

# Le Journal du Management

*juridique et réglementaire*

Interview de Pierre Lederer,  
Directeur juridique  
de Gras Savoye

3



Nominations  
Directions juridiques

67

Nouveaux Cabinets

70

Formations

86



## DOSSIER

4



RISQUES - ASSURANCES - TRANSPORTS

## LEGAL TECH

68



5 raisons d'implémenter un legal bot au sein de votre  
direction juridique

## COMPLIANCE

77



Le rôle des clauses éthiques  
Compliance & anticorruption : où en sont les entreprises ?

## RECOUVREMENT

82



Pour une reconsidération des honoraires de recouvrement des  
administrateurs et mandataires judiciaires.

# LE RÔLE DES CLAUSES ÉTHIQUES

## INTRODUCTION

Près de deux ans avant l'entrée en vigueur de la loi « Sapin II », le Service Central de Prévention de la Corruption suggérait déjà aux entreprises « l'intégration dans les contrats commerciaux d'une clause anti-corruption [...]. »<sup>1</sup>. Cette recommandation a depuis été reprise par l'Agence Française Anticorruption qui n'a pas manqué de souligner l'importance de telles clauses anti-corruption « dans les contrats considérés à risque »<sup>2</sup>.

Les clauses d'éthique – terminologie générique incluant les clauses anti-corruption – sont de plus en plus fréquentes dans les contrats conclus par les entreprises avec les tiers (fournisseurs, distributeurs et autres intermédiaires, tels que les agents commerciaux ou consultants...). Les clauses d'éthique peuvent ainsi constituer un instrument de mise en œuvre des obligations issues de la loi « Sapin II » et de la loi relative au devoir de vigilance.

Les clauses anti-corruption sont particulièrement caractéristiques de ce mouvement d'auto-régulation à l'heure où la grande majorité des affaires de corruption impliquent des cocontractants des sociétés condamnées. Cela est de plus en plus vrai au titre des législations anti-corruption à la portée extraterritoriale (Foreign Corrupt Practices Act<sup>3</sup> et UK Bribery Act<sup>4</sup> en tête) mais le devient également en France, avec des affaires ayant abouti à la mise en œuvre largement commentée de conventions judiciaires d'intérêt public, telles que récemment les cas Airbus ou encore Egis Avia..

Les avantages des clauses anti-corruption sont reconnus depuis de nombreuses années parmi l'arsenal des outils de gestion des tiers (due diligence, monitoring, etc.). Il n'existe cependant pas de consensus apparent ou d'approche uniforme s'agissant du ou des types d'engagements éthiques à inclure dans les contrats d'affaires. La pratique varie de formulations très génériques, exigeant par exemple du cocontractant qu'il



Cécilia FELLOUSE-GUENKEL



Etienne KOWALSKI



Ashley LE CAUCHOIS

se conforme « à toutes les lois anti-corruption applicables » à des formulations beaucoup plus précises visant les comportements et actes répréhensibles.

Ce constat d'hétérogénéité issu de la pratique contractuelle ne peut qu'interroger le rédacteur de contrats – de même que le Compliance Officer amené à donner son aval sur la validité et la portée d'une telle stipulation dans le cadre d'un projet de contrat avec une tierce partie présentant un risque en matière de corruption.

## 1. UNE VALIDITÉ DE PRINCIPE SOUS RÉSERVE DE QUELQUES PRÉCAUTIONS D'USAGE

**1.1.** Pure application du principe de liberté contractuelle, la validité des clauses anti-corruption ne semble a priori que peu discutable dès lors que leur rédaction ne contrevient pas à l'ordre public, ce qui ne devrait être guère contestable s'agissant d'un engagement destiné à lutter contre la corruption, lui-même expression d'un objectif de préservation de l'ordre public.

Toutefois, cette validité de principe des clauses anti-corruption, et plus généralement d'éthique, ne saurait être définitivement acquise sans recommander aux rédacteurs de contrats d'entourer la phase précontractuelle, et le cas échéant de négociation, de quelques précautions.

Les difficultés tiennent, d'une part, à la précision et à l'intelligibilité de la clause contractuelle, et d'autre part, à la clarté de la ou des normes – incluant les chartes éthiques ou autre code de bonne conduite – auxquelles il est fait renvoi ou, plus rarement, annexées au contrat.

**1.2.** A titre d'illustration, il n'est pas rare de rencontrer des contrats procédant par renvois « aveugles » aux législations étrangères précitées – FCPA et UK Bribery Act – qui ne sont généralement pas directement applicables à l'un des cocontractants.

