

Vers une stratégie juridique de l'organisation des *holdings* ?¹

Marilène MARQUES

Attachée de Direction, Banque et Caisse d'Épargne de l'État, Luxembourg

Résumé : La démarche stratégique d'un groupe de sociétés multinationales est orientée, contrainte ou facilitée par les multiples déterminants de l'environnement, dont notamment les nombreuses règles qui s'appliquent au groupe. Le pouvoir réel détenu par la société *holding*, lorsqu'elle intervient directement dans la gestion des sociétés dont elle détient et gère les titres, peut être utilisé pour optimiser juridiquement sa gestion et même élaborer des stratégies juridiques qui peuvent conférer un avantage concurrentiel. La mise en œuvre de cette théorie nécessite un plan d'action tangible pouvant transformer les menaces juridiques en des opportunités conférant un avantage compétitif par le biais d'une ingéniosité juridique bien maîtrisée au sein du groupe.

Mots-clés : stratégie juridique, société multinationale, *holdings*

La *holding* ou *holding company* est un mot emprunté à la langue anglaise, qui dérive du verbe « *to hold* »². Une société *holding* est une entreprise qui possède les actions d'autres sociétés, accomplit les opérations financières qui s'y rapportent et dirige ou contrôle leur activité. La société *holding* est une société mère lorsque non seulement elle gère un portefeuille de titres, mais intervient directement dans la gestion des sociétés dont elle détient des

1 Les propos tenus dans cet article ne représentent que et uniquement l'opinion de leur auteur.

2 Conformément à la tendance générale pour les emprunts désignant un inanimé, le mot est au masculin. Cependant, sous l'influence de la lexie « société holding », on utilisera le féminin.

titres³. L'unité de décision est réalisée par une société dont l'objet est purement financier.

Le terme stratégie est d'origine militaire et son étymologie grecque nous envoie à l'art de conduire une armée et de disposer judicieusement des troupes afin de remporter la victoire. Appliquer au monde de l'entreprise, la stratégie consiste à « se fixer des objectifs en fonction de la configuration de l'environnement et des ressources disponibles dans l'organisation puis à allouer ces ressources afin d'obtenir un avantage concurrentiel durable et défendable⁴ ». Il s'ensuit que la stratégie est une fonction de direction générale qui concerne la totalité de l'entreprise et s'inscrit dans le long terme.

Dans l'élaboration de sa stratégie, la société *holding* doit identifier les facteurs de compétitivité et s'efforcer de les maîtriser mieux que ses concurrents. Par définition, la stratégie est donc toujours relative, elle se mesure aux concurrents. Elle est aussi plurielle et multiple. Elle ne relève pas d'une application de quelques recettes, ni d'une utilisation plus ou moins automatique de quelques outils. Elle s'avère être un espace de liberté pour le dirigeant et le juriste d'affaires.

Concrètement, la société *holding* est amenée à⁵ :

- Choisir la direction et les modalités de son développement ;
- Circonscrire son périmètre d'activité ;
- Déterminer les principes sur lesquelles elle entend fonder son avantage concurrentiel.

Ainsi, la stratégie conduit à transformer l'organisation tout en prenant en compte sa culture, ses structures et ses comportements voire même les adaptant si nécessaire. La phase de mise en œuvre de la stratégie dans les différentes fonctions ne doit pas être négligée, au risque de ne pas pouvoir implémenter la stratégie adoptée ou pire d'en être détourné par des forces internes à l'entreprise.

En effet, la démarche stratégique d'une société, et plus encore lorsqu'elle est multinationale⁶, est orientée, contrainte ou facilitée par les multiples

3 Gibirila, D. « Groupes de sociétés », *Jurisclasser* Fasc.1574, 4, 2012 p. 1-32 ; Menjucq, M., « Société européenne », *Jurisclasser* Fasc.1570, 5, 2008 p. 1-22.

