HAL
open science

ingenierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats

Gaëlle Deharo

To cite this version:

Gaëlle Deharo. ingenierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats. 2011. hal-00649107

HAL Id: hal-00649107

https://hal.science/hal-00649107v1

Preprint submitted on 7 Dec 2011

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

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

Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspectives économique et dynamique de droit des contrats

Gaëlle DEHARO
Professeur en droit privé, ESCE
Membre du centre de recherche sur la justice et le procès de l'Université Paris 1

Le droit peut-il être considéré comme un outil de performance ? Est-il même légitime de rechercher l'optimisation du droit à des fins économiques[1] ou commerciales ? L'hypothèse ici envisagée est celle d'une utilisation rationnelle du droit permettant d'articuler les contraintes et alternatives posées par la loi avec les contingences commerciales et managériales de l'entreprise[2]. Les règles de droit ont longtemps été réduites au rang de contraintes légales entravant les libertés de commerce et d'entreprendre ; pourtant, la question de l'optimisation de la performance de l'entreprise par une gestion rationnelle de l'application du droit ne doit pas être réduit à celle d'une utilisation dévoyée, non éthique ou frauduleuse de la loi. Du reste, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer qu'une décision économiquement légitime ne saurait être tenue pour frauduleuse, consacrant ainsi la convergence des règles de droit et du projet économiques de l'entreprise[3]. Dans le même sens, le développement récent des analyses économiques du droit a posé les jalons d'un cadre théorique permettant d'envisager l'application du droit comme un outil de performance, dans lequel s'inscrit du reste une doctrine émergente que l'on pourrait qualifier d'utilitariste[4]. Or le cadre conceptuel, analysé tant par la doctrine juridique que par les économistes, n'est pas un artefact de l'interdisciplinarité ; il nourrit et s'enrichit d'une évolution profonde des pratiques juridiques en entreprise tendant à donner au juriste une place importante dans les processus décisionnels.

---

[1] Il faut cependant préciser que la notion « d'économie » est ici retenue selon son acception la plus large, comme comprenant les impératifs financiers et comptables de l'activité entrepreneuriale.
[2] C. Roquilly, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2009, dossier 34.
[3] Paris 2 juin 1993 : JCP éd. E I, 288, Viandier et Caussain.
[4] C. Roquilly, B. Aliouat, « Projet d'innovation et ingénierie juridique » : Les petites affiches, 26 avril 1996, n.51, p. 8 ; « Gestion des risques juridiques et des projets d'innovation » : Les petites affiches 22 mars 1996, n. 36, p. 11 ; D. Poracchia, « La réception juridique des montages conçus par des professionnels » : PU Aix Marseilles, 1998 ; B. du Marais, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? » : Droit et patrimoine, n. 170, mai 2008, p.38 ; C. Roquilly, « "Google it" ou la confrontation d 'une stratégie d'innovation et d'un business model avec le droit de la propriété intellectuelle » : Gaz. Pal. 19 juin 2010, n. 170, p.7 ; « Performance juridique et avantage concurrentiel » : Les petites affiches 30 avril 2007, n. 86, p. 7 ; « Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n. 4 ; « Les ressources juridiques au service de la stratégie de l'entreprise : le cas de l'iphone » : Les petites affiches, 31 mars 2008, n. 65, p.7.

Selon une récente enquête[5], 15 870 juristes exercent en entreprise en France. Si la répartition de leur tâche ne surprend pas l'un des principaux enseignements de l'étude repose sur le constat d'une association plus étroite des juristes aux processus de décision et à la stratégie développée par les dirigeants. La moitié des juristes d'entreprise sont directement rattachés à la Direction générale, les autres étant le plus souvent rattachés à la direction administrative et financière (22%). Paradoxalement cependant, la même étude souligne que la fréquence des recours à l'avocat reste inchangée, selon 68 % des juristes interrogés. Cette externalisation de la mission juridique répond le plus souvent à une nécessité de combler une lacune de compétence, pour faire face à un pic d'activité ou encore répondre à un enjeu de juridiction. L'optimisation financière, bien que citée, ne figure pas parmi les objectifs les plus fortement affirmés. Aux vues de ces données théoriques et empiriques, il parait possible de risquer l'hypothèse d'un rôle spécifique du juriste au sein de l'entreprise, lié au développement de celle-ci : si le recours à l'avocat se maintient dans des proportions identiques, n'est ce pas, précisément, en raison du rôle économique joué par le droit au sein de l'entreprise ? L'internalisation de l'application du droit serait alors empreinte de l'objectif poursuivi par l'entreprise qui aurait un intérêt certain à conserver un contrôle maximal sur l'application du droit dans le cadre de ses activités, depuis la mise en conformité jusqu'au risque de contentieux.

De façon générale, le postulat renvoie au développement de la gestion juridique des entreprises qui est, elle-même, étroitement corrélée à celle du rôle de l'avocat[6]. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater les tumultes causés par la question du statut de l'avocat en entreprise ; le projet de loi sur l'avocat en entreprise, attendu à l'automne, ainsi que la récente décision du Tribunal de première instance de l'Union européenne devraient, du reste, contribuer à alimenter les discussions. Fondée sur la tradition juridique commune aux Etats membres de l'Union européenne, le Tribunal relevait que l'indépendance corrélative à la conception commune du rôle de l'avocat était incompatible avec l'existence d'un lien de subordination avec la partie représentée[7]. Si la qualité d'auxiliaire de justice est, désormais, clairement incompatible avec le pouvoir de direction de l'employeur, il n'en demeure pas moins que l'entreprise a un intérêt pratique certain à intégrer les données juridiques dans la

[5] Ipsos, Wolterkluwers, Ecole de droit de Paris II Assas, 2010.

[6] J. Barthelemy, « L'ingénierie juridique : un concept ; le juriste organisateur : son prêtre » : Gaz. Pal. 5 janvier 2005, n. 3, p. 8 ; G. Deharo, « Le rôle de l'avocat dans la gestion du risque juridique en entreprise » : la Gazette du palais, 16-18 janvier 2011, p. 6 ; S. Baller, « Demain ne sera plus comme avant : pour les directions juridiques et les juristes d'entreprise aussi ? » : Droit des sociétés, mars 2009, n. 3, alerte 11.

