

# REVUE DE L'ARBITRAGE

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

2017 - N° 3

# Doctrine

## **LA CORRUPTION SAISIE PAR LES ARBITRES DU COMMERCE INTERNATIONAL (1)**

par

**Emmanuel GAILLARD**

*Visiting Professor à Yale Law School  
Professeur émérite à l'Ecole de droit de Sciences Po  
Associé responsable du département Arbitrage international,  
Shearman & Sterling*

### RÉSUMÉ

La corruption est un fléau du commerce international auquel les arbitres sont confrontés de plus en plus fréquemment, tant dans l'arbitrage d'investissements que dans l'arbitrage commercial. Sous l'influence de la Convention OCDE et des nombreux textes adoptés par la communauté internationale pour la condamner, les arbitres sont de plus en plus sensibles à la nécessité de tirer les conséquences civiles de la contrariété de cette pratique à l'ordre public international. Le présent article analyse l'évolution de la jurisprudence arbitrale à ce sujet et les nombreuses questions techniques (lois de police, formation des règles transnationales, aspects probatoires) que soulève une matière qui demeure d'une actualité brûlante.

### SUMMARY

*Corruption is a scourge of international trade that arbitrators are facing with increasing frequency, both in investment and commercial arbitration. In the aftermath of the OECD Convention and the*

---

(1) Le présent article est tiré de la conférence donnée à l'Association Française d'Arbitrage (AFA) le 20 septembre 2017.

*numerous instruments that the international community has adopted in the fight against corruption, arbitrators are increasingly attune to the need to draw the consequences of a behaviour that is incompatible with international public policy. This article analyses the evolution of arbitral case law on this subject as well as the numerous questions of a more technical nature (mandatory rules, the formation of transnational rules, evidentiary aspects) that arise from this phenomenon, which remains a prominent and pressing concern.*

1. La corruption demeure un fléau du commerce international. En 2017, la Banque Mondiale estimait à 1 500 milliards de dollars américains le montant des pots-de-vin versés dans l'année (2). En 2015, le Fonds Monétaire International estimait pour sa part le coût de la corruption à 2 % du produit intérieur brut mondial (3). Même si, par définition, ces sources ne peuvent pas être très précises, le problème est majeur. Il n'est donc nullement surprenant que les arbitres, juges naturels du commerce international, se trouvent de plus en plus fréquemment confrontés à des allégations de corruption de la part des parties ou à des situations qui leur paraissent susceptibles de trahir des faits de corruption. Dans ces conditions, le cynisme affiché par certains tribunaux arbitraux consistant à voir une cause de préoccupation dans le fait « *qu'un certain nombre d'administrations des parties défenderesses dans des cas d'arbitrage international ont recours à des allégations de corruption pour empêcher que le tribunal ne se déclare compétent ou pour influencer la décision sur le fond* » pour y trouver une raison pour laquelle « *la norme de la preuve, doit être, à cet égard, particulièrement élevée* » (4), n'est pas, ou plus, de mise. Si les allégations de corruption sont en effet aujourd'hui fréquentes, c'est que les situations susceptibles de donner lieu à ces allégations le sont également. Cela n'exclut naturellement pas que certains plaideurs cherchent à tirer avantage des efforts de moralisation du commerce international dans des circonstances qui n'ont rien de répréhensible. C'est aux arbitres, comme aux juges, qu'il appartient de trier le bon grain de l'ivraie, sans que l'on puisse

---

(2) V. « Combating Corruption », Rapport de la Banque Mondiale, actualisé au 26 septembre 2017, disponible sur le site internet de la Banque Mondiale.

(3) V. « Corruption : Costs and Mitigating Strategies », IMF Staff Discussion Note, mai 2016, p. 5.

(4) *African Holding Co c/ République Démocratique du Congo*, aff. CIRDI n° ARB/05/21, Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité du 29 juillet 2008 (en langue originale française), rendue par MM. F. Orrego Vicuña, Président, O. Witt Wijnen et D. Grisay, § 55.

trouver dans la fréquence des contentieux une cause d'agacement source de formules générales, et moins encore une raison d'exiger un standard de preuve rehaussé qui ne correspond pas, ou plus, au consensus qui s'est dégagé en la matière (5). La situation était très différente lorsqu'en 1987, un auteur tel que Bruno Oppetit dénonçait, dans un article déjà controversé, l'hypocrisie consistant à réprouber la corruption, tout en s'en accommodant, notamment sur le plan fiscal (6). On se souvient de la pratique du « confessionnal » par laquelle les entreprises françaises déclaraient, dans la plus grande discrétion, à l'administration des finances le montant des pots-de-vin versés à des entreprises ou à des dirigeants étrangers de façon à pouvoir les déduire fiscalement sans risque d'être redressées. L'entrée en vigueur, en 1999, de la Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, qui invite les Etats membres à criminaliser la corruption d'agents publics étrangers (7), a marqué à cet égard un tournant radical. On n'en constatera pourtant la concrétisation dans la jurisprudence arbitrale et dans la jurisprudence étatique en matière d'arbitrage qu'aujourd'hui, près de 20 ans plus tard.

2. Cette période intermédiaire d'une vingtaine d'années, de 1997 à nos jours, se caractérise par le décalage grandissant entre le développement d'un corps de règles de plus en plus précis condamnant la corruption et la réticence persistante des arbitres à la sanctionner de manière effective.

3. La Convention de l'OCDE de 1997, qui compte 43 Etats parties, n'est pas le seul instrument condamnant la corruption. La Convention des Nations Unies de 2003 contre la corruption, entrée en vigueur en 2005, a pris le relais et lie aujourd'hui 182 Etats ou organisations internationales. Le Conseil de l'Europe a pour sa part adopté en 1999 deux instruments, la Convention pénale sur la corruption, qui oblige les 48 Etats parties à prévoir

---

(5) V. *infra*, § 3.

(6) V. B. Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987.5, spéc. pp. 13-15. La corruption était pourtant sanctionnée de longue date, au plan interne, dans de nombreux droits.

(7) Article I (1) : « *Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour tout personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international* ».

des sanctions pénales et des mesures efficaces et dissuasives contre la corruption, et la Convention civile sur la corruption ratifiée par 35 Etats, portant sur les aspects civils du phénomène (responsabilité, validité des contrats, obtention des preuves, etc.). L'année 1996 a également vu l'adoption d'une Convention interaméricaine contre la corruption, qui lie 33 Etats du continent américain.

Des organisations privées telles que la CCI s'en sont également préoccupées, cette dernière ayant adopté dès 1977 des « Règles pour combattre la corruption », qui constituent un outil d'autodiscipline destiné à inciter les entreprises à respecter leurs obligations en la matière et à les assister dans la lutte contre les tentatives de sollicitation de pots-de-vin. Ces Règles ont été mises à jour pour la dernière fois en 2011 (8).

La réprobation internationale englobe non seulement le versement de « pots-de-vin » à des agents publics étrangers, ce qui caractérise la corruption *stricto sensu*, mais également le trafic d'influence, consistant pour une partie, publique ou privée, à se faire rémunérer pour abuser de son influence, réelle ou supposée, auprès d'une autorité ou d'une administration publique en vue d'obtenir un avantage indu, que l'influence produise ou non le résultat recherché (9). Toutes ces activités sont englobées sous le terme de corruption *lato sensu* et c'est en ce sens qu'on l'entend pour les besoins du présent article.

4. Cette réprobation grandissante n'a pas empêché les arbitres de faire preuve, en la matière, d'une extrême timidité. L'idée

---

(8) V. « Règles d'ICC pour combattre la corruption », rédigées par la Commission d'ICC sur la responsabilité sociale de l'entreprise et la lutte contre la corruption, éd. 2011.

(9) V. par ex. l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la Corruption de 2003 et l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe de 1999. Cette activité doit être distinguée du lobbying, admis dans un certain nombre d'Etats, qui consiste à promouvoir certains intérêts au moyen d'interactions avec une autorité, ses membres ou fonctionnaires, dans le but d'influencer la formulation ou la mise en œuvre de politiques ou d'actes législatifs, ou le processus décisionnel au sein de cette autorité. Cette distinction n'est pas toujours facile à faire. En France, par exemple, le trafic d'influence en vue d'influencer la prise de décision d'un agent public étranger n'est pas incriminé en raison notamment de la « *difficulté de faire la part des choses entre du simple lobbying et ce qui s'apparente à du trafic d'influence* » : v. Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, Rapport n° 243 de M. Hunault, p. 38. V. également « La prévention de la corruption en France », Rapport pour l'année 2012, Service central de prévention de la corruption, pp. 104-106.

dominante, parfois exprimée, comme dans l'affaire congolaise de 2008 (10), mais bien souvent implicite, était que la gravité des allégations appelait une preuve particulièrement nette de la corruption pour que des conséquences juridiques puissent en être tirées par les arbitres. Cette attitude répandue était pourtant en complet décalage avec la philosophie de la Convention OCDE et des textes qui ont suivi, dont l'esprit consiste à faire remarquer que, par nature, la corruption se dissimule, qu'elle est particulièrement difficile à mettre à jour de manière directe et qu'il y a donc lieu de tenir compte de différents indices, ou *red flags* dans la terminologie américaine, pour en déceler l'existence. La méthode est directement inspirée du *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) de 1977 que les américains ont voulu transposer au plan international pour éviter des distorsions de concurrence (11).

5. La période de décalage entre la réprobation internationale affichée et la timidité réelle de la pratique arbitrale s'est refermée avec l'arrêt *Belokon* rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 février 2017 dans la matière voisine du blanchiment (12).

Dans le droit fil de la vision arbitrale conservatrice traditionnelle, le tribunal arbitral (13) avait estimé, par une sentence du 24 octobre 2014, qu'en l'absence de preuve « *concrète et décisive* » des allégations de blanchiment, celles-ci n'avaient pas été établies par l'Etat défendeur. La sentence s'était appuyée notamment sur le fait que l'Etat, « *en dépit de ses ressources et de ses pouvoirs* », n'avait pu prouver l'infraction devant ses juridictions nationales (14). La Cour d'appel a annulé la sentence, au motif que l'examen du moyen d'annulation tiré de la violation de l'ordre public international, au rang duquel figure la prohibition du blanchiment, « *n'est pas subordonné à l'intervention préalable*

---

(10) V. *supra*, § 1.

(11) La crainte de l'application extraterritoriale du droit américain avait déjà eu un certain effet au-delà des Etats-Unis sur les pratiques que le FCPA s'efforçait de saisir.