Compte tenu de l'impact important que la mise en conformité avec de telles normes peut engendrer pour le partenaire commercial en termes de mesures organisationnelles et de gouvernance qui peuvent s'avérer coûteuses, la première

1 - SCPC, Lignes directrices françaises visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales, Mars 2015, page 5

2 - Recommandations aux opérateurs économiques sur l'implémentation du programme de prévention de la corruption selon l'article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016

3 - Foreign Corrupt Practices Act (US), 1977

4 - UK Bribery Act of 2010

précaution consisterait ainsi à préciser le contenu des obligations et comportements répréhensibles visés qui devra être clairement porté à la connaissance du partenaire commercial dans des conditions lui permettant de comprendre la ou les normes et d'en mesurer la portée.

A notre connaissance les tribunaux français n'ont pas encore eu à se prononcer sur la stricte question de la validité d'une clause anticorruption.

**1.3.** Enfin, dans la mesure où la ou les normes auxquelles il est fait renvoi dans la clause d'éthique sont susceptibles d'évoluer en cours d'exécution contractuelle, l'exigence de bonne foi durant cette phase du contrat pourrait<sup>5</sup> mettre à la charge du donneur d'ordre un devoir d'information de toute modification de la norme. Devoir d'information qui commandera alors de s'assurer que le partenaire commercial a compris la teneur et la portée de ces modifications, voire d'obtenir l'accord de ce dernier, en cas de modification unilatérale de ladite norme, en particulier lorsqu'il s'agit d'une charte éthique ou d'un code de bonne conduite issu du programme de compliance du donneur d'ordre<sup>6</sup>.

**1.4. Focus sur la rédaction de la clause anti-corruption.** La Chambre de commerce internationale (CCI) a publié en 2012 un modèle de clause anti-corruption conçu pour être appliqué « par les entreprises de toute taille »<sup>7</sup> qui fournit des orientations concrètes au travers de deux alternatives contractuelles que les parties peuvent insérer dans leurs contrats. L'une de ces alternatives constituant un engagement plus substantiel des parties en matière de lutte contre la corruption.

A l'instar de la CCI, le Global Infrastructure Anti-Corruption Centre (GIACC) propose deux alternatives contractuelles, la première constituant un simple engagement pour le cocontractant de « de ne pas participer à un quelconque acte de corruption »<sup>8</sup>. La deuxième option offre des engagements plus complets en matière de lutte contre la corruption, au choix du donneur d'ordre, y compris des

dispositions concernant la formation, l'audit ou encore les facultés de résiliation unilatérale.

En tout état de cause, les rédacteurs de la clause anti-corruption seront diligents en prévoyant a minima une définition des normes applicables et des comportements répréhensibles, la reconnaissance par le cocontractant qu'il a été informé de la démarche éthique ou de lutte contre la corruption du donneur d'ordre, qu'il comprend l'ensemble des normes applicables ainsi que leur portée et qu'il y adhère.

## 2. DES PROCÉDÉS CONTRACTUELS COMPLÉMENTAIRES DE LA CLAUSE D'ÉTHIQUE AU SERVICE DE SON EFFICACITÉ

**2.1.** Si les clauses anti-corruption, et plus largement les clauses d'éthique, offrent aux opérateurs économiques une protection « de base » contre les éventuels comportements contraires à l'éthique de leurs cocontractants, fonctionnant à cet égard telle une garantie, ces stipulations contractuelles peuvent être utilement complétées par un panel de procédés contractuels destinés à en renforcer la portée.

Ainsi, les parties contractantes peuvent se prévaloir d'engagements et de facultés prévus par le contrat qui se répartissent en diverses catégories :

- les sanctions des manquements constatés : mise en demeure de remédier au manquement dans un délai fixé avec ou sans suspension du contrat, faculté de résiliation unilatérale et immédiate du contrat sans préjudice de toute action en paiement de dommages-intérêts ;
- une interdiction pure et simple du recours à des sous-traitants ou simple restriction sans le consentement préalable du donneur d'ordre ;
- l'obligation pour le partenaire commercial de révéler les manquements constatés ;
- une obligation de formation des dirigeants et collaborateurs du partenaire commercial voire une obligation de certification annuelle ;
- une faculté d'audit au bénéfice du donneur d'ordre...