4 Leroy F. *Les stratégies de l'entreprise*, Dunod, 2012, 4e éd.

5 Leroy F., précit.

6 Voir Frison-Roche, M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, PUF « Que sais-je ? », Selon le Professeur Frison-Roche, il faut distinguer la mondialisation et la globalisation. La mondialisation est simplement l'intensification des échanges économiques par l'abaissement des frontières et la rapidité des échanges et dont l'OMC est aujourd'hui la gardienne. La globalisation vise un phénomène nouveau, celui des échanges économiques sans aucune contrainte de temps ni de lieu, portant sur des biens sans corporalité puisqu'il s'agit d'informations qui grâce à la technologie circulent hors de l'espace et en un instant.

déterminants de l'environnement. D'une façon étroite, il convient d'analyser son marché, ses clients et concurrents. Dans une perspective plus large, la mise en œuvre d'une stratégie de groupe ne va pas sans l'intégration des éléments économiques, juridiques, sociologiques, politiques, démographiques et technologiques.

I. — LES STRATÉGIES D'UNE ORGANISATION MULTINATIONALE

À la question de savoir ce que peut être une organisation juridique ou les stratégies d'une organisation, de nombreuses interrogations surgissent immédiatement⁷ : Qu'est-ce qui est organisé et dans quel but ? Qui a le pouvoir et la volonté d'organiser ? Comment les règles d'organisation juridique sont-elles formalisées, hiérarchisées ? Comment est assurée la cohérence de l'organisation juridique, quand elle est complexe et intégrée dans des contrats séparés, textes différents et lorsqu'elle touche plusieurs ordres juridiques différents ?

Nous ne prétendons pas donner une réponse à toutes ces questions mais bien soulever la complexité du sujet tout en soulignant que les réponses à ces questions appartiennent aux sociétés dans le cadre de leur liberté contractuelle.

En effet, le pouvoir d'organiser juridiquement leurs relations, leurs opérations, leurs activités appartient aux parties dans le cadre de la liberté contractuelle dont elles , qui est d'autant plus grande quand il s'agit de structures multinationales et de la très grande liberté que le droit international privé laisse aux intervenants quant aux choix de la loi applicable. Il en va de même lors de la négociation de contrats d'affaires internationaux. Pour accroître le pouvoir d'organiser elles-mêmes leurs relations, les sociétés s'efforcent de rédiger des contrats si complets, qu'elles puissent, en cas de litige, éviter l'application d'un droit national quel qu'il soit, voire même d'un juge national, en choisissant l'arbitrage en tant que mode de résolution des litiges.

Selon le Professeur Paillusseau⁸, la conception de l'élaboration de la règle juridique résulte de l'assimilation de six éléments :

7 Paillusseau, J. « Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques) », *RTDC*, 42 (1) janv.-mars 1989, p. 1-57.

8 Paillusseau J., « Les apports du droit de l'entreprise au concept du droit », *D.* 1997, p. 97, Jean Paillusseau a été l'un des premiers à s'intéresser aux interactions entre le droit et le management. Il affirme que le droit est aussi une science de l'organisation qui a pour [p. 91-104] Marilène MARQUES *Arch. phil. droit* 56 (2013)

- Perception et reconnaissance de besoins de la société ;
- Recherche et prise en compte des contraintes de la société ;
- Détermination des finalités poursuivies ;
- Fixation des objectifs à atteindre ;
- Utilisation d'éléments techniques pour la société ;
- Choix des solutions possibles.

Il va sans dire qu'il n'existe pas de recette miracle s'agissant des stratégies d'organisation. Plus une société devient complexe et internationale, et plus elle est fragile et plus grands sont les risques qu'elle encourt. Le droit est une technique de gestion et d'organisation au service des finalités économiques, sociales, politiques et culturelles de l'entreprise.

A. — *La structure de la holding multinationale*

La concentration des sociétés peut s'effectuer sans que la personnalité morale et l'autonomie juridique des sociétés concernées soient remises en cause. Cette jonction de sociétés se crée autour d'une entreprise en principe la plus performante, qui graduellement prend le contrôle des autres sociétés. Ces dernières jusqu'alors indépendantes deviennent des sociétés filiales. Un groupe de sociétés est né, instrument de suprématie économique d'une société sur plusieurs autres.

En ce sens, le groupe de sociétés multinationales est un ensemble d'entités juridiques établies dans plus d'un État mais unies entre elles par divers liens juridiques, financiers et hiérarchiques au regard desquels l'une d'elles détermine la politique économique du groupe, la stratégie d'ensemble et exerce un pouvoir de contrôle sur les sociétés du groupement placées sous sa dépendance. L'unité de décision et de contrôle ne supprime pas l'autonomie des sociétés du groupe, elle ne fait que l'amoindrir. Tout en assurant la cohésion de l'ensemble des sociétés, l'unité de contrôle permet de concevoir la stratégie générale et la politique du groupe. Les plus grands groupes de sociétés multinationales sont assez puissants pour développer leurs propres règles et mettre de côté la réglementation nationale.