(12) Paris, 21 février 2017, *infra*, p. 915, note M. Audit et S. Bollée.

(13) Composé de MM. J. Paulsson, Président, K. Hober et N. Schiersing.

(14) *Valeri Belokon c/ République du Kirghizistan*, Sentence du 24 octobre 2014 rendue en application du règlement de la CNUDCI, § 163 : « *If the host State, notwithstanding its resources and powers, is unable to discharge the burden of proof before a municipal court, an international tribunal will find itself in a situation where it cannot, in the absence of concrete and decisive evidence, consider identical allegations as proven by the host state. Anything else would fly in the face of any notion of due process* ».

*d'une condamnation pénale du chef de blanchiment* » et que « *le contrôle exercé par le juge de l'annulation sur la sentence arbitrale en vertu de l'article 1520-5° du Code de procédure civile [a] pour objet [...] de s'assurer que l'exécution de la sentence n'est pas de nature à faire bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses* ». Ayant posé ce critère d'accueil de la sentence dans l'ordre juridique français, la Cour, ne s'estimant pas liée par les « *éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci* », se fonde sur la constatation d'un certain nombre d'« *indices graves, précis et concordants* » pour conclure à l'activité délictueuse du demandeur à l'arbitrage.

Cette décision, accompagnée de quelques sentences, au premier rang desquelles figure celle qui a été rendue le 4 octobre 2013 dans l'affaire *Metal-Tech c/ République d'Ouzbékistan* par un tribunal arbitral composé de G. Kaufmann-Kohler, Présidente, J. Townsend et C. von Wobeser, sur laquelle on reviendra (15), et de la prise de conscience des difficultés de la matière par de grands arbitres du commerce international (16), mettent un terme à la période de contraste entre vertu affichée et inaction pratique. Les tribunaux arbitraux sont aujourd'hui mieux équipés, à la fois conceptuellement et en termes de grille de valeurs, pour appréhender de manière réaliste les défis soulevés par la corruption dans l'arbitrage international.

6. Plusieurs facteurs expliquent que des questions de corruption soient soulevées de plus en plus souvent devant les arbitres et que l'on ne puisse donc y voir un effet de mode.

Le premier tient aux bouleversements qu'a connus le monde au cours des dernières années. En renversant nombre de régimes en place depuis des décennies, le Printemps arabe par exemple a permis la dénonciation des agissements des gouvernements précédents. Il est toujours plus facile en effet de soulever la corruption de gouvernements passés que celle de gouvernements en place. Cela s'est vérifié notamment pour l'Égypte qui, depuis le renversement du régime en février 2011, a compté de nombreux

---

(15) V. *infra*, § 35.

(16) V. par ex. Y. Fortier, « Arbitrators, corruption, and the poetic experience : "When power corrupts, poetry cleanses" », *Arbitration International*, 2015.367 ; M. Hwang et K. Lim, « Corruption in Arbitration — Law and Reality », *Asian International Arbitration Journal*, 2012.1.

arbitrages dans lesquels l'Etat défendeur a mis en avant des allégations de corruption (17).

La deuxième source d'information sur des agissements de corruption susceptibles de faire surface dans divers arbitrages réside dans les grands procès pénaux intervenus en application de législations nationales prises en application de la Convention OCDE. On songe en particulier aux affaires ENI et SAIPEM en Italie et à l'affaire *Lava Jato* au Brésil qui a mis en cause des entreprises telles que la compagnie pétrolière Petrobras ou encore la société de construction Odebrecht et bien des contrats pétroliers ou de travaux publics dont la plupart comportaient des clauses compromissaires (18). Parfois, l'investigation pénale fournit le rare luxe d'exhumer la comptabilité parallèle, les contrats de corruption et les complexes circuits financiers par laquelle elle s'exerce.

Le troisième facteur d'exposition de la corruption dans l'arbitrage tient à l'incitation puissante à la dénonciation de ces pratiques que fournissent les traités de protection des investissements qui subordonnent la compétence du tribunal à la légalité de l'investissement. Un investissement teinté de corruption ne pouvant prospérer, l'Etat d'accueil peut être tenté de dénoncer l'illicite, même si aucun changement de régime n'est intervenu, de façon à priver l'investisseur de la protection du traité, au stade des objections préliminaires ou au fond du différend (19).

7. Pour tenter d'appréhender de la manière la plus précise possible ce contentieux arbitral en ébullition, on se propose d'esquisser d'abord une typologie des affaires mettant en cause des allégations de corruption (I) avant d'analyser, en facteur commun, les questions de méthode soulevées par ces allégations (II).

---

(17) V. par ex. *Ampal-American Israel Corp et autres c/ République arabe d'Egypte*, aff. CIRDI n° ARB/12/11, Décision sur la compétence du 1<sup>er</sup> février 2016 rendue par MM. Y. Fortier, Président, C. McLachlan et F. Orrego Vicuña, § 276. V. également C. Foty, « The Evolution of Arbitration in the Arab World », Kluwer Arbitration Blog, 1<sup>er</sup> juillet 2015.

(18) V. par ex. « Brésil : tout comprendre à l'opération "*Lava Jato*" », Le Monde, 26 mars 2017. Télécom Italia a également fait l'objet de diverses procédures de même nature en Italie et au Brésil.

(19) Sur la question, v. *infra*, §§ 9-11.



## I. – TYPOLOGIE DES DIFFÉRENDS METTANT EN CAUSE DES ALLÉGATIONS DE CORRUPTION

8. Le contentieux de la corruption devant les arbitres s'est développé tant dans le domaine de la protection des investissements internationaux (A) que dans celui de l'arbitrage commercial classique (B).

### A) Le contentieux de la corruption dans l'arbitrage de protection des investissements

9. Dans l'arbitrage en matière d'investissement, les allégations de corruption peuvent être aussi bien une source d'incompétence du tribunal arbitral (1<sup>o</sup>) que de responsabilité internationale de l'Etat d'accueil (2<sup>o</sup>).

#### 1<sup>o</sup>) *La corruption, source d'incompétence du tribunal arbitral*

10. De très nombreux traités de protection des investissements font de la légalité de l'investissement une condition d'application du traité et donc de l'offre d'arbitrer qu'il contient. La formulation la plus courante est celle qui définit l'investissement protégé comme un investissement « *réalisé en conformité avec la législation* » de l'Etat d'accueil (20). Dans la mesure où même les Etats les moins regardants en la matière n'admettent pas la légalité de la corruption, des allégations de corruption sont souvent avancées pour tenter de faire échec à la compétence du tribunal arbitral. Cela a été le cas récemment, sans succès, dans les affaires *Flughafen Zürich c/ Venezuela* (21), *Fraport II c/ République des Philippines* (22), *Ampal c/ République arabe d'Égypte* (23),

---

(20) V. par ex. l'accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements conclu entre la Suède et la Lettonie le 10 mars 1992, art. 1(1).

(21) V. *Flughafen Zürich A.G. and Gestión E Ingeniería IDC S.A. c/ Venezuela*, aff. CIRDI n° ARB/10/19, Sentence du 18 novembre 2014 rendue par MM. J. Fernández-Armesto, Président, H. Alvarez et R. Vinuesa, § 155.

(22) V. *Fraport A.G. Frankfurt Airport Services Worldwide c/ République des Philippines*, aff. CIRDI n° ARB/11/12, Sentence du 10 décembre 2014 rendue par MM. P. Bernardini, Président, S. Alexandrov et A. van den Berg, § 481.

(23) V. *Ampal-American Israel Corp et autres c/ République arabe d'Égypte*, aff. CIRDI n° ARB/12/11, Décision sur la compétence du 1<sup>er</sup> février 2016 rendue par MM. Y. Fortier, Président, C. McLachlan et F. Orrego Vicuña, § 306.

*Vladislav Kim c/ République d'Ouzbékistan* (24) et *Getma International c/ République de Guinée* (25) et, avec succès, dans l'affaire *Metal-Tech c/ République d'Ouzbékistan* (26).

11. Dans ce contexte, une question récurrente est celle de savoir si le fait que l'infraction pénale de corruption *stricto sensu* ou de trafic d'influence est prescrite dans l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil est susceptible d'être opposé à l'Etat qui se prévaut de ces illégalités pour tenter de faire échec à la compétence du tribunal saisi sur le fondement d'un traité qui comporte une condition de légalité de l'investissement. La réponse à cette question ne peut être que négative, la condition de légalité de l'investissement étant assortie, expressément ou implicitement, d'une précision temporelle. L'investissement protégé est celui qui, au moment de sa réalisation, était légal, et donc exempt de corruption. De la même façon que des agissements illicites ultérieurs ne peuvent être envisagés qu'en tant que question de fond, une éventuelle prescription de l'action pénale ne rend pas l'investissement licite au moment de sa réalisation. Elle n'est donc pas opposable, pour cette seule raison, à l'Etat qui soulève l'exception d'illégalité au titre de ses objections à la compétence du tribunal.

12. Certains tribunaux arbitraux ont cru pouvoir lire dans les traités qui ne contiennent pas de condition de légalité de l'investissement, sinon une condition de compétence (27), du moins une condition de recevabilité de la demande (28), à l'idée

---

(24) V. *Vladislav Kim et autres c/ République d'Ouzbékistan*, aff. CIRDI n° ARB/13/6, Décision sur la compétence du 8 mars 2017 rendue par MM. D. Caron, Président, Y. Fortier et T. Landau, § 616.

(25) V. *Getma International et autres c/ République de Guinée*, aff. CIRDI ARB/11/29, Sentence du 16 août 2016 rendue par M<sup>me</sup> V. Van Houtte, Présidente, MM. B. Cremades et P. Tercier, § 312.

(26) V. *Metal-Tech c/ République d'Ouzbekistan*, aff. CIRDI n° ARB/10/3, Sentence du 4 octobre 2013 rendue par M<sup>me</sup> G. Kaufmann-Kohler, Présidente, et MM. J. Townsend et C. von Wobeser, § 389. V. aussi l'affaire *Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan*, *infra*, § 11.

(27) V. par ex. *Energoliance Ltd. c/ République de Moldavie*, Sentence du 23 octobre 2013 rendue en application du règlement de la CNUDCI par MM. D. Pellet, Président, M. Savransky, V. Kornelyevich Volchinsky (sentence uniquement disponible en langue russe), § 261 ; *SAUR International S.A. c/ République argentine*, aff. CIRDI n° ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012, § 308.