[7] TPUE 23 mai 2011 : affaire T.226/10.

définition de sa stratégie[8]. L'affirmation peut, du reste, s'appuyer sur les hypothèses déjà démontrées dans des cadres théoriques distincts : droit du contentieux (développement de la médiation et de l'arbitrage), optimisation fiscale, droit de la concurrence, droit du management, risque pénal[9]…

Plus spécifiquement, l'hypothèse ici envisagée est donc celle d'une utilisation du droit des contrats comme instrument d'optimisation de la performance globale de l'entreprise. Internalisant la gestion du risque juridique, l'entreprise tend à décentraliser l'application du droit qui est ainsi articulé aux contingences spécifiques de l'entreprise pour leur apporter la réponse la plus pertinente grâce à combinaison rationnelle et optimale des données théoriques et empiriques.

La transversalité de la problématique fait écho à la complexité du fonctionnement juridique quotidien d'une entreprise[10]. D'un point de vue plus académique, la question du droit considéré comme un outil de performance[11] conduit à allier la présentation théorique classique des règles de droit à leur application pratique. L'application du droit ne peut pas, en effet, être déconnectée de son objet ni du résultat à atteindre[12]. Les interactions du droit et du projet économique entrepreneurial imposent d'analyser le phénomène sous l'angle dynamique des pratiques commerciales.

Or les débats relatifs à l'efficacité du droit ont traditionnellement été menés dans le cadre de réflexions portant sur les structures théoriques et ont suivi une démarche académique et neutre

---

[8] C. Clarenc, A. Georges, « Intégrer le droit à la concurrence dans la stratégie des entreprises » : l'ena hors les murs, octobre 2009, n. 395, pp. 43-44.

[9] V., entre autres références, G. Damy, « La négociation d'entreprise, une décentralisation de la production de normes juridique au niveau de l'entreprise » : les petites affiches 6 octobre 2005, n. 199, p.5 ; J. Barthelemy, « Maîtriser les risques juridiques par la négociation collective » : les cahiers du DRH, 2006, 124 ; Y. Paclot et *alii*, « Quels risques (risques et devoirs) mise en cause de la responsabilité » : Rev. Lamy dr. des affaires, 2009, p. 41 ; J.-P. Bertrel, « Ingénierie juridique : les holdings de société d'avocats ou de notaires » : Droit et patrimoine, 2002, p. 103 ; J.-P. Dom, « La transformation : acte d'un montage » : Bull. Joly sociétés, 1er avril 2010, n. 4, p. 409 ; I. Riastretto, « Typologie des transformations « : Bull. Joly sociétés 1er avril 2010 ; B. Dondero, « La transformation vue de l'intérieur » : Bull. Joly, sociétés 1er avril 2010, n. 4, p. 400 ; E. Mazuyer, « Faut-il faire une évaluation sociale de l'entreprise ? » : D. 2010, 413.

[10] I. Brink, « LRM : prévention des risques juridiques, une nouvelle approche » : la lettre de l'Observatoire Consulaire des Entreprise en Difficultés, n. 17, octobre 2000 ; F. Verdun, « La gestion des risques juridiques » : éditions d'organisation : Paris, 2006.

[11] V. déjà C. Roquilly, *op. cit. et loc. cit.*

[12] Comp. G. Smorto, « La justice contractuelle » : Rev. inter. dr. comp. 2008, n. 3, pp. 583-605 : « *La théorisation du droit des contrats repose sur deux approches principales : la première, de nature dogmatique, est axée sue les catégories et concepts à partir desquels se définit le rapport dialectique entre intérêt individuel et intérêt collectif (ce qui correspond essentiellement à l'idée de la « fonction économique et sociale du contrat) ; la seconde de type axiologique, repose sur l'étude au sein du contrat, du rapport entre liberté et justice et sur la façon de concilier liberté contractuelle et répartition équitable des ressources dans l'échange* ».

du point de vue commercial[13]. Ils ont cependant contribué à mettre en lumière l'incontournable dimension managériale du contrat[14].

Le cadre axiologique des débats ne rend cependant pas compte des impératifs concrets des activités commerciales. Aussi, les développements qui suivent prétendent s'inscrire dans une démarche d'analyse entrepreneuriale du droit des contrats. Même ainsi défini, le champ de l'étude parait démesuré : confronter ce monument conceptuel que représente le droit des contrats à la diversité des pratiques est une entreprise ardue, voire impossible. Aussi, sans prétendre à l'exhaustivité, les développements qui suivent ont modestement pour ambition de proposer une approche holistique afin de tracer les linéaments d'une possible qualification du droit comme outil de performance. Il sera ainsi possible de proposer des éléments de réflexion portant sur la question de savoir comment l'entreprise s'accommode des classifications traditionnelles du droit des contrats, auxquelles le reproche est souvent formulé d'une conception excessivement théorique peu compatible avec les contingences de l'activité commerciale[15].

La formulation de l'hypothèse d'une théorie contractualiste de la performance de l'entreprise repose sur la confrontation des pratiques entrepreneuriales avec le système national organisant la formation et l'exécution du contrat. Toutefois, la mondialisation et la multiplication des flux, depuis et vers l'étranger, des activités commerciales ne permettent pas de faire l'économie de la question la concurrence des autres systèmes de droit des contrats. Sous cet éclairage, il conviendra de s'interroger, dans un premier temps, sur l'articulation des principales classifications contractuelles avec le projet économique de l'entreprise (I) avant de tester l'hypothèse dans un environnement transnational (II).

I. L'articulation des classifications traditionnelles du droit des contrats avec le projet économique de l'entreprise

D'un point de vue conceptuel, le contrat se définit comme une convention génératrice d'obligation[16]. La rigueur théorique de la matière conduit à définir un « bon » contrat comme celui dont l'existence n'est pas menacée dès lors que, conformément à l'article 1108 du Code

---

[13] Rapp. X. Lagarde, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats » : Dalloz 2005, doctr. 2745. L'auteur relève une « *sorte de marginalité du commerce. Dès lors que celui-ci est envisagé comme une pratique dérogatoire, les techniques issues de cette pratique sont toujours mises en doute sous l'angle de leur validité, à tout le moins de leur efficacité : les discussions sur les garanties autonomes, la clause de réserve de propriété, plus récemment la licéité des dérivés du crédit en sont autant d'exemples. Ainsi se met en forme une certaine prévention à l'égard du commerce. A une faiblesse technique du droit français s'ajoute alors une faiblesse culturelle* ».

[14] G. Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat » : rev. Contrats, 1er janvier 2010, n.1, p. 347.

[15] F. Magar, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation » : Dalloz 2010, p. 1959.

