



Alain Brunet
Franck César

Nouvelle
édition
augmentée

Le contract management

Performance contractuelle, renégociations, *claims* :
comment sauvegarder et accroître les marges

Un outil de travail pragmatique pour faire du management des contrats un véritable levier de performance.

Dans un contexte d'économie mondialisée à forte intensité concurrentielle, il devient essentiel pour les entreprises de savoir gérer les risques contractuels. En effet, une fois le contrat signé, il est fréquent que les contractants cherchent à optimiser leur rentabilité via des réclamations (*claims*) ou des avenants qui peuvent être perçus comme agressifs et déstabilisants. Comment réagir face à ces demandes, orienter les contrats à son avantage ? L'ouvrage propose :

- **Les « règles du jeu »** de cette manière d'aborder la relation contractuelle.
- **Les techniques de contract management**, les méthodes de renégociation et de gestion des *claims*.
- **Les meilleures pratiques** des entreprises les plus avancées dans le domaine.
- **Les apports de la psychologie expérimentale.**

Entièrement revue, enrichie d'illustrations et d'exemples concrets, cette nouvelle édition fait le point sur :

- **Les dernières innovations** (méthode agile, BIM, communautés de pratique...).
- **Les apports des technologies et des LegalTechs** (notamment l'IA prédictive pour fiabiliser l'issue des *claims*).
- **Les méthodes de la recherche opérationnelle** (MCDA) appliquées au processus de décision lors des contentieux.
- **Le Legal (ou Contract) Design.**
- **Les dernières jurisprudences** associées au domaine contractuel.
- **Les impacts de la réforme du droit des obligations...**



Alain Brunet, docteur ingénieur, docteur en sciences de gestion, ancien élève de l'Institut de haute finance, possède une expérience de plus de trente ans dans le domaine des grands projets internationaux (médical, chimie, aéronautique, génie-civil, transport, défense). Praticien expérimenté, il mène régulièrement des actions de formation auprès des entreprises. Il est également membre du Cercle Turgot qui participe à l'analyse de l'économie financière contemporaine.



Franck César, diplômé d'Audencia, DECF, ancien élève de l'Institut de haute finance, est associé et directeur général du cabinet de conseil WillBe Group. Il intervient depuis plus de 15 ans sur des missions de Contract/Claim Management dans les secteurs industriel et informatique (dans des contextes de réclamations, renégociations, litiges) et est un spécialiste reconnu de la mise en place de stratégies, organisations et pratiques de contract management pour de grands comptes de tous secteurs.

Le contract management

Éditions Eyrolles
61, bd Saint-Germain
75240 Paris Cedex 05
www.editions-eyrolles.com

En application de la loi du 11 mars 1957, il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement le présent ouvrage, sur quelque support que ce soit, sans autorisation de l'éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris.

© Groupe Eyrolles, 2014
© Éditions Eyrolles, 2019 pour cette nouvelle édition
ISBN : 978-2-212-57144-8

Alain Brunet et Franck César

Le contract management

**Performance contractuelle,
renégociations, *claims* :
comment sauvegarder
et accroître les marges**

Nouvelle édition augmentée



● Éditions
EYROLLES

Table des matières

| | |
|--|----|
| Préface à la nouvelle édition | 13 |
| Préface à la première édition | 15 |
| Introduction | 17 |
| Chapitre 1. La performance contractuelle, un enjeu stratégique | 21 |
| Le management des contrats : un levier « business » | 22 |
| Des contrats stratégiques, porteurs de risques critiques | 22 |
| <i>Des logiques industrielles et concurrentielles nouvelles</i> | 25 |
| <i>Des risques contractuels souvent insuffisamment maîtrisés</i> | 28 |
| La maîtrise de l'exécution des contrats : un enjeu majeur | 33 |
| <i>Des stratégies commerciales plus offensives</i> | 33 |
| <i>Une aversion plus forte aux risques d'exécution</i> | 35 |
| Un cadre réglementaire et de gouvernance favorable | 35 |
| La maîtrise des risques, dispositif clé de la gouvernance d'entreprise | 36 |
| <i>La montée en puissance du risk management</i> | 36 |
| <i>Les apports de l'entreprise risk management</i> | 36 |
| Un cadre réglementaire renforçant l'impératif de maîtrise des activités opérationnelles | 37 |
| <i>La loi sur la sécurité financière (LSF)</i> | 37 |
| <i>Le cadre de référence de l'AMF</i> | 38 |
| <i>Le règlement CRBF 97-02 pour les établissements financiers</i> | 39 |
| <i>La réforme du droit des obligations</i> | 40 |
| Maîtriser les risques contractuels : un impératif pour les directions générales .. | 41 |
| La phase de réalisation des projets, source de création de valeur | 42 |
| <i>Comprendre les sources de déperdition et leviers d'action possibles</i> | 42 |
| <i>Maîtriser les engagements réciproques</i> | 44 |

| | |
|--|----|
| <i>Assurer la traçabilité des événements projet</i> | 44 |
| <i>Mettre en perspective les responsabilités respectives</i> | 45 |
| <i>Argumenter et valoriser les préjugés</i> | 46 |
| Des changements de posture et des évolutions culturelles nécessaires | 48 |
| <i>Dépasser les idées reçues sur la gestion des contrats</i> | 48 |
| <i>Un prisme nouveau : optimiser l'exécution et la contribution du contrat</i> | 49 |
| <i>Accepter la dimension antagoniste, sans angélisme</i> | 50 |
| Des processus et une gouvernance de l'engagement contractuel à structurer | 50 |
| <i>Une organisation de pilotage des risques contractuels</i> | 50 |
| <i>Une stratégie contractuelle adaptée</i> | 52 |
| Conclusion | 57 |

Chapitre 2. Le projet : un processus complexe

| | |
|--|----|
| Un champ disciplinaire figé | 60 |
| Des origines ancrées dans l'histoire contemporaine | 61 |
| <i>D'abord une bonne gestion de la communication</i> | 61 |
| <i>... puis un souci réel de gestion</i> | 61 |
| Une collection de connaissances pragmatiques | 63 |
| <i>Une approche issue de la science des systèmes</i> | 63 |
| <i>« L'exception française »</i> | 64 |
| <i>Une collection de « bonnes pratiques »</i> | 64 |
| Une attention renouvelée | 64 |
| <i>Le rejet de toute forme d'incertitude</i> | 65 |
| <i>Les réponses apportées par l'école scandinave</i> | 65 |
| Les outils du project management : l'échec du modèle mécaniste | 65 |
| Le Work breakdown structure (WBS) | 66 |
| <i>Une structure complexe</i> | 68 |
| Un constat : le risque de dérapage | 71 |
| <i>Une conséquence due au succès de la méthode</i> | 71 |
| <i>La difficile acceptation des limites de la méthode</i> | 75 |
| Le facteur humain : heuristiques et biais cognitifs | 75 |
| Une nécessaire prise en compte des facteurs « soft » | 76 |
| <i>Une pression qui ne dit pas son nom</i> | 76 |
| <i>Une chaîne causale complexe</i> | 77 |
| Des facteurs cognitifs | 79 |
| <i>L'usage des heuristiques</i> | 79 |
| <i>Le biais d'optimisme</i> | 80 |
| <i>L'illusion du contrôle</i> | 81 |
| <i>Le choix « rationnel » de ne pas évaluer le risque</i> | 83 |
| Conclusion | 84 |