(28) V. par ex. *Plama c/ République de Bulgarie*, aff. CIRDI n° ARB/03/24, Sentence du 27 août 2008, rendue par MM. C. Salans, Président, A. van den Berg et V. Veeder, §§ 112, 146 et 325 ; *Malicorp c/ Egypte*, aff. CIRDI n° ARB/08/18,

que la protection du droit international ne saurait s'exercer au bénéfice d'auteurs d'agissements illicites, d'actes de corruption par exemple. L'affaire *Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan* fournit une illustration de cette démarche appliquée aux questions de corruption (29). Ce point de vue nous paraît erroné, les tribunaux arbitraux ne pouvant substituer leur préférence à celle des rédacteurs du traité lorsque ceux-ci ont fait le choix de ne subordonner la protection du traité à aucune condition de légalité.

L'existence d'une illégalité, dont la corruption, peut naturellement être prise en compte mais c'est alors au titre des questions de fond qu'elle doit être appréhendée, en tant que circonstance susceptible de justifier les agissements d'un Etat soucieux de mettre un terme à la corruption ou d'être prise en compte dans l'appréciation de la valeur de l'investissement en cas d'expropriation d'un actif initialement obtenu par voie de corruption par exemple (30).

---

Sentence du 7 février 2011 rendue par MM. P. Tercier, Président, L. Olavo Baptista et P.-Y. Tschanz, §§ 115-120. D'autres tribunaux arbitraux ne se sont pas prononcés sur la nature de l'objection : v. par ex. *Hulley Entreprises Limited (Cyprus) c/ Fédération de Russie*, aff. CPA n° AA226 ; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c/ Fédération de Russie*, aff. CPA n° AA227 ; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c/ Fédération de Russie*, aff. CPA n° AA228, Sentences du 18 juillet 2014 rendues par MM. Y. Fortier, Président, C. Poncet et S. Schwebel, §§ 1352-1353. Sur la distinction entre compétence et recevabilité dans le contexte de la protection des investissements internationaux, v. spéc. Y. Banifatemi et E. Jacomy, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, C. Leben (dir.), Pedone, 2015, pp. 773 et s.

(29) La sentence rendue le 27 décembre 2016 dans l'affaire CIRDI n° ARB/13/26 par MM. A. Reinisch, Président, S. Alexandrov et M<sup>me</sup> B. Stern n'a pas été publiée à ce jour. L'accord de protection des investissements conclu entre l'Ouzbékistan et les Pays-Bas ne prévoit pas de condition de légalité. Le tribunal arbitral a cependant refusé de connaître des demandes de la société Spentex après avoir constaté qu'elle avait acquis son investissement par des faits de corruption. La sentence estime que l'illégalité de l'investissement entraîne l'irrecevabilité de la demande, un arbitre considérant pour sa part que le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent : v. « In newly unearthed Uzbekistan ruling, exorbitant fees promised to consultants on eye of tender process are viewed by tribunal as evidence of corruption leading to dismissal of all claims under Dutch BIT », *Investment Arbitration Reporter*, 22 juillet 2017.

(30) La jurisprudence admet que toute allégation d'illégalité qui ne concerne pas la réalisation de l'investissement et qui n'est donc pas couverte par la condition d'illégalité prévue par l'accord ne saurait avoir d'incidence sur la compétence du tribunal ni sur la recevabilité des demandes et ne peut s'analyser qu'en question de fond : v. par ex. *Gustav F W Hamester et al c/ République du Ghana*, aff. CIRDI n° ARB/07/24, Sentence du 18 juin 2010 rendue par M<sup>me</sup> B. Stern, Président,

13. Source d'incompétence du tribunal arbitral dans certaines circonstances, la corruption est également susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil.

2°) *La corruption, source de responsabilité internationale de l'Etat d'accueil*

14. Lorsque l'action d'un Etat est appréciée au regard des standards de comportement d'un traité dont les conditions d'application sont satisfaites, le fait pour l'Etat de s'adonner à des pratiques de corruption est susceptible d'engager sa responsabilité internationale. Ainsi, l'Etat qui solliciterait des pots-de-vin pour accorder à un investisseur existant une nouvelle licence, un permis de construire ou un droit quelconque ne respecterait pas son obligation de réserver à l'investisseur un « traitement juste et équitable » au sens du traité. De même, un Etat favorisant les concurrents d'un investisseur qui sauraient le récompenser par des voies illicites violerait ce standard et l'exigence de fournir à l'investisseur un « cadre juridique stable et prévisible ». Même si ce type de contentieux peut soulever, suivant les circonstances, des questions d'imputabilité à l'Etat des agissements de certains de ses représentants, on voit bien comment la corruption peut être source de responsabilité internationale pour l'Etat d'accueil (31).

---

MM. B. Cremades et T. Landau, § 127 ; *MNSS B.V. et al c/ Montenegro*, aff. CIRDI n° ARB(AF)/12/8, Sentence du 4 mai 2016 rendue par MM. A. Rigo Sureda, Président, E. Gaillard et M<sup>me</sup> B. Stern, § 214 ; *Urbaser S.A. et al c/ République argentine*, aff. CIRDI n° ARB/07/26, Décision sur la compétence du 19 décembre 2012 rendue par MM. A. Bucher, Président, P. Martinez-Fraga et C. McLachlan, § 260 ; *Quiborax S.A. et al c/ Bolivie*, aff. CIRDI n° ARB/06/2, Sentence du 16 septembre 2015 rendue par M<sup>me</sup> G. Kaufmann-Kohler, Présidente, M. M. Lalonde et M<sup>me</sup> B. Stern, § 129.

(31) V. par ex. *EDF (Services Limited) c/ Roumanie*, aff. CIRDI n° ARB/05/13, Sentence du 8 octobre 2009 rendue par MM. P. Bernardini, Président, A. Rovine et Y. Derains, § 221 : « *The Tribunal shares the Claimant's view that a request for a bribe by a State agency is a violation of the fair and equitable treatment obligation owed to the Claimant pursuant to the BIT, as well as a violation of international public policy, and that "exercising a State's discretion on the basis of corruption is a [...] fundamental breach of transparency and legitimate expectations"* » ; *Liman Caspian Oil BV c/ République du Kazakhstan*, aff. CIRDI n° ARB/07/14, Sentence du 22 juin 2010 rendue par MM. K.-H. Böckstiegel, Président, K. Hobér et J. Crawford, § 422 ; *F-W Oil Interests c/ République de Trinité et Tobago*, aff. CIRDI n° ARB/01/14, Sentence du 3 mars 2006 rendue par MM. F. Nariman, Président, F. Berman et L. Mustill, § 212. Dans toutes ces affaires, après avoir posé le principe, les tribunaux arbitraux ont considéré que la sollicitation de pots-de-vin n'était pas établie. Certains tribunaux arbitraux ont estimé que pour constituer un manquement aux obligations nées du traité, la sollicitation de pots-de-vin devait

## B) Le contentieux de la corruption dans l'arbitrage commercial

15. Dans le droit commun de l'arbitrage, le contentieux de la corruption est susceptible de concerner aussi bien la convention par laquelle un intermédiaire se voit promettre une rémunération dépendant de l'obtention d'un contrat de fond (1°) que le contrat de fond dont on peut suspecter qu'il a été obtenu par corruption (2°).

### 1°) Les contrats assurant la rémunération d'intermédiaires pour l'obtention d'un marché

16. Si une périphrase est nécessaire pour désigner tous les contrats par lesquels un opérateur économique accepte de rémunérer un intermédiaire pour l'obtention de certains marchés, c'est que ces contrats peuvent prendre des formes diverses et évoluent rapidement. Simples lettres de confort, contrats d'agents (32), plus récemment contrats d'entreprise commune ou de partenariat, tous ont pour point commun de faire dépendre l'essentiel de la rémunération de l'intermédiaire de l'obtention de certains contrats de fond. C'est l'obtention du marché convoité qui cause la rémunération et non la fourniture de services déterminés. Alors qu'ils étaient très dépouillés dans les années qui ont précédé l'adoption de la Convention OCDE (33), ces

---

avoir un lien avec l'investissement. V. par ex. *H&H Enterprises Investments c/ République arabe d'Egypte*, aff. CIRDI n° ARB/09/15, Sentence du 6 mai 2014 rendue par MM. B. Cremades, Président, V. Heiskanen et H. Gharavi, §§ 392-395. Sur la responsabilité internationale de l'Etat pour des faits de corruption, v. également A. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2015, pp. 238 et s. ; A. Llamzon et A. Sinclair, « Investor Wrongdoing in Investment Arbitration : Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct », in *Legitimacy : Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series Vol. 18, Kluwer, 2015, pp. 451 et s.

(32) Le temps n'est pas très loin où toutes les grandes entreprises opérant à l'étranger possédaient une flotte d'« agents » dont l'activité était coordonnée par une cellule spécialisée au sein de la société.

(33) V. par ex. l'un des engagements ayant donné lieu à l'affaire CCI n° 1110 : « *We confirm that on the placing of an order with us and after the confirmation that the corresponding irrevocable credit has been opened in our favour and when the payment of the first installment has been made in accordance with the terms and conditions of payment for the said order and subject to and when the necessary consent from the British Foreign Exchange Control has been obtained, we will place at your entire disposal five per cent of the total F.O.B. sterling value of the said order, in pounds sterling, without charge or obligation on your part* » (v. la sentence rendue en 1963 dans l'affaire CCI n° 1110, *Arbitration International*, 1994.282). Sur le fait que, dans cette affaire, l'arbitre a soulevé d'office la question de la corruption, v. *infra*, § 17.

contrats sont aujourd'hui bardés de clauses vertueuses indiquant notamment que toute législation susceptible de s'appliquer sera scrupuleusement respectée et qu'aucune des sommes reçues ne sera utilisée pour corrompre qui que ce soit. Ils contiennent souvent également une longue liste de prestations à la charge de l'intermédiaire (études diverses, conseils en tout genre) qui sont censées donner à la rémunération une cause légitime (34). Une de leurs caractéristiques essentielles est pourtant que c'est l'obtention du marché, et non la fourniture des services énumérés, qui déclenche le droit au paiement. Les plus sophistiqués d'entre eux se présentent sous la forme d'entreprises communes dans lesquelles l'intermédiaire procède lui-même à un investissement, mais la concrétisation de cet investissement n'est souvent pas exigée en pratique ou se trouve financée non par l'intermédiaire, mais par l'entreprise qui recourt à ses services.

En cas de contentieux sur leur légitimité, qui dépendra largement des circonstances, ce sera donc moins sur le texte de ces conventions que devra porter l'analyse que sur leur structure économique et la réalité de leur mise en œuvre.

