreprises européennes sont peut-être finalement plus « globales » que les grandes entreprises américaines.

La mondialisation crée deux catégories d'États : ceux qui ont les moyens d'avoir une vision géopolitique normative d'un côté, et ceux qui ont une attitude de protection et qui ne sont plus des acteurs de premier plan. La France souffre de ne pas avoir de vision géopolitique au-delà de la protection de ses champions. Peut-être n'est-elle plus l'échelle pertinente et qu'elle devrait se considérer comme une place parmi d'autres en Europe ? Dans ce sens-là, la présence de directeurs juridiques européens dans des entreprises françaises pourrait être un atout... à condition de l'exploiter.

La France n'a pas encore défini sa place dans la mondialisation. Cela contraste avec les Anglais qui ont, eux, une vision au contraire très claire : la City, Oxford, Cambridge, la langue anglaise, le libéralisme. Ce sont autant de places qui leur permettent de se lancer à la conquête du monde. La France n'a pas décidé, alors qu'elle dispose d'un riche patrimoine, y compris en termes normatifs. On ne peut que l'encourager à se doter d'une véritable stratégie qui devra inclure le droit, à condition de le moderniser et, pour cela, d'écouter ce que les juristes d'entreprise ont à lui dire.

III. ENJEUX EXTERNES : L'INGÉNIEUR ET LE MÉDIATEUR

1. Le droit comme arme commerciale

Le terme de « tiers inclus » renvoie à deux réalités : la place du directeur juridique comme représentant du droit dans l'entreprise d'une part et, de l'autre, le statut singulier du droit global. Pour comprendre cette place, il faut comparer le juriste d'entreprise et le conseiller juridique de l'armée dans la conduite de la guerre tous les deux doivent respecter des règles dans un rapport conflictuel sans droit en surplomb ; le sentiment d'obligation du droit est moins fort avec un étranger²¹, sentiment renforcé par la mondialisation. Dans les deux cas, il faut faire la guerre, remporter la bataille, gagner des parts de marché tout en se conformant au droit et, si c'est possible, en respectant la *rule of law*. C'est important sans être toutefois une nécessité absolue car, après tout, gagner en traître et faire des affaires en versant des pots de vin est toujours possible. Comment expliquer que le droit néanmoins se développe dans ces deux secteurs ? Peut-être parce que, sans le droit, la victoire perdrait de son éclat voire de sa signification profonde (la dimension ordalique de la guerre – le sort des armes c'est le verdict de Dieu - ou puritaine de la prospérité - le succès en affaire est signe d'élection divine). Mais aussi parce que le droit purge en quelque sorte la violence de la guerre d'une partie de sa sauvagerie. Et l'on peut en dire de même pour le business. Il n'en demeure pas moins que ce droit est d'un genre particulier car il ne peut avoir la force et la précision du droit national qui encadre *ab initio* les relations et dont les conflits sont réglés par des tiers institués. Le contexte si particulier de la guerre et de la concurrence entre « étrangers » fait passer du modèle de l'*agôn* à celui de *polemos*²².

Initialement, la guerre est une exonération quasi-totale du droit encore que certaines règles - d'honneur par exemple - encadrent le combat. Mais ce droit international de la guerre s'est considérablement développé au point qu'il

²¹ La mondialisation est vécue comme une mer (d'où l'imaginaire pirate) sur laquelle les infractions n'ont pas tout à fait la même signification.

²² Il s'agit d'une vieille opposition entre le combat oratoire selon des règles rhétoriques bien précises pour convaincre un tiers (l'*agôn*) et la guerre (*polemos*) où tous les coups - ou presque - sont permis.

est à la fois un ensemble de règles à respecter mais aussi une arme possible pour obtenir « sur un tapis vert » ou devant un banc de juges ce qu'on obtenait avant par les armes. Le droit peut devenir une arme qui va permettre d'obtenir par des procédures ou devant l'opinion, une victoire sans combattre. Ne peut-on pas en dire de même pour le droit où le propre du droit global, c'est de remplir plus de fonctions qu'à l'intérieur d'une communauté politique (encore qu'en son sein le droit comporte en germe des fonctionnalités analogues). Pour le *lawfare*, le droit peut disqualifier l'adversaire, le démoraliser voire de lui voler sa victoire²³.

Les différentes fonctions du droit dans l'espace global

On peut distinguer quatre fonctions distinctes du droit lorsqu'il est utilisé sur le plan global :

1- Le droit comme cadre sans lequel aucun échange n'est possible

Tout d'abord rend les opérations possibles (ce qui n'est pas le cas de la guerre) ; un contrat léonin n'est demeuré pas moins formellement un contrat en bonne et due forme. Il est un cadre.

2. le droit comme idée régulatrice

Ensuite il peut rendre les opérations commerciales *loyales* (un contrat équilibré mais aussi l'intégration d'autres préoccupations dedans comme la RSE), ce qui est à rapprocher de l'idéal de la *rule of law* dans le contexte international. La nouveauté vient de ce qu'il n'est pas contraignant mais procède d'un engagement volontaire (ce qui ne l'empêche pas d'être intéressé). En matière commerciale on peut ranger la lutte contre la corruption dans ce chapitre.

3. Le droit comme arme

Le droit peut aussi servir à gagner « sur un tapis vert », c'est le sens du *lawfare*, à vaincre sans faire la guerre ou à garder un avantage sur l'adversaire. Une des premières occurrences de cette idée vint d'une publication de l'armée de République populaire de Chine qui recensa une liste d'exemples de « non opérations de guerre », qui incluait « des lois internationales bénéficiant principalement à certains pays »²⁴. Cette liste incluait également « l'utilisation du droit commercial interne » qui peut selon les auteurs de ce livre « avoir un impact de destruction équivalent à une opération militaire ». On remarquera que le parallèle est immédiatement fait entre la guerre et le commerce. Ce rapprochement n'étonnera probablement pas les directeurs juridiques.

²³ Orde F. Kittrie, *Lawfare. Law as a weapon of war*, Oxford University Press, 2016.

²⁴ Qiao Liang & Wang Xiangsui, *Unrestricted warfare* (1999) translated by the CIA's Foreign Broadcast Information Service), cité par Orde F. Kittrie, *Lawfare...*, p. 5.