| | |
|--|-----|
| Chapitre 3. ... qui ne peut être totalement cadré par le contrat | 85 |
| Contrat et renégociation | 86 |
| Les caractéristiques du contrat..... | 89 |
| <i>Le contrat est (lui aussi) complexe</i> | 89 |
| <i>Le contrat est incomplet</i> | 91 |
| Une renégociation « de facto »..... | 93 |
| <i>L'évolution du rapport de forces pendant la vie du contrat</i> | 95 |
| Détecter les stratégies opportunistes | 96 |
| À chaque période du contrat une menace d'opportunisme..... | 97 |
| <i>L'opportunisme ex ante</i> | 99 |
| <i>L'opportunisme ex post</i> | 103 |
| Les implications managériales | 110 |
| La gestion du risque contractuel | 111 |
| <i>Qui porte le risque ?</i> | 111 |
| <i>Réduire l'ambiguïté</i> | 112 |
| <i>Renseigner le risk register</i> | 113 |
| <i>Les principaux risques</i> | 115 |
| Éviter l'effet de surprise..... | 122 |
| <i>Une sous-estimation du risque</i> | 123 |
| <i>La détection des signaux faibles</i> | 124 |
| La confiance | 125 |
| La solution du partenariat | 126 |
| <i>Une situation structurellement conflictuelle</i> | 126 |
| <i>Existe-t-il une définition du partenariat ?</i> | 128 |
| <i>Résister à la tentation</i> | 130 |
| <i>Les impacts positifs du partenariat</i> | 132 |
| Conclusion | 134 |
| | |
| Chapitre 4. Les apports de la psychologie expérimentale | 135 |
| Une théorie du cadrage contractuel | 136 |
| L'importance de la formulation | 137 |
| Le sociologue et le juriste..... | 138 |
| L'attention est la ressource rare | 139 |
| Les objectifs situationnels | 140 |
| <i>Un objectif « économique » : le gain</i> | 140 |
| <i>Un objectif « éthique » : la norme</i> | 141 |
| <i>Un objectif « hédonique » : l'effet de perte</i> | 141 |
| <i>La dynamique du cadrage</i> | 143 |
| Les trois phases de la relation contractuelle..... | 144 |
| <i>La phase de démarrage du contrat (identification et respect de l'objectif de norme)</i> | 144 |
| <i>La phase d'exécution (objectif de maximisation du gain)</i> | 148 |
| <i>La phase de clôture du contrat (objectif d'évitement des pertes)</i> | 153 |

| | |
|---|-----|
| Le contrat est-il un jeu ?..... | 153 |
| En théorie : la recherche du gain maximum | 154 |
| <i>Un joueur encore « rationnel »</i> | 154 |
| <i>Se mettre « dans les chaussures de l'autre »</i> | 154 |
| En pratique, une « théorie » des joueurs..... | 155 |
| <i>Le jeu de l'ultimatum</i> | 155 |
| <i>Le jeu du dictateur</i> | 156 |
| <i>Le jeu de la confiance</i> | 156 |
| <i>Une équité instrumentale (fairness)</i> | 157 |
| Promouvoir une gestion active | 158 |
| Une prise en compte des biais | 158 |
| <i>Contrer le biais d'optimisme exagéré</i> | 158 |
| <i>Contrer la prudence exagérée</i> | 158 |
| <i>Une approche juridique proactive</i> | 159 |
| Accepter l'incomplétude – prévenir le risque de hold-up | 160 |
| <i>La mauvaise nouvelle : l'incomplétude du contrat</i> | 160 |
| <i>La bonne nouvelle : l'incomplétude du contrat !</i> | 160 |
| Intégrer la complexité | 161 |
| <i>On ne peut tout contrôler</i> | 161 |
| <i>On ne peut se défaire de l'histoire</i> | 161 |
| <i>Développer l'action locale</i> | 161 |
| <i>Établir les liens de causalité</i> | 162 |
| Anticiper le changement de cadre | 164 |
| Ne pas prendre pour acquis les schémas culturels | 165 |
| <i>Renforcer le sentiment de sécurité réciproque</i> | 165 |
| <i>Entre stéréotypes et tentation de l'universalité</i> | 165 |
| Porter attention aux signaux relationnels..... | 167 |
| Avoir une stratégie intelligible | 168 |
| <i>« Les actes sont plus parlants que les mots »</i> | 168 |
| <i>Renforcer le pouvoir de négociation</i> | 168 |
| <i>Un processus administratif bien compris</i> | 170 |
| Conclusion | 171 |
| | |
| Chapitre 5. La gestion du contrat au quotidien | 173 |
| Désamorcer le conflit | 174 |
| Un risque avéré..... | 175 |
| <i>Le contrat forfaitaire, cadre du conflit</i> | 175 |
| <i>Les racines psychologiques du conflit</i> | 177 |
| <i>« La recherche d'un accord devient l'élément majeur du conflit »</i> | 178 |
| Redéfinir la gouvernance du contrat..... | 179 |
| Réduire le risque financier | 179 |

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----|
| <i>Le contenu du projet</i> | 180 |
| <i>L'assurance pour les parties</i> | 180 |
| Prendre en compte la dynamique du contrat | 181 |
| <i>Des règles « procédurales »</i> | 181 |
| <i>Une activité récurrente</i> | 182 |
| Une connaissance partagée | 184 |
| <i>Le rôle de l'apprentissage</i> | 184 |
| <i>Un accompagnement juridique</i> | 185 |
| Développer une connaissance procédurale | 186 |
| <i>Une collecte laborieuse</i> | 186 |
| <i>Le syndrome du « projet unique »</i> | 188 |
| <i>Une « communauté de pratique »</i> | 188 |
| Créer de la valeur | 189 |
| <i>Toujours se demander : « N'avons-nous rien oublié ? »</i> | 190 |
| <i>Un programme de change management</i> | 193 |
| <i>Le claim management</i> | 194 |
| <i>Les claims sont-ils « éthiques » ?</i> | 204 |
| Exploiter les faits et faire valoir ses droits : conseils pratiques | 205 |
| Mise en œuvre opérationnelle | 205 |
| <i>Définir une stratégie d'affaires</i> | 205 |
| <i>Une approche comportementale : quelques recommandations</i> | 208 |
| La métaphore du jeu de go | 211 |
| <i>Le go-ban : terreau de la complexité</i> | 211 |
| <i>L'affrontement n'est pas la finalité</i> | 211 |
| Conclusion | 213 |
| | |
| Chapitre 6. La fonction de contract manager dans l'organisation | 215 |
| Bâtir une capacité de gestion contractuelle | 217 |
| La maturité du processus | 217 |
| <i>Cartographier les contrats</i> | 218 |
| <i>Les modèles CMM</i> | 218 |
| <i>Le cas des claims</i> | 220 |
| Une compétence répartie | 221 |
| La fonction de contract manager | 223 |
| Appréhender les enjeux de gouvernance | 223 |
| <i>Qui est responsable du contrat ?</i> | 223 |
| <i>Le rôle dévolu au contract manager</i> | 226 |
| Choisir le bon modèle organisationnel | 227 |
| <i>Quel est le rattachement optimal dans l'organigramme ?</i> | 227 |
| <i>Quels liens avec les autres fonctions de support ?</i> | 232 |

| | |
|---|-----|
| Évaluer le coût d'opportunité et le retour sur investissement | 233 |
| <i>Un facteur de complexité des projets</i> | 234 |
| <i>Une politique d'entreprise</i> | 235 |
| <i>Comment mesurer les résultats ?</i> | 236 |
| Un métier émergent | 238 |
| Un métier nouveau | 238 |
| <i>Une fonction désormais intégrée dans les référentiels de métiers</i> | 239 |
| <i>Un développement sur des terrains nouveaux</i> | 243 |
| <i>Une fonction en mal de visibilité</i> | 245 |
| Un métier d'avenir | 250 |
| <i>Des compétences spécifiques, distinctes de celles du project manager</i> | 250 |
| <i>Un métier relationnel</i> | 253 |
| L'apport des consultants externes | 255 |
| <i>Choisir le bon partenaire</i> | 256 |
| <i>Piloter les prestations</i> | 258 |
| Conclusion | 259 |