**2.2.** Focus sur la clause d'audit et sa mise en œuvre en cours d'exécution contractuelle. En particulier en matière de corruption, et au regard de la nature par définition secrète des actes de corruption la question de la preuve de ces derniers constitue une difficulté fréquente rencontrée par les donneurs d'ordre. Raison pour laquelle une phase préalable d'analyse et d'audit des manquements suspectés du prestataire est généralement recommandée avant toute mise en œuvre de la faculté de résiliation unilatérale et d'indemnisation au bénéfice du donneur d'ordre dont les conséquences peuvent s'avérer très importantes.

Sans clause d'audit prévue au contrat, la société risque, en cas d'alerte sur un possible acte de corruption chez son distributeur par exemple, de ne pas avoir de fondement pour la réalisation de ces diligences préalables.

Cependant, à l'instar des clauses anti-corruption, il n'existe pas d'approche uniforme s'agissant de la rédaction des clauses d'audit tantôt largement intrusive, permettant au donneur d'ordre de vérifier chez son partenaire commercial l'existence, le contenu et la mise en œuvre d'un programme de compliance anti-corruption, tantôt portant sur les seuls éléments financiers qui se rapportent à l'exécution du contrat concerné visant à s'assurer in fine qu'aucun paiement effectué par le donneur d'ordre n'a été utilisé à des fins de corruption ou plus largement à des fins illicites.

Du reste, il demeure également possible d'aménager contractuellement la faculté d'audit prévue au bénéfice du donneur d'ordre en prévoyant que les opérations d'audit et de vérifications diligentes par un tiers dont il conviendra de définir les modalités de désignation.

L'analyse de la jurisprudence récente tend à démontrer que l'efficacité des clauses d'audit commence à être reconnue par les juges le plus généralement dans un contexte de résiliation unilatérale de contrats, même si elle tend à se révéler exigeante sur la valeur probante des éléments apportés par l'auteur de la rupture<sup>9</sup>.

5 - C. civ. art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

6 - J. Mestre, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, déc. 2018, *Lextenso*, n°682

7 - ICC, *ICC Anti-Corruption Clause 1 (2012)*, <https://perma.cc/MN2U-UBVJ>

8 - GIACC *Contract Terms*, supra note 96, at § 4: traduction libre de "not to participate in any corrupt conduct"

9 - CA Paris, 20 décembre 2017, n° 15/04648 : pour affaire dans laquelle il a été jugé qu'un donneur d'ordre ne rapportait pas la preuve des pratiques de surfacturation et de commissions occultes de son sous-traitant en s'appuyant notamment sur les rapports de son Compliance Officer – avec lequel elle entretenait un lien de subordination – et de son commissaire aux comptes – avec lequel elle entretenait un courant d'affaires – dès lors que ces rapports avaient été unilatéralement établis à la demande du donneur d'ordre et sans procédure contradictoire

A titre d'illustration, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'un acteur de la grande distribution avait pu rompre sans préavis ses relations avec l'un de ses fournisseurs qui ne respectait pas ses obligations essentielles de contrôle et surveillance de ses sites de production en vue du respect des normes sociales et éthiques applicables. Ces manquements ont été révélés à l'issue d'un audit social diligenté par le donneur d'ordre via une société d'audit chez le fournisseur. Le fournisseur avait été mis en demeure, sans succès, de proposer une réponse sérieuse et concrète aux critiques de son cocontractant faisant suite à l'audit<sup>10</sup>.

En toute hypothèse, l'efficacité de clause d'audit est conditionnée par la cohérence d'application du programme de compliance chez le donneur d'ordre, en particulier s'agissant des dispositifs de contrôle des partenariats commerciaux.

Ce qui permettra de démontrer, le cas échéant, que le dispositif contractuel formé par la clause anti-corruption prévoyant les sanctions de son inexécution et la clause d'audit a été mis en œuvre de bonne foi par le donneur d'ordre et non de façon opportuniste, ce qui pourrait être sanctionné par les juges, le cas échéant.

### 3. VERS UNE CONSÉCRATION JURISPRUDENTIELLE DE LA PORTÉE DE LA CLAUSE D'ÉTHIQUE

**3.1.** Dans le cadre de ses Recommandations sur l'implémentation du programme de prévention de la corruption désormais bien connues des professionnels de la compliance, l'Agence Française Anticorruption estime que la clause anti-corruption permet « de mettre un terme à la relation contractuelle en cas de manquement à la probité. »<sup>11</sup> Il convient néanmoins de s'interroger sur la force d'une telle clause contractuelle.