[16] C. civ., art. 1101.

civil, il répond aux conditions de consentement, capacité, objet certain et cause licite. L'exécution du contrat est alors renvoyée à un autre champ théorique analysant le paiement et les alternatives offertes par le droit en cas d'inexécution. A l'opposé, la pratique entrepreneuriale ne dissocie pas les différents champs du droit des contrats et apprécie la relation commerciale dans son ensemble, sous l'éclairage de l'avantage économique qui en est espéré. Il serait cependant très excessif de dénier au droit des contrats toute vision empirique, et le seul visa de l'article 1135 du Code civil donnant prise au forçage du contrat suffirait à démontrer la fausseté de l'affirmation.

L'hypothèse ici analysée est autre : le bon contrat théorique ne présente pas les mêmes critères de qualification que le « bon » contrat en pratique. Du point de vue de l'entreprise, en effet, les contrats ont pour finalité la création de richesse et leur partage entre les parties. Le « bon » contrat n'est donc pas celui qui répond à la plus rigoureuse technique juridique mais plus simplement et plus utilement celui qui en maximise la création de valeur ajoutée et donne aux parties le sentiment que chacune y trouve une utilité commerciale, économique ou entrepreneuriale[17].

Sous cet éclairage, la présentation classique des manuels et enseignements de droit des contrats prête le flanc à la critique des professionnels qui voient un gap important entre les valeurs théoriques des classifications et leurs contingences économiques et pratiques. Une rapide confrontation des pratiques contractuelles aux catégories théoriques permet cependant de souligner la fréquence de l'usage concret de ces classifications dans les relations économiques (A). C'est, en effet, par une utilisation rationnelle des classifications théoriques du droit des contrats que l'entreprise peut réduire le risque juridique et maîtriser la relation économique (B).

A. – L'usage des classifications contractuelles traditionnelles dans la relation économique

Tous les étudiants en droit en garde le souvenir : la longue litanie des types de contrats préside à l'analyse de leur mécanisme : contrat d'adhésion, de gré à gré, synallagmatique, onéreux[18]… Or cette présentation académique masque l'importance des enjeux économiques du beau principe de liberté contractuelle qui sont renvoyés au-delà de l'opération de qualification qui impose de ranger une situation concrète dans une catégorie conceptuelle[19]. Or c'est le mouvement inverse qui préside à la démarche de l'entreprise : c'est l'objectif défini par le projet économique qui commande le choix de la démarche juridique la plus

[17] F. Magar,., *loc. cit.*
[18] C. civ., art. 1101 et suiv.
[19] A. bénabent, *Les obligations*, Montchréstien, 10ème éd. 2005, spéc. n. 16 et suiv.

pertinente. Cette inversion de la perspective permet de mettre en exergue la gestion juridique de l'activité entrepreneuriale. Ainsi, par exemple, le recours au contrat nommé simplifie la gestion juridique qui est réduite à la réaction de l'entreprise conformément au régime de droit commun en cas de litige. A l'opposé, l'élaboration d'un contrat innomé se prête à une intervention proactive grâce à l'individualisation du contrat dont les contours s'adaptent tant à la spécificité de la relation commerciale qu'à celle de l'activité de l'entreprise.

Il est alors possible de risquer l'hypothèse que le droit des contrats est un outil de gestion plus qu'une contrainte pesant sur les pratiques entrepreneuriales. Deux axiomes seront développés pour tenter de valider ce postulat. D'une part, les classifications de droit des contrats permettraient d'optimiser la stratégie de gestion des risques de l'entreprise (1). D'autre part, la déclinaison des conditions contractuelles permettrait une réduction des risques juridiques par une adéquation au plus près de la situation concrète (2).

1. – L'optimisation de la gestion des risques fondée sur les classifications contractuelles

Dépassant les situations juridiques formelles, il convient de saisir les situations économiques concrètes : l'observation de la pratique met en exergue une utilisation rationalisée des techniques contractuelles de gestion des litiges par un affinement des contrats qui viennent au plus près des circonstances concrètes, par les recours cumulés aux conditions générales, spéciales, particulières, … qui sont elles-mêmes autant de contrats permettant aux entreprises de conserver la maîtrise des risques qu'elles peuvent prendre[20].

Il est aisé de constater empiriquement une très grande utilisation des contrats d'adhésion par les entreprises, notamment les plus puissantes[21]. Cela se justifie aisément : il serait économiquement illusoire de prétendre qu'une telle entreprise proposant ses services négocie l'ensemble des clauses du contrat avec l'ensemble de ses clients. Aussi n'y a-t-il rien de surprenant à ce que le contrat d'adhésion ait trouvé sa source dans le droit de la consommation et non pas dans le Code civil. La puissance économique de l'entreprise, sa situation de monopole, l'absence de libre arbitre au profit du consommateur justifient que l'entreprise élabore en amont le contrat selon les éléments conforme à sa stratégie et qu'elle ne laisse pas de place à la négociation.

Il en résulte que le contrat d'adhésion aura bien souvent pour finalité de circonscrire les contours de l'offre de l'entreprise, de limiter sa responsabilité ou encore de la renvoyer, le cas

[20] V. par ex. pour l'influence des usages en droit des contrats de propriété intellectuelle : G. Cordier, « Les contrats-types en droit de la propriété intellectuelle : du bon usage des usages » : Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2008, 35.

[21] Banques, assurances, grandes enseignes nationales…

échéant, sur le client. Le contrat d'adhésion permet alors à l'entreprise de se prémunir contre les risques les plus courants générés par son activité commerciale. Une telle maîtrise du contrat lui permet de gérer les contenus contractuels à un niveau centralisé et d'uniformiser les pratiques juridiques par l'ensemble des personnels opérationnels chargés de la conclusion des contrats. Les juristes de l'entreprise ou les avocats rédigent ainsi un contrat unique qui est uniformément imposé à l'ensemble des clients. Outre la réduction des coûts, ce contrat unique permet un pilotage juridique centralisé du projet économique qui est encadré et géré par l'entreprise à l'origine de la rédaction du contrat.

Les principaux risques peuvent ainsi être anticipés et les solutions idoines imposées au client (transfert des risques, clause de réserve de propriété, obligation de déclaration, exclusion de responsabilité (par exemple en cas de mauvaise manipulation), clause limitative de responsabilité…)

Une telle pratique n'est cependant pas envisageable dans tous les types de relations commerciales ni dans tous les types de stratégies. Qu'il s'agisse d'un client inhabituel, d'un produit déclinable selon les besoins du client et il faudra abandonner à celui-ci une marge de discussion et de négociation que le contrat d'adhésion n'autorise pas[22] : c'est alors un contrat type qui sera proposé[23]. D'un point de vue pratique, l'entreprise donne l'image d'une discussion consensuelle. D'un point de vue juridique, les contours de la négociation sont préalablement tracés et les clauses les plus fréquentes, ou celles qui ne sont pas négociables parce qu'elles représentent un risque trop important, sont cependant imposées au client.