Chapitre 7. L'innovation au service du contract management

| | |
|--|-----|
| Le contract management à l'ère de la transformation numérique | 262 |
| Les nouvelles méthodes de mobilisation et les communautés de pratique | 262 |
| <i>Partager des outils n'est pas coopérer</i> | 263 |
| <i>Un ancrage dans le réel</i> | 265 |
| Les nouvelles méthodes de développement des projets : agile, BIM (bulding information modeling) | 266 |
| <i>Les méthodes agiles : une réinvention ?</i> | 267 |
| <i>Nouvelle méthode, nouveaux problèmes</i> | 270 |
| <i>Le BIM (Building Information Modeling)</i> | 273 |
| Les progiciels de Contract Lifecycle Management (CLM) | 277 |
| <i>Quelques points de repère</i> | 278 |
| <i>Des fonctionnalités basiques aux nouveaux horizons de l'intelligence artificielle</i> | 280 |
| Le legal ou contract design | 284 |
| Vivre l'information comme une ressource | 284 |
| Améliorer la lisibilité sans affaiblir la portée juridique du contrat | 285 |
| Les mécanismes fondamentaux du legal design | 286 |
| <i>Un objectif : la coordination tacite (intérêts communs) – Le point focal de Schelling</i> | 286 |
| <i>D'Alexander à la séquence d'entrée du contrat</i> | 287 |
| Rendre le contrat visuel, clair et accessible | 290 |
| <i>Éloge de la simplicité</i> | 292 |
| <i>Legal design : où en sommes-nous ?</i> | 293 |
| « <i>Future of contracting</i> » et nouveaux outils du contract management | 295 |
| L'intelligence artificielle (IA) | 295 |

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----|
| <i>De l'IA de papa aux réseaux de neurones artificiels</i> | 295 |
| <i>Le dépassement du paradoxe de Polanyi</i> | 297 |
| Les smart contracts | 300 |
| <i>Des contrats intelligents ?</i> | 301 |
| <i>Des contrats standardisés</i> | 302 |
| <i>La technologie blockchain – une confiance « déplacée »</i> | 304 |
| <i>Les smart contracts seront toujours incomplets</i> | 304 |
| Les outils d'aide à la décision et à la résolution des litiges | 306 |
| <i>Règlement des différends : une approche étagée</i> | 307 |
| <i>La formulation du problème</i> | 308 |
| <i>Le choix du mécanisme de règlement – La méthode Analytic Hierarchy Process (AHP)</i> ... | 309 |
| <i>Négocier la fin du contrat : le « ballet contractuel »</i> | 312 |
| Conclusion | 314 |
| | |
| Conclusion | 317 |
| | |
| Glossaire | 319 |
| | |
| À propos de WillBe Group | 331 |
| | |
| Index | 333 |

Préface à la nouvelle édition

Le *contract management* est d'abord une attitude, mais comme en témoignent les offres d'emploi d'entreprises de toutes les tailles, c'est également une compétence professionnelle de plus en plus recherchée. C'est pourquoi la nouvelle édition de l'ouvrage de référence d'Alain Brunet et Franck César par Eyrolles, toujours prompt à capter les évolutions significatives en entreprise, arrive au bon moment, celui où l'on peut capitaliser l'expérience acquise dans la gestion de la relation contractuelle depuis des décennies pour tenter de la systématiser et de l'optimiser.

Ma propre expérience se rapporte à trois grandes entreprises dont les performances technologiques accroissent la complexité des contrats, tant dans leur rédaction que dans leur mise en œuvre. Avec le recul, je constate que l'attitude et le savoir-faire *contract management* laissent au bon sens juridique toute sa chance, dès lors que l'objectif de la rentabilité du contrat est partagé par tous les acteurs impliqués dans sa négociation et son adaptation. Cet impératif fait tout l'intérêt de l'heureuse association des mots *contract* et *management* et de leur interaction productive. À condition, bien sûr, de se conformer au *Cours exhaustif en trois phrases sur le management* d'Harold Geneen, l'emblématique patron du groupe International Telephone and Telegraph (ITT) dans les années 1970 : « On lit un livre du début à la fin. On dirige une entreprise à l'inverse. On commence par la fin, et ensuite on fait tout son possible pour y aboutir. » La métaphore du livre est à prendre au pied de la lettre, le contrat n'étant jamais derrière nous durant sa mise en œuvre, mais bien devant, comme la bible des deux parties qui chercheront à conserver l'assurance d'une relation équilibrée quand des adaptations s'avéreront nécessaires.

Avis au candidat *contract manager* : son CV, en plus de l'approche pluridisciplinaire et d'une bonne capacité relationnelle, peut valoriser la pratique sportive, car il devra se comporter comme un coureur de 110 mètres haies. Avec la marge et le résultat opérationnel en ligne de mire et les haies à

franchir, qui sont la vie du contrat... et qu'on peut même enchaîner en les renversant toutes !

Oui, le temps où les contrats dormaient dans un tiroir sitôt signés, dont on ne les tirait qu'en cas de contentieux, est bien révolu, parce que ces derniers coûtent trop cher aux entreprises, en temps, en argent, en image ou en valeur boursière. L'expérience m'a notamment enseigné qu'un mauvais chiffrage initial était quasiment irrattrapable dans la mise en œuvre d'un contrat industriel, car les parties perdent leur principal repère commun : la rentabilité mutuelle du contrat attendue lors de sa signature. Plus grave encore, la perte de confiance entre les cocontractants résultant des procédures contentieuses empêche tout retour négocié à l'indispensable équilibre de la relation contractuelle, c'est-à-dire à l'intérêt commun des parties. Autre constat d'expérience : on passe souvent plus de temps à négocier en interne les adaptations nécessaires qu'avec le cocontractant, ce qui justifie pleinement la fonction de trait d'union du *contract manager* entre ces deux négociations. Alors que son rôle est maintenant bien établi dans les entreprises, comme le montrent les six premiers chapitres du guide d'Alain Brunet et de Franck César, il est aujourd'hui confronté à un environnement à la fois excitant et perturbant, qui est présenté dans le foisonnant chapitre 7 de ce livre comme un défi à relever. Il s'agit, bien sûr, du rôle du numérique au service du développement du *contract management*, sous la forme d'outils collaboratifs, de méthodes de conception, d'automatisation partielle de la relation contractuelle ou d'aides à la décision pour évaluer la probabilité de succès dans le traitement d'un dossier, qui vont remettre en question ce que les auteurs appellent pudiquement « l'approche traditionnelle du droit ». Ce qui me frappe dans cette panoplie numérique, à part sa créativité tous azimuts, c'est sa sophistication galopante, qui pourrait faire perdre de vue ou diluer dans la technologie la valeur irremplaçable du contrat, qui repose sur la confiance (vigilante) entre les parties et l'impératif commun de rentabilité. Entre deux particuliers, la confiance s'instaure quand chacun devient prévisible pour l'autre ; mais c'est pareil entre deux entreprises : l'utilité et donc la légitimité du *contract manager* résident dans sa capacité à discerner les outils qui permettront de renforcer cette lisibilité de la relation contractuelle pour les cocontractants.