C'est dans ce cadre que s'insère la société *holding* qui se caractérise par la détention de participations financières dans les sociétés du groupe en vue de diriger et de contrôler leur activité, ce qui vaut à ces sociétés d'être également dénommées « sociétés de contrôle », « sociétés de participations ». L'unité de décision économique est réalisée par une société, dont le but est purement financier, qui par le biais de ses participations, contrôle les

objet l'organisation des activités humaines en permettant de faire de meilleures organisations juridiques.

sociétés qui composent le groupe. Le capital de la société *holding* est constitué par la détention de titres d'une ou de plusieurs autres sociétés sur lesquelles la *holding* exerce un pouvoir. Cette technique importée des États-Unis permet de prendre, maintenir ou accroître le contrôle au sein du groupe afin de contrôler ou racheter d'autres entreprises tout en évitant la dispersion des titres dans une perspective purement financière. La *holding* n'exerce pas d'activité industrielle ou commerciale⁹. Ce régime favorise la mobilisation et le rendement du capital, la politique d'investissement du groupe, les opérations de fusion ou d'échange de participation voire même la décentralisation des responsabilités.

La validité des *holdings* a pendant longtemps été mise en doute. La Cour de cassation a eu tendance à les considérer comme des sociétés de façade destinées à organiser, voire même à dissimuler des conventions de vote prohibées. Leur validité est désormais acquise¹⁰. En effet, la jurisprudence admet sans équivoque leur licéité dans la mesure où aucune atteinte illicite n'est démontrée au droit de vote des actionnaires des filiales qui puisse entacher de nullité des sociétés *holdings*. Le rôle des *holdings* consiste à exercer un contrôle sur les filiales afin de définir la politique économique du groupe.

C'est dans cet environnement de libertés contractuelles, organisationnelles et structurelles que l'OCDE a émis des principes directeurs à l'intention des sociétés multinationales ainsi que des principes de bonne gouvernance.

B. — *Les principes d'une bonne gouvernance à l'intention des entreprises multinationales*

L'OCDE s'est fortement inspirée des théories des « parties prenantes » en s'inclinant dans ses principes directeurs vers le modèle de *stakeholder*¹¹. Les

9 La société *holding* facilite le rachat des entreprises grâce à des avantages fiscaux en faisant supporter une partie de l'investissement par la société acquise et non par la société acquéreur. Cette technique permet une diminution des apports en fonds propres tout en augmentant la capacité d'emprunt.

10 Cass. com., 24 févr. 1987, *Bull.civ.* 1987, IV, n° 54 ; *Rev. Sociétés* (1987), p. 284, décision rendue sur renvoi après cassation de la cour d'appel de Paris le 18 juin 1986.

11 Voir Freeman, P. (1984) *Strategic Management : A stakeholder approach*. Boston : Pitman. Freeman est le père fondateur de la théorie des parties prenantes. La théorie des parties prenantes est une théorie de la gestion et de l'éthique des affaires organisationnelles qui aborde la morale et des valeurs dans la gestion d'une organisation. Il a été détaillé par Freeman qui identifie et modélise les groupes qui sont parties prenantes d'une société, et

principes d'une bonne gouvernance selon l'OCDE¹² sont de plusieurs ordres, ils préconisent de :

- Concourir à la transparence et à l'efficacité des marchés, être compatible avec l'état de droit et clairement définir la répartition des compétences entre les instances chargées de la surveillance, de la réglementation et de l'application des textes ;
- Protéger les droits des actionnaires et faciliter leur exercice ;
- Assurer un traitement équitable de tous les actionnaires, y compris les actionnaires minoritaires et étrangers. Tout actionnaire doit avoir la possibilité d'obtenir la réparation effective de toute violation de ses droits ;
- Reconnaître les droits des différentes parties prenantes à la vie d'une société tels qu'ils sont définis par le droit en vigueur ou par des accords mutuels, et encourager une coopération active entre les sociétés et les différentes parties prenantes pour créer de la richesse et des emplois et assurer la pérennité des entreprises financièrement saines ;
- Garantir la diffusion en temps opportun d'informations exactes sur tous les sujets significatifs concernant l'entreprise, notamment la situation financière, les résultats, l'actionnariat et le gouvernement de cette entreprise ;
- Assurer un pilotage stratégique de l'entreprise et la surveillance effective de la gestion par le conseil d'administration, ainsi que la responsabilité et la loyauté du conseil d'administration vis-à-vis de la société et ses actionnaires.