4. Le droit comme enjeu

L'importance stratégique du droit qui peut réaliser une très grande économie en vies humaines et en moyens induit un dernier état du droit global : il devient un enjeu du rapport de force et non plus le cadre, la finalité et non plus l'arme de la guerre commerciale. C'est le cas de stratégie judiciaire ou de lobbying pour faire « évoluer » le droit dans un sens favorable à ses intérêts.

Dans le cadre national, le droit remplit essentiellement la première fonction. Dans les relations commerciales internationales, le droit peut être une barrière douanière ou une protection contre la concurrence (lois de blocages ou dispositif anti-concurrentiel à travers le FCPA). Donc le droit est polymorphe et flexible, à la fois le cadre, ce qu'il y a au-dessus, mais aussi une arme, ce qui est à disposition, à la fois le tout et une partie du tout, l'indisponible et le disponible. Cette polyvalence est très intéressante mais aussi source de complication pour les directeurs juridiques car ces règles peuvent être parfois contradictoires.

Une réciprocité négative et positive qui produit un droit coutumier global

Toute compétition réclame à la fois des différences et des critères partagés qui permettent de se comparer. Dans le commerce international, ceux-ci sont bien sûr d'abord de nature économique mais aussi juridique. Le juriste d'entreprise fait la guerre économique avec des mots dans un contexte très particulier. De la même manière que la langue a besoin d'une grammaire pour que les phrases puissent avoir du sens et que les arguments puissent se comparer, les relations commerciales globales ont aussi besoin d'un minimum de droit pour que la compétition soit possible.

Le directeur juridique partage avec tous les juristes du monde une certaine culture commune même s'ils n'appliquent pas tous le même droit. Il se trouve donc dans la situation analogue à des interlocuteurs qui parleraient ensemble sans avoir tout à fait la même grammaire, ni le même vocabulaire. Il leur faut construire la grammaire et un vocabulaire communs tout en parlant. Le droit mondialisé est constitué par des règles traduisibles (les contrats, les paiements compensés, etc.) mais qui sont toujours en cours de constitution.

Le juriste d'entreprise se situe à mi-chemin entre la situation extrême de la guerre où tous les coups – ou presque – sont permis, et celle d'un acte de langage qui doit être performatif et se défendre au besoin devant un tiers, juge ou arbitre. Entre les deux s'intercalent la négociation et la transaction. Le droit global comme tiers inclus aux échanges en cours de constitution, résulte de cet équilibre entre la guerre qui lui donne son énergie aux échanges et le droit qui leur donne forme et ce faisant canalise, encadre et tempère cette agressivité. Le commerce mondial se situe entre la réciprocité négative de la guerre, dont elle emprunte quelques traits, comme la concurrence ou la lutte pour la puissance, et la réciprocité positive qui s'incarne, entre autres, par le droit (elle est aussi médiatisée par les objets et l'économie).

À travers tous ces échanges mi-conflictuels, mi-coopératifs, le juriste d'entreprise construit du commun juridique au niveau global. Celui-ci paraît

pauvre comparé au droit national mais il a aussi une autre forme. C'est un ensemble d'usages, de pratiques et de tâtonnements qui fait penser à une coutume en voie de formation. Elle est faite de l'ensemble des réponses co-construites, au terme d'échanges réciproquement investis du fait de l'importance des enjeux, par une communauté juridique en construction (dont les élites se retrouvent dans des cénacles comme ceux de l'arbitrage). C'est ainsi que se définit la grammaire élémentaire dont le commerce mondial a besoin pour fonctionner ; et qui constitue le tiers-inclus dans son second sens.

Une place inconfortable

Voilà donc la place incertaine et difficile du juriste d'entreprise. Il défend son entreprise mais il protège aussi la place de cette fonction en s'unissant avec les autres juristes. Comme le juriste des armées, il est pris entre deux loyautés. C'est pourquoi il peut être vécu comme « l'empêcheur de tourner en rond ». Sa position peut générer des dissensions internes dans lesquelles il n'est pas en position de force, sauf à être proche du dirigeant. Il a besoin de soutiens externes. Il est donc en conflit nécessaire et permanent avec les opérationnels – militaires sur le terrain ou commerciaux - qui, eux, veulent gagner la guerre. De la même manière le juriste d'entreprise veut contribuer au développement de son entreprise (et risque d'être licencié si celle-ci ne fait plus ses affaires). Il n'est pas nécessairement dans tous les secrets, mais il doit néanmoins décider et surtout c'est lui qui risque d'être inquiété par la justice en cas de manquement grave au droit.

Le tiers inclus sous sa double forme a donc d'une un visage humain – celui du directeur juridique – et, de l'autre, celui d'un corpus plus ou moins formulé de pratiques et de références implicites.

La stratégie de l'entreprise est donc la clé du développement de la fonction de directeur juridique mais pour apporter sa contribution spécifique, celui-ci doit utiliser une compétence très particulière, unique, qui consiste à évoluer dans une culture juridique radicalement nouvelle qui n'est à vrai dire pas encore convenablement décrite ni rigoureusement enseignée. Le bon directeur juridique d'une entreprise mondialisée est celui qui a compris ces nouvelles manières de faire et qui va savoir les utiliser au service de son entreprise. Et lorsque son entreprise se trouvera sous les fourches caudines d'une accusation, c'est encore une autre règle du jeu qu'il faudra suivre pour bien la défendre.

2. Participer à la création d'un droit global

Ce n'est pas seulement un nouveau vocabulaire du droit que le juriste d'entreprise doit apprendre, c'est une nouvelle grammaire qui exige de lui qu'il désapprenne les fondamentaux dans lesquels il a été éduqué. Quelles sont les nouvelles règles de cette grammaire ? Alors que le droit classique, celui du monde d'hier, reposait sur une séparation nette entre l'émetteur de la norme et celui qui devait s'y conformer, dans le droit global l'entreprise tend à décider elle-même du droit qu'elle s'engage à mettre en œuvre. Alors que notre

raisonnement reposait sur une claire distinction du droit et du fait, celle-ci tend à s'estomper dans le droit globalisé. Alors que la hiérarchie des normes était un repère précieux, les pratiques la mettent sans dessus dessous dans un mouvement de destruction créatrice.