La crainte est en effet que les montants promis ne servent à corrompre les personnes susceptibles d'influencer la prise de décision d'octroi du marché, spécialement dans le contexte de commandes publiques. Il n'arrive jamais en effet qu'un décideur corrompu approche directement un soumissionnaire potentiel, cette tâche étant toujours dévolue à des intermédiaires dont le savoir-faire consiste à interposer toutes sortes de sociétés-écran, de préférence dans des paradis fiscaux ou des Etats qui ne coopèrent pas avec la justice pénale d'autres Etats, entre le payeur et le ou les bénéficiaires ultimes des commissions.

17. La jurisprudence arbitrale rendue sur ces contrats d'une nature très particulière est relativement abondante, ces contrats contenant fréquemment des clauses compromissaires et les intermédiaires n'hésitant pas à faire valoir leurs droits en cas d'interruption des paiements promis. Elle est porteuse de deux enseignements.

---

(34) La constatation faite par la sentence rendue en 1998 dans l'affaire CCI n° 8891 que « *l'objet illicite est généralement dissimulé derrière des dispositions contractuelles d'apparence anodine* » (JDI, 2000.1076, spéc. p. 1079) n'a jamais été aussi vraie qu'aujourd'hui.

18. Le premier, sur lequel une parfaite unanimité existe aujourd'hui, tant dans la jurisprudence étatique (35) que dans la jurisprudence arbitrale (36), est que l'arbitre qui constate que le contrat couvre une activité de corruption ne doit pas en déduire la non-arbitrabilité de la matière et sa propre incompétence, mais retenir sa compétence et constater la nullité ou la non-efficacité de la convention pour contrariété à l'ordre public international.

La décision en sens contraire rendue par le juge Lagergren dans l'affaire CCI n° 1110 de 1963 avait été sévèrement critiquée sur ce point (37). Sa publication tardive en 1994 avait donné l'occasion à Gillis Wetter de montrer que la sentence présentait la particularité d'être fondée sur un compromis d'arbitrage conclu par des parties désireuses de régler la question des commissions éventuellement dues (38) et que l'arbitre unique avait eu le mérite de soulever d'office la question de corruption (39). Celui-ci avait constaté, bien avant la Convention OCDE, la contrariété de cette pratique à l'ordre public réellement international, fondé sur le consensus des « nations civilisées ». Ces mérites de la sentence doivent en effet être salués mais ils n'enlèvent rien au fait que la conséquence de la contrariété à l'ordre public international de l'accord doit être trouvée dans sa nullité ou son inefficacité (40), et non dans l'incompétence du tribunal pour en connaître, compte

---

(35) V. par ex. Tribunal Fédéral suisse, 2 septembre 1993, *Affaire Westinghouse*, Arrêts TF, 119 II, pp. 380 et s., spéc. p. 385.

(36) V. par ex. la sentence rendue par R. Loewe en 1982 dans l'affaire CCI n° 3916, *JDI*, 1984.930, obs. S. Jarvin ; la seconde sentence provisoire rendue dans l'affaire CCI n° 4145, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1987.97 ; la sentence du 19 août 1988 rendue dans l'affaire CCI n° 5622, *Rev. arb.*, 1993.327, § 169 ; la sentence rendue en 1990 dans l'affaire CCI n° 5943, *JDI*, 1996.1014, note D. Hascher. La sentence rendue par MM. C. Reymond, Président, R. von Mehren et S. Lazareff, le 19 décembre 1991 dans l'affaire CCI n° 6401, *Westinghouse (Mealey's International Arbitration Report*, 1992, pp. B I et s.) ne se prononce en revanche pas sur ce point.

(37) V. spéc. A. El Kosheri et Ph. Leboulanger, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. arb.*, 1984.3.

(38) Il s'agissait en l'espèce de commissions destinées à corrompre le Gouvernement Perón en Argentine avant le coup d'Etat de 1955.

(39) G. Wetter, « Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals : The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110 », *Arbitration International*, 1994.277. Dans le sens de l'approbation, v. aussi I. Fadlallah, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, Recueil des Cours-Académie de droit international de La Haye, 249, Brill, 1994, § 42, qui y voit une irrecevabilité de fond.

(40) V. *infra*, § 30.

tenu des principes d'autonomie de la convention d'arbitrage et de compétence-compétence (41).

19. Le deuxième enseignement de la jurisprudence arbitrale relative aux contrats d'intermédiaires tient au fait que les arbitres n'ont aucune difficulté à fonder leur constatation de l'illicéité de l'objet du contrat sur la technique du faisceau d'indices dont l'accumulation permet de déduire l'objet réel du contrat. Au rang de ces indices figurent le fait que le marché ait été octroyé sans appel d'offres, spécialement si une telle procédure est requise par la réglementation locale ou les procédures de passation des marchés de l'entreprise ou de l'Etat concerné (42), le mode de rémunération de l'intermédiaire (notamment la rémunération par commissions), le montant des commissions, l'absence de justification de diligences sérieuses susceptibles d'en constituer la contrepartie, l'absence d'expérience ou de qualification de l'intermédiaire, le refus d'une partie de divulguer ses bénéficiaires ultimes ou de produire des documents (notamment de la documentation bancaire) sans justification crédible, les circonstances dans lesquelles les commissions ont été payées (par exemple l'utilisation de comptes bancaires à l'étranger) ou les circonstances dans lesquelles le contrat a été exécuté (par exemple l'absence, lors de l'exécution du contrat, de toute participation des dirigeants de la société intermédiaire dans l'exécution du contrat) ou encore le caractère secret de l'intervention de l'intermédiaire. Des considérations d'ordre plus général, comme l'environnement notoirement corrompu du pays dans lequel le contrat est obtenu (43), celui du pays ou du secteur d'industrie concerné du côté du bénéficiaire du marché (44), présentent également une certaine pertinence mais ne sont naturellement

---

(41) Sur la question, v. par ex. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, §§ 410-411 ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2013, §§ 74-82 ; J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, §§ 200-220.

(42) Sur la qualification de cette circonstance comme indice d'une corruption éventuelle, v. aussi Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442, *République démocratique du Congo c/ société Customs and Tax Consultancy LLC*.

(43) Généralement étayé par une référence aux études de *Transparency International* ou d'autres organisations possédant en la matière une crédibilité suffisante.

(44) Un classement des corrupteurs est également publié chaque année : v. « *Bribe Payers Index* », *Transparency International*, première édition de 1999 et dernière mise à jour de 2011, disponible sur internet.



pas décisifs à eux seuls (45). La méthode du faisceau d'indices a permis aux arbitres de conclure à l'illicéité de l'activité en cause dans les affaires CCI n° 3916, n° 6497 (46), n° 8891, n° 13515 et n° 13914 (47), tandis que, tout en l'utilisant, dans les affaires CCI n° 7047, n° 9333, n° 12472, n° 13384 et n° 16090, les arbitres ont conclu au contraire que le grief de corruption n'était pas établi (48).

## 2°) *Les contrats suspectés d'avoir été obtenus par corruption*

20. La jurisprudence arbitrale relative aux contrats suspectés d'avoir été obtenus par corruption est beaucoup plus rare et l'on ne peut, à ce jour, faire état d'aucun exemple clair dans lequel des arbitres annulent un contrat ou en réduisent le prix après avoir constaté qu'il est entaché de corruption, qu'il s'agisse de versement de pots-de-vin (corruption *stricto sensu*) ou qu'il ait

---

(45) V. la référence à des indices secondaires de ce type dans la sentence rendue par R. Loewe en 1982 dans l'affaire CCI n° 3916, *JDI*, 1984.930, obs. S. Jarvin ; la sentence rendue en avril 2006 dans l'affaire CCI n° 13515, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 66 et s. ; la sentence rendue en mars 2008 dans l'affaire CCI n° 13914, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 77 et s. ; la sentence rendue en octobre 2008 dans l'affaire CCI n° 14878, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », *Supplément spécial du Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 92 et s.

(46) Dans cette affaire, le tribunal arbitral a déclaré la nullité de l'accord nommé « Product Agreement Q » après avoir conclu, à l'aide d'un faisceau d'indices, que son objet caché était de canaliser des paiements de pots-de-vin. Le tribunal arbitral a cependant jugé que le grief de corruption n'était pas établi pour tous les autres contrats litigieux.

(47) V. la sentence rendue par R. Loewe en 1982 dans l'affaire CCI n° 3916, *JDI*, 1984.930, obs. S. Jarvin ; la sentence rendue en 1994 dans l'affaire CCI n° 6497, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1999.71 ; la sentence rendue en 1998 dans l'affaire CCI n° 8891, *JDI*, 2000.1076, note D. Hascher ; la sentence rendue en avril 2006 dans l'affaire CCI n° 13515, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 66 et s. ; la sentence finale rendue en mars 2008 dans l'affaire CCI n° 13914, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 77 et s.

(48) V. la sentence rendue en 1994 dans l'affaire CCI n° 7047, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1996.79 ; la sentence rendue en 1998 dans l'affaire CCI n° 9333, *JDI*, 2002.1093, obs. S. Jarvin ; la sentence finale rendue en août 2004 dans l'affaire CCI n° 12472, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 46 et s. ; la sentence finale rendue en décembre 2005 dans l'affaire CCI n° 13384, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 62 et s. ; la sentence finale rendue en février 2011 dans l'affaire CCI n° 16090, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2016, n° 1, pp. 147 et s.

été obtenu à la suite d'un trafic d'influence. C'est vraisemblablement dans ce domaine que la jurisprudence est la plus susceptible d'évoluer. Encore faut-il distinguer les situations relevant du droit commun des contrats (a) et celles des contrats dans lesquels figure une clause prohibant le recours à des intermédiaires (b).

#### a) Droit commun des contrats

21. C'est à la *lex contractus*, corrigée le cas échéant par les exigences de l'ordre public réellement international, qu'il appartient de dire si et à quelles conditions le versement de pots-de-vin ou l'existence d'un trafic d'influence est susceptible d'affecter la validité ou le caractère exécutoire (49) du contrat à propos duquel cette activité illicite s'est déployée.