Enfin, les TPE ou les PME qui, statistiquement, sont moins intéressées à la gestion du risque juridique privilégieront bien souvent le contact direct, la relation au client. La loi fournit alors un cadre pour les contrats les plus courants et les parties négocient pour le reste. Toutefois, une telle pratique n'est possible qu'à la condition d'un faible volume d'activité permettant de se consacrer à des négociations et contrats répétés. Au demeurant, même dans une telle hypothèse, le contrat n'est pas un instrument d'anticipation du contentieux et, par conséquent, ne permet pas de gérer efficacement les risques les plus courants.

En effet, dans une perspective de gestion des risques juridiques, le contrat permet non seulement d'établir une relation commerciale entre l'entreprise et son client, mais il permet également d'anticiper les risques prévisibles. Ainsi, la forme contractuelle permet le plus

---

[22] G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* Puf, 2007, V. *adhésion (contrat-).*

[23] *Ibid, V. contrat type : « espèce de contrat d'adhésion préparé à l'avance par des grandes entreprises (banques, assurances… au niveau des organisations professionnelles) sous forme de modèle contenant les conditions générales d'un contrat qui, au moins théoriquement, ne tire sa force obligatoire que de sa reprise dans le contrats individuels ».*

souvent une centralisation de la rédaction du contrat qui permet au juriste d'anticiper le litige en se réservant la rédaction du contrat. Le temps nécessaire à la lecture et à l'interprétation du contrat lui est ainsi épargné lorsque survient le différend. De la même façon, il se réserve la maîtrise de l'évolution éventuelle de la jurisprudence ou de la loi à laquelle il peut réagir rapidement et efficacement grâce à une bonne connaissance des clauses pratiquées dans l'entreprise et à une diffusion généralisée de la modification.

Une telle gestion centralisée n'est cependant pas toujours compatible avec l'activité commerciale au quotidien. Aussi, au-delà de la marge de négociation, c'est également le contenu des clauses qu'il convient de maîtriser.

2. – La déclinaison des conditions contractuelles

Les conventions liant l'entreprise à ses clients dépendent de la complexité de l'activité. Certaines entreprises, ne proposant qu'un produit unique ou un service unique, ne sont pas confrontées à la question de l'adaptation de l'offre aux attentes de leurs clients. Pour les entreprises qui y sont confrontées, la qualification de contrat d'adhésion est insuffisante à répondre aux impératifs des relations commerciales. Aussi, cette classification doit être articulée avec d'autres pratiques.

La conclusion d'un contrat par le client est, le plus souvent, l'occasion d'adhérer à diverses conventions. Un exemple simple permettra de mieux cerner l'hypothèse : une entreprise spécialisée dans la vente de chocolats proposera, à ses clients, un contrat d'adhésion pour fixer les invariants. Le contrat d'adhésion portera alors sur les conditions générales correspondant à la structure globale de l'activité, les éléments à défaut desquels le projet économique perd de sa pertinence. Les risques juridiques prévisibles sont ainsi figés invariablement pour les relations à venir. Ces éléments n'étant pas négociables sont fixés de façon générale pour l'ensemble de la clientèle, quel que soit le service proposé sans possibilité de négociation.

Une fois l'activité généralement encadrée, la chocolaterie peut ensuite proposer différents services qui laisse au client le choix de la prestation : les conditions particulières à la vente de produits frais préemballés se distingueront alors des conditions particulières de vente des produits frais au détail, des conditions particulières de vente de produits manufacturés ou encore des services ponctuels et accessoires. Les conditions particulières aux diverses prestations ne s'appliqueront plus, dans cette hypothèse, à l'ensemble de la clientèle mais seront déclinées selon les spécificités des branches d'activité. Il devient alors possible pour l'entreprise de fixer les conditions spécifiques à chacune de ces activités et correspondant au

seuil de risque, économiques et juridiques, qu'elle accepte de prendre, sans revenir sur les conditions générales fondamentales.

Plus spécifiquement encore, l'entreprise doit venir au plus près des éléments économiques. Les conditions particulières au type d'activité peuvent encore se renforcer de conditions spécifiques au type de client : conditions spécifiques pour un client particulier, conditions spécifiques pour les comités d'entreprise, conditions spécifiques pour les entreprises… Le contrat est préétabli pour anticiper les difficultés d'un type de relation singulier.

Enfin, il faut laisser au client final toute sa place : c'est bien lui qui, en bout de chaîne contractuelle, va concrétiser le projet économique de l'entreprise. Des conditions individuelles lui sont alors réservées ; ces conditions permettent de laisser une marge de manœuvre aux commerciaux sur des éléments spécifiques de ces conditions (prix, quantité…) tout en réservant la maîtrise de la relation à l'entreprise initiatrice des contrats.

Bien loin d'une présentation théorique, les montages contractuels viennent donc au soutien de la relation avec le client. En d'autres termes, les classifications contractuelles permettent à l'entreprise de mieux gérer le risque juridique par une meilleure maîtrise de la relation économique.

B. – La maîtrise de la relation économique, facteur de réduction des risques juridiques

La centralisation de la gestion des risques permet à l'entreprise d'anticiper les risques les plus courants et de mettre en place les moyens idoines de règlement des risques juridiques[24]. Pour l'entreprise, l'objectif de la gestion du risque juridique est de réduire les coûts liés à l'application du droit, qu'il s'agisse d'une mise en conformité ou d'un risque de procédure contentieuse[25]. A l'instar de tous sujets de droit, elle est « *libre de se placer par un acte régulier dans telle ou telle situation légale, d'employer telle ou telle forme juridique et n'a pas à rendre compte des motifs qui lui font préférer une situation ou un acte déterminé*[26] ». Il en résulte que l'entreprise peut envisager une utilisation proactive des règles de droit dont le montage habile permet de parvenir licitement à une situation favorable. Une telle optimisation de la règle juridique ne devient frauduleuse que lorsqu'elle a pour finalité de se soustraire à la règle de droit[27]. Tel n'est cependant pas le cas de l'introduction, dans le contrat, de clause de réduction du risque (1) ou d'évitement du procès (2).

---

[24] C. Champaud, D. Danet, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006.
[25] G. Deharo, « La gestion du risque juridique en entreprise » : Les petites affiches, 4 janvier 2011, p.6.
[26] G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 1949, p. 328.
[27] D. Poracchia, « Une meilleure connaissance des montages au service des professionnels du droiT » : Droit et patrimoine, 1999, p. 71 ; G. Deharo, « L'utilisation frauduleuse de la procédure » : Revue de jurisprudence commerciale, mars-avril 2011, n. 2, p. 183.

