Starts-ups et innovation juridique
Patrick Hubert
Clifford Chance

1. Dans le domaine juridique, ce ne sont pas tant les start-ups qui innovent que l'écosystème dans lequel elles se développent.

2. Prenons un exemple : les actions privilégiées convertibles (APC) ; elles ont permis aux *venture capitalists* (VC) d'oser investir dans des projets incertains. On sait que les VC investissent dans de nombreuses start-ups dont beaucoup vont échouer mais dont quelques unes connaîtront un succès extraordinaire. Les VC sont essentiels pour passer du stade de la fondation à financement familial au stade du développement de l'entreprise. Les APC donnent aux VC le droit à un dividende prédéterminé (privilège) ; elles sont convertibles en actions ordinaires (dont la valeur, en cas de succès devient bien plus élevée.) Donc au début, les VC ont des chances de gagner quelque chose (mais comme c'est plafonné, leurs actions ont peu de valeur) et, ensuite, ils feront fortune si tout va bien.

3. Mais ces instruments engendrent des coûts de conseil juridique élevés : il faut organiser les droits de ces actionnaires, leur influence dans la gouvernance. Or les start-ups et les VC n'ont les moyens de payer des conseils juridiques onéreux que lorsque l'entreprise a déjà acquis une dimension significative. Cependant, on cherche maintenant à sortir du financement purement familial de plus en plus tôt.

4. D'où les innovations plus récentes qui visent cette fois à alléger les coûts juridiques. Par exemple, les *seed notes*. Ce sont des billets (titres de dette) convertibles en actions avec un régime simple :
– avant la conversion, ils ne donnent souvent droit à aucun paiement (de type intérêt) : donc pas de complication dans la rédaction du titre, très peu de conseils juridiques nécessaires ;
– en cas d'échec du projet, comme tout créancier, le porteur du titre a droit à une partie de l'actif net de liquidation – s'il y en a ;
– En cas de conversion, il s'agit d'une action ordinaire, ne demandant aucun conseil d'avocat particulier.

5. Ces innovations sont de pur droit privé, ce sont des innovations contractuelles. Ont-elles été favorisées par un certain environnement juridique aux États-Unis ?
– Pour prospérer, les innovations contractuelles doivent bénéficier d'une sécurité juridique. C'est plus facile dans un pays comme les États-Unis où les juges respectent la lettre des contrats. Dans un pays comme la France, la loi et les juges remettent en cause la lettre du contrat, motif pris de la protection du plus faible. Entre l'entrepreneur de start-up et l'investisseur, le premier serait vu comme la partie faible par un juge français en cas de litige précoce. Mais cet entrepreneur, très peu d'années après, peut s'appeler Hewlett Packard, Microsoft ou Google. Qui est le faible ? Qui

est le fort ? Au lieu de se perdre dans de telles questions, mieux vaut appliquer la lettre du contrat.
– Autre facteur de sécurité : des juges à la fois très professionnels et spécialisés dans les starts-ups comme ils se sont multipliés en Californie. Contraste avec la France où les juges ne sont jamais spécialisés.
– Certaines « bonnes règles » de droit public jouent aussi un rôle favorable, par exemple l'interdiction des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail en Californie permet aux ingénieurs de passer d'une entreprise à une autre en transportant des savoir-faire et donc en répandant l'innovation (sauf celle qui est protégeable par un brevet) De même pouvoir déposer et défendre des brevets de façon pas trop coûteuse est important. Ou encore le *Small Business Act* favorisant les débouchés des petites entreprises dans les marchés publics.

6. Le droit est donc à la fois une condition de développement des start-ups et un obstacle parce que les coûts de conseil juridique sont élevés par rapport aux revenus. L'industrie juridique a connu peu de progrès de productivité. Des solutions sont explorées (en dehors de l'innovation simplificatrice telle qu'évoquée ci-dessus, point 4. :
– cabinets d'avocats payés en actions, pas en cash : très difficile parce que les cabinets ne sont pas équipés pour agir eux-mêmes comme des VC ;
– progrès technologiques appliqués aux services juridiques : délivrance de documents juridiques/actes juridiques en ligne, standardisés ou customisés de façon semi-automatique par des solutions de type web. Voir LegalZoom, Rocket Lawyer aux États-unis, Captain Contrat en France. Mais ces innovateurs rencontrent l'hostilité des professions réglementées ; globalement, seules quelques types d'activité juridique ont progressé sous l'effet de la technologie, et ce ne sont pas toujours les plus pertinentes pour les start-ups.

7. Enfin, le *business model* des start-ups est universel et conçu sans se préoccuper de toutes les règles juridiques existantes. En dehors des protestations des « victimes » de l'innovation (voir les taxis contre Uber) cette dernière rencontre donc des obstacles juridiques ; en Europe et en France notamment, les « grands noms » de la côte Ouest (Uber n'étant qu'un exemple) font l'objet de procédures diverses. Or la prise de risque juridique est inhérente à l'innovation : ne lancer un business model universel qu'après avoir fait vérifier par des armées d'avocats qu'il est compatible avec les milliers de règles applicables dans les 150 pays du monde est hors de portée des start-ups et aboutirait sans doute à renoncer au projet. L'innovation crée donc un choc juridique.

8. La réponse de type hurlement, interdiction etc. est inepte. Pourquoi ? Prenons les initiatives de sociétés comme Uber, Bla bla car, Airbnb, location de voitures entre particuliers : elles ont toutes pour effet de mieux valoriser les capitaux des gens (vous pouvez louer votre voiture quand vous ne vous en servez pas) et de leur donner de l'indépendance économique. Les pays qui s'en priveront vont pénaliser leurs citoyens. Des gouvernements intelligents devraient immédiatement détecter les problèmes et, plutôt que de hurler, adapter le droit (par exemple, comment rendre

compatible Uber Pop avec le droit du travail, social, fiscal, par des règles… innovantes) de façon à domestiquer juridiquement l'innovation.

Conclusion

L'innovation juridique privée est un élément clé de l'innovation en général mais :

– elle est gênée par la productivité stagnante du conseil juridique ;

– elle butte sur la réactivité insuffisante des gouvernements qui n'adaptent pas assez vite le droit public et préfèrent protester et interdire.