22. La seule affaire connue dans laquelle un contrat de fond entaché de corruption a été annulé par un tribunal arbitral est celle qui a donné lieu à la sentence de décembre 2005 dans l'affaire n° 12990 (50). Elle n'est hélas publiée qu'en extraits, ce qui rend sa compréhension difficile et affecte sa valeur de précédent. Le litige concernait un ensemble complexe de contrats interdépendants, amendements et protocoles conclus entre les parties à l'arbitrage et des sociétés tierces dont le but déclaré était l'acquisition de pétrole et l'assistance à un Etat africain dans la réalisation d'un « Programme d'ajustement structurel ». La partie demanderesse soutenait qu'en vertu de ces contrats, elle s'était engagée à payer 15 millions de dollars US et à fournir des services à l'Etat africain en échange de 5 millions de barils de pétrole qu'elle n'avait pas reçus en totalité. Une guerre civile étant intervenue dans le pays, l'Etat a soutenu que l'ensemble des contrats conclus par le Gouvernement précédent et soumis

---

(49) Le droit anglais privilégiera la notion d'« *unenforceability* ».

(50) V. la sentence finale rendue en décembre 2005 dans l'affaire CCI n° 12990, *JDI*, 2010.1406, note F. Mantilla Serrano ; également publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013 : « *il est généralement reconnu en droit français [...] que les pactes de corruption [ou les contrats conclus en raison de pratiques de corruption] sont illicites* ». V. également en ce sens *World Duty Free Company Limited c/ République du Kenya*, aff. CIRDI n° ARB/00/7, Sentence rendue le 4 octobre 2006 par MM. G. Guillaume, Président, A. Rogers et V.V. Veeder, § 157 : « *In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal* ».

au droit français était entaché de corruption et a demandé au tribunal arbitral d'ordonner la restitution réciproque des prestations exécutées. Le tribunal arbitral a estimé l'allégation de corruption fondée et conclu que le contrat liant les parties « *ne pouvait être exécuté pour cause d'illicéité et de contrariété aux bonnes mœurs* ». L'intérêt de la décision tient au fait que le tribunal, qui était, il est vrai, confronté à des faits particulièrement suspects, accepte de ne pas prendre au pied de la lettre les termes du contrat qu'il juge susceptibles d'« *occulte[r] en réalité une autre cause, à savoir la corruption* » et de considérer que l'exigence de preuve est « *réduite* » et qu'elle « *peut se limiter à une présomption reposant sur des indices* ». La sentence rejette en revanche la demande de restitution de l'Etat au motif que même si « *un Etat ne peut en lui-même être corrompu* » seuls ses dirigeants pouvant l'être, « *un Etat où la corruption est endémique ne peut s'abriter derrière sa propre conduite qui l'aurait amené à participer à un montage entaché de corruption pour ensuite formuler une demande de remboursement de l'indu. Il en résulte que dans la mesure où [l'Etat] aurait dû se rendre compte du fait que la cause du Protocole était illicite, sa demande de restitution n'est pas fondée* » (51). C'est, en droit français, une application, somme toute banale, du principe *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (52).

23. L'affaire *Indagro* a en revanche été une occasion manquée par un tribunal arbitral (53) de constater la nullité d'un contrat de fond. Un contrat de vente d'urée en provenance de Russie et à destination de deux Etats africains a été conclu entre la société suisse Indagro, venderesse, et la société française Bauche. S'estimant créancière de surestaries correspondant au retard du déchargement du navire transportant la marchandise, Indagro a saisi un tribunal arbitral en application du règlement de la *London Maritime Arbitration Association* que visait le contrat. L'acheteur, Bauche, a fait valoir que la vente avait été conclue à des conditions déséquilibrées du fait de la corruption par Indagro de son responsable des achats et qu'elle était en conséquence nulle ou inapplicable. L'arbitre a subordonné le sursis à statuer dans

---

(51) V. la sentence finale rendue en décembre 2005 dans l'affaire CCI n° 12990, *JDI*, 2010.1406, note F. Mantilla Serrano.

(52) Sur la question, v. *infra*, § 30.

(53) Composé d'un arbitre unique, M. Anthony Hallgarten QC, statuant à Londres en application du règlement de la *London Maritime Arbitration Association*.

l'attente de la décision du juge pénal français saisi de la question (54) à la mise en place d'une garantie d'un montant de près d'1,4 million de dollars US, jugée suffisante en raison de l'accord des parties sur le fait qu'en l'absence de corruption, les surestaries correspondraient à un million de dollars US. La garantie a été mise en place dans un premier temps mais n'a pas été renouvelée. Le tribunal a ordonné la mise en place d'une nouvelle garantie, faute de quoi les défenses et demandes reconventionnelles relatives à la corruption auraient été écartées. Tout en réservant ses droits, Bauche, qui s'était placée en liquidation amiable, n'a pas fourni la garantie requise. Pour cette seule raison, et sans examiner au fond les allégations de corruption, l'arbitre unique a condamné, comme il l'avait indiqué à défaut de garantie, Bauche à un million de dollars US en principal, aux intérêts et aux frais de la procédure et l'a débouté de sa demande reconventionnelle par une sentence du 6 mai 2015 (55). La décision est malheureuse, la logique procédurale du « *security for claim* » ne pouvant faire obstacle aux exigences de l'ordre public de fond qui incluent la lutte contre la corruption. C'est donc à juste titre que, par arrêt du 27 septembre 2016, la Cour d'appel de Paris, infirmant l'ordonnance d'exequatur, a rejeté la demande d'exequatur de la sentence. La Cour a observé, par un attendu de principe conforme à sa jurisprudence (56), que « *lorsqu'il est prétendu qu'une sentence rendue à l'étranger donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient à la cour, saisie [...] de l'appel de l'ordonnance d'exequatur, de rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international ; qu'elle n'est liée, dans cet examen, ni par les*

---

(54) Cette procédure aboutira, après la sentence, à un jugement du Tribunal correctionnel de Paris du 12 mai 2016 constatant la corruption par Indagro du personnel de Bauche à qui avait été promis une commission de deux dollars par tonne d'engrais vendue par Indagro à Bauche.

(55) Sentence du 6 mai 2015, non publiée.

(56) V. par ex. Paris, 30 septembre 1993, *Société European Gas Turbines SA c/ société Westman International Ltd*, *Rev. arb.*, 1994.359, obs. D. Bureau ; Paris, 14 octobre 2014, n° 13/03410, *République du Congo c/ société Commissions import export*, *Rev. arb.*, 2014.103 ; *D.*, 2014.2541, obs. Th. Clay ; Paris, 4 novembre 2014, n° 13/10256, *Société Man Diesel & Turbo France c/ société Al Maimana General Trading Company Ltd.*, *Rev. arb.*, 2014.1037 ; *D.*, 2014.2541, obs. Th. Clay ; *D.*, 2015.2031, obs. S. Bollée ; *Rev. arb.*, 2015.543, note A. de Fontmichel.

*appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties* » (57).

Par arrêt du 13 septembre 2017, la Cour de cassation a maintenu la décision au motif qu'en constatant que « *la reconnaissance de la sentence permettrait à la société Indagro de retirer les bénéfices du pacte corruptif* », la Cour d'appel a retenu que « *ce pacte délictueux était à l'origine de la condamnation prononcée par l'arbitre* » et légalement justifié sa décision de ne pas reconnaître en France une sentence violant la conception française de l'ordre public international. Sur l'incidence du refus de la victime de la corruption de mettre en place une garantie bancaire à titre de « *security for claim* », la Cour de cassation a estimé que « *l'étendue du contrôle [de la Cour d'appel] quant au respect de l'ordre public de fond ne pouvait être conditionnée par l'attitude d'une partie devant l'arbitre* » (58). Cette décision mérite d'être saluée, le critère de l'accueil d'une sentence dans l'ordre juridique français ne pouvant être autre, en matière de corruption, que la répugnance à admettre qu'une partie puisse, par l'exécution d'une sentence arbitrale, retirer le bénéfice d'un pacte corruptif.

#### **b) Contrats dans lesquels figure une clause prohibant le recours à des intermédiaires**

24. La clause anti-corruption la plus efficace dans les contrats de fond n'est pas celle qui proclame que le contrat n'a donné et ne donnera lieu à aucun acte de corruption, ce qui ne modifie guère les droits des parties, mais celle qui spécifie que le contrat en question ne s'est accompagné et ne s'accompagnera de l'utilisation d'aucun intermédiaire et n'a donné et ne donnera lieu au paiement d'aucune commission. Cette clause, connue sous le nom de « *no agent-no commission* », est souvent insérée — ou devrait l'être — dans les marchés publics d'un certain nombre d'Etats ou de sociétés nationales. Son principal avantage est d'éviter le débat, si l'existence d'un intermédiaire ou de commissions vient à être découverte, sur le caractère licite ou illicite de cette intervention. Disparaît alors toute la discussion sur la compétence de l'intermédiaire, la réalité de ses prestations et les indices susceptibles de laisser penser que les commissions pourraient dissimuler le paiement de pots-de-vin à des décideurs.

---

(57) Paris, 27 septembre 2016, n° 15/12614, *SA Ancienne Maison Marcel Bauche c/ société Indagro*, v. *infra*, *Rev. arb.*, 2017.942.

(58) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2017, *Bull. civ. I*, n° 951, *Rev. arb.*, 2017.900.

La clause déplace le débat en modifiant l'objet de la preuve. Pour l'emporter, la partie demanderesse peut se contenter de prouver l'existence de l'intermédiaire ou des commissions. La nature de la demande est également modifiée. La délicate question de la validité ou, selon les droits, de l'efficacité du contrat de fond pour contrariété au droit applicable ou à l'ordre public international devient une banale question de respect d'un engagement contractuel. A tous égards, la présence de clauses de ce type simplifie grandement la tâche des arbitres. Cela est encore plus vrai, comme c'est le cas lorsque ces dispositions sont bien rédigées, lorsqu'elles prévoient la sanction de leur violation. Elles précisent généralement que, sans préjudice de toute autre conséquence au titre du droit commun des contrats ou du droit applicable (59), la partie qui méconnaît la clause est tenue de verser à son co-contractant le montant des commissions payées ou promises. En d'autres termes, à les supposer licites, les commissions sont prises sur la marge de celui qui les verse et ne viennent pas gonfler le prix du contrat. Un débat pourrait s'engager, selon le droit applicable, sur la qualification de clause pénale de ces dispositions mais la raison d'être économique de ces dispositions qui consistent à mettre un type de frais, jugé inutile par les co-contractants, à la charge de l'une des parties, ne laisse que peu d'espoir de l'emporter à la partie qui a méconnu son engagement de ne pas recourir à des intermédiaires ou de ne pas verser des commissions en relation avec un marché donné.