Les entreprises doivent tenir pleinement compte des politiques établies dans les pays où elles exercent leurs activités et prendre en considération les points de vue des autres acteurs du marché. Tout en étant encouragées à contribuer aux progrès économiques, environnementaux et sociaux en vue de parvenir à un développement durable, l'OCDE appelle les entreprises

décrit et recommande les méthodes par lesquelles la direction peut prendre dûment en compte les intérêts de ces groupes.

12 OCDE (2004), *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, p. 74, Les principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE ont été approuvés en 1999 par les Ministres des pays de l'OCDE et se sont depuis lors imposés comme une référence à l'échelon international pour les responsables de l'action gouvernementale, les investisseurs, les sociétés et autres parties prenantes. Ils ont été à la base des initiatives qui ont été prises dans ce domaine dans les pays aussi bien membres que non membres de l'OCDE. Ils ont en outre été adoptés comme l'une des douze normes fondamentales pour la solidité des systèmes financiers qui ont été définies par le Forum sur la stabilité financière. Ils constituent donc la référence en matière de gouvernement d'entreprise pour les rapports sur l'observation des normes et codes de la Banque mondiale et du FMI.

multinationales à s'abstenir de rechercher ou d'accepter des exceptions non prévues dans le dispositif législatif ou réglementaire concernant, entre autres, la fiscalité, les incitations financières ou d'autres domaines. À cet égard, les principes directeurs de l'OCDE¹³ à l'intention des entreprises multinationales incitent ces dernières à s'appuyer et faire observer des principes de bon gouvernement d'entreprise et mettre au point et appliquer de bonnes pratiques de gouvernement d'entreprise, y compris au sein des groupes d'entreprises, en élaborant des systèmes de gestion efficaces qui favorisent une relation de confiance mutuelle entre les entreprises et les sociétés dans lesquelles elles exercent leurs activités.

Dans l'élaboration de sa stratégie, la *holding* d'un groupe de sociétés multinationales doit non seulement prendre en compte les principes directeurs de coopération communément admis mais en outre utiliser les outils qui sont à sa disposition, notamment le droit, et les maîtriser mieux que ses concurrents.

En effet, le droit n'est pas simplement une source de contraintes pour les entreprises mais aussi une source d'opportunités et un levier pour la vie des affaires qu'il ne faut pas négliger. Le droit a une place prépondérante dans la formulation et l'implémentation d'une stratégie de groupe de société d'autant plus quand les sociétés sont multinationales et issues de différents ordres juridiques.

II. — LA PLACE DU DROIT DANS LA FORMULATION ET L'IMPLÉMENTATION D'UNE STRATÉGIE DE GROUPE DE SOCIÉTÉS

Il s'agit ici de contempler la place du droit en tant que facteur essentiel, d'une part, à l'élaboration d'une stratégie de groupe, et d'autre part, en tant qu'élément déterminant de création de valeur en transformant des contraintes juridiques en opportunités. On constatera par ailleurs que les

13 OCDE (2011), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, p. 101, Ces principes sont des recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales exerçant leurs activités dans les pays adhérents ou à partir de ces derniers. Ils contiennent des principes et des normes non contraignantes destinés à favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement admises. Ils constituent, en matière de conduite raisonnable des entreprises, le seul code exhaustif convenu à l'échelon multilatéral que les gouvernements se sont engagés à promouvoir.

[p. 91-104]

Marilène MARQUES

Arch. phil. droit 56 (2013)

stratégies ainsi conçues nécessitent un plan d'action concret et tangible pour pouvoir être appliquées au sein de l'entreprise.