Le monde, un espace sans cadre préétabli

L'entreprise, on l'a dit, c'est avant tout une légitimité à agir de sa propre initiative, à y associer d'autres personnes et à s'organiser pour cela, bref, c'est une autorisation à créer de toutes pièces un ordre juridique. Pour reprendre l'expression de Robert Lowe, elle est une « mini république »²⁵. Ce rêve prend un sens tout à fait différent selon que l'entreprise est localisée dans un cadre national ou qu'elle agit dans l'espace global exempt par définition de toute réglementation préalable puisqu'il est au-delà des États. Le monde se présente comme un espace sans cadre juridique ou politique préétabli, ce qui le fait ressembler à la mer. Il faut qu'il y ait des règles pour y instaurer un minimum de sécurité mais le moins possible et surtout, on peut agir sans autorisation préalable comme un pionnier ou un colon. C'est l'une des raisons pour lesquelles, les entreprises américaines sont si à l'aise car elles ont déjà connu cette situation dans leur histoire. « L'émergence des Grandes entreprises aux Etats-Unis est contemporaine de l'établissement progressif de l'ordre politique (déplacement continu de la frontière vers l'Ouest, chaos de la guerre de Sécession entre 1861 et 1865) dans un territoire difficile à contrôler »²⁶.

Ainsi, le rapport entre l'action et le droit est-il profondément différent dans la mondialisation et dans le contexte national. La déterritorialisation et l'ouverture au marché ouvrent une terre vierge à l'action (dont il faudra déposer les barrières et les cadres anciens notamment en Europe). « Dans le monde des affaires, la *Common law*, veut dire : « je fais ce que je veux, je vois ce qui se passe », alors que nous avons une culture différente : Quel est le texte que je dois respecter ? Quel est mon cadre ? {...} À la limite, nous n'avons que les conditions particulières, tout est déjà écrit »²⁷. Deux éléments vont normer l'action : les conséquences et donc une régulation *a posteriori*, et le conflit, c'est-à-dire lorsqu'une action rencontre une autre action adverse. Il existe donc bien une médiation par le marché et par le droit mais de manière seconde. C'est cette nouvelle chronologie qui perturbe les juristes continentaux formés à rechercher sans cesse où se trouve la réglementation qui leur permet d'entreprendre.

Une telle inversion des rapports entre le droit et l'action des entreprises explique en partie la centralité qu'a pris ces dernières années la question de la responsabilité, et notamment de la responsabilité sociale des entreprises (RSE).

²⁵ Basso, *op. cit.* p. 123.

²⁶ *Ibidem*, p. 137 en renvoyant à Alfred Chandler *La Main visible des managers*, Paris Economica, 1988.

²⁷ Béatrice Castellance, Yves Chaput, « *Common law – civil law : l'entreprise. Schéma d'un face-à-face* », cité par Basso, *op. cit.* p. 137.

Le droit est du fait et le fait est du droit

Lorsqu'une entreprise doit respecter autant de systèmes juridiques que de pays dans lesquels elle était implantée (Thalès doit travailler avec plus de 70 régulateurs à travers le monde), le droit n'est plus du droit mais un fait, une contrainte dont il faut tenir compte au même titre qu'une norme technique (et qui se confond souvent avec elle). Le droit perd alors un peu de son caractère normatif. Il s'opère une mutation extrêmement profonde du droit qui passe d'un statut normatif à un statut cognitif. Niklas Luhmann, dans une analyse prémonitoire, avait imaginé dès 1971 que le droit global allait se fragmenter non plus sur une base territoriale mais sur une base sectorielle. Le global nous ferait passer d'attentes normatives (droit, politique, moralité) à une vision cognitive (économie, science, technologie). Le passage d'un monde organisé sur un mode territorial et national vers une configuration globale se traduirait par le passage d'un monde normatif c'est-à-dire qui programme le monde par la norme, la politique ou la morale à un monde qui cherche à s'adapter constamment dans un rapport réflexif comme l'économie, la science ou la technologie. Le droit n'a de valeur que comme un élément du réel, un risque par exemple.

Le propre de l'État de droit, c'est que la réalité est *in fine* analysée au regard des catégories juridiques : « tel comportement constitue une infraction », par exemple. C'est l'autorité de la nomination du réel qui est confiée au juge. Mais dans le droit de la régulation, ce rapport s'inverse : la qualification économique de la réalité l'emporte sur le droit. « Ainsi, peu importe qu'un accord soit ou non doté de la force obligatoire, pourvu qu'il soit exécuté. L'exécution supplée l'absence d'obligatoire, l'exécuté se substitue à l'exécutoire, cette notion hautement juridique n'est plus requise »²⁸. On voit ici la confirmation d'un glissement général du droit formel vers le fait, d'un jugement de fait sur un jugement de droit.

Ce mouvement se fait également ressentir sur le contrat, principal instrument du commerce international. Ce qui fait loi, c'est non seulement les termes du contrat mais c'est aussi la réalité des négociations, son histoire, la technologie contenue. C'est la raison d'être du développement du *contract management*. Son idée directrice est qu'il faut sécuriser les relations par le fait, et par la mémoire du fait autant que par le droit, parce qu'aujourd'hui, la réalité contraint autant que les normes. Le droit est devenu inséparable du fait et un bon juriste d'entreprise doit non seulement bien connaître l'histoire des relations *contractuelles* mais aussi les dimensions techniques du contrat. C'est pourquoi les *contract managers* peuvent aussi bien être des juristes très au fait des enjeux techniques, qu'un ingénieur formé au droit. Pour comprendre le contrat, il faut se tourner vers la relation (cette importance de la relation se retrouve dans les « deals de justice »). Marie-Anne Frison Roche constate une « archaïsation » du contrat par le droit de la concurrence, qui nous fait passer de la catégorie juridique au lien²⁹.

²⁸ Marie-Anne Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, n°3, §48.

²⁹ *Ibidem*, n°3, §48.