L'affaire dite des *frégates de Taïwan* fournit une illustration de ce type de clauses. Le contrat prévoyait en effet que le vendeur s'engageait à ce qu'aucune commission ne soit versée par quelque intermédiaire que ce soit pour la conclusion du contrat. Dans l'hypothèse où de telles commissions seraient versées, l'acquéreur pouvait, à son choix, les déduire du prix ou résilier le contrat (60).

---

(59) En l'absence d'une telle réserve, les arbitres, toujours tenus par les exigences de l'ordre public international, pourraient néanmoins se prononcer sur les conséquences, plus radicales, d'une corruption avérée.

(60) V. l'article 18 du contrat de vente, retranscrit dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 juin 2011 :

« 18.1 Le Prestataire n'accordera ou n'attribuera aucune libéralité, aucun cadeau ou paiement personnel, que ce soit directement ou indirectement, à un quelconque dirigeant ou à un quelconque membre du personnel de l'Acheteur.

18.2 Le prestataire déclare et garantit n'avoir employé ou engagé, outre ses propres salariés, aucune société ou personne en vue de chercher à obtenir le Contrat ou d'en conforter l'attribution, et n'avoir engagé aucun intermédiaire, représentant ou toute autre personne ayant reçu ou devant recevoir une commission, un pourcentage, des rémunérations de courtage ou des honoraires de résultat en relation

Une sentence constatant la méconnaissance de cette clause a été rendue le 29 avril 2010 (61) et, par arrêt en date du 9 juin 2011, la Cour d'appel de Paris a rejeté la demande d'annulation formée à son encontre (62).

## II. – LES QUESTIONS DE MÉTHODE SOULEVÉES PAR LES DIFFÉRENDS METTANT EN CAUSE DES ALLÉGATIONS DE CORRUPTION

25. Les allégations de corruption portées devant les arbitres — comme du reste celles que les arbitres sont susceptibles de soulever d'office — mettent à l'épreuve aussi bien les méthodes du droit international privé (A) que celles du droit de la preuve (B).

### A) Les méthodes du droit international privé

26. Deux des questions de droit international privé parmi les plus délicates qui puissent se poser devant les arbitres sont sollicitées par les questions de corruption : celle des lois de police et celle de la formation des règles transnationales et spécialement de l'ordre public transnational.

#### 1°) Les lois de police

27. Dans le souci de décourager la corruption et d'alléger le fardeau probatoire comme le font les clauses des marchés qui

---

*avec le contrat. Au cas où une personne autre que les salariés du Prestataire recevrait de ce dernier une quelconque rémunération de quelque nature que ce soit en relation avec le Contrat, le Prestataire devra communiquer à l'Acheteur l'identité de cette personne ainsi que les modalités et l'assiette de ce paiement.*

*18.3 En cas d'inexécution par le Prestataire des stipulations précédentes concernant le paiement de commission, pourcentage, de rémunération de courtage ou honoraires de résultat, l'Acheteur sera habilité à : (i) soit résilier le Contrat pour manquement du Prestataire, ou (ii) soit déduire du Prix contractuel une somme égale au montant de la commission, du pourcentage, de la rémunération de courtage, des honoraires de résultats ou de toutes autres rémunérations payées par le Prestataire ».*

(61) Par un tribunal arbitral composé de MM. A. Giardina, Président, A. van den Berg et L. Lévy.

(62) V. Paris, 9 juin 2011, n° 10/11853. L'intérêt de la décision tient à son traitement de la question du secret défense sur laquelle la discussion s'était déplacée.

prohibent les intermédiaires et les commissions (63), certains Etats ont adopté à ce sujet des lois de police. Celles-ci traduisent, on le sait (64), une volonté forte de s'appliquer mais ne correspondent pas à une règle suffisamment largement reconnue pour justifier de la qualification d'ordre public transnational. Cela a été le cas par exemple de l'Algérie qui, entre 1978 et 1991, a adopté une loi bannissant purement et simplement l'usage des intermédiaires dans certains marchés publics (65). Des textes similaires ont été mis en place par d'autres pays de la région, tels que la Syrie, la Libye ou l'Arabie Saoudite pour les contrats d'armements (66). Dans les années 80, l'Inde a également interdit le recours à des agents dans les marchés d'armement (67). Les arbitres doivent incontestablement appliquer de telles dispositions lorsqu'elles appartiennent à la *lex contractus*. Ainsi un contrat de marché public soumis au droit algérien et obtenu par l'entremise d'agents, et *a fortiori* un contrat d'agent, aurait été illégal en droit algérien à l'époque. La question délicate est celle de l'application de lois de police autres que celles de la *lex contractus*. Les contrats d'agent ne seront en effet généralement pas soumis par les parties à une loi qui les invalide automatiquement. La question n'est donc nullement théorique.

28. Une partie de la doctrine soutient qu'il appartiendrait aux arbitres de faire prévaloir les lois de police du siège et celles du lieu d'exécution de la prestation prévue par le contrat sur la

---

(63) V. *supra*, § 23.

(64) Sur l'ensemble de la question, v. par ex. P. Mayer, « Les lois de police », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, hors-série, 1988, Journée du Cinquenaire, pp. 105 et s. ; Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.

(65) V. loi n° 78-02 du 11 février 1978 relative au monopole de l'Etat sur le commerce extérieur, *Journal officiel de la République algérienne*, 14 février 1978, pp. 114-115, spéc. article 9. Pour un commentaire, v. A. Mebroukine, « Le choix de la Suisse comme siège de l'arbitrage dans les clauses d'arbitrage conclues entre entreprises algériennes et entreprises étrangères », *Bull. ASA*, 1994.4.

(66) V. par ex. pour la Syrie, l'article 2 du Décret législatif n° 51 du 30 septembre 1979 interdisant l'intermédiation dans les marchés publics ; pour la Libye, v. la loi n° 6 de 1985 ; pour l'Arabie Saoudite, v. la résolution du Conseil des Ministres n° 1275 du 12.09.1395 Hjj. Sur l'ensemble de la question, v. A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer, 2004, pp. 191-197 ; « Business Ethics and Anti-Bribery Policies in Selected Middle East and North African Countries », MENA-OECD Investment Programme, 2006, pp. 11-12.

(67) V. « Typologie du rôle des intermédiaires dans les transactions commerciales internationales », OCDE, Rapport final, 4 novembre 2009, p. 26.



*lex contractus* (68). Cette suggestion consiste à demander aux arbitres de faire application des dispositions telles que celles de l'article 9 (3) du Règlement Rome I applicable aux juges de l'Union Européenne (69) ou de l'article 19 (1) de la Loi suisse de droit international privé (LDIP) qui permettent, l'un et l'autre, au juge de tenir compte, dans certaines circonstances, de lois de police autres que celle de la *lex contractus*. Le débat n'a en réalité d'intérêt que lorsque les parties au contrat concerné ont expressément choisi la loi applicable car, dans le cas contraire, les arbitres ont une marge de manœuvre suffisante pour déclarer applicable la loi qui contient une disposition à impérativité renforcée s'ils l'estiment justifié (70). La thèse consiste à suggérer aux arbitres, spécialement lorsqu'ils siègent dans un Etat dont la loi permet au juge local de faire prévaloir une loi de police sur la loi choisie par les parties, d'en faire de même « par analogie » (71). Le raisonnement ne paraît pas fondé. Il existe en effet, dans les Etats qui donnent cette faculté aux juges étatiques, des dispositions spéciales régissant la question de la loi applicable au contrat lorsque les parties ont fait un choix et ces dispositions, plus spéciales, l'emportent sur celles qui régissent l'office du juge étatique du siège. En France, par exemple, l'arbitre est invité par l'article 1511 du Code de procédure civile à faire application des « règles de droit que les parties ont choisies » et non du Règlement Rome I. L'arbitre siégeant en Suisse doit, de la même manière, respecter la loi choisie par les parties, aux termes de l'article 187 de la LDIP, l'article 19 (1) de la même loi, qui s'adresse au juge, ne lui étant pas applicable (72).

---

(68) V. par ex. A. Crivellaro, « Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence », in *Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud*, Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2003, pp. 109 et s., spéc. p. 118.

(69) Article 9(3) du Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008.

(70) V. par ex. en droit français de l'arbitrage, l'article 1511 du Code de procédure civile.

(71) En ce sens, v. par ex. F. Knoepfler, « L'article 19 LDIP est-il applicable à l'arbitrage international ? », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 531-541 ; G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *Arbitrage international. Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2<sup>nd</sup>e édition, Weblaw, 2010, §§ 661-666. *Contra*, v. A. Bucher (éd.), *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*, Commentaire Romand, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 1643.

(72) V. en ce sens, l'arrêt du Tribunal Fédéral Suisse du 30 décembre 1994, *Bull. ASA*, 1995.217. V. également D. Girsberger et N. Voser, *International Arbitration : Comparative and Swiss Perspectives*, Kluwer, 2016, § 1382.

29. On constate, avec le recul du temps, l'erreur commise par l'arbitre unique (73) qui a statué pour la première fois dans l'affaire *Hilmarton*. L'arbitre avait toutes les raisons possibles de déclarer les commissions litigieuses contraires à l'ordre public international. Il a constaté lui-même « *le montant très élevé* » des commissions, le fait que « *l'activité de [l'intermédiaire] se rapprochait essentiellement de celle d'un service de renseignements commerciaux plus ou moins confidentiels et discrets, doublé d'une activité consistant à exercer une influence auprès des autorités algériennes* », l'existence d'échanges de correspondances faisant état de « *versements "qui auraient été faits directement [...] à des représentants locaux"* » et la déclaration d'un témoin selon laquelle « *on s'occupait* » des fonctionnaires algériens lorsqu'ils se rendaient en France (74). La prohibition des intermédiaires au lieu d'exécution elle-même aurait pu être comptée au rang des « *red flags* » rendant la transaction suspecte. L'arbitre a hésité cependant à en conclure la contrariété du contrat d'agent à l'ordre public international en raison de la corruption qu'il dissimule et s'est rabattu sur la violation de la loi de police algérienne prohibant, à l'époque, le recours à des intermédiaires. Mal lui en a pris. C'est en effet la raison pour laquelle sa décision a été annulée par la Cour de Justice du canton de Genève, dont la décision a été maintenue par le Tribunal Fédéral (75), au motif que « *s'il est vrai que les parties ont indéniablement voulu violer la loi algérienne 78-02 puisqu'il était entendu entre elles que Hilmarton aurait une activité d'intermédiaire prohibée par le droit algérien, cette violation ne saurait en aucun cas constituer une violation des bonnes mœurs selon le droit suisse, seul applicable à la présente espèce* » (76). Il y a fort à parier que s'il était allé au bout de sa démarche et avait fondé sa décision sur la violation de l'ordre public, la sentence aurait survécu à l'examen des tribunaux suisses (77). C'est donc bien cette démarche qui nous paraît devoir être suivie. Juge de droit commun dans l'ordre international, l'arbitre doit faire respecter, au besoin en les faisant prévaloir sur la loi choisie par les parties, les valeurs fortes

---

(73) M. Dagon.

