

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

118 Responsabilité des entreprises en matière de corruption

Un régime draconien ?



CONSTANCE ASCIONE LE DRÉAU,
avocate à la Cour,
Visconti & Grundler

BENJAMIN GRUNDLER,
avocat à la Cour, associé,
Visconti & Grundler

Solution. - On 20th November 2019, the French Court of Cassation dismissed an action against a company which abruptly terminated long established commercial relationships with a business agency, because the latter had failed to comply with anticorruption obligations provided by the contract. While the claimant argued that the breach was not serious enough to justify immediate termination, the Court found that the defendant rightfully terminated the contract, as the said breach could trigger its own responsibility.

Impact. - To the best of our knowledge, this issue had not yet been examined by French Courts, and the solution is thus, as such, interesting for practitioners. Furthermore, although the decision was taken in a specific context - notably, the defendant had just entered a DPA -, it echoes a trend, in corruption cases, to push the boundaries of corporate liability. Beyond what is reasonable?

Cass. com, 20 nov. 2019, n° 18-12.817 : JurisData n° 2019-020767

1. Une rupture brutale mais justifiée

Un cocontractant éconduit, en l'espèce un agent d'affaires, saisit les juridictions françaises d'une demande de dommages-intérêts. Il invoque une rupture brutale et injustifiée de relations commerciales, après six paisibles années d'exécution du contrat. Pour justifier la rupture, la société défenderesse allègue un manquement grave de la demanderesse, qui a en effet omis : i) de renouveler son adhésion et sa certification à la politique anticorruption du groupe ainsi qu'elle s'y était engagée contractuellement et ii) de procéder à la déclaration obligatoire de ses liens d'intérêts avec les professionnels de santé¹.

La Cour de cassation devait donc, dans son arrêt du 20 novembre 2019, juger si un manquement aux obligations contractuelles en matière de lutte contre la corruption était suffisamment grave pour justifier une résiliation sans préavis. Elle retient que la gravité du manquement est avérée, puisqu'il est de nature à « engager la propre responsabilité » de la

défenderesse, dont le groupe venait de conclure un *Deferred Prosecution Agreement* avec les autorités américaines.

Si l'arrêt n'est vraisemblablement pas sans intéresser le droit des contrats, que nous laissons aux spécialistes, il touche également à la matière pénale. Cette décision témoigne, en creux, de l'exigence accrue des autorités judiciaires vis-à-vis des personnes morales en matière de lutte contre la corruption.

2. Un arrêt de circonstances

Cette solution s'explique indéniablement, en partie, par les circonstances d'espèce. En premier lieu, la société défenderesse appartient au groupe américain Biomet, qui faisait alors l'objet d'un *monitoring* du DoJ pour avoir conclu un *Deferred Prosecution Agreement* en mars 2012 concernant des faits de corruption d'agents publics. Le groupe spécialisé dans le matériel médical avait reconnu avoir offert des avantages divers et variés à des employés gouvernementaux argentins, brésiliens et chinois afin que ceux-ci achètent ses produits. Aux termes d'un accord avec le DoJ, le groupe s'était engagé au paiement d'une amende d'un peu plus de 17 millions de dollars et à un renforcement de son système de lutte contre la corruption, sous le contrôle d'un *monitor*. Du fait de ce contexte, le défaut d'adhésion d'un partenaire à la politique

¹ Obligation prescrite par D. n° 2013-414, 21 mai 2013 : JO 22 mai 2013, texte n° 6.

anticorruption du groupe exposait donc indéniablement la société à une possible sanction.

En second lieu, l'affaire touche au monde de la santé, au sein duquel la vigilance s'est accrue dans les dernières décennies. À la suite de la première loi dite « anti-cadeaux » de 1993², des scandales dont celui du *Médiateur* ont conduit le législateur à renforcer les obligations des entreprises du secteur, notamment par la loi *Bertrand* de 2011³. Cette loi et son décret d'application instaurent l'obligation de publier une « déclaration d'intérêts », détaillant l'ensemble des avantages versés aux membres du corps médical, ce qui permet aux autorités d'en contrôler la licéité. C'est d'ailleurs le défaut de respect de cette obligation que la défenderesse reprochait à la demanderesse dans l'arrêt en cause. Si les circonstances sont donc éclairantes, la portée de cet arrêt va néanmoins plus loin que les faits d'espèce.