Coralie BOUSCASSE
Présidente de l'AFCM (Association Française
pour le Contract Management).

Préface à la première édition

La prise de risque est indissociable de l'esprit d'entreprise : son anticipation et sa gestion constituent bien souvent le « pain quotidien » de l'entrepreneur.

Tel est le cas, dans un contexte incertain et lorsque les marges sont réduites à la portion congrue, quand survient un problème de nature contractuelle qui appelle adaptation et réaction rapides.

Exemple emblématique s'il en est : le tunnel sous la Manche...

Lorsqu'on sait que la consultation, lancée par les gouvernements pour l'un des plus grands ouvrages jamais construits, n'aura duré que cinq mois, il n'est nul besoin d'être devin pour prévoir ce qu'il advint lors de l'exécution : un désastre économique pour les uns, une véritable opportunité stratégique pour les autres.

Si, à l'évidence, le contrat participe toujours de la dimension stratégique de l'entreprise, il requiert une mise en œuvre opérationnelle après la signature qui ne peut plus être ignorée.

C'est tout le mérite de cette parution (largement inspirée de la pratique anglo-saxonne) et de leurs auteurs, Alain Brunet et Franck César, tous deux experts et praticiens incontestés, de venir éclairer, sans nul doute à son heure, cette problématique.

En effet, si les règles de droit sont souvent vécues (à tort) comme autant d'entraves à la liberté d'entreprendre, démonstration est faite de manière convaincante par les auteurs que le contrat peut s'avérer un redoutable outil de performance à partir du moment où le praticien sait en actionner les ressorts.

À contre-pied d'une thèse qui voudrait « qu'un contrat est fait pour être cassé et pour permettre aux avocats de servir à quelque chose¹... », ils montrent

1. Marcelle Bourgault, *Les Héritiers de la visionnière*.

que dans un contexte volatil, et notamment dans le domaine international, les entreprises françaises prennent peu à peu conscience de l'importance d'intervenir très en amont, lors de l'élaboration du contrat, pour prévenir les litiges, ou durant son exécution afin d'en atténuer les effets. Le risque de survenance du contentieux prend une acuité particulière lorsqu'on sait que la plupart des contrats internationaux sont gérés par des spécialistes qui conçoivent des stratégies de renégociation destinées à orchestrer la réalisation au mieux des intérêts de la partie qu'ils représentent.

Le risque d'inexécution est d'autant plus prononcé que la naissance du contrat et son extinction font appel à des processus qui s'inscrivent dans la durée. Au travers de cette conception dynamique, les auteurs nous rappellent sans cesse que ce sont des individus, avec leurs limites et leurs préférences, qui ont la charge de la mise en œuvre. Ils définissent ainsi une *ingénierie contractuelle* à partir des travaux de la psychologie expérimentale. Celle-là même qui s'est finalement imposée dans le domaine de la finance comportementale¹.

Alain Brunet et Franck César ont su mettre en commun leurs expériences, mais aussi, et j'ai un plaisir tout particulier à le souligner, se sont appuyés sur le sentiment d'appartenir à la communauté issue des anciens élèves de l'Institut de haute finance à l'origine du prix Turgot, dont l'exceptionnel rayonnement tient aussi pour beaucoup au soutien du professeur Philippe Dessertine, directeur de l'IHFI.

Animés par le désir de contribuer à la « pédagogie économique », au sens le plus noble, et d'offrir aux dirigeants des grandes comme des petites entreprises, ainsi qu'aux responsables opérationnels, les clés pour guider leurs actions, ils participent à la diffusion d'un savoir-faire mais aussi d'un savoir être contractuels, propres à modifier durablement la cartographie des risques de l'entreprise.

Un « livre de chevet » incontournable pour les professionnels comme pour les enseignants et leurs étudiants.

Jean-Louis Chambon
Président du prix Turgot
Président d'honneur et fondateur du Cercle Turgot

1. Le grand jury du prix Turgot a d'ailleurs été précurseur en couronnant Michaël Mangot en 2005 pour son ouvrage *Psychologie de l'investisseur et des marchés financiers* (Dunod, 2005).

Introduction

Qui connaît encore Herbert Casson ? Cet ingénieur-conseil canadien a commis un ouvrage rédigé en 1915 sous le titre *Les Axiomes des affaires*, dont la référence à Euclide dissimule mal l'ambition.

Certes, les sciences de gestion n'auront pas subi un bouleversement majeur à la suite de cette publication, et il serait facile d'en dénigrer les faiblesses théoriques, mais nous ne pouvons résister à la tentation de faire mention du premier des seize axiomes de ce sommet de modernité¹ :

« Il faut être au moins deux pour traiter une affaire. »

C'est à l'examen de ce truisme qu'est consacré ce livre. Il s'agit de rendre intelligible la relation bilatérale entre le donneur d'ordre et son contractant avant de recourir à des outils fort simples, il est vrai, mais, nous l'espérons, d'une grande portée pratique.

Pour supporter cette réflexion, nous avons délibérément pris le parti de ne pas renoncer à ce que les deux champs connexes au droit des contrats engagés dans l'étude des relations interentreprises pouvaient nous apporter : le premier, essentiellement pragmatique, orienté vers le projet et ses aspects organisationnels, est celui de la gestion de projet. Le second prend racine dans les résultats les plus récents apportés par la théorie des contrats, la psychologie expérimentale et la sociologie.

Les décisions de gestion ont, pour la plupart, des conséquences juridiques ou contractuelles. Il paraît donc logique de considérer le rôle du contrat dans l'analyse des processus de décision de la firme. Les acteurs de l'entreprise n'entrevoient pas nécessairement les sources de l'insécurité juridique dans leur activité quotidienne mais attribuent largement ce sentiment que traduit

1. La préface, signée par Édouard Herriot, fait un éloge appuyé de Casson : « Un homme pleinement moderne, sans brouillard métaphysique, sans nuage historique devant les yeux. » (Cité par Marc Nikitin, « De la science des affaires aux sciences de gestion : un siècle de tâtonnement ? », *Annales des mines – Gérer & comprendre*, n° 74, 2003, p. 67-75.)

le néologisme « judiciarisation » à une évolution plus globale sur laquelle ils pensent ne pas avoir de prise. Il n'est pas rare que des affaires complexes débouchent sur une sentence arbitrale. Si l'une des raisons de la résignation du plaideur qui a succombé, outre le fait qu'il soit un gentleman « qui accepte la glorieuse incertitude du procès¹ », réside dans la relative facilité de l'exécution internationale, cette incertitude est difficilement acceptable pour le financier et encore moins pour l'actionnaire. Ces derniers montrent, nous le savons, une aversion notoire à l'égard des mauvaises surprises, mais ils ne renonceront pas pour autant à considérer que le contrat est un élément clé pour accroître la performance de l'entreprise.