(74) V. Sentence du 19 août 1988, affaire CCI n° 5622, *Rev. arb.*, 1993.327.

(75) V. Tribunal fédéral suisse, 17 avril 1990, *Société OTV c/ société Hilmarton*, *Rev. arb.*, 1993.342.

(76) V. Cour de Justice du canton de Genève, 17 novembre 1989, *Société Hilmarton c/ société OTV*, *Rev. arb.*, 1993.342.

(77) Le second arbitre, M. Jolidon, saisi après annulation, a simplement validé le contrat litigieux.

généralement partagées par la communauté internationale. Au premier rang de celles-ci figure la condamnation de la corruption (78). En revanche, l'arbitre prend un risque en déclarant applicable contre la *lex contractus* des règles qui ne correspondent qu'à la volonté isolée d'un législateur donné (79).

30. La solution est différente lorsque le droit anglais est applicable au fond du litige. Le droit anglais admet en effet qu'une illégalité au lieu d'exécution puisse être une cause d'inefficacité du contrat (80). Mieux, il conçoit cette solution non comme l'application de lois de police étrangères, mais comme une solution de fond du droit anglais (81). De ce fait, l'arbitre confronté à une situation dans laquelle les parties auront choisi le droit anglais pour régir leur relation pourra, sans crainte de se voir reprocher de s'affranchir de la *lex contractus*, donner effet à une loi prohibant le recours aux intermédiaires au titre de l'illégalité au lieu d'exécution.

Lorsque le droit applicable au contrat n'est pas le droit anglais ou un droit inspiré du droit anglais qui retient la même solution, les arbitres ne pourront faire l'économie de rechercher si le contrat litigieux contrevient aux exigences de l'ordre public international tel que reflété par le consensus de la communauté des nations (82).

## 2°) La formation des règles transnationales

31. La deuxième question délicate de droit international privé que soulève la corruption concerne la formation des règles transnationales, y compris de l'ordre public réellement international. Le fait que de nombreux textes aient été adoptés, dans l'ordre international, renforce l'autorité de ces règles mais soulève une délicate question de méthode. En cas de divergences entre ces sources, comment la règle transnationale devra-t-elle être dégagée ? On ne perçoit en réalité aucune divergence entre les textes adoptés au plan international, ni sur le principe de la

---

(78) V. *supra*, § 3.

(79) Sur l'ensemble de la question, v. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Brill Nijhoff, 2008, §§ 115-122.

(80) V. *Regazzoni v. K. C. Sethia* (1944) Ltd [1958] AC 301 ; *Toprak Mahsulerrri Ofisi v. Finagrain Cie Commerciale Agricole et Financière SA* [1979] 2 Lloyd's Rep. 98 ; *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co* [1989] Q.B. 729.

(81) V. spéc. Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15<sup>e</sup> éd., Sweet & Maxwell, 2012, §§ 32-097-32-103.

(82) V. *supra*, § 2.

condamnation de la corruption au sens large, ni sur le fait que la corruption, lorsqu'elle est constatée, doit entraîner l'inefficacité de la transaction qui en est affectée, la nullité retenue par les droits de tradition civiliste correspondant, dans ses effets, à *l'unenforceability* des droits de *common law*. En revanche, la question du régime des restitutions consécutives aux nullités est plus ouverte. En droit comparé, la solution dominante, spécialement lorsqu'il s'agit d'immoralité, par opposition à une simple illicéité découlant de la méconnaissance d'une règle technique, est l'absence de tout paiement qui n'aurait pas déjà été effectué en application du contrat litigieux mais également l'absence de toute restitution. La règle est reflétée par l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (83). Elle reflète une politique consistant à créer une incertitude sur l'exécution de contrats immoraux de nature à dissuader les parties de s'y risquer (84). Tout en reconnaissant que telle est bien la solution la plus généralement retenue en droit comparé, les principes UNIDROIT adoptés en 2010 sur les questions d'illicéité retiennent une solution différente. Celle-ci consiste à donner au juge ou à l'arbitre susceptible de les appliquer une grande latitude en fonction de ce qui est « *raisonnable dans les circonstances* » (85). Les rédacteurs des Principes avaient clairement à l'esprit les situations de corruption puisqu'ils font figurer dans le texte officiel une illustration à ce sujet. L'hypothèse est celle d'un contrat de construction d'une centrale électrique invalidé pour cause de corruption. L'Etat client, qui n'a payé que la moitié du prix alors que la centrale est presque achevée, se prévaut de la corruption pour refuser de régler le solde du prix. Le commentaire estime que dans cette hypothèse, « *il ne serait pas équitable de permettre [au maître de l'ouvrage] d'obtenir la centrale électrique presque achevée pour la moitié du prix convenu* ». L'entrepreneur pourrait « *avoir droit à une indemnité en argent pour les travaux effectués correspondant à la valeur que la centrale électrique presque achevée a pour [le maître de l'ouvrage] et [celui-ci] pourrait obtenir la restitution de tout paiement qu'il aurait fait en sus de cette valeur* » (86). En dépit des efforts de certains commentateurs pour justifier cette solution, à l'idée que la règle

---

(83) Pour un exemple d'application de cette règle par les arbitres, v. *supra*, § 21.

(84) V. par ex. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017, § 727.

(85) Article 3.3.2 (1).

(86) Illustration 1 du Commentaire 2 de l'article 3.3.2.

traditionnelle pourrait encourager les gouvernements corrompus à poursuivre leurs pratiques illicites pour pouvoir faire supporter toutes les pertes résultant de l'activité illicite à leurs partenaires (87), les partisans de la règle traditionnelle n'y trouveront pas leur compte. Si la seule sanction susceptible d'être infligée au corrupteur est de ne recouvrer que la valeur réelle de la prestation qu'il fournit, autant dire qu'il n'y a aucune incitation, du côté de l'entrepreneur, à s'abstenir de pratiques que la morale internationale réproouve (88). Du côté du maître de l'ouvrage, le sort du contrat et l'intérêt du pays sont, par définition, indifférents à celui qui sollicite des pots-de-vin, l'enrichissement personnel étant la seule motivation des corrompus. Les seuls intérêts pénalisés par la solution préconisée par UNIDROIT sont ceux des cercles qui, au sein de l'Etat concerné, s'efforcent de poursuivre la dénonciation de l'illicite.

Aussi plusieurs situations nous paraissent devoir être distinguées. Si la *lex contractus* donne une réponse spécifique à la question des restitutions consécutives aux nullités, celle-ci doit être respectée par l'arbitre. Si les parties ont choisi les Principes UNIDROIT pour régir leur contrat, la recommandation de ses rédacteurs devra être prise en compte. Si, au contraire, les arbitres sont appelés à appliquer des règles transnationales aux contrats, soit que les parties l'aient voulu, soit que les arbitres, confrontés à des facteurs de rattachement dispersés, préfèrent cette solution, ils se trouveront en présence d'une situation rare de conflit entre les enseignements du droit comparé et ceux d'une source importante de droit transnational que sont les principes UNIDROIT. Ce conflit n'aide pas à la découverte du consensus international qui caractérise ces règles (89).

Il est vrai que le récent assouplissement du droit anglais, désormais prêt à ne pas faire une application mécanique de la règle *in pari causa* quelles que soient les circonstances, est de nature à fournir un argument de poids aux partisans de l'assouplissement

---

(87) V. spéc. M. J. Bonell, « The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010 », *Rev. dr. unif.*, 2011.517, spéc. pp. 534-535 qui concède que cette suggestion ne correspond pas à la solution dominante en droit comparé (v. p. 532).

(88) Spécialement dans les contrats à forfait, le fait, pour le maître de l'ouvrage, de se faire payer la valeur objective de l'ouvrage, est, dans bien des cas, un résultat inespéré.

(89) Sur les méthodes d'élaboration des règles transnationales, v. E. Gaillard, « Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, 1995.5, spéc. §§ 30-32.

de la règle traditionnelle. Par un arrêt remarqué du 20 juillet 2016 rendu dans l'affaire *Patel c/ Mirza* à propos d'une affaire de financement d'un délit d'initiés, la Cour suprême du Royaume Uni — ancienne Chambre des Lords — évoquant elle-même la jurisprudence australienne, canadienne et américaine introduit un critère de proportionnalité entre l'action illicite et la demande dans le jeu des restitutions (90). C'est dire que, lorsque les arbitres seront invités à faire application de règles transnationales sur le sujet, le débat sera largement ouvert entre la règle traditionnelle et l'application de la norme plus souple qui a fait son apparition dans les Principes UNIDROIT et dans certains systèmes juridiques importants.

## B) Les méthodes du droit de la preuve

32. Les méthodes du droit de la preuve sont également âprement débattues dans les situations qui mettent en cause des allégations de corruption. Ces débats concernent aussi bien la charge de la preuve (1°) que le standard de preuve (2°) et les modes de preuve (3°), mais l'observation de la jurisprudence arbitrale fait apparaître que toutes ces questions deviennent secondaires si l'on considère ce que sont devenus les pouvoirs d'investigation des arbitres (4°).

### 1°) *La charge de la preuve*

33. Le zèle récent mis par les spécialistes de l'arbitrage international à dénoncer la corruption a conduit certains auteurs à suggérer un renversement pur et simple de la charge de la preuve dès lors que l'on se trouve en présence de circonstances suspectes. Ce serait alors à la partie qui nie l'existence de la corruption de le prouver et non à la partie qui se prévaut de la corruption, à titre principal ou à titre d'exception (91).

---

(90) [2016] UKSC 42. Pour un commentaire, v. par ex. Lord Grabiner QC, « *Patel v Mirza* [2016] UKSC 42 — Illegality and Restitution Explained by the Supreme Court », *The Distinguished Law Lecture, Queens' College, Cambridge*, 19 octobre 2016.

(91) V. en ce sens, M. D. Veit, « *Proving Legality instead of Corruption* », in *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer, 2017, pp. 373-382.