A. — *Le droit en tant que facteur de compétitivité*

Les entreprises doivent opérer dans un environnement juridique complexe au sein duquel les lignes de séparation entre un comportement légal ou illégal sont déformées et vagues¹⁴. Cette incertitude offre une opportunité aux entreprises d'utiliser leur savoir juridique et leur capacité technique afin de réaliser un avantage concurrentiel dans le marché. Ce potentiel de compétitivité est inhérent aux ressources juridiques en vertu de leur ambiguïté inattendue et de leur complexité. Chaque activité dans la chaîne de valeurs est impactée par son environnement légal¹⁵ et façonnée par le système juridique¹⁶. Par conséquent, le droit peut être vu comme un facteur important dans la création de valeur par le biais, entre autres, d'une bonne gestion des contrats. Le droit joue un rôle significatif et contribue largement au succès de toutes les stratégies d'organisation¹⁷.

En management, le droit vu comme un facteur de compétitive a également été longtemps sous-estimé. Le droit ne peut, selon l'approche dominante, engendrer un avantage concurrentiel sur le long terme. En effet, les normes peuvent avoir un impact sur une activité sectorielle mais non sur la dynamique concurrentielle¹⁸. Récemment, par contre, un courant doctrinal, tant aux États-Unis qu'en Europe, a exploré des aspects de stratégies juridiques se rapportant, d'une part, à l'avantage concurrentiel, et d'autre part, à la place du droit en tant que force positive au sein des entreprises. Aux États-Unis, l'attention s'est portée sur le droit en tant que source d'un avantage concurrentiel, tandis qu'en Europe s'est développée l'approche de « *Proactive Law* »¹⁹.

14 Stohl, C., Stohl, M. and Popova, L. (2009) "A new generation of corporate codes of ethics", *Journal of Business Ethics*, Vol.90, Issue 4, p. 607-622

15 Bagley, C.E. (2010) "What's law got to do with it? : Integrating law and strategy", *American Business Law Journal*, Vol.47, Issue 4, p. 587-639.

16 Bird, R.C. (2009) "Pathways of legal strategy", *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, vol. 14, p. 1.

17 Peterson, E.A. (2012) "Compliance and ethics programs : competitive advantage through the law", *Journal of Management and Governance* [Online], <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10997-012-9212-y?LI=true>.

18 Masson A. et Bouthinon-Dumas H., « L'approche Law et Management », *RTD com*, 2011, p. 233.

19 L'approche « *Proactive Law* » ou loi proactive cherche une nouvelle approche des questions juridiques dans les entreprises et les sociétés. Au lieu de percevoir la loi comme une contrainte que les entreprises et les gens en général doivent suivre, cette approche

Lorsque Michael Porter²⁰ identifie cinq forces qui structurent l'environnement concurrentiel, à savoir le pouvoir de négociation des clients, celui des fournisseurs, la menace des concurrents et des nouveaux entrants sur le marché ainsi que la dissuasion issue des produits de substitution, il ne fait pas référence au droit, tout au plus pour déterminer les barrières d'entrée d'un marché. En appliquant cette définition à l'environnement juridique, Hasl-Kelchner²¹ souligne que les entreprises doivent accomplir leurs activités de manière à créer une différenciation à un prix compétitif tout en réduisant les aléas juridiques indésirables. Le droit influe sur les cinq forces²².

L'avantage concurrentiel n'est pas suffisant en soi. Il doit être durable et inimitable pour les concurrents afin d'éviter que ces derniers n'adoptent la même stratégie. Tout en marquant une rupture avec la théorie de Porter, l'approche par les ressources²³ amorce une réflexion construite sur le management et le droit. En effet, les stratégies juridiques sont dans une large mesure séparées des stratégies de l'entreprise et se limitent au contentieux et à la gestion des risques. Selon l'approche par les ressources, l'entreprise doit se concentrer sur la manière dont elle mobilise les ressources économiques, techniques, financières voire juridiques qui sont à sa disposition pour répondre aux défis de son environnement. Cette capacité dépend bien évidemment des connaissances et savoirs à la disposition de la société mais tout autant de l'attitude des managers à l'égard du droit. Elle peut devenir un avantage concurrentiel lorsqu'elle est durable, inimitable, rare et possédant une certaine valeur.