1. – Les clauses de réduction du risque

Le développement d'une stratégie interne de gestion des risques juridique répond à une volonté de sécurisation de l'entreprise[28] . Les entreprises les plus grandes se dotent à cet effet de structures internes réservant le recours à l'avocat à des hypothèses spécifiques. L'entreprise doit, pour rédiger ses contrats, dépasser le seul intérêt pratique immédiat pour évaluer les risques processuels éventuels : déchiffrer ou anticiper les difficultés le cas échéant par la mise en place d'une cartographie des risques. Elle doit jauger les risques d'une procédure contentieuse éventuelle, apprécier la force et la valeur d'arguments sans disposer des moyens permettant d'en apprécier la pertinence future et anticiper sur des engagements qui peuvent être lourds de conséquences sur sa politique commerciale.

Il ne suffit cependant pas d'élaborer un montage juridique adapté pour réduire efficacement le risque. L'ingénierie contractuelle repose non seulement sur une articulation optimisée des différents documents contractuels, mais également sur une rédaction adéquate de ceux-ci.

La rédaction recouvre, d'une part, la question de l'attention que le rédacteur doit porter à la formulation et au choix des termes[29]. D'autre part, le recours aux clauses idoines permettra d'apporter, par anticipation, les réponses les plus pertinentes pour l'entreprise aux risques prévisibles.

Cette tension vers un risque maîtrisé trouve sa source dans une tendance croissante des individus à considérer que le risque n'est pas une fatalité et qu'il doit être contrôlé. Elle s'articule selon trois axes principaux[30] :

- *La dilution des risques.* Le mécanisme consiste à répartir les risques afin de limiter leur impact en cas de dommages ; ainsi, par exemple, limiter les stocks par un système de flux tendus permet de réduire le risque d'une destruction des stocks ; prévoir une clause de transfert des risque permet de mettre à la charge d'autre le risque de cette destruction. Cette clause peut être articulée à une clause de réserve de propriété permettant de réduire le risque de perte en cas d'impayé. Il faut aussi citer le recours à l'assurance ou à la garantie qui permettra d'atténuer les conséquences financières d'une éventuelle disparition des stocks. Enfin, il est possible d'ajouter d'autres types de clauses facilitant l'anticipation des risques (clause d'information…) ou sanctionnant le comportement du cocontractant en cas de réalisation du risque (clause pénale). Le choix et l'articulation des différentes clauses

[28] M. Véron, « La sécurité juridique » : Dr. pén. 2006, n. 12, repère 11.
[29] J.-A. Albertini, « Les mots qui vous engagent… » : Dalloz 2004, p. 230.
[30] F. Verdun, « La gestion des risques juridiques » : éditions d'organisation : Paris, 2006.

dépendront, bien évidemment, de l'activité concernée et des risques qu'elle présente intrinsèquement.

- *L'atténuation des responsabilités.* Si, malgré les processus de dilution des risques, la responsabilité de l'entreprise ou de son dirigeant devait être engagée, il convient d'en limiter la portée par une clause limitative de responsabilité, répondant aux critères de validité posés par la jurisprudence[31].
- *La gestion du contentieux.* Tous les mécanismes précédents ont vocation à réduire le risque d'un contentieux, sans le faire disparaître. Il convient donc d'optimiser la gestion du contentieux par une maîtrise sur son déroulement : choix de la compétence territoriale du tribunal, clause compromissoire, médiation préalable…

La définition des clauses du contrat permet à l'entreprise de maîtriser non seulement la formation de la relation économique, mais également son devenir prévisible[32]. L'anticipation des difficultés relève donc d'une approche pragmatique et concertée avec la direction générale à l'origine de la stratégie de l'entreprise. Le rédacteur du contrat doit, du reste, prendre garde à ne pas être impliqué malgré lui dans la stratégie de gestion des risques : une action en responsabilité pourrait rapidement conduire à rechercher une minimisation du risque pour l'entreprise par une indemnisation de la faute qu'il pourrait avoir commise. La question de l'action en justice est, en effet, une question essentielle dans la stratégie de gestion du risque juridique en entreprise.

2. – Les clauses d'évitement du procès

La question du choix du mode de résolution n'est pas anodine pour l'entreprise qui peut poursuivre une stratégie d'évitement du procès pour des raisons d'image, de management entrepreneurial. A cet effet, l'intégration dans le contrat d'une clause de médiation ou de conciliation préalable permet d'anticiper sinon la naissance du litige, au moins la saisine du juge et procure à l'entreprise un avantage certain dès lors qu'elle n'a pas à subir l'effet de l'initiative de la procédure par le client.

En cas de difficulté, l'entreprise n'est alors pas contrainte de subir la procédure initiée par le client ; elle recouvre l'égalité d'information et ne pâtit pas de la situation dommageable qui peut être générée par la course au jugement. L'initiative de l'action n'est pas une question de pure procédure ; c'est également une attitude décisive dans la relation commerciale qui

---

[31] Cass. Com. 29 juin 2010 : D. 2010, 1832 ; RTD Civ. 2010p. 555, obs. Fagès.

[32] Assises des opérateurs du droit continental. Le droit, un atout dans la compétition économique internationale ? Colloque du mercredi 8 octobre 2008 - Paris, Palais du Luxembourg : revue Lamy droit des affaires 2008, perspectives, p. 32.

permet de causer à l'adversaire l'inconfort que l'on s'évite. Aussi, le contrat prévoit le plus souvent l'hypothèse d'un échec de la conciliation préalable et détermine la juridiction et la loi compétente[33].