Un bouleversement dans la hiérarchie des normes

La multiplicité des droits à respecter représente certes une contrainte pour l'entreprise mais elle lui offre aussi la possibilité de choisir son droit et d'installer ses activités dans le pays dans lequel les coûts de production, le niveau de protection sociale, la charge fiscale et la faiblesse du dispositif pénal, sont le plus intéressants. C'est ainsi que les entreprises sont devenues volages, modifiant par là-même le rapport de force avec l'État et ses contraintes. Ce phénomène a également changé les relations entre les entreprises et les États.

Alors qu'auparavant les sujets souverains entretenaient entre eux des relations de concertation, de coopération ou de compétition voire de comparaison armée, les entreprises étaient en revanche dans une relation d'une concurrence arbitrée par le marché. Voici que cette configuration s'est inversée : les États sont en concurrence pour obtenir l'investissement ou l'implantation d'une entreprise (et modifient donc leur droit en conséquence en assouplissant au besoin les garanties) et les entreprises entrent dans un rapport de négociation et de coopération avec les États. La mondialisation a ainsi renforcé le rôle de l'entreprise et l'a même, dans certains cas, placée au dessus des États. Certains PDG d'entreprise sont mieux reçus qu'un chef d'État ou qu'un chef de gouvernement. Le directeur juridique est en dialogue constant avec le régulateur et le juge, national ou étranger, et peut peser sur la modification d'un environnement réglementaire.

Le directeur juridique « passe au global » le jour où il comprend qu'il n'est pas seulement en charge de respecter toutes les contraintes des différents pays mais qu'il est responsable de l'équilibre interne, de la communication et de la bonne intelligence de toutes les filiales pour créer une culture commune, pour construire un ordre juridique semi-autonome au niveau mondial. Cet ordre est autant sécrété par le règlement interne que par la culture propre de l'entreprise. Ce droit est d'ailleurs beaucoup plus important pour elle que les différents droits nationaux qui s'apparentent non pas à de la *soft law* mais à des contraintes dont il faut tenir compte.

Les grandes entreprises inversent ainsi la hiérarchie des normes. Ce n'est plus le droit étatique qui s'impose au sommet mais plutôt les deals passés entre ces mastodontes et les États. Le droit externe, autrefois perçu comme le seul droit « dur », n'est plus nécessairement contraignant pour les entreprises qui peuvent faire exception (c'est ainsi que plusieurs lois peuvent s'appliquer sur un même territoire : la loi nationale pour le petit *business* et des traités de libre échange ou des traités bilatéraux pour le gros *business*), tandis que le droit « souple » s'impose *de facto* aidé de l'imperium du marché. Le règlement interne de l'entreprise globale prend parfois valeur de véritable constitution... mais une constitution sans corps constituant, ni juge constitutionnel. Le modèle normatif est plutôt de nature organique où c'est à la fois la fonction, les corps constitués et la tradition qui font loi. Si l'entreprise se réclame des valeurs libérales du marché à l'extérieur, elle fait souvent preuve d'un grand conservatisme à l'intérieur.

La RSE illustre la manière dont l'engagement se substitue silencieusement à l'obligation. Les appels d'offres par exemple exigent communément des

entreprises qu'elles s'engagent à respecter l'environnement et les droits sociaux et à embaucher un certain nombre de personnes en réinsertion ou handicapées. Nombre de ces nouvelles contraintes qui apparaissent connexes au contrat, sont en réalité déterminantes car c'est sur elles que se fait la différence. L'entreprise doit honorer spontanément nombre de nouvelles missions extra-économiques. D'où l'importance des engagements pris par l'entreprise qui s'imposent par une sorte d'auto-contrainte.

Parfois l'émancipation des droits nationaux va jusqu'à créer entre entreprises un véritable écosystème juridique particulier. Dans nombre de secteurs à commencer par l'informatique, les juristes des entreprises globales construisent une communauté normative qui partage un certain nombre de codes et de règles qui leur sont propres. Il n'existe plus aucune référence à un quelconque territoire mais un paquet de relations dans un environnement particulier. L'expression écosystème implique l'idée d'un petit monde qui sécrète lui-même son environnement normatif à l'image de la nature. La difficulté néanmoins se présente lorsqu'une des parties veut revenir à un ordre juridique étatique : la compatibilité n'est pas toujours possible.

Une dynamique destructrice et créatrice

N'est-ce pas trop prêter au crédit des juristes d'entreprise que d'y voir les artisans de la globalisation ? Ne sont-ce pas plutôt les ingénieurs et les capitaines d'industrie, les Steve Job et Jack Welch, qui ont fait ce monde ? Bien sûr, mais ils n'auraient rien pu faire sans des juristes pour mettre en forme leurs découvertes ou traduire leur audace. Les juristes sont les artisans le plus souvent méconnus de ce monde en construction : les uns lui donnent sa force mais ce sont les juristes qui lui donne sa forme.

Pour cela, les directeurs juridiques aussi ont du faire preuve d'innovation et d'audace. L'enjeu des entreprises globales dont le directeur juridique est la cheville ouvrière, n'est pas seulement de respecter les règles émises par les quelques sources de droit global qui ne sont plus dans les États mais dans les agences américaines, les institutions internationales, la commission européenne et les grandes cours mondiales, le véritable enjeu c'est « d'être capable d'être en avance sur la régulation officielle »³⁰ c'est d'énoncer des règles mieux, avant et sur des territoires plus vastes que les États ! Les entreprises vont tout faire pour échapper à la tutelle des États : elles se présentent comme des institutions pour contourner les institutions publiques.

En témoigne l'affaire *Google Spain*³¹ qui a condamné la grande firme de la Silicon Valley à respecter le droit à l'oubli. L'entreprise a immédiatement réagi à la condamnation en constituant un groupe d'experts chargé de proposer des solutions, groupe très pluraliste incluant des opposants déclarés à l'hégémonie de la grande firme. Elle a donc pris les devants par le truchement d'une légitimité procédurale (et non plus organique) de façon à créer elle-même une *Google Law* intégrant les préoccupations des régulateurs et des juges globaux

³⁰ Basso, op. cit., P. 173. Nous soulignons.

³¹ Cour de justice de l'Union européenne, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* (C-131/12) rendu le 13 mai 2014.

mais sans toutefois s'y soumettre comme un citoyen se soumet à la loi de son pays.