Les auteurs comme les praticiens s'interrogent régulièrement sur les raisons des écarts, souvent inexplicables, entre leurs attentes et les résultats issus du modèle de gestion dominant. Cela malgré le développement de méthodes toujours plus sophistiquées (au risque d'une simplification excessive, nous pouvons en résumer les grandes étapes : les années 1970 ont été consacrées aux logiciels de gestion de projet, les années 1980 au *design to cost* et aux systèmes experts, puis les années 1990 aux aspects ressources humaines et gestion de risque). Le problème, nous expliquent les spécialistes de l'économie comportementale, est que nos choix sont loin d'être optimaux et notre modèle cognitif repose sur des présupposés rationnels qui ne fonctionnent plus dans un contexte d'incertitude : une cause doit générer des effets, la productivité est une donnée d'entrée et le projet est défini une fois pour toutes... En réalité, l'individu ne sait pas adapter son schéma mental et il est sujet au biais d'optimisme.

« Nous ne sommes plus au temps des produits durables, des relations et des partenariats durables, même si le vocable est aujourd'hui très en vogue. L'opportunisme est de mise », affirme Pierre Charreton². Le fort pouvoir discrétionnaire du donneur d'ordre explique, à défaut de légitimer, la prééminence du contrat forfaitaire, creuset de situations complexes, souvent conflictuelles, qui feront porter le risque sur le contractant.

L'évaluation d'une affaire repose avant tout sur sa rentabilité financière et la tentation est forte de privilégier l'objectif unique de gain. Lorsque deux parties négocient, leurs exigences relatives aux différents aspects contractuels

1. Éric Loquin, « L'exécution des sentences arbitrales internationales au début du troisième millénaire – Bilan et prospective », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 7, 2003, p. 747-760.

2. Pierre Charreton, « Le juriste, acteur stratégique de l'entreprise », in Christophe Roquilly, (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Lextenso éditions, 2011, p. 117-125.

véhiculent des signaux relationnels qui révèlent l'esprit dans lequel l'accord est conclu. Les négociations régulières et les ajustements contractuels leur offrent nombre d'occasions de rompre cet esprit, mais aussi, a contrario, autant de possibilités de signaler leur volonté de coopérer. La dynamique du cadrage nous fournit un modèle intégrateur : il existe différentes phases dans une relation contractuelle pour lesquelles le contrat joue un rôle différent.

Il est également légitime de s'interroger sur l'accompagnement juridique des collaborateurs, notamment en matière de droit des contrats. Comment ne pas s'étonner qu'un ingénieur traitant journalièrement au nom de sa société n'ait qu'une très vague notion de sa capacité à engager sa propre organisation dans sa totalité, même si la prise de conscience a considérablement évolué depuis le début des années 1990, lorsque le juriste Roger Percerou¹ soulignait que le terme « mandat » évoque pour certains le « mandat-poste » (ou de la réponse de ce directeur financier qui prétendait avec aplomb ne passer aucun contrat pour son groupe).

Une fois qu'est constituée l'« ingénierie contractuelle » qui associe mécanismes contractuels et comportement, les acteurs acquièrent une certaine autonomie et la méthode peut assurément rendre les plus grands services aux praticiens qui seront soutenus par le professionnel passé maître dans l'exploitation des faits : le contract manager.

Nul doute qu'après plus de trente ans de développement ininterrompu, l'économie comportementale est en passe de devenir le paradigme dominant, notamment depuis que le prix Nobel d'économie² a consacré en 2002 Daniel Kahneman. Dans la continuité des travaux du Français Maurice Allais, ce chercheur en psychologie expérimentale a conçu avec Amos Tversky³ une série d'expériences qui ont montré que nos choix ne vont pas nécessairement au mieux de nos intérêts. S'il semble bien établi dans le domaine de la finance de marché que les acteurs agissent de manière parfois irrationnelle (nous entendons déjà certains dire qu'il n'était pas besoin d'un Nobel pour s'en rendre compte !), il nous faut convenir que beaucoup reste à faire dans le domaine du contrat.

1. Le lecteur pourra relire avec intérêt l'article de Roger Percerou, « Améliorer la performance juridique de l'entreprise », *Revue française de gestion*, n° 81, 1990, p. 8-35.

2. Il serait plus exact de parler du « prix de sciences économiques institué en mémoire d'Alfred Nobel ».

3. Amos Tversky est mort en 1996. Sa collaboration avec Daniel Kahneman est en tout point exemplaire.

Précisons dès à présent que nous avons adopté la position de reprendre, lorsque le propos le justifiait, les citations des auteurs « dans leur instantanéité », y compris dans la langue d'origine afin de ne pas en appauvrir la richesse contextuelle.

Le lecteur trouvera tout au long du texte des encadrés qui mettront en évidence les points particuliers qui relèvent de la sphère pratique. Ce seront des anecdotes particulièrement illustratives, des descriptions d'expériences ou des réactions de praticiens confrontés à la réalité.

Tout compte fait, il s'agit d'interpréter des comportements qui constituent souvent autant d'obstacles stratégiques ou psychologiques à surmonter pour coopérer.

Chapitre 1

La performance contractuelle, un enjeu stratégique

Selon les termes de l'article 1101 du Code civil, le contrat est « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

Appliqués à la vie des affaires¹, les contrats régissent, structurent et influencent le fonctionnement des entreprises et organisations, et doivent concourir à la création d'avantages concurrentiels durables.

Dans une économie mondialisée, conclure un contrat avec une entité tierce, de tradition commerciale, de culture et de système juridique souvent différents, recèle souvent autant d'opportunités que de menaces.

La prise de conscience de l'impact potentiel des risques contractuels, non seulement sur la sécurité juridique de l'entreprise, mais aussi sur sa pérennité, sur son image et la continuité de ses opérations, est relativement récente.

Tant dans les entreprises privées que dans les organisations du secteur public ou parapublic, cette prise de conscience s'est particulièrement développée ces vingt dernières années, concomitamment à la montée en puissance du *risk management*, devenu une préoccupation centrale des directions générales.

1. Pour Éric Brousseau, le « secrétaire de marché » walrassien qui centraliserait l'ensemble des offres et des demandes est une pure fiction. Ce n'est qu'au début des années 1970 que les économistes « cherchèrent à mieux rendre compte de ce dont sont concrètement formés les marchés : les contrats » (Éric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », Université Paris I, 2000).

Mais ce qui se joue dans la maîtrise des risques contractuels n'est pas seulement une question de *compliance*.

Si le concept de performance contractuelle est encore peu affermi, l'accroissement de l'intensité concurrentielle a permis de mettre en évidence le rôle positif du management des contrats comme un élément clé de la performance globale de l'entreprise.

Dans cette perspective, l'entreprise ne peut ignorer les enjeux et les bénéfices d'une vision active du management des contrats, conçu comme :

- ▀ une action consciente de l'entreprise sur sa sphère contractuelle ;
- ▀ une action orientée vers une finalité : l'amélioration de la performance, économique et opérationnelle.

LE MANAGEMENT DES CONTRATS : UN LEVIER « BUSINESS »

Face à la complexité sans cesse croissante de l'environnement économique et juridique, préserver les intérêts de l'entreprise (ou de l'organisation au sens large : entreprises publiques, collectivités, associations...) dans ses relations commerciales avec ses contractants prend une dimension stratégique.

Au gré de la mondialisation des échanges et du recentrage des entreprises sur leur cœur de métier, le nombre, la complexité et la criticité des contrats qui les lient à des partenaires externes (contrats clients, de partenariat, de sous-traitance, de transfert de technologies...) se sont significativement accrues (tout comme leur coût de négociation et de suivi !).

Des contrats stratégiques, porteurs de risques critiques

À l'ère digitale, le client est désormais « partout » : les stratégies clients sont « omnicanal », les canaux de distribution se multiplient (web, mobile, distribution physique), les interactions avec le client sont fréquentes, et parfois à toutes les étapes de la chaîne de valeur.

