

Essor de la proactive law

Cet article examine l'évolution du rôle des juristes d'entreprise. Certains courants de recherches, en particulier ceux liés au mouvement proactive law, ambitionnent de fournir de nouveaux outils aux directions juridiques afin de faire évoluer le rôle de pompiers qui leur était habituellement dévolu vers une fonction de concepteurs et de partenaires business de l'entreprise.

PAR HELENA HAAPIO

à propos de



HELENA HAAPIO

Helena Haapio est une ancienne juriste d'entreprise et une pionnière du mouvement proactive law. Elle est actuellement professeure de pratique et professeur de droit proactif et de conception de contrats à l'université de Laponie, professeure associée de droit des affaires à l'université de Vaasa et stratège contractuelle chez Lexpert Ltd. Elle a cocréé la bibliothèque de modèles de contrats WorldCC et a récemment co-édité deux livres pour Edward Elgar, l'un sur la conception de contrats et l'autre sur le management juridique. Pour plus de détails, voir http://www.lexpert.com/our_team.

Traditionnellement, une grande partie du travail d'un juriste d'entreprise consiste ou consistait à réagir à un événement : une action en justice ou une enquête est lancée, un problème majeur survient, un incident se déclare et l'équipe juridique est sollicitée. C'est ainsi que dans le passé, les entreprises ne se tournaient vers leurs avocats que lorsqu'elles étaient approchées - ou menacées - par d'autres avocats.

Il n'est dès lors pas étonnant que les juristes d'entreprise aient été affublés de surnoms, qui n'étaient pas tous particulièrement flatteurs, comme celui de "Dr. No", ou qu'ils aient été qualifiés de "centre de coûts" ou de "frais généraux" ou encore de "mal nécessaire". Cette perception de la fonction juridique contribue encore aujourd'hui à ce que les résultats de leur travail ne soient pas nécessairement appréciés à leur juste valeur. Prenons l'exemple des contrats : bien que l'activité économique d'une entreprise dépende de ses contrats, de nombreux dirigeants ne s'y intéressent pas.

Dans cette perspective, les prestations juridiques peuvent être comparées à des soins médicaux : diagnostic, traitement et, le cas échéant, orientation vers un spécialiste. Autant d'étapes qui interviennent après que le patient a eu un problème. Ainsi les soins ont-ils longtemps été essentiellement réactifs. Vous tombez

malade, vous vous faites soigner. Si vous avez un problème juridique, vous vous adressez à un avocat. Les juristes d'entreprises doivent s'éloigner de ce modèle et d'ailleurs, nombre d'entre eux adoptent déjà une approche proactive, consciemment ou intuitivement, dans le cadre d'une bonne pratique du droit. Toutefois, faire évoluer les mentalités sur le rôle que doivent jouer les juristes est plus difficile. L'émergence du mouvement proactive law et, plus généralement, de l'approche law & management, en tant que disciplines universitaires, peut contribuer à ce changement.

ORIGINES DU DROIT PROACTIF : LE DROIT PRÉVENTIF

Dans la pratique de la médecine, l'accent est mis de plus en plus sur la prévention des maladies. De même, dans d'autres professions, comme la gestion de la qualité, on sait depuis longtemps que la prévention est plus efficace que le contrôle et les mesures correctives. L'examen rétrospectif des crises juridiques passées n'est plus la seule façon pour les juristes de voir les choses. Un nombre croissant de juristes et de managers voient désormais les avantages d'une réflexion et d'une démarche juridiques proactives.

L'idée de proactivité dans la pratique du droit - ou de prévoyance juridique - n'est pas nouvelle en soi. Le courant



réflexion ont fusionné les principes communs à toute démarche qualité et à la gestion des risques avec les enseignements du droit préventif, ajoutant ainsi une dimension de proactivité à la dimension préventive. Ce mouvement a trouvé un écho parmi les partisans aux États-Unis et en Europe de l'utilisation du droit comme source d'avantages concurrentiels. C'est ainsi que, notamment, le comité économique et social européen a émis un avis intitulé "L'approche proactive de la pratique du droit : un pas en avant vers une meilleure réglementation au niveau de l'UE", publié au Journal Officiel de l'UE en 2009.

Dans le contexte de l'entreprise, en plus de minimiser les problèmes et les risques, les partisans du droit proactif se sont concentrés sur l'amélioration des opportunités et la création de valeur.