« Le mandat incitant l'entreprise à poursuivre son propre intérêt, lui-même un produit du droit, encourage en fait les entreprises à outrepasser la loi » estime J. Bakan³². Le directeur juridique est au cœur d'un impératif contradictoire : en tant que juriste, il doit faire respecter le droit mais en tant qu'acteur du droit mondial, il doit faire évoluer le droit et pour cela le bousculer. C'est à la fois enthousiasmant et particulièrement difficile. Car le droit de demain est supposé passer par une destruction du droit actuel. La question de la transgression est très contemporaine pour les entreprises du net qui se fondent sur une subversion nécessaire, par certains points révolutionnaires du droit. C'est le fameux principe, si cher au capitalisme, de destruction créatrice.

Le rôle de la direction juridique est donc aussi de subvertir la loi au nom d'une loi supérieure. Laquelle ? Au nom de quoi l'entreprise peut-elle prétendre être en avance sur les États qui continuent pourtant de détenir la légitimité politique ? La nature de l'entreprise et de « son principe de mouvement », c'est-à-dire sa réalité la plus profonde n'est pas décidée politiquement mais résulte directement de la puissance des marchés financiers. Il ne faut pas cependant s'arrêter à cette loi du marché qui n'est peut-être qu'un relais.

Le phénomène actuel de « déséconomisation » ne peut être compris seulement comme une ruse du capitalisme : il indique que la force de l'entreprise puise plus profondément que dans la loi du marché : elle tire son énergie et sa légitimité de la loi du mouvement. C'est cette dernière qui lui confère ce supplément de force et de légitimité qui fait la différence avec les institutions étatiques. La loi du marché a valeur de supra-légalité comme au cours du XXe siècle la loi de la nature ou la loi de l'histoire³³. Ce qui compte ultimement, c'est la vie libérée par ce mouvement. Cette loi du mouvement est portée par une pulsion de vie ce qui explique que l'entreprise globale s'appuie plus sur une philosophie de la vie que la visée d'un monde commun. L'entreprise s'appuie sur le désir de maximiser sa vie, de s'enrichir. La globalisation est une immense libération d'énergie.

L'entreprise fait cause commune avec la liberté individuelle pour contourner l'État. Elle a profité de la logique libérale d'opposition à l'État qui était réservée à l'individu en raison de la fragilité de son corps et de son aspiration à la liberté, pour s'affirmer et se légitimer. L'entreprise s'appuie sur la liberté individuelle et sur la vie pour justifier son emprise sur le monde. Elle est investie – encore plus depuis le numérique – d'une mission émancipatrice et civilisatrice.

³² Cité par Basso, op. cit.

³³ Hannah Arendt, *Le système totalitaire. Les origines du totalitarisme*, Points, Seuil,

3. Défendre son entreprise dans une justice systémique

Dans le monde d'hier, l'initiative de l'enquête revient aux autorités, l'accusation est portée par le procureur et l'on ne demande pas à l'accusé de s'auto-incriminer, ni à la défense de collaborer, pas plus que l'on n'attend que le condamné accepte sa peine. Dans cet univers global, une entreprise se protège de l'accusation par l'auto-dénonciation et l'aveu, se défend par la coopération et acquiesce à sa condamnation en réformant ses structures. C'est aux antipodes du modèle de la justice pénale classique et du modèle d'une autorité externe qui enquête, accuse et punit.

Le premier lieu de la justice n'est plus dans les tribunaux (qui sont souvent contournés), ni dans les lois (souvent inexistantes ou pléthoriques) mais dans l'entreprise elle-même et plus particulièrement dans son organisation. Cela n'est pas illogique dans une représentation du monde où les États territorialisés et les sociétés sont congédiés et où il n'y a que des individus et des entreprises.

L'auto-dénonciation

Lorsqu'une entreprise travaille avec près de 70 régulateurs nationaux qui ont tous leurs habitudes, leurs phobies et leurs spécificités, il est pratiquement impossible de ne pas commettre d'erreur. Dans ces cas-là, la meilleure défense ne consiste pas à cacher la faute mais à prendre les devants en se dénonçant soi-même. Le rôle du directeur juridique est de conseiller l'aveu de façon à prévenir des problèmes ultérieurs et plus graves. Le DOJ et la SEC ont prévenu qu'ils accorderaient une « grande importance à l'auto-dénonciation, ainsi qu'à la coopération et aux efforts de réhabilitation » pour déterminer leur offre de transaction aux entreprises³⁴ et notamment leur choix de proposer un *Non Prosecution Agreement* (dans lequel l'entreprise n'est pas poursuivie pénalement) plutôt qu'un *Deferred Prosecution Agreement* (qui se borne à suspendre l'action pénale) ou d'exiger un *Guilty Plea* dans lequel l'entreprise doit plaider coupable.³⁵

Le directeur juridique doit expliquer aux dirigeants qu'ils doivent montrer au régulateur sa volonté d'anticiper et d'agir dès qu'il a eu connaissance de faits suspects. Il fut reproché aux entreprises françaises de n'avoir réagi qu'aux *subpœnas*, c'est-à-dire aux injonctions officielles de la justice américaine. Ce qui est désormais attendu, c'est de devancer l'action de l'administration de contrôle.

La coopération

Désormais c'est par la coopération que l'on se défend, par une véritable coopération qui joue le jeu (ce qui est très éloigné de la culture française). Ce que n'ont pas fait certaines banques françaises, ce qui a d'ailleurs été souligné par les autorités américaines. D'où l'importance de la relation et notamment de la qualité de la coopération avec les autorités fédérales américaines ; d'une

³⁴ Department of Justice & Securities & Exchange Commission, « A Resource Guide to the U.S ». *Foreign Corrupt Practices Act* (2012), page 54.

³⁵ *Id.*, pages 77-79.

véritable coopération avec les autorités, qui n'a pas de correspondant dans la culture française qui est plus « confrontationnelle ». En France, on ne négocie pas en général avec le pouvoir, on s'y soustrait, on se dissimule ou l'on courbe l'échine.