Qu'il s'agisse de suivre la progression de sa commande ou de personnaliser son produit, le client entend rester maître de son acte d'achat et impose aux fournisseurs les meilleurs standards issus du e-commerce (modifications de commande, délais de livraison, gestion des retours, conditions d'annulation...

Pour s'adapter à ces nouvelles exigences, offrir de nouveaux services ainsi qu'une plus grande réactivité, les entreprises doivent étoffer leur *supply chain*, désormais « étendue » au-delà des bornes de l'entreprise, qui est désormais (grâce à l'Internet et aux technologies d'*Internet of Things* – IoT) connectée avec l'extérieur (fournisseurs, prestataires logistiques, marketplaces...).

En pratique

La sécurité de l'Internet des objets

L'Internet des objets (*Internet of Things* – IoT) est souvent qualifié d'*Internet of Threats* pour souligner son faible niveau de protection aux menaces cyber comme les *ransomware* et autres *malware*. La sécurité des systèmes IoT sera l'un des grands défis qui restera à relever dans les années à venir. Leur sécurité peut se révéler extraordinairement complexe en raison du nombre de dispositifs physiques (capteurs, périphériques...) que l'on peut trouver sur des sites industriels, de leur déploiement massif via des multiplateformes et de *cloud* se connectant en temps réel. Du fait d'une surface d'attaque potentiellement étendue, une modélisation des menaces est nécessaire. Si la *blockchain* (dont nous reparlerons dans le dernier chapitre) est prétendument impossible à pirater, ce n'est pas le cas des applications qui s'y greffent¹.

Ces nouvelles logiques industrielles, d'écosystème ouvert, amènent les entreprises à conclure des formes multiples et souvent inédites de partenariats (marques blanches, marketplaces...) caractérisées par des interactions plus nombreuses entre les contractants, une imbrication plus forte entre leurs offres de services respectives et, in fine, par une plus grande dépendance et des risques accrus, notamment pour l'image de chacun des partenaires.

Ces évolutions ne sont toutefois pas spécifiques au monde du B2C : dans des secteurs traditionnels de B2B, la révolution de l'industrie 4.0 se manifeste par une interconnexion croissante entre les chaînes de valeur, à l'image de l'industrie automobile ou aéronautique où la notion de « filière » tend à remplacer la segmentation traditionnelle entre constructeurs, équipementiers et fournisseurs de rang 1.

Ainsi, l'intégration n'est plus seulement verticale, la chaîne d'exécution du service n'est plus linéaire (client → fournisseur → sous-traitant), mais repose sur une organisation en réseau, sur des boucles d'interactions multiples à

1. Une enquête récente (Q3 2018) menée par Deloitte auprès de 1 100 décideurs d'entreprises américaines IT montre que le cyber-risque est le plus important pour 23 % d'entre eux, à tel point qu'un sur cinq reporte toute décision d'investissement en matière d'intelligence artificielle.

chaque étape de la réalisation du service, et sur un enchevêtrement de relations contractuelles sous-jacentes.

Pour autant, les risques contractuels comptent souvent parmi les risques d'entreprise les moins maîtrisés, en particulier au regard de leur caractère évolutif tout au long de la vie du contrat.

La réduction du risque juridique – si l'on reconnaît au juriste la capacité d'agir sur la « norme juridique » au sens large, qu'elle soit loi, règlement ou associée à un programme de conformité¹ – passe par une réduction pure et simple de l'incertitude (cela nous permet d'ailleurs de comprendre la sensation de vertige irrépressible qui saisit le juriste aux abords du précipice que représente le « vide juridique »).

Une bonne gestion du risque contractuel suppose, quant à elle, d'appréhender l'optimum entre le niveau de risque justifiable économiquement et la maîtrise des effets d'une incertitude acceptée.

Trouver le point d'équilibre entre la prise de risque entrepreneurial nécessaire au développement de l'entreprise, la nécessaire flexibilité et adaptabilité du contrat aux évolutions (métiers, technologiques, réglementaires...) et la maîtrise des risques d'exécution devient alors l'un des enjeux majeurs en matière de management des contrats.

Certains groupes l'ont bien compris, et cherchent à « déjudiciariser » l'approche des contrats, notamment en s'inspirant des apports de « *proactive law* » (sur lesquelles nous reviendrons) dont l'objet premier est de permettre aux parties d'atteindre leurs objectifs de partenariat. Gagner au tribunal n'est plus l'objectif premier. L'enjeu, c'est de maximiser la création de valeur tout en maîtrisant ses risques.

Dès lors, le sujet n'est plus seulement de se protéger contre des incertitudes ou des événements juridiques qui probablement ne surviendront jamais, mais de contribuer à des résultats positifs pour le business, mesurés en coûts, délais (contractualisation, administration...) et gains économiques (maîtrise des risques et gestion des opportunités).

1. Pour Pierre Charreton, la notion de risque juridique inhérente à la matière juridique, « en état de lévitation », découplée du risque entrepreneurial, résulte d'un abus de langage « bien souvent entretenu par les juristes eux-mêmes par souci existentiel peut-être » (Pierre Charreton, « Le juriste, acteur stratégique de l'entreprise », in Christophe Roquilly (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Paris, Lextenso éditions, 2011, p. 117-125).

Des logiques industrielles et concurrentielles nouvelles

Les modèles d'affaires des entreprises ne reposent plus seulement sur leurs avantages compétitifs intrinsèques (qualité des produits, expertise technologique...), mais également sur leur capacité à nouer des partenariats stratégiques avec des sociétés tierces.

Clients, partenaires, sous-traitants : des modèles plus ouverts

De nouveaux modèles d'affaires se sont ainsi développés, visant à construire des avantages compétitifs durables en collaborant avec des acteurs qui peuvent être à la fois des partenaires et des concurrents, suivant les contextes d'intervention.

Qu'il s'agisse de *supply chain* étendue visant à « tirer les flux » autour d'un ou plusieurs acteurs globaux, de partenariats très étroits avec des fournisseurs stratégiques, ou de *clusters* formés autour d'expertises sectorielles, les partenariats commerciaux, technologiques et industriels sont multiples et ont désormais pris toute leur place dans l'arsenal stratégique des dirigeants.

L'enjeu ? S'inscrire durablement dans un environnement plus global, plus évolutif et plus concurrentiel, tiré par des besoins très segmentés de clients souvent versatiles.

Dans ce contexte, l'objectif pour l'entreprise n'est plus seulement d'internaliser davantage des capacités techniques, mais de développer des compétences de négociation et d'ingénierie contractuelle lui permettant de se positionner au cœur d'un écosystème complexe, comprenant une multiplicité d'acteurs distincts – en termes d'expertise, de taille, voire de pays d'origine.

Les stratégies de « coopération »

La notion de « coopération¹ », néologisme issu de la contraction entre les termes « coopération » et « compétition », s'est ainsi développée pour désigner les mécanismes de collaboration ponctuelle entre des acteurs qui peuvent être des concurrents sur des marchés historiques.

Tel est l'exemple de Yahoo ! et Microsoft qui, bien que concurrents sur le marché des moteurs de recherche (Yahoo ! et Bing), se sont entendus en 2010 sur le marché de la publicité en ligne pour renforcer la concurrence face à Google, qui domine alors les deux tiers du marché mondial.