A cet égard, il convient de noter que l'attention portée à la rédaction de ces clauses est d'autant plus importante que, eu égard à leur nature, elles imposent généralement à leur débiteur une obligation de résultat<sup>12</sup>.

En novembre 2019, la Cour de cassation, suivant la Cour d'appel de Paris, a eu

l'occasion, dans le secteur médical, de donner raison à un fournisseur d'implants du fait du refus de son « agent d'affaires » de se conformer à la politique globale de lutte contre la corruption du groupe<sup>13</sup>.

En particulier, dans cette affaire, la clause contractuelle stipulait notamment que l'agent devait se conformer à une législation sectorielle spécifique dite loi « anti-cadeaux », ainsi qu'au FCPA, énonçant à cet égard que ledit agent reconnaissait être informé des dispositions de l'article L. 4113-6 du Code de la santé publique et s'engageait à en respecter scrupuleusement les termes.

**3.2.** Il est acquis qu'en cas d'inexécution suffisamment grave de ses obligations par l'une des parties, l'autre partie peut, à ses risques et périls, résilier unilatéralement le contrat, ou solliciter la résolution judiciaire du contrat. Le contrat peut également être résilié par l'application d'une clause résolutoire, si les conditions prévues par la clause sont réunies.

A titre d'illustration, la jurisprudence récente révèle que les juges sont de plus en plus enclins à admettre que la violation de telles dispositions, dès lors qu'elle est établie, constitue un manquement suffisamment grave pour justifier la rupture unilatérale du contrat et que l'auteur de la rupture est dispensé d'accorder un préavis suffisant au regard de l'article L. 442-1 du Code de commerce.

Ainsi, dans une affaire où le représentant d'une société avait sollicité des pots-de-vin auprès de clients de cette société, les juges ont pu considérer que la rupture sans préavis de la relation commerciale était justifiée au motif que le représentant avait eu un « comportement répréhensible susceptible de nuire aux intérêts de la société » qu'il représentait<sup>14</sup>.

**3.3.** Il est, à cet égard, recommandé, le cas échéant, d'actionner préalablement à cette rupture la clause d'audit que le rédacteur diligent aura pris le soin d'intégrer au contrat.

Il est également possible d'aménager les modalités d'une procédure

contradictoire dans laquelle le partenaire commercial pourra, dans un délai déterminé, préparer une réponse au(x) griefs formulés par le donneur d'ordre à la suite de l'audit réalisé, le cas échéant, en proposant un plan de remédiation.

Enfin, la mise en œuvre de telles clauses devra se faire de bonne foi : elle doit démontrer la démarche éthique de la partie qui invoque la clause, et non apparaître comme une instrumentalisation ou un prétexte au service de la gestion des relations contractuelles.

### CONCLUSION

Si la validité des clauses d'éthique ne semble pas faire débat au regard de leur large utilisation par la pratique contractuelle, il apparaît nécessaire de veiller à prendre quelques précautions de rédaction.

En toutes circonstances, nos entreprises doivent prendre conscience de l'importance de s'octroyer les moyens contractuels leur permettant d'agir en cas de suspicions d'actes de corruption ou contraires à l'éthique chez un cocontractant.

A cet effet, elles veilleront à intégrer la clause anti-corruption ou d'éthique dans une stratégie de compliance globale et cohérente envoyant un message clair à l'ensemble des parties-prenantes des systèmes de prévention de la corruption, qu'il s'agisse des dirigeants ou collaborateurs des entreprises donneuses d'ordre, des tierces-parties cocontractantes... afin de faciliter l'accueil de ces clauses par le juge dont on a vu qu'il sera, à n'en pas douter, de plus en plus sollicité pour sanctionner l'inexécution de ces clauses.

**Cécilia Fellouse-Guenkel, secrétaire générale du Cercle de la Compliance**

**Etienne Kowalski, avocat au barreau de Paris – Simmons & Simmons LLP**

**Ashley Le Cauchois, avocat au barreau de Paris – Simmons & Simmons LLP**



10 - CA Paris, 13 Mars 2019, n° 17/21477

11 - AFA, Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, version 12-2017, page 25

12 - J. Mestre, Les principales clauses des contrats d'affaires, déc. 2018, Lextenso, n°681

13 - CA Paris 30 novembre 2017, n° 15/19388 confirmée par Cass. com. 20 nov. 2019, n°18-12.817

14 - CA Paris, 24 octobre 2013, n° 11/13392