considère la loi comme un instrument qui peut créer le succès et favoriser des relations durables, ce qui en fin de compte porte le potentiel d'accroître la valeur pour les entreprises, les particuliers et les sociétés en général. Berger-Walliser, G. & Østergaard, K. : *Proactive Law – in a Business Environment*. (2012) 1. ed. Tilst, DJØF Publishing, Jurist- og Økonomforbundets Forlag. p. 16. Le foyer du mouvement de loi proactive est les pays nordiques et la Finlande en particulier. Le mouvement a décollé dans les années 1990 et est presque semblable au mouvement américain – la loi comme source concurrentielle. Ces deux évolutions parallèles sont fondées sur les travaux de Louis M. Brown, développés dans les années 1950 connus comme l'approche préventive à la loi.

20 Porter, M. E. (1980) *Competitive strategy : Techniques for analysing industries and competitors*. New York. The Free Press, Porter, M. (1985) *Competitive advantage*. New York : The Free Press.

21 Hasl-Kelchner, H. (2006) *Legal literacy : What every manager should know about the law*. San Francisco, CA : Jossey – Bass.

22 Shell, G.R. (2004) *Make the rules or your rivals will*. 3th edition. G. Richardson Consulting.

23 Wernerfelt, B. (1984), « A resource-based view of the firm », *Strategic Management Journal*, Vol. 5, p. 171-180.

Le Professeur Bird²⁴ a développé le modèle des « cinq voies pour une stratégie juridique d'entreprise ». La première voie consiste à « éviter les contraintes juridiques » afin de réduire les coûts. La deuxième voie est celle de la « conformité avec le droit » qui se cristallise au sein de l'entreprise par l'intégrité de l'organisation et la mise en pratique de stratégies de conformité afin de prévenir les sanctions pénales pouvant être infligées à l'entreprise en cas de violation et de non-conformité avec les normes établies. Le troisième chemin est celui de la « prévention », qui contrairement à la conformité, oblige les entreprises à utiliser leurs ressources juridiques afin d'accomplir un résultat stratégique et par conséquent assurer un avantage concurrentiel. La quatrième voie recadre le droit à une position stratégique en l'élevant au niveau d'opportunités concurrentielles. La voie finale est celle de l'avantage concurrentiel soutenu et établi dans l'entreprise.

Pour Peterson, chaque décision juridique referme des aspects entrepreneuriaux qu'il convient de prendre en compte dans l'élaboration des stratégies adoptées. Bagley²⁵ insiste sur l'attitude des managers et leur capacité à communiquer effectivement et efficacement avec les juristes afin d'être en mesure de constituer une capacité juridique et afin qu'elle puisse devenir une compétence centrale en transformant certaines contraintes juridiques en opportunités. L'ingéniosité juridique prônée par Bagley est un processus d'organisation et de gestion qui requiert un ordre de valeurs adapté à la dimension juridique des affaires, une approche proactive dans l'implication des entrepreneurs et gestionnaires dans la négociation des contrats et la résolution des litiges, l'utilisation de contrats en tant que complément au gouvernement d'entreprise et renforcement des alliances stratégiques, la fréquence des échanges entre la direction juridique et la direction générale et une connaissance circonstanciée et adaptée du secteur d'activité.

Dans les faits, les entreprises cherchent à infléchir les règles du jeu en leur faveur, par le biais de *lobbying* auprès du régulateur ou de contrats d'affaires finement élaborés pour encadrer leur activité ou leurs relations d'affaires. La loi permet aux acteurs du marché de s'entendre sur les règles à appliquer

24 Bird, R.C. (2009) « Pathways of legal strategy », *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, vol. 14, p. 1, Bird, R.C. (2010) « The many futures of legal strategy », *American Business Law Journal*, vol. 47, issue 4, p. 575-586, Bird, R. C. (2011) « Law Strategy and Competitive Advantage » [Online]. *Social Science Research Network*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1327795.

25 Bagley, C. (2005) *Winning legally : How to use the law to create value. Marshall Resources, and manage risk*. Harvard Business School Press, Bagley, C.E. (2008) « Winning legally : the value of legal astuteness », *The Academy of Management Review*, Vol. 33, No.2, p. 378-390, Bagley, C.E. (2010) « What's law got to do with it ? : Integrating law and strategy », *American Business Law Journal*, Vol.47, Issue 4, p. 587-639.