1. Sur ce thème, voir https://www.xerficanal.com/strategie-management/emission/Philippe-Gattet-Comprendre-les-strategies-de-coopetition_3747015.html

On peut citer également le cas de groupes pharmaceutiques concurrents qui mutualisent des moyens de R&D pour développer de nouveaux produits (tel le Plavix, issu d'une alliance entre Sanofi et Bristol-Myers Squibb) ou les groupes Alstom et Bombardier qui, bien que directement concurrents dans le secteur du transport ferroviaire, sont partenaires au sein de consortiums, par exemple en France pour la fourniture de rames à la RATP.

Longtemps perçues comme défensives ou ayant pour seul objectif une réduction des coûts, les stratégies de coopétition répondent de plus en plus souvent à une logique offensive : recherche d'innovations que chaque entreprise n'aurait su mettre en œuvre de manière isolée, création d'offres visant à capter une part de marché nouvelle, distançant ainsi les autres concurrents.

Citons notamment l'alliance entre les centrales d'achat d'Auchan et Système U qui leur a permis d'accroître significativement leur part de marché combinée et de subtiliser la place de leader à Carrefour et Leclerc.

Bien qu'en apparence contre-intuitives, voire paradoxales, ces stratégies – qui ne vont pas sans poser de multiples défis (notamment contractuels et juridiques) – visent à créer des ruptures de marché et à développer des capacités nouvelles par la coopération, que chaque partenaire utilisera ensuite individuellement pour renforcer sa propre position.

L'outsourcing (Business Process Outsourcing)

En parallèle des dynamiques de coopétition, les entreprises ont engagé depuis plusieurs années un profond recentrage vers leur cœur de métier, considérant que la délégation de certains aspects de la chaîne de valeur à des tiers était non seulement un gage d'efficacité sur les fonctions « *outsourcées* », mais également un vecteur de flexibilité ou d'agilité sur leur « *core business* ».

Dans le secteur de l'informatique, par exemple, on ne compte plus les grands groupes qui ont externalisé auprès des grandes SSII, souvent basées en Inde ou en Europe de l'Est, l'essentiel de la gestion de leurs infrastructures ou de leurs activités de développement applicatif.

En résultent pour les bénéficiaires de ces mouvements d'outsourcing des changements d'échelle massifs, à l'image d'Accenture (450 000 personnes en 2018), dont le seul effectif en Inde et aux Philippines dépasse l'effectif total de l'entreprise moins de dix années plus tôt (200 000 personnes en 2010).

Ainsi, à mesure de l'essor économique de certains pays à bas coût de main-d'œuvre, des fonctions entières sont désormais largement externalisées, non seulement sur les fonctions dites « de support » (informatique, services géné-

raux, comptabilité...) mais aussi sur des fonctions opérationnelles (fabrication, logistique...).

Dans le secteur de la pharmacie, la société d'étude VisionGain estime que le marché du *contract manufacturing outsourcing* s'élèvera à 93 milliards de dollars en 2022, l'essentiel de la production des ingrédients pharmaceutiques actifs (API) étant désormais sous-traité (notamment en Asie).

Pour les grands laboratoires, compte tenu des risques industriels, réglementaires, d'image, et des impacts sur la santé publique, ce sont toutes les pratiques de gestion de la relation fournisseurs qui doivent être revues : les contrats doivent notamment offrir un cadre flexible, en réponse notamment aux besoins de traçabilité, de suivi qualité et de transparence.

Cette lame de fond d'*outsourcing* n'est toutefois pas l'apanage des acteurs industriels et gagne progressivement le secteur des services, notamment le secteur bancaire et financier qui externalise de nombreuses activités critiques, telles que le transport de fonds, les moyens de paiement ou encore le middle ou back-office.

Dans ce contexte, pour les groupes engagés dans une logique d'*outsourcing* sur des fonctions parfois essentielles à la réalisation du produit ou service rendu au client, le contrat devient le levier majeur permettant de maîtriser les risques opérationnels, y compris d'ailleurs pour couvrir le risque de dépendance vis-à-vis de sociétés tierces, corollaire de la perte de savoir-faire des équipes internes¹.

■ **Comprendre les dangers de l'externalisation. Les coûts cachés qui se dissimulent dans une relation de sous-traitance**



Le contrat, au centre de la relation partenariale

Ces évolutions ont naturellement installé la capacité à poser les fondements, à nouer, à négocier, à piloter les engagements contractuels complexes, allant au-delà d'une relation client/fournisseur classique, comme l'une des compétences clés des organisations.

Qu'il s'agisse d'un contrat commercial avec un client, d'un contrat d'approvisionnement avec un fournisseur, ou d'un contrat de partenariat ou d'externalisation, le contrat a donc pris une position de plus en plus centrale.

1. Une analyse des « coûts cachés » dans les opérations d'*outsourcing* montre que l'effort le plus important doit porter sur le contrat lui-même (Jérôme Barthélemy, « The Hidden Costs of IT Outsourcing », *MIT Sloan Management Review*, 2001, p. 60-69).

L'avance et la suprématie sur les concurrents sont désormais tout autant le fruit d'une stratégie gagnante sur le plan des partenariats que d'une capacité à s'appuyer sur des savoir-faire internes historiques.

Le contrat – et l'ingénierie contractuelle sous-jacente – n'a ainsi plus seulement pour objet d'assurer un transfert de propriété sur un bien, un service ou un transfert de risque, mais constitue un vecteur de différenciation stratégique et de sécurisation des risques.

Cette nouvelle réalité est résumée de manière aussi lapidaire qu'éclairante par la citation suivante, attribuée à un PDG américain : « *If you are not in control of your contracts, you are not in control of your business.* »

Pour autant, alors même que le management des contrats s'est largement institutionnalisé et complexifié au sein des entreprises, de nouvelles zones de risque sont apparues, liées à un corpus contractuel parfois mal maîtrisé, y compris au sein même des plus grandes organisations¹.

Des risques contractuels souvent insuffisamment maîtrisés

L'augmentation du nombre et de la criticité des contrats est allée de pair avec une complexification de ceux-ci.

Focus

Qu'est-ce qu'un risque contractuel ?

Malgré les controverses qui entourent la définition du « risque juridique² », il est d'usage de considérer que les risques contractuels sont une composante du risque juridique, distincte du risque légal.

En s'inspirant d'un des exemples cités par Christophe Collard et Christophe Roquilly, une définition opérationnelle pourrait être :

- le risque contractuel est spécifiquement lié à « l'imprécision, lacunes ou autres insuffisances de la documentation contractuelle, l'amenant à ne pas traduire de façon complète et claire la volonté des parties ou à ne pas assurer suffisamment la protection des intérêts (du contractant) en lui évitant les risques de mise en cause de sa responsabilité » ;
- le risque légal, quant à lui, recouvre « le non-respect des dispositions légales, réglementaires ou jurisprudentielles qui encadrent l'exercice des activités de l'entreprise ».

1. Une étude menée par Ernst & Young en 2006 auprès d'un échantillon de 140 dirigeants Finance indique que pour 52 % d'entre eux, la gestion du risque contractuel était sous contrôle, 22 % n'avaient aucune idée de leur degré de vulnérabilité et 26 % y voyaient un gisement probable d'amélioration.

2. Sur ce point, voir Christophe Collard et Christophe Roquilly, *La Performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, Lextenso éditions, 2010.