En utilisant l'analogie médicale, leur objectif n'est pas seulement de prévenir les problèmes ou la mauvaise santé juridique, mais de promouvoir plus largement le bien-être juridique : intégrer les connaissances et les compétences tacites juridiques dans la culture d'entreprise, la stratégie et les actions quotidiennes afin de garantir les résultats escomptés, trouver un équilibre entre les risques et les gains et prévenir les problèmes. Au lieu d'attendre qu'un "incendie" se déclare, un juriste proactif fait équipe avec son client pour identifier les défis et les opportunités susceptibles de se présenter à l'avenir. Ensemble,

proactive law trouve en effet ses origines dans le droit préventif, une approche du droit qui s'efforce de minimiser le risque de litige et d'assurer une plus grande certitude quant aux droits et obligations des différentes parties. On peut notamment faire remonter cette idée à Louis M. Brown, un auteur américain, et ce dès les années cinquante.

Ce dernier a emprunté à la médecine préventive des méthodes visant à empêcher l'apparition de maladies – les "maladies" étant ici des problèmes, des différends et des litiges juridiques. En outre, il a souligné le rôle du juriste en tant que planificateur, conseiller et agent de résolution des problèmes : une personne qui ne se contente pas d'appliquer des règles juridiques à des faits qui se sont produits dans le passé ou de prédire ce qu'un tribunal ferait,

mais qui, au contraire, applique ses connaissances juridiques pour créer des faits futurs et planifier une conduite pour l'avenir, en cherchant à prédire et à influencer ce que les autres personnes feront.

Le tableau ci-dessous illustre le changement d'état d'esprit et d'orientation que les partisans du droit préventif ont proposé depuis les années cinquante..

SE CONCENTRER SUR LA CRÉATION DE VALEUR

Le mouvement proactive law est apparu dans les pays nordiques à l'instigation d'une petite équipe de chercheurs et de praticiens finlandais (dont je fais partie) à la fin des années quatre-vingt-dix et au début des années deux mille.

Les tenants de ce mouvement de

LE DROIT PRÉVENTIF : DÉPLACER LE REGARD DU PASSÉ VERS L'AVENIR

NE VOUS CONCENTREZ PAS SUR

- le passé
- la minimisation des coûts
- le succès au tribunal
- le fait d'être un combattant

CONCENTREZ-VOUS SUR

- l'avenir
- l'élimination des causes
- la prévention des litiges
- le fait d'être un conseiller, un planificateur et un agent de résolution des problèmes

ils conçoivent et construisent une base juridique solide pour atteindre les objectifs de l'entreprise. Dans le même temps, ils travaillent ensemble pour éviter de s'attirer des ennuis juridiques inutiles, qui pourraient nuire aux relations commerciales, transformer des amis en ennemis et porter atteinte à la réputation de manière permanente.

Le tableau p.51 illustre le changement d'état d'esprit et d'orientation proposé par les partisans de la loi proactive.

La pratique proactive du droit est tournée vers l'avenir ainsi que vers la recherche de solutions orientées business. Elle intègre le droit à la gestion, en particulier, des contrats, des projets, de la chaîne d'approvisionnement et des risques. L'accent est mis sur la veille et l'anticipation des opportunités et obstacles juridiques. Sa recherche est donc multidisciplinaire et sa pratique interprofessionnelle.

Prenons l'exemple des contrats. Au quotidien, les juristes d'entreprise ne s'occupent généralement pas des transactions et des contrats ordinaires. En même temps, ces professionnels ont la possibilité d'identifier des opportunités, de reconnaître et de prévenir certains problèmes. Si leurs connaissances et leurs compétences juridiques sont améliorées, avec le soutien de juristes proactifs, les contrats peuvent être optimisés et certains problèmes et risques juridiques peuvent être minimisés, voire évités.

Les juristes proactifs peuvent créer des outils et des processus qui aident à façonner des contrats plus performants non seulement d'un point de vue juridique, mais également d'un point de vue commercial, en rendant leur exécution plus claire et plus prévisible, évitant ainsi les malentendus et les atteintes à l'image de marque de l'entreprise.

DES CONTRATS PLUS FONCTIONNELS

Pour les entreprises, le contrat en lui-même n'est pas un objectif : c'est sa bonne exécution qui l'est. Pour que les contrats permettent aux parties d'atteindre leurs objectifs commerciaux, ils doivent être utilisables et adaptés à leur objet. Dans ce contexte, le but premier du droit proactif est que les parties contractantes atteignent les objectifs de leur collaboration. Vus sous cet angle, les contrats ne doivent pas être rédigés à destination d'un public de juristes, mais à destination des parties, en particulier des personnes chargées de l'exécution du contrat : celles qui doivent traduire le contrat en action. Reconnaissant que leurs besoins et leurs attentes n'étaient pas souvent bien pris en compte dans les contrats, les partisans du droit proactif se sont tournés vers des disciplines, telles que les sciences de l'information et du savoir (*knowledge management*), afin d'améliorer le contenu et la présentation des contrats. En suivant une approche *overview first - details later*, laquelle implique de hiérarchiser les informations et de recourir à des résumés, des explications, des visuels, ainsi que d'autres modèles de conception, le courant proactive law a trouvé de nouvelles et de meilleures façons d'organiser les contrats.