Une fois prise la décision de coopérer, il faut le faire jusqu'au bout. La volonté de coopérer doit se marquer également après la conclusion de l'accord, dans la détermination à se doter de moyens pour que de tels faits ne se reproduisent plus. Le degré de coopération est évalué par comparaison avec d'autres dossiers analogues et la coopération « exemplaire » est récompensée : plus l'entreprise coopère tôt, totalement et inlassablement, plus elle augmente ses chances de diminuer le montant de la sanction financière encourue, voire d'aboutir à l'abandon des poursuites à son encontre.

La négociation

Le comble du droit global se trouve dans la négociation, art auquel le directeur juridique est de plus en plus rompu. Il n'a d'autre choix que de l'être tant celle-ci prend une place grandissante y compris dans le droit. La négociation est au cœur du *business* mais cette logique s'est récemment étendue à la justice. À tel point que l'on a pu parler de « deals de justice » dans une sorte d'effet miroir entre l'acte qui inaugure toute relation commerciale et celui qui éteint tout différend y compris avec les autorités. Nous sommes peut-être sur le point de franchir une étape supplémentaire dans cette emprise puisque la justice négociée tend non plus à se dérouler à l'ombre du droit, comme une alternative aux rigidités et aux incompréhensions des systèmes juridiques étatiques, mais à s'installer dans le paysage global comme un secteur autonome. En témoigne le succès de la justice transactionnelle qui se pose comme la solution d'avenir pour toutes les infractions relatives à la corruption : elle propose une dénonciation spontanée mais qui ne reconnaît aucune responsabilité, le versement d'une somme au trésor public qui ne doit surtout pas être assimilée à une amende et l'homologation d'un engagement par un juge dont il est dit expressément qu'elle ne sera pas un jugement. « J'aperçus l'ombre d'un cochet qui tenant l'ombre d'une brosse en frottait l'ombre d'un carrosse » ...³⁶

Le succès de cette nouvelle forme de justice négociée ne s'explique pas uniquement par sa souplesse c'est-à-dire comme la réponse la plus adaptée à la sophistication interne des droits, à leur multiplicité voire à l'expansion d'une prédictibilité du droit due aux instruments techniques qui se perfectionnent chaque jour davantage ; non, elle devient une forme de justice à part entière car elle paraît par son coût, sa rapidité et son adaptabilité, la mieux appropriée à la *business continuity*. Les affaires, comme la vie, sont des flux qu'il ne faut pas entraver, ou le moins possible. Cela explique que le comble du droit global soit... sa disparition ! À l'image du comble du directeur juridique qui doit capitaliser une somme de connaissances techniques impressionnante pour finalement ne pas s'en servir.

³⁶ Charles Perrault issue de Sixième livre de *l'Enéide Travestie*

La *compliance*

Le système de justice qui se met en place peut être qualifié de « systémique ». On peut parler de justice systémique lorsque l'on oppose au dysfonctionnement d'un système, un autre système ; il y a ainsi une sorte de congruence entre l'origine du mal causé – le dysfonctionnement d'un système car le marché porte en lui la corruption – et le remède imaginé : la *compliance*. Cette dernière inaugurerait un nouveau modèle de justice : la justice systémique.

Alors que dans le droit pénal classique c'est l'intention qui est le plus souvent prise en compte et que l'on réprime, dans la justice systémique, le but est de corriger un système et de lui permettre d'intégrer de bonnes informations de façon à ce qu'il redresse son fonctionnement (et non pas de fustiger l'immoralité des hommes ou de les décourager par la menace d'une peine). Punir dans le même registre que le mal causé disait Montesquieu, là c'est une nouvelle rationalité de la peine qui se fait jour qui a pour finalité de réparer non pas l'ordre moral du monde mais le système qui en assure la stabilité.

Point n'est besoin d'insister sur la nouveauté et l'étrangeté de cette nouvelle culture juridique globale pour la culture juridique classique française. Les directeurs juridiques ont acquis dans ce domaine une compétence et une souplesse qui devraient inspirer les pratiques nationales. Les acteurs traditionnels du procès vivent en général assez mal le « *plea bargaining* » et la justice transactionnelle mais c'est pourtant la direction dans laquelle il faut aller. Un grand travail est à faire pour lequel le savoir faire des directeurs juridiques sera précieux.

Le directeur juridique sera donc évalué sur sa capacité à jouer de tous ces nouveaux usages du droit global : usages astucieux, créatifs, *border line* ou franchement de l'autre côté de la ligne jaune. Tous les cas de figures se rencontrent dans la réalité et finalement, s'il n'écoutait que les dirigeants, le directeur juridique n'hésiterait pas à pousser toujours plus loin la créativité et l'audace pourvu qu'ils servent les intérêts de l'entreprise. Mais voilà, le directeur juridique est également juriste et citoyen, et il ne peut se lancer dans n'importe quelle opération sauf à se renier lui-même, à violer le serment implicite qu'il a pris à l'égard du droit et de la justice. Cela nous conduit à ce qui constitue le cœur du directeur juridique qui le renvoie à lui-même : sa conscience.

IV. ENJEUX MORAUX : COMPLICE, DISSIDENT OU FUSIBLE

Qu'il s'agisse des enjeux internes à l'entreprise ou externes vis-à-vis du monde, à chaque fois le directeur juridique est renvoyé à une tension qui fonde sa fonction, que l'on pourrait appeler le dilemme du tiers inclus. Le directeur juridique navigue entre deux lois, celle du profit que poursuit l'entreprise et celle du droit qui répond à des valeurs extra-économiques ; il doit manier ces deux logiques : la logique cognitive (qu'il partage avec les autres dirigeants) et une autre logique plus étrangère à l'entreprise : la raison juridique. Assumer une fonction stratégique signifie pour le directeur juridique de combiner les deux... jusqu'à un certain point. C'est aussi par sa capacité de rupture qu'il se définit.