3. Si ce n'est pas toi, c'est donc ton partenaire

Le postulat de la Cour de cassation, dans l'arrêt en cause, est que la responsabilité d'une société est susceptible d'être engagée à raison des défaillances de son partenaire commercial en matière de lutte contre la corruption. Il est à ce titre évident que la responsabilité des entreprises est susceptible d'être recherchée du fait d'actes corruptifs commis par leurs partenaires. En effet, s'il a pu faire écran par le passé, le recours à des *middlemen*, consultants ou autres tierces parties, tout comme la participation à des *joint-ventures* ou consortiums, dans le cadre d'un schéma corruptif, ne protège plus les entreprises. Dans l'arrêt en cause, la Cour va plus loin dans la responsabilité par ricochet : elle n'examine pas un acte corruptif commis par un partenaire commercial, mais le manquement dudit partenaire quant à des obligations de *prévention* de la corruption, pour conclure que la responsabilité de la société est susceptible d'être engagée sur ce fondement.

Et en effet, la pratique des autorités judiciaires, notamment DoJ, SFO ou PNF, en matière de lutte contre la corruption le démontre : il est désormais exigé des entreprises une vigilance de chaque instant, notamment vis-à-vis leurs partenaires. À ce titre, l'un des moyens soulevés par la société demanderesse au pourvoi invoquait la « tolérance antérieure du cocontractant à l'égard de comportements analogues ». Autre temps, autres mœurs : désormais, toute irrégularité ou tout soupçon d'irrégularité lié(e) à un partenaire commercial est susceptible de participer au faisceau d'indices que l'accusation tentera de caractériser.

2 L. n° 93-121, 27 janv. 1993 : JO 30 janv. 1993, p. 1576.

3 L. n° 2011-2012, 29 déc. 2011 : JO 30 déc. 2011, p. 22667.

4. Faisceaux et drapeaux : vers une obligation d'exemplarité

Sauf cas particuliers, il est rare que les enquêteurs obtiennent la preuve du pacte corruptif. C'est donc sur l'existence d'un faisceau d'indices que tente de se reposer l'accusation, au premier rang desquels le traitement des *red flags* ou signaux d'alertes en tous genres. Les enquêtes récentes en matière de corruption révèlent que les autorités judiciaires s'appuient notamment sur les procédures de conformité pour essayer de caractériser, à défaut d'un acte positif frauduleux, à tout le moins une abstention fautive, voire suspecte.

À titre d'illustration : la CJIP Airbus

On se référera utilement à la convention judiciaire d'intérêt public signée entre Airbus et le PNF en janvier 2020 : il y est notamment mentionné que certaines informations communiquées dans le cadre des procédures de *due diligence* en vue du recrutement d'intermédiaires commerciaux étaient « incomplètes, trompeuses ou inexactes », ou encore que l'entité en charge du contrôle ne procédait pas à « un examen approfondi du projet d'investissement ou des conditions d'engagement de l'intermédiaire »⁴. Ce qui pourrait relever de la simple négligence ponctuelle devient ainsi, *a posteriori*, un indice de culpabilité.

En réponse, les entreprises s'adaptent et se protègent, et l'on assiste à une forme de translation de la sanction : au-delà de la peine verticale infligée par les juridictions ou les régulateurs, la sanction devient aussi horizontale, entre acteurs de marché. La peine est celle décrite par l'arrêt d'espèce : une fin immédiate des relations commerciales. De nombreuses entreprises ont ainsi intégré à leurs contrats types de consultation des clauses résolutoires leur permettant de mettre immédiatement fin au contrat en cas de manquements aux engagements contractuels liés à la prévention de la corruption.

S'il est sain que les acteurs du marché se saisissent de la norme et en deviennent les relais, rappelons toutefois que l'importance de l'enjeu qu'est la lutte contre la corruption ne justifie pas tous les glissements. Il appartient aux acteurs de la chaîne pénale, en particulier à la défense, de s'assurer que le régime de responsabilité pénale en matière de corruption reste ancré dans les principes du procès équitable, notamment la présomption d'innocence et la charge de la preuve à l'accusation, et que seuls soient qualifiés et sanctionnés des comportements véritablement fautifs au sens du droit pénal.

4 V. CJIP entre le Procureur de la République financier et Airbus SE, 29 janv. 2020, § 25 et s. - B. Graulle et S. dos Santos, *The Airbus CJIP. Result of an Exceptional Cooperation* : Rev. int. Compliance 2020, comm. 78.