L'organisation de la résolution des différends entre de plus en plus souvent dans le contrat ; c'est en effet essentiel pour l'entreprise non seulement en termes juridiques, mais également en termes d'images, de gestion du temps et d'économie. Sans doute est-ce la raison pour laquelle les entreprises privilégient les modes alternatifs de résolution des litiges (MARL). Mécanismes conventionnels, les MARL reposent sur l'accord des parties en cause. Le mécanisme contractuel ouvre la voie d'une justice négociée[34] « en bas » au cœur de la société civile, et non plus « en haut », comme édicté par l'Etat[35]. Conçue par les parties au litige, la solution présente l'avantage de venir au plus près de leurs intérêts réciproques et de dépasser le différend pour, le cas échéant, poursuivre le projet économique. Du reste cette tendance, voire cette tension, vers une justice négociée est parfois portée à son paroxysme. Ainsi, par exemple, le développement rationalisé de la gestion des relations clientèles s'accompagne le plus souvent d'un encadrement juridique favorisant le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges[36]qui ne parviennent plus inéluctablement sur le bureau du juge[37]. Le contrat participe ainsi de la mission de justice et caractérise un système d'autorégulation des conflits privés dont l'administration de la justice civile peut se féliciter tant il déplace le lieu de résolution des conflits. De la même façon, les opérateurs économiques y trouvent un avantage certain par une justice négociée qui vient au plus près de leurs intérêts. Aussi n'y a-t-il rien de surprenant à ce que l'on retrouve, dans la justice contractuelle, des impératifs très similaires à ceux qui s'imposent dans le prétoire : comportement loyal, égalité des armes, bonne foi. Il faut cependant être prudent car le contrat est un instrument d'anticipation qui peut rapidement se retourner contre ceux qu'il devait protéger : « *on ne saurait trop conseiller aux parties que d'acter par écrit leurs propositions et contre propositions, de caractériser leur réactivité leur pro-activité, de procéder par voie de compte rendu de rencontre écrits (si possible contradictoire), d'y adjoindre un planning de négociation avec, pour la prochaine rencontre, la répartition des tâches et informations attendues par chacune des parties, acter*

---

[33] E. KLeinman, « Les conflits de juridictions à l'épreuve de l'ordre public français » : les échos, 18 mars 2010.

[34] L. Cadiet, « Une justice contractuelle : l'autre », *in le contrat au 21ème siècle*, mélanges Ghestin, LGDJ, 2004, p. 189.

[35] L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès : esquisses », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? : Mélanges G. Farjat, 1999, éd. Frison-Roche, p. 23.*

[36] V. Par exemple http://www.sncf.com/fr_FR/html/page/CH0004-Vie-pratique/BR0652-Reclamation-et-mediateur.html qui facilite l'accès à la résolution négociée des différends.

[37] M. Armand-Prévost, « où est passé le contentieux ? » : Gaz. Pal. 28 juin 2007, n. 179, p. 4.

les points de blocage mais aussi les avancées[38] ». La question de l'anticipation est d'autant plus compliquée qu'elle s'intègre dans un faisceau de relation de plus en plus mondialisé, affectant le contrat d'une concurrence entre les droits auxquels il peut être concurremment soumis.

II. Les conséquences de la mondialisation sur la gestion des contrats

La mondialisation des activités de l'entreprise affecte l'analyse de l'hypothèse du droit des contrats considéré comme un outil de la performance de l'entreprise. L'ingénierie contractuelle, en effet, repose non seulement sur l'articulation des documents contractuels et la rédaction du contrat, mais également sur la pertinence de cet ensemble au regard du droit qui lui est applicable. L'hypothèse ici étudiée est donc celle de l'effet de l'introduction de l'ensemble contractuel dans l'ordonnancement législatif sur la performance de l'entreprise. En d'autres termes, la possibilité d'influencer le choix de la règle applicable est il un facteur d'optimisation du droit dans une perspective de performance commerciale ?

Conformément à la méthodologie adoptée, les développements qui suivent n'auront pas vocation à livrer une analyse exhaustive d'un champ disciplinaire. Plus humblement, il s'agira d'analyser les pratiques ou opportunités légales d'accroître la performance de l'entreprise par une sélection du droit applicable le plus conforme à la stratégie et aux impératifs de l'entreprise. Le droit des contrats joue un rôle important dans le développement de l'entreprise ; il participe de sa dimension stratégique, et les conséquences économiques et commerciales qu'il emporte ne peuvent être ignorées. L'entreprise, en effet, ne s'accommode pas de la beauté abstraite du contrat. Poursuivant un avantage économique concret, elle recherche le résultat, l'efficacité opérationnelle des règles de droit dans une perspective d'optimisation de la performance[39] : sous cet éclairage, la problématique du contrat considéré comme un outil de gestion n'est plus exclusivement juridique mais également économique.

A cet égard, le droit de la concurrence offre l'exemple d'une dimension économique du droit, mêlant les notions tirées du projet économique aux théories juridiques. De la même façon, il semble possible d'avancer l'affirmation qu'il existe, globalement, des liens étroits entre le droit et l'économie interagissant au cœur même de la régulation juridique[40]. Plus

---

[38] F. Magar, *op. cit. et loc. cit.*

[39] P. Lombart, « Le juriste d'entreprise : une indépendance sans privilège » : Rev. Jur. De l'économie publique, n. 648, 2007, 5.

[40] T. Kirat, L. Vidal, « Le droit et l'économie : étude critique des relations entres les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées » : annales de l'IRJS, http://irjs.univ-paris1.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=146%3Athierry-kirat-&catid=14%3Afiche-professeur&lang=fr

spécifiquement, comme l'a très bien écrit le professeur Lagarde, *« la possibilité de mesurer l'attractivité économique d'un droit est souvent contestée. De fait, il n'est pas certain qu'il existe une méthode scientifiquement fiable pour dire que le droit français mériterait 11/20 là où le droit anglais recevrait la note de 13. Pour autant, empiriquement, il est aisé de constater que certains droits sont plus prisés que d'autres par les opérateurs de la vie économique, c'est-à-dire principalement les entreprises* [41]» (A). L'analyse, cependant, repose sur l'hypothèse d'un comportement normé, recherchant la prévisibilité telle un dogme qui s'imposerait aux entreprises dans leur développement futur. Or cette hypothèse paraît inexacte ; bien que n'étant pas erronée sur le fond, elle doit cependant être nuancée. L'activité entrepreneuriale, en effet, repose sur l'acceptation du risque, de l'incertitude de ce que l'avenir peut réserver. A cet égard, les opérateurs économiques peuvent avoir un intérêt certain à optimiser l'incertitude de contextes juridiques qui ne sont pas préalablement normés (B).

A. - . L'internationalisation du droit des contrats

L'hypothèse ici étudiée n'est pas celle de l'attractivité économique du droit[42] ; plus spécifiquement, la perspective entrepreneuriale impose de distinguer la notion d'attractivité de celle de compétitivité. En effet, cette dernière notion permet d'analyser la question sous l'éclairage de la capacité de l'entreprise à utiliser le droit des contrats de façon optimale dans un environnement concurrentiel, plus communément désignée sous le vocable de « lex shopping » (1). La recherche d'une performance optimale de l'entreprise requiert une forte réactivité aux évolutions du contexte économique ou commerciale dans lequel l'entreprise développe son activité. Or c'est sur ce fondement que les critiques les plus fréquentes sont adressées au droit français des contrats (2).