à leurs relations contractuelles qui trouveront à s'appliquer si tant est qu'elles ne violent pas l'ordre public et ce par le biais de l'autonomie de la volonté des parties.

La norme peut être utilisée comme une ressource stratégique d'organisation par les entreprises. En raison des imperfections législatives tenant à l'inflation législative, aux fluctuations dans les objectifs politiques menés et à la piètre qualité rédactionnelle des normes, il existe une source d'opportunités pour l'élaboration de stratégies juridiques²⁶. Cette source est d'autant plus illimitée que l'environnement dans lequel la société *holding* évolue est étendu et transnational. La virtuosité des juristes d'affaires et des dirigeants est d'autant plus sollicitée et appelée à contribution pour renforcer voire fonder la compétitivité des entreprises. Le droit apparaît comme une source de profit et non uniquement de coûts. Cette approche milite pour une reconnaissance du rôle stratégique de la fonction juridique dans l'entreprise.

Cette approche du droit en tant qu'arme concurrentielle suppose une démarche pragmatique de mise en œuvre pour la société et son corps de dirigeants. Siedel et Haapio²⁷ ont développé un « plan d'action juridique pour le manager » afin d'assister les dirigeants et de transformer des concepts théoriques de performance juridique en des plans d'actions tangibles et applicables par l'entreprise.

B. — *Le plan d'action juridique pour le manager dirigeant*

Concrètement, ce plan d'action permet la reconnaissance et le développement de nouvelles formes d'avantages concurrentiels en transformant des

26 Masson A. et Shariff M. (2010), « Les stratégies juridiques des entreprises », *Revue Lamy Droit des Affaires*, p. 56-64. Selon ces auteurs, pour que le droit ne soit pas susceptible d'être dévoyé à des fins stratégiques, toute norme devrait être claire, compréhensible, réaliste, connue de tous, cohérente, appliquée de façon objective, prévisible, uniforme, effective, impersonnelle, générale et hiérarchisée par rapport à des intérêts manifestement hiérarchisables.

27 Haapio, H. (2006) "Introduction to proactive law : a business lawyers' approach, A Proactive Approach", *A Scandinavian Studies in Law*, vol.49, p. 21, Siedel, G.J. (2000) "Six forces and the legal environment of business : the relative value of business law among business school core courses", *American Business Law Journal*, Vol. 37, Issue 4, p. 717-741, Siedel, G.J. (2002) "Using law for competitive advantage", *University of Michigan Business School Management Series*, Siedel, G.J. and Haapio, H. (2010) "Using proactive law for competitive advantage", *American Business Law Journal*, Vol.47, p. 641-686.

menaces juridiques en opportunités, d'une part, en décrivant la norme, le droit ou l'ordre juridique en termes managériales, d'autre part.

Ce plan d'action juridique est décomposé en quatre étapes bien distinctes :

- la compréhension du droit par l'entreprise ;
- la gestion des menaces juridiques ;
- le développement de stratégies de prévention ;
- l'encadrement des questions juridiques.

Chaque entreprise doit identifier les opportunités et les menaces de son environnement juridique et les ressources que la loi peut lui offrir. Une bonne connaissance et compréhension de son environnement juridique est un travail préparatoire décisif pour aboutir à l'utilisation de la loi en tant que facteur concurrentiel²⁸. Selon Peterson²⁹, tout processus de conformité avec la loi aboutit à la reconnaissance et au renforcement de deux réalités inhérentes aux systèmes juridiques, d'une part, il souligne dans une large mesure les ambiguïtés inhérentes à la loi et, d'autre part, il suggère que les violations à la loi sont inévitables dans le contexte des entreprises. Le langage approximatif de certaines lois conduit à des difficultés dans leur application à une situation déterminée³⁰. Les procédures de conformité à la loi permettent aux sociétés d'adresser certaines incertitudes en rappelant le management qu'une grande partie de la loi est une zone grise³¹. La loi a une place prépondérante dans la prise de décisions et doit être prise en compte en tant que facteur déterminant³² au même niveau que l'analyse PESTEL³³.