1. Un réel conflit de loyauté

Le rôle du directeur juridique aujourd'hui est de s'assurer de la convergence entre ces deux logiques qui ne va pas de soi. Ben Heineman l'affirme de manière très volontariste en prônant la fusion de la performance économique et de l'intégrité morale : *High Performance with High Integrity*³⁷. Ce point de vue procède d'un certain concordisme : l'intérêt de l'entreprise concorde *in fine* avec l'intérêt de la société. Il appartient à la même famille de concepts que celui de la main invisible mais sans toutefois se confondre avec lui car il ne vise pas l'autorégulation mais la convergence entre l'intérêt de l'entreprise et l'utilité sociale, et concernant le directeur juridique entre l'intégrité et la performance. Cette proposition peut se lire dans les deux sens : il faut être vertueux car cela augmentera vos performances. La description que fait Ben Heinemann de son métier, au terme d'une longue et brillante carrière, est à la fois très séduisante et très révélatrice des évolutions du *business* global dans les trente dernières années. Elle est aussi très empreinte d'une vision anglo-américaine de l'entreprise, et de « l'éthique protestante du travail ». Heinemann décrit en effet un groupe social où chaque individu porte la responsabilité de la moralité de l'ensemble, mais il n'a pas conscience que c'est une vision typiquement américaine et comprend difficilement que ce qui va de soi pour lui est particulier, propre à sa culture.

Le conflit entre ces deux logiques, qui en constitue peut-être l'épreuve ultime, c'est la corruption. La corruption est le point aveugle de la loi du marché : si l'entreprise doit tout en œuvre pour gagner un marché, qu'est-ce qui va la décourager de corrompre un agent étranger ? Le cas de conscience du directeur juridique se posera quand il devra choisir entre ces deux logiques au risque de perdre son poste (et parfois d'être mis au ban de la communauté professionnelle).

Nous avons été surpris à plusieurs moments de notre étude de rencontrer des hommes et des femmes d'entreprises qui s'interrogeaient sur le sens et les

³⁷ Ben Heineman, *High Performance with High Integrity*, *Harvard Business Review Press*, Boston, Mass. 2008.

conséquences de leurs actions et de leurs choix stratégiques. Mais ce n'est pas qu'une affaire de moralité individuelle, il faut également prendre en compte les déterminismes sociaux qui traversent leur action (qui sont commun à tous les acteurs sociaux sans exception³⁸). La raison entrepreneuriale, qui repose sur la logique du profit et la nécessité de persévérer dans l'être, sont des réalités objectives qui transcendent et déterminent la volonté des hommes et des femmes qui font l'entreprise. Le tout dépasse les individus qui la composent et les conséquences de l'action de l'entreprise peuvent contredire leur intention initiale.

C'est parce que cette convergence ne va pas de soi et que la moralité individuelle ne suffit pas que la fonction de directeur juridique est si importante. C'est dans le conflit de normativités qu'il va affirmer sa véritable responsabilité sociale dans le sens le plus fort du terme. C'est dans le prix qu'il sera prêt à payer pour faire primer le droit que le directeur juridique se révélera non seulement personnellement mais aussi professionnellement. C'est en effet plus dans sa capacité à résister que dans son agilité à trouver des solutions à toute opération, y compris les plus suspectes, que la profession conquerra sa reconnaissance publique. Ce qui fait la noblesse d'une profession, c'est bien sûr l'importance de la tâche qu'elle accomplit pour la collectivité – et nous avons vu qu'elle était potentiellement immense – mais c'est aussi - voire surtout - l'éthique dont il fait preuve pour en garantir l'accomplissement.

Ce conflit est parfois nié par la profession qui tient pour acquis que les directeurs juridiques choisissent toujours la bonne solution comme par grâce d'état. Il s'agit là d'une attitude corporatiste bien ordinaire dont l'expression est néanmoins plus forte quand il s'agit de l'entreprise. Celle-ci a compris avant tout le monde l'importance de la communication, ce qui l'a amenée à produire un discours sur elle-même qui peut masquer ses vrais enjeux. Elle n'en est pas moins traversée de contradictions comme toute activité humaine. On ne les résoudra pas par des solutions magiques ou par des homélies mais en prenant en compte les cas de conscience du directeur juridique qui est aussi un homme, un citoyen qui a ses propres aspirations et qui vont créer des tensions internes dans l'entreprise entre la fonction *compliance* et la fonction commerciale.

2. Des solutions

Une solution, comme souvent dans ces débats sur l'indépendance, est de s'en remettre à la force de caractère du directeur juridique. Mais il y a fort à craindre que cela ne suffise pas. Une deuxième solution pour résoudre ce conflit est d'édicter des normes éthiques, d'établir des standards moraux, de dresser des murailles de Chine, de prévoir des recours et tout un ensemble de procédures. La finalité ultime de l'entreprise, au regard de laquelle seront arbitrés tous les dilemmes, c'est de faire croître sa valeur au bénéfice de ses

³⁸ Voir à ce sujet Pierre Bourdieu, Jean-Claude Chamboredon, Jean-Claude Passeron, *Le métier de sociologue, Préalables épistémologiques*. Éditions de l'EHESS, Paris 2006 (réed.).

actionnaires. La « forme entreprise » est cependant particulière car elle ne bénéficie pas de forces de rappel internes susceptibles de contrebalancer ce principe. C'est pourquoi il est exagéré de parler d'autorégulation : l'entreprise devra chercher sa régulation à l'extérieur, de manière hétéronomique, chez un juge ou une agence publique de sa nationalité ou étrangers.

Une troisième voie va tenter de résoudre ce conflit de loyauté par le marché lui-même. C'est une voie moyenne en ce qu'elle nie partiellement le problème puisque c'est une des logiques – la logique du marché – qui permet de résoudre ce conflit. Pour d'autres, ce conflit n'est qu'apparent et résulte d'une analyse de courte vue : choisir l'intérêt du *business* contre l'intégrité juridique est un mauvais coup porté au droit et une mauvaise décision pour l'entreprise. Parce que si le marché rétribue à court terme les corrompus, il finira par les sanctionner voire les exclure.

Le marché est donc à lui seul incapable d'organiser les forces de rappel qui devront être décidées et mises en œuvre de manière volontariste par des autorités étatiques. C'est le sens de la politique américaine ces dernières années qui a utilisé la force de son marché pour faire respecter certains standards en matière d'éthique des affaires. Puisque le marché est imparfait, il va être aidé par le régulateur américain et sa politique de « Deals de justice » qui va recoder la corruption en termes économiques en la transformant en un risque commercial majeur. L'État américain a pragmatiquement pris acte que le risque était le seul langage que l'entreprise comprenne. En transformant la corruption en risque, les autorités américaines permettent de formuler un dilemme non plus en termes normatifs mais en termes cognitifs.