1. – Lex shopping

L'internationalisation des échanges emporte, incontestablement, des conséquences économiques et commerciales pour l'entreprise. Mais elle emporte, également, des conséquences juridiques, notamment en terme d'optimisation de la performance de

[41] X. Lagarde, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats » : *préc*.
[42] Sur cette question, B. du Marais, « Attractivité économique du droit : le droit français peut il survivre dans la compétition internationale ? » : Droit et Patrimoine, n. 170, 2008, p. 38. V. également, du même auteurs, les travaux de recherche accessibles à la page http://www.u-paris10.fr/35071663/0/fiche___pagelibre/

l'entreprise [43] : dès lors, en effet, que l'activité devient internationale, elle ouvre la voie d'un choix possible quant à la loi applicable au contrat. En conséquence, les lois nationales se retrouvent en concurrence et l'entreprise s'efforcera de placer la situation sous les auspices de la loi qui favorise la poursuite de l'avantage économique recherché. Dans cette perspective, l'entreprise sélectionnera autant que possible les éléments d'extranéité relevant des flux économiques ou des points de rattachement du contrat pour bénéficier de la loi permettant d'obtenir la solution la plus favorable en cas de difficulté[44] ou de parvenir le plus efficacement possible à la réalisation de son projet économique.

La création de valeur par le contrat prend en considération un ensemble de coûts consubstantiels à l'application du droit (coûts de mise en conformité, risque de condamnation, caractère plus ou moins protecteur de l'entreprise par le droit mobilisé, possibilité d'intégrer certaines clauses...). L'entreprise pèsera donc ces différents éléments dans le cadre de la mise en œuvre de son activité et du développement de sa stratégie. Elle déterminera ainsi les éléments concordants et divergeant avec son projet économique et le droit applicable pourra ainsi être déterminé selon les objectifs concrètement poursuivis. Si, par exemple, l'activité de l'entreprise est classiquement génératrice de contentieux avec les consommateurs, l'entreprise pourra intégrer dans le contrat une clause de choix de la loi applicable justifiée par l'un des points de rattachement au système législatif traditionnellement protecteur des intérêts économiques des entreprises. A l'opposé, si un tel risque reste marginal, l'entreprise pourra porter son choix sur un autre facteur déterminant, fiscal par exemple, voire choisir de laisser libre cours au risque d'un conflit de loi qui peut, lui aussi, intégrer une stratégie de gestion du contentieux.

Sans doute est ce la raison pour laquelle l'Union européenne s'engage dans la voie d'une unification des législations par le droit européen des contrats. Mais un long travail reste encore à accomplir, même si le Parlement européen s'est récemment prononcé en faveur d'un droit européen des contrats. Bien que le projet ne concerne qu'un cadre normatif à valeur facultative, l'harmonisation du droit des contrats et la réduction corrélative de l'insécurité juridique qui pèse sur les entreprises ajoutent aux effets bénéfiques de la réduction des coûts de mise en conformité et de traduction générés par l'activité de l'entreprise[45].

---

[43] Assises des opérateurs du droit continental. Le droit, un atout dans la compétition économique internationale ? Colloque du mercredi 8 octobre 2008 - Paris, Palais du Luxembourg : revue Lamy droit des affaires 2008, perspectives, p. 32.

[44] F. Monéger, *Droit international privé*, Litec, 2009, n. 159 et suiv., p. 58 et suiv.

[45] La Commission européenne salue le soutien apporté par le Parlement à un droit européen des contrats à valeur facultative : communiqué de la Commission, 8 juin 2011.

Il n'en reste pas moins que, dans un contexte international, l'entreprise peut, sous réserve de fraude, exploiter le principe d'autonomie pour rattacher le litige à la loi de son choix[46] et optimiser ainsi ses résultats grâce aux subtilités légales des droits en concurrence. En conséquence, le contrat joue, une fois encore, le rôle d'un instrument d'anticipation des difficultés permettant à l'entreprise de réduire les coûts et délais liés au contentieux né du conflit de loi. Dans cette perspective, il est courant d'avancer une préférence des opérateurs économiques pour le droit anglo saxon. Faute de fondements scientifiques, l'assertion revêt des allures de pétition de principe dénoncée par la doctrine[47] comme reposant sur une confusion entre la démonstration scientifique et la stratégie de l'entreprise. C'est, précisément, cette confusion qui intéresse la présente hypothèse.

2. 2) Le choix de la loi applicable : élément de stratégie juridique

Le contexte international du contrat entraîne une compétition entre les droits qui permet à l'entreprise de choisir le système juridique qui lui semble répondre le mieux à ses objectifs économiques ou commerciaux. C'est donc bien l'objectif défini par la stratégie de l'entreprise qui est ici poursuivi et l'hypothèse d'une instrumentalisation du contrat à des fins d'optimisation de la performance peut être validée.

La question, en effet, relève de l'observation empirique plus que de la démonstration scientifique. L'une des critiques les plus vives à l'égard du droit français des contrats repose sur une inadéquation des objectifs poursuivis par le juge aux attentes de l'entreprise. Celui-ci, en effet, s'attacherait davantage à la sécurité contractuelle qu'à l'utilitarisme du contrat.Au demeurant, l'arrêt canal de Craponne lui interdit de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement consenties par les contractants. L'approche théorique de l'imprévisibilité ne peut cependant faire l'économie de la question des conséquences concrètes de ces circonstances nouvelles pour l'entreprise. Pour certaines industries, il est devenu tout à fait impossible d'établir des prévisions crédibles, notamment à la suite des variations parfois totalement anarchiques, voire aberrantes, du coût de certaines matières premières qui a évolué en bouleversant de telle manière l'équilibre des contrats, que ceux-ci ne devenaient plus fiables ni même utilisables... Dès lors, il est apparu que le contrat ne constitue plus, par principe et en toutes hypothèses, un rempart fiable destiné à préserver la sécurité juridique et la bonne situation économique des cocontractants dans le cadre du

[46] Cass. Civ. 21 juin 1950 *Messageries maritimes* : GA, n. 22
[47] V. notamment la position critique de B. du Marais : *travaux précités ;* X. Lagarde, *op. cit. et loc. cit.*

maintien d'un équilibre intact pendant la durée du contrat...[48]. Il n'en fallait pas plus pour que le droit anglais s'impose sur le fondement de la *frustration* qui permet de prendre en considération la survenance de circonstances nouvelles rendant impossibles l'efficacité du contrat[49]. Le juge anglais, cependant, a le même souci du respect du contrat et il ne peut, par conséquent, modifier le contrat même en cas de survenance de circonstances nouvelles que dans de strictes conditions.