28 Voir Siedel, G.J. and Haapio, H. (2010) "Using proactive law for competitive advantage", précit.

29 Voir Peterson, E.A. (2012) « Compliance and ethics programs : competitive advantage through the law », précit.

30 Altman, A. (2001) *Arguing about law*. 2nd ed. Belmont, CA : Wadsworth Publishing Company, Altman Weil, Inc (2008) *Winning strategies for the evolving legal marketplace* [Online] <http://www.airtimemanager.com/doc/WinningStrategiesForLawFirms-Whitepaper.pdf>, Arthur, J. and Shaw, W. (2006) *Readings in the philosophy of law*. 4th edition. Upper Saddle River, NJ : Prentice-Hall.

31 Voir Peterson précit.

32 Oder, D. (2009) *Managing Business Litigation Costs* <http://www.sandiegobusinesslawyerblog.com/2009/09/managing-business-litigation-c.html>.

33 En management stratégique, l'analyse PEST (ou PESTEL) est un outil de travail conceptuel s'intéressant à l'influence (positive ou négative) que peuvent exercer, sur une organisation, les facteurs macro-environnementaux d'ordres : Politique, Économique, Social, Technologique, Environnemental, Légal et Législatif.

Un système de contrôle de conformité engendre un coût non négligeable pour l'entreprise, allant de l'investissement technologique et informatique, audits internes, formations, évaluations, en passant par les relations avec les acteurs publics. L'absence de système de contrôle peut engendrer des coûts tout aussi significatifs lorsque l'entreprise viole la loi, les procédures internes ou toute autre obligation contractuelle et qui peuvent se traduire en des amendes, honoraires d'avocats et frais de mise en conformité³⁴. Cette stratégie de conformité est critiquable en cela qu'elle se limite à articuler la soumission à la loi. Toute procédure de conformité va bien au-delà d'une obéissance à la loi mais englobe aussi une gestion prudente et quotidienne des affaires et activités de la société. Les sociétés sont obligées par ce biais de développer des standards et des procédures de bonne conduite, de prévention des comportements illégaux, de budgétiser des formations continues, d'auditionner et d'évaluer les procédures de mise en place. Tout programme de conformité permet de donner des réponses plus rapides et plus efficaces en laissant moins de temps à la survenance de problèmes juridiques qui peuvent causer des dommages³⁵.

Les opportunités offertes par la loi peuvent être de deux sortes, des opportunités objectives, résultant de la structure de l'environnement juridique favorable à l'entreprise, et des opportunités subjectives issues du comportement des autorités administratives de surveillance du marché et secteur d'activité. Cet engagement d'utiliser le droit en tant que ressource stratégique oblige la direction générale de la société ou groupe de sociétés à amorcer des actions pour mettre en place cet engagement³⁶ et à se mettre à la table de négociation conjointement avec les juristes afin de procéder à une esquisse de stratégie de l'entreprise et réduisant ainsi le fossé entre les dirigeants et les juristes³⁷.

La stratégie juridique adéquate mobilise les ressources mises à disposition par la société ou groupe de sociétés. Ainsi, lorsqu'une *holding* exerce le contrôle à travers une cascade de sociétés, on peut considérer que chaque société ainsi constituée représente une ressource ayant été mobilisée au service de la stratégie du groupe. Les ressources sont des savoirs et des savoirs

34 Baucus, M.S. and Baucus, D.A. (1997) « Paying the piper : An empirical examination of longer-term financial consequences of illegal corporate behaviour », *Academy of Management Journal*, Vol.40, Issue 1, p. 129 et Hasl-Kerchner, précit.

35 Di Matteo, L.A. (2010) "Strategic contracting : Contract law as a source of competitive advantage", *American Business Law Journal*, vol. 47, p. 727-794.

36 Siedel et Haapio précit.

37 Di Matteo (2010) précit., Bagley (2008) précit.

[p. 91-104]

Marilène MARQUES

Arch. phil. droit 56 (2013)

faibles, une intelligence juridique, des connaissances détenues en interne, des réflexes, des procédures ou des réseaux relationnels.

Il s'agit de détecter les menaces nées de l'environnement juridique en gérant les flux d'informations juridiques internes et externes par la création et la coordination de ressources juridiques. La veille juridique est en soi une force créatrice dans l'élaboration de la stratégie juridique d'entreprise d'autant plus importante que l'environnement est international et les législations et cultures juridiques sont divergentes.

m.marques@bcee.lu