Dès la formation du contrat, chacune des parties signataires consent à affecter un degré d'exposition qu'elle juge acceptable à un certain nombre de risques d'ordre :

- financier : espoir de gain, probabilité de perte, etc. ;
- technique : au-delà de la dimension technique liée à la délivrance du produit ou du service, chaque partie juge à la fois de sa propre capacité (et de la capacité de l'autre partie) à exécuter ses obligations contractuelles et, naturellement, du risque et des impacts en cas de manquement de chaque partie à ses propres obligations ;
- juridique (sécurité juridique, conformité aux réglementations...).

Le risque contractuel se situe donc au croisement de ces différentes dimensions qui lui confèrent la nature d'un risque entrepreneurial consenti par chacune des parties à la signature d'un contrat, eu égard à :

- son interprétation des obligations souscrites par chacune des parties à l'instant t ;
- l'évolution probable de la relation contractuelle sur la durée du contrat.

Nous soulignerons ici trois points majeurs :

- le risque contractuel n'est pas un risque stable ou linéaire sur la durée du contrat : il est en effet évolutif dès la date de signature du contrat, et son évolution sera influencée par l'ensemble des événements opérationnels jalonnant la vie du projet ;
- le risque contractuel, qui entre dans la catégorie des « risques d'exécution », est affecté par les capacités des parties au contrat à exécuter leurs obligations contractuelles. Il s'inscrit dans une dimension temporelle et opérationnelle forte (dont nous verrons dans cet ouvrage qu'elle appelle la mise en place d'une gouvernance spécifique de l'engagement contractuel) ;
- le risque contractuel est transverse : il n'incombe pas uniquement à la direction juridique, en ce qu'il reflète la stratégie de l'entreprise (et notamment sa stratégie partenariale) et traduit son degré d'appétence ou d'aversion au risque.

Des contrats intrinsèquement plus complexes

Au-delà des différences entre les systèmes juridiques¹ (y compris au sein même de l'Union européenne), un certain nombre de facteurs contribuent à rendre les contrats plus complexes, dans leur structuration même, ce qui tend à renchérir leur coût unitaire (*cost of contract*).

1. Le droit des contrats internationaux est un droit de praticiens soumis à une gravitation anglo-américaine pour lequel les mécanismes sont élaborés sur la base des problèmes rencontrés lors des affaires passées. L'influence de la Common Law est indiscutable. L'effet de gravitation est amplifié par les institutions. On se souvient du rapport pour le moins controversé *Doingbusiness 2004* édité par la Banque mondiale qui fait encore hurler la communauté des juristes : le droit civil français constituerait un frein au développement économique et serait « corruptogène » ! Les effets de ce rapport sont à peu près aussi dévastateurs que le « classement de Shanghai » des 500 meilleures universités dans le monde, publié chaque année par la Jiao Tong University. En effet, les indices publiés dans les rapports *Doingbusiness* ont pour ambition de mesurer la capacité des systèmes juridiques nationaux à faciliter les échanges commerciaux et sont repris dans l'élaboration de la notation des agences financières.

La complexité correspond à ce qu'il est impossible ou en tout cas difficile d'appréhender, d'analyser, de gérer, de maîtriser, d'anticiper et de prévoir¹. Cette complexité est tout d'abord cognitive et d'ordre informationnel, compte tenu des documents contractuels multiples, incluant des annexes techniques aussi volumineuses que pointues, qui nécessitent une palette très large de compétences pour appréhender pleinement l'ensemble des risques contractuels associés.

Les schémas contractuels sont également construits autour d'une pluralité de partenaires de corps de métier variés, opérant sur des lots connexes. Le risque contractuel émane donc également des interfaces nombreuses et complexes entre ces partenaires, sachant que le retard de l'un d'entre eux peut occasionner un retard de l'ensemble des autres acteurs en interface.

Corollaire de cette complexité : l'allongement des délais et l'inflation des coûts !

Selon une étude réalisée par l'IACCM (International Association for Commercial and Contract Management), les délais de revue et de validation des contrats (*cycle time*), se seraient allongés de 14 % depuis 2010. De même, selon une autre étude de cette même association (réalisée auprès de 700 organisations et datant de 2017), le coût moyen de création d'un contrat (rédaction, négociation, approbation) aurait grimpé de plus de 38 % en l'espace de six ans, notamment en raison des coûts induits par le nombre de parties prenantes associées à la rédaction, l'inflation réglementaire ou encore les nouveaux enjeux (cybersécurité, données personnelles, etc.).

Les entreprises ont intégré cette tendance à la complexification des contrats, et tentent de la maîtriser, notamment par le biais d'actions de cartographie des interfaces entre les acteurs (en définissant aussi précisément que possible les actions à la charge de chacun) et de représentations visuelles (matrices de responsabilités, RACI, arborescences...).

Toutefois, des travaux ont montré que la réalité des interdépendances entre les acteurs était souvent bien supérieure à la façon dont ces interdépendances étaient effectivement gérées sur les projets².

Enfin, les contrats sont souvent forgés en regard d'objectifs de rentabilité et de *return on equity* tendanciellement plus élevés depuis les années 2000

1. Franck Marle, *Modèles d'information et méthodes pour aider à la décision en management de projet*, thèse de doctorat de l'École centrale Paris, 2002.

2. Alexandre Rodrigues et John Bowers, « The role of system dynamics in project management », *International Journal of Project Management*, vol. 14, n° 4, 1996, p. 213-220.

(avec un palier autour de 15 % en Europe¹), ce qui induit fréquemment des clauses de délais et de pénalités de retard, susceptibles d'être extrêmement coûteuses pour le contractant défaillant, incitant parfois chaque partie à renforcer les garde-fous et à tenter d'insérer des chausse-trappes (souvent localisées dans les annexes techniques !), au risque de complexifier plus encore le corpus contractuel.

La difficulté d'appréhender l'exhaustivité des engagements souscrits

En dépit de cette complexité croissante, nombre d'entreprises ne disposent que d'une vision sommaire des engagements contractuels qu'elles ont souscrits, ce qui est naturellement problématique sur le plan de la maîtrise des risques associés.

Même si l'émergence de solutions logicielles de *Contract Lifecycle Management* (CLM) permet de remédier partiellement à ces difficultés (nous y reviendrons), on estime que 80 % des entreprises ont des difficultés à réunir l'ensemble des documents contractuels de référence (contrats et avenants successifs) et, partant, à connaître et en analyser le contenu.

Des informations aussi nécessaires que les dates d'échéance, l'analyse de l'ensemble des contrats en cours à l'échelle d'un fournisseur ou d'un client, ou la typologie des clauses les plus porteuses de risques sont des informations qui ne sont souvent disponibles que de manière parcellaire et au prix d'analyses manuelles, ad hoc, imposant des délais et charges de traitement d'information.

En outre, un management efficient des contrats suppose d'être capable de rédiger dans un délai court des contrats « standard », fondés sur des clauses et des terminologies éprouvées, et de faire valider les écarts éventuels par rapport à ce référentiel via des circuits de validation éprouvés.

Or, dans les faits, les contrats sont souvent conçus en s'appuyant sur des clauses répliquées de l'histoire des entreprises, sur la pratique du rédacteur et sur des *templates* réutilisés et « customisés », plus ou moins opportunément, au cas par cas, parfois sans processus formel d'analyse et de validation des déviations par rapport à la formulation de référence.

Enfin, trop peu d'entreprises se penchent réellement sur l'efficacité de leurs clauses en les « benchmarkant » aux meilleurs standards, faute sans doute d'un référentiel de clauses « *best practices* » unanimement reconnu.

1. Source Datastream/Worldscope.