La préférence prétendue pour le droit anglo-saxon relèverait donc du lobbying plus que d'une moindre efficacité du droit français des contrats. Procédant de l'assertion plus que de la démonstration, elle traduit, empiriquement, l'efficacité du lobbying exercé par les juristes auprès de leurs partenaires commerciaux. L'analyse des praticiens est, sous cet éclairage, révélatrice de l'importance du lobbying, dans le choix de la loi applicable[50] : « *des équipes organisées se rendent dans des pays pour expliquer le droit de la concurrence, la manière de l'installer, de le pratiquer et de rédiger des lois. Elles ont des moyens et un objectif clair. L'établissement de relations commerciales avec les États-Unis est mis en balance avec la mise en place de certaines réglementations dans le pays demandeur (propriété intellectuelle, droit de la concurrence, etc.)* [51] ». C'est dans ce cadre que le droit français est souvent présenté comme bureaucratique et pétri de lourdeurs administratives. Singulièrement, dans la perspective de la présente étude, la critique la plus dirimante à l'hypothèse du contrat considéré comme un outil de performance reposerait sur les maximes *pacta sunt servanda* et *rebus sic standibus* qui auraient pour effet de figer les contrats et, par conséquent, d'altérer les facultés de réactivité et d'adaptation de l'entreprise en cas d'imprévision.

Quelle que soit la loi applicable au contrat, la question se résout dans le choix stratégique de l'entreprise : quel est le projet économique que le contrat doit servir ? Quels sont les risques prévisibles ? Quelles sont les lois les plus pertinentes en cas de réalisation de ce(s) risque(s) ? Il en résulte que le contrat doit être le produit d'une réflexion commune des différentes composantes de l'entreprise : direction générale, financière, ressources humaines, communication, logistique… l'ensemble des acteurs doit anticiper les difficultés à venir pour permettre au juriste d'intégrer dans le contrat les meilleurs outils de réaction en cas de survenance du litige. Ainsi, par exemple, il sera possible de réduire l'incertitude liée à l'évolution du contexte en intégrant, dans le contrat, une clause de *hardship* qui met à mal les

---

[48] La prévision en droit des affaires : utopie ou nécessité ? Gazette du Palais, 30 décembre 2010 n° 364, P. 4

[49] C. Elliott, F. Quinn, *contract law*, pearson longman, 5ème éd. 2005, p. 250 et suiv.

[50] Assises des opérateurs du droit continental. Le droit, un atout dans la compétition économique internationale ? Colloque du mercredi 8 octobre 2008 - Paris, Palais du Luxembourg : revue Lamy droit des affaires 2008, perspectives, p. 32.

[51] F. Garnier, *ibid, loc. cit.*

critiques portées à l'encontre du droit français[52]. De sorte que le choix du droit applicable par l'entreprise sera moins dictée par le système national que son efficacité à servir l'objet concret poursuivi par l'entreprise. Il serait cependant excessif de voir dans le contrat l'instrument de la maîtrise de l'avenir. D'une part parce qu'il est impossible d'envisager l'ensemble des difficultés qui peuvent survenir, le contrat minimise alors les effets des risques envisageables sans parvenir pour autant à un risque zéro. D'autre part, l'entreprise peut, parfois, exploiter l'incertitude inhérente à un contexte juridique singulier.

B. - L'imprévisible, élément du contrat ?

La contrepartie de la liberté d'entreprendre se situe dans le « risque d'entreprise », qui se manifeste à la fois sur la tête de l'entrepreneur, sur celle de ses créanciers et partenaires, et à l'égard de l'entreprise elle-même détachée de ses composants individuels. L'hypothèse d'un droit des contrats outil de la performance de l'entreprise repose principalement sur l'introduction, dans le contrat, des outils considérés comme les plus pertinents pour l'entreprise en cas de réalisation d'un risque envisageable. Il faut, cependant, envisager également la possibilité d'un silence subtilement orchestré par l'entreprise qui renvoie alors la gestion du risque à la survenance du contentieux.

L'hypothèse prend une acuité particulière dans un contexte international et la question de l'application du droit des contrats représente, en effet, un enjeu essentiel dans les pays de l'Est. Un exemple permettra de mieux cerner la question : une entreprise établie en Roumanie commercialise ses produits au Kosovo et au Monténégro. Les droits nationaux de chacun de ces Etats sont donc susceptibles d'être appliqués au contrat. Le droit roumain, hérité de l'ère soviétique, est quasi inexistant et en pleine reconstruction. Il se définit au gré des difficultés rencontrées et offre, par conséquent, un cadre juridique minimal. De la même façon, les droits nationaux du Kosovo et du Monténégro sont beaucoup moins développés que les droits des contrats des pays de l'Europe de l'ouest. L'enjeu est cependant important dès lors que le choix de la Roumanie placera le contrat au cœur de l'Union européenne, le choix des autres droits laissera au contrat la possibilité de se développer dans un environnement juridique réduit à son minimum. Or les entreprises ne sont pas insensibles à cette questions et le sentiment d'un lobbying de l'ouest tentant d'imposer la culture juridique occidentale est visiblement ancré.

---

[52] C. Féral-Schuhl, Attention à la clause de "hardship" : http://www.journaldunet.com/solutions/conseils/juridique/juridique15_hardship.shtml

L'hypothèse permet d'envisager le silence du contrat comme un instrument de gestion piloté par l'entreprise ; s'il peut être rassurant d'anticiper et d'imposer les outils en amont, il peut être parfois utile de ménager l'incertitude pour mieux réagir en cas de survenance de la difficulté et choisir, selon la stratégie de l'entreprise, les outils adéquats une fois le risque réalisé. Les finalités du conflit judiciaire peuvent alors être multiples[53] : servir une campagne de communication, amener un concurrent à se dévoiler, justifier la chute de la valeur des actions en bourses, gagner du temps…

Aux termes des ces développements, il semble possible d'avancer plusieurs conclusions ; en premier lieu, les constatations tirées de l'observation de la pratique permettent d'avancer que le droit des contrats peut être un instrument d'optimisation des performances de l'entreprise par une meilleure gestion de la relation commerciale. Cette gestion rationalisée repose, quant à elle, sur deux axes principaux : la gestion du risque juridique et la maîtrise de la relation commerciale. Les éléments théoriques du droit français des contrats prennent alors une coloration nuancée, permettant à l'entreprise de trouver dans les arcanes des constructions théoriques, les fondements légaux permettant d'asseoir la recherche du projet économique.

[53] C. Champaud, D. Danet, *op. cit.*, p. 10.