3. La ressource symbolique de l'indépendance

La question des garanties de l'indépendance du directeur juridique vis-à-vis des dirigeants reste un problème central. Comment le protéger lorsqu'il sert de fusible ? Parce qu'il est aussi salarié de l'entreprise, la difficulté pour lui sera de trouver les ressources symbolique, psychologique et sociale nécessaires pour s'opposer à la direction qui l'emploie. C'est là que la culture juridique, le respect spontané pour le droit et la force d'une profession entrent en ligne de compte. Ben Heinemann ne voit pas la nécessité d'un relais par la culture et à défaut par les clubs ou associations qui doivent soutenir les individus ; il ne la voit pas parce qu'il appartient à une culture juridique qui les fournit. Nous en voyons, quant à nous, plus cruellement le manque dans la culture de notre pays.

CONCLUSION

Notre première découverte dans cette enquête a été humaine : nous avons été impressionnés par l'accueil qui nous a été réservé, par la hauteur de vue des professionnels que nous avons rencontrés, par leur modestie également, qui parfois confinait à une sorte de complexe d'infériorité. Quel paradoxe ! Ce rapide parcours des enjeux et des dilemmes qui traversent aujourd'hui les directeurs juridiques aura montré, on l'espère, à quel point ces fonctions sont passionnantes et surtout nouvelles. En les suivant, nous avons rencontré tous les principaux enjeux du droit vivant contemporain. On aura mesuré également la richesse de l'expérience accumulée, une vision à vrai dire unique. Un savoir professionnel très précieux... qui va se perdre s'il n'est pas formalisé, transmis, partagé, discuté, critiqué. D'où les idées sur lesquelles nous aimerions conclure.

La première concerne l'urgence de rapprocher en France les différentes professions juridiques et de faire mentir ce constat que dans notre pays, les élites ne font pas de droit et le droit n'a pas d'élites. Une telle division est contre-productive, elle est devenue un luxe que nous ne pouvons plus nous offrir. Il faut prendre conscience qu'aujourd'hui un milieu juridique fort et respecté dans la mondialisation, est à la fois pluriel et réuni autour d'un consensus clair. Tout le contraire de notre milieu juridique balkanisé où chaque profession se méfie des autres. Nous avons souligné la nécessité d'organiser cette coproduction du bien commun par l'État et les entreprises mais si la puissance publique veut mieux travailler avec le secteur privé, elle doit faire l'apprentissage d'un langage commun. Cela ne concerne pas que l'université ou la haute fonction publique mais plus généralement le débat public braqué sur des clichés voire des fantasmes.

Le monde des juristes d'entreprise et celui de la réflexion sont encore trop éloignés. Certes des universités ont ouvert, ces dernières années, des mastères spécialisés en *contract management* ou en *compliance*. Ces initiatives méritent d'être saluées mais il ne faudrait pas que l'université se borne à laisser les clés à des professionnels sans s'emparer au fond de ces matières. C'est essentiel car aujourd'hui, l'innovation dans le monde juridique des affaires vient des directions juridiques plus que de n'importe quelle autre profession juridique (avocats, juges ou professeurs). Il faut abandonner une formation exclusivement technique pour enrichir nos cursus de matières plus ouvertes comme la culture juridique ou la stratégie juridique. Celle-ci, on l'a vu, est centrale, mais comment l'enseigner ? Et avant cela, comment la constituer en champ de savoir ? Il y a un besoin urgent de tenter de construire cette notion de stratégie juridique qui renvoie à des enjeux pratiques et théoriques. Nous espérons avoir au moins esquissé l'importance des questions philosophiques soulevées par la place que prennent aujourd'hui les entreprises. Décidément les directeurs juridiques ont beaucoup à nous apprendre.

Annexes

Membres du groupe de travail

- Bertrand Allain, Schneider
- Ségolène Bourguignon, IHEJ
- Anne-Lorraine Bujon, IHEJ
- Harold Epineuse, IHE
- Antoine Garapon, IHEJ
- Francois Garnier, Pfizer
- Pierre Laporte, Cercle Montesquieu
- Laure Lavorel, CA Technologies
- Stéphane Lefer, Cercle Montesquieu
- Anne-Sophie Le Lay, Renault
- Claire-Olive Lorthioir, Oracle
- Philippe Melot, Legal team associates
- Alexandre Menais, Atos
- Eric Michel, Total
- Rémy Rougeron, Thalès
- Eric Sandrin, Kering
- Daniel Schimmel, Foley Hoag
- Joseph Sievers, SFR
- Carole Xueref, Essilor

Liste des personnalités interviewées

- Olivier Chaduteau, 13 octobre 2014
- Hervé Delannoy, 22 septembre 2014
- Nicolas Guérin, 29 juillet 2014
- Ben Heinemann, 15 octobre 2014
- Laure Lavorel, 26 septembre 2014
- Philippe Melot, 3 septembre 2014
- Alexandre Menais, 22 septembre 2014
- Rémy Rougeron, 11 juillet 2014
- Jean-David Sichel, 29 septembre 2014
- Adam Smith, 13 février 2015
- Eric Thomas, 20 octobre 2014
- Carole Xueref, 2 mars 2015

Dates et sujets des séances de brainstorming

- « Du contentieux à la *compliance* », 3 décembre 2014
- « Du local au global », 17 décembre 2014
- « Juriste, manager, stratège », 21 janvier 2015
- « La responsabilité sociale des entreprises », 16 mars 2015

Coordinateurs du rapport

- Sarah Albertin, IHEJ
- Ségolène Bourguignon, IHEJ
- Anne-Lorraine Bujon, IHEJ
- Edouard Jourdain, IHEJ

Remerciements

L'équipe de l'IHEJ remercie le Cercle Montesquieu pour sa confiance et pour tous les contacts qu'il lui a permis de nouer, qui durent bien au-delà de cette étude ; ainsi que tous les professionnels qui lui ont consacré généreusement leur temps. Elle tient à remercier aussi Daniel Schimmel qui a relu attentivement ce manuscrit et enfin Pierre Laporte dont l'expérience et la science entomologique ont été des guides précieux pour décrypter le monde mystérieux des organisations.