Au cours des dix dernières années, encouragée par le succès de leurs premiers prototypes de contrats, la conception proactive des contrats a été plus largement adoptée en Europe et est devenue porteuse d'innovations, preuve qu'il est possible de préparer des contrats, des conditions générales contractuelles, des avis et des règlements intérieurs qui sont, non seulement légalement et opérationnellement fonctionnels, mais aussi utiles et conviviaux. Aujourd'hui,

zoom

Un site pour valoriser le droit comme outil concurrentiel

La loi n'est pas seulement une contrainte qui pèse sur les entreprises, c'est surtout un formidable outil au service des entreprises. C'est le parti-pris de l'approche Law & Management, qui vise à croiser ces deux disciplines. L'un des courants relevant de cette approche est le mouvement proactive law présenté dans cet article. Un site Internet vient d'être lancé afin de présenter les travaux d'un réseau de recherche transnational sur l'approche Law & Management : <https://lawandmanagement.com>.

la bibliothèque de modèles de clauses et de schémas contractuels WorldCC¹, avec sa collection d'exemples fournis par des entreprises pionnières, telles qu'Airbus et Shell, offre des solutions efficaces et reproductibles aux problèmes d'utilisation et de compréhension des contrats les plus courants. Elle aide à organiser et à rendre plus intelligibles

les contrats, afin qu'ils soient lus, compris et suivis d'effets. En un mot : c'est du droit proactif en action !

Les outils technologiques contribueront sans aucun doute à automatiser la génération et l'exécution de ces contrats. Ces outils viendront s'ajouter aux nombreux moyens dont disposent les juristes innovants pour contribuer au succès

des entreprises qui les emploient. Une pratique proactive peut en effet contribuer à améliorer l'image des juristes en les transformant en de véritables créateurs de valeurs, afin qu'ils puissent davantage s'épanouir dans leur travail et apporter plus d'avantages à leur entreprise. ■

DROIT PROACTIF : PASSER DE LA PRÉVENTION À LA PROMOTION

NE VOUS CONCENTREZ PAS UNIQUEMENT SUR

- les règles et les outils juridiques visant à aider les parties à se conformer aux règles
- la minimisation des risques, des problèmes, des litiges et des pertes
- la prévention des causes d'échec et des effets négatifs
- l'image de la direction juridique comme conseillère dispensant des conseils préventifs.

MAIS ÉGALEMENT SUR

- les objectifs, les outils de gestion, et ce afin de permettre aux parties d'atteindre leurs objectifs
- la maximisation des opportunités, des résultats souhaités, des avantages,
- la promotion des facteurs de réussite et des effets positifs
- l'image de la direction juridique comme apporteur de solutions et comme coach, travaillant en symbiose avec les services clients dans le cadre d'équipes interprofessionnelles.

¹<https://contract-design.worldcc.com>



Delphine Dupuis



Erwan de Kergariou

Positionnement

De leurs expériences acquises dans différents grands cabinets de droit des affaires et dans leurs spécialités respectives - fusions acquisitions, droit fiscal, contentieux et arbitrage, droit des sociétés, droit immobilier - les associés du cabinet ARES-Avocats ont dégagé une conviction : une structure à dimension humaine, composée d'avocats expérimentés et désireux de proposer à leurs clients un accompagnement sur-mesure, constitue la structure optimale d'assistance juridique et judiciaire.

Les associés du cabinet ARES-Avocats ont l'habitude et la volonté de travailler ensemble pour permettre à leurs clients de bénéficier d'une vision globale et stratégique ainsi que d'une analyse précise et spécialisée de leurs problèmes juridiques.

Activités

Contentieux civils et commerciaux / Arbitrages CCI, AFA, ad'hoc

Actions de groupe

Acquisitions et cessions d'actifs immobiliers ou de sociétés à prépondérance immobilière

Fiscalité immobilière

Rédaction et négociation de Baux

Construction / Promotion immobilière

3, Square Desaix – 75015 Paris – Tél : 01 75 00 07 40 – Courriel : cabinet@ares-avocats.com