La solution paraît à la fois excessive et inutile compte tenu du pouvoir d'investigation des arbitres (92). Elle est rejetée par une jurisprudence unanime (93), qui applique le principe classique *actori incumbit probatio*, selon lequel il incombe à celui qui avance une allégation de la prouver.

## 2°) *Le standard de preuve*

34. Sur la question du standard de preuve de la corruption, il est communément admis que le standard du droit pénal, « *beyond a reasonable doubt* » dans certains systèmes juridiques, n'est pas requis. L'arbitre est appelé à tirer des conséquences civiles d'une situation de corruption alléguée et le standard du droit pénal est donc sans pertinence. L'idée, voisine, que la gravité de l'allégation appelle un standard de preuve particulièrement élevé (94) est également mal venue et paraît relever d'une conception dépassée. Le débat se concentre donc sur le choix entre l'exigence d'une preuve « claire et convaincante » et d'une preuve reposant sur l'appréciation de la probabilité d'un comportement résultant de l'ensemble des circonstances de la cause (« *balance of probabilities* »). Les sentences arbitrales et les auteurs se divisent entre ces deux catégories (95). On constate que, si la majorité des tribunaux arbitraux a exigé jusqu'à présent une preuve « *claire et convaincante* » des faits de corruption allégués (96), les arbitres semblent de plus en plus enclins à

---

(92) V. *infra*, § 36.

(93) V. par ex. *EDF (Services Limited) c/ Roumanie*, aff. CIRDI n° ARB/05/13, Sentence du 8 octobre 2009 rendue par MM. P. Bernardini, Président, A. Rovine et Y. Derains, § 232. Dans le sens du rejet de cette proposition, v. aussi, au sein d'une doctrine abondante, M. Hwang et K. Lim, « Corruption in Arbitration — Law and Reality », *Asian International Arbitration Journal*, 2012.1, spéc. pp. 27-28.

(94) V. *supra*, § 1.

(95) Pour des auteurs considérant qu'un standard de preuve élevé est préférable en matière de corruption, v. par ex. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, p. 2315. En faveur du critère de la « *balance of probabilities* », v. par ex. M. Hwang et K. Lim, art. préc., pp. 28-29 ; C. Partasides, « Proving Corruption in International Arbitration : A Balanced Standard for the Real World », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, 2010.47.

(96) V. par ex. la sentence rendue le 19 décembre 1991 dans l'affaire CCI n° 6401, *Westinghouse*, par C. Reymond, Président, R. von Mehren et S. Lazareff, *Mealey's International Arbitration Report*, 1992, pp. B I et s. ; *EDF (Services Limited) c/ Roumanie*, aff. CIRDI n° ARB/05/13, Sentence du 8 octobre 2009 rendue par MM. P. Bernardini, Président, A. Rovine et Y. Derains, § 221 ; *Fraport A.G. Frankfurt Airport Services Worldwide c/ République des Philippines*, aff. CIRDI n° ARB/11/12, Sentence du 10 décembre 2014 rendue par MM. P. Bernardini, Président, S. Alexandrov et A. van den Berg, § 479. Une étude

adopter une approche flexible et à s'éloigner des standards de preuve élevés (97). Cette discussion est en réalité passablement théorique, les arbitres possédant dans tous les cas un large pouvoir d'appréciation du caractère convaincant ou non de la preuve qui leur est soumise sans qu'ils soient particulièrement influencés par la discussion abstraite du standard de preuve requis.

### 3°) *Les modes de preuve*

35. Plus concret est le débat sur les modes de preuve et notamment sur l'utilisation possible d'indices ou « *red flags* » susceptible de trahir l'existence d'une situation de corruption. Ces indices sont incontestablement utilisés lorsqu'il s'agit de conduire une investigation au titre d'une politique de « *compliance* », dans le contexte d'une acquisition d'entreprise ou du choix d'un partenaire commercial par exemple. Plus délicate est la question de savoir si de tels indices peuvent être utilisés pour déduire de leur accumulation la vraisemblance d'actes de corruption et en tirer des conséquences civiles. On a pu constater cependant que la jurisprudence arbitrale n'hésite pas à recourir à la technique du faisceau d'indices, tant pour apprécier la légitimité des contrats d'intermédiaires (98), que celle des conventions de fond dont on

---

de 2003 portant sur les sentences CCI en matière de corruption montre que dans 14 affaires, les tribunaux ont exigé un standard de preuve élevé, tandis que, dans 11 affaires, les tribunaux ont appliqué leur standard de preuve habituel : A. Crivellaro, « Arbitration Case Law on Bribery : Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence », in *Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud*, Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2003, pp. 109-147.

(97) V. par. ex. la sentence finale rendue en novembre 2002 dans l'affaire CCI n° 10518, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 42 et s. ; la sentence finale rendue en décembre 2005 dans l'affaire CCI n° 12990, *JDI*, 2010.1406, note F. Mantilla Serrano ; également publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013 ; *Getma International et autres c/ République de Guinée*, aff. CIRDI ARB/11/29, Sentence du 16 août 2016 rendue par M<sup>me</sup> V. Van Houtte, Présidente, MM. B. Cremades et P. Tercier, § 184 ; *Metal-Tech c/ République d'Ouzbékistan*, aff. CIRDI n° ARB/10/3, Sentence du 4 octobre 2013 rendue par M<sup>me</sup> G. Kaufmann-Kohler, Présidente, et MM. J. Townsend et C. von Wobeser, § 243. V. également en ce sens A. Llamzon et A. Sinclair, « Investor Wrongdoing in Investment Arbitration : Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct », in *Legitimacy : Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series Vol. 18, Kluwer, 2015, pp. 451-530, spéc. pp. 490-497 ; J. Fernandez Armesto, « The Effects of a Positive Finding of Corruption », in *Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 13, pp. 167-174, § 11.

(98) V. *supra*, § 18.



peut suspecter qu'elles ont été obtenues par corruption (99). La jurisprudence française pour sa part ne laisse planer aucun doute sur la légitimité de la méthode puisqu'elle se réfère, pour l'appliquer elle-même dans son contrôle *de novo* de la conformité de la sentence à l'ordre public, à l'existence d'« *indices graves, précis et concordants* » (100).

#### 4°) *Les pouvoirs d'investigation des arbitres*

36. L'évolution la plus significative de la jurisprudence arbitrale dans le domaine probatoire au cours des dernières années tient à l'utilisation plus systématique par les arbitres de leurs pouvoirs d'investigation.

Les arbitres, libres de soulever d'office les questions de corruption si les circonstances de la conclusion d'un contrat leur paraissent suspectes (101), possèdent en effet de vastes pouvoirs d'investigation. Sous la seule réserve du respect du contradictoire, ils peuvent demander tout éclaircissement nécessaire à l'une ou à l'autre des parties. Ils peuvent également demander l'audition de toute personne dont le témoignage leur paraîtrait pertinent,

---

(99) V. *supra*, § 21.

(100) V. par ex. Paris, 21 février 2017, n° 15/01650, *République du Kirghizistan c/ Belokon* ; Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442, *République démocratique du Congo c/ Société Customs and Tax Consultancy LLC*.

(101) Pour un exemple, v. *supra*, § 17. V. également la sentence finale rendue en mars 2008 dans l'affaire CCI n° 14470, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 83 et s. : « *Le Tribunal Arbitral ne peut méconnaître l'objection de nullité pour illicéité de l'objet, s'agissant notamment d'une nullité pour corruption. Un tel chef de nullité devrait pouvoir être invoqué d'office par l'arbitre et doit, à plus forte raison, être examiné lorsque l'une des parties l'évoque* » ; la sentence non publiée rendue dans une affaire CCI et mentionnée dans V. Khvalei, « Using Red Flags to Prevent Arbitration from Becoming a Safe Harbour for Contracts that Disguise Corruption », in « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 15 et s. : « *The Tribunal shares the view that if a suspicion of corruption has materialised, it would be under a duty to carry, even sua sponte, enquiries and investigations regarding the irregularities* » ; A. Llamzon et A. Sinclair, « Investor Wrongdoing in Investment Arbitration : Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct », in *Legitimacy : Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series Vol. 18, Kluwer, 2015, pp. 451-530, spéc. pp. 482-484 ; B. Cremades et D. J. A. Cairns, « Transnational Public Policy », in *Arbitration : Money, Laundering, Corruption and Fraud*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, 2003, pp. 65-91, spéc. p. 85 ; N. Ziade, « Addressing Allegations and Findings of Corruption », in *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 13, pp. 114-133, spéc. pp. 120-122.

spécialement lorsque l'acte de mission ou une ordonnance de procédure le permet. Ils peuvent enfin demander à la partie concernée de fournir tout document ou toute catégorie de documents leur paraissant de nature à les éclairer sur les conditions dans lesquelles un contrat a été conclu. Les comptes bancaires des entités concernées pour la période pertinente ou les justificatifs des diligences faites par la partie qui est censée avoir procédé à des études en contrepartie de commissions pouvant ainsi être demandées par les arbitres. Un refus de produire, sans justification sérieuse, les documents requis pourra conduire à la conclusion que ces documents ne sont pas favorables à la partie à qui ils ont été demandés, les arbitres suivant en la matière la tradition de *common law* des *adverse inferences* (102). Ces pouvoirs ne sont pas nouveaux. Le fait de les utiliser de manière plus ferme en présence de circonstances suspectes l'est davantage.

L'affaire *Metal Tech* en fournit une parfaite illustration. A l'occasion de son audition, le Président-Directeur général de la société Metal Tech avait admis que, dans le contexte de la réalisation de l'investissement en Ouzbékistan, la société demanderesse avait fait appel à trois consultants ouzbeks pour fournir des services de « lobbying » — et non pas une assistance dans l'opération, la production et la livraison de produits, comme le prévoyaient les contrats — pour lesquels les consultants avaient été rémunérés à hauteur de 4 millions de dollars américains (103). Considérant qu'il était de « *son devoir d'enquêter sur les raisons de ce paiement* » (104), le tribunal a alors demandé aux parties de soumettre de nouvelles conclusions, pièces et témoignages sur

---

(102) V. par ex. la sentence finale rendue en mars 2008 dans l'affaire CCI n° 13914, publiée dans « Tackling Corruption in Arbitration », Supplément spécial du *Bulletin de la CCI*, 2013, pp. 77 et s., spéc. § 194 : « *the evidence record of this case shows a number of "red flags" : [...] Claimant did not fully comply with Order No. 2 [requesting each party to produce documents]. He unilaterally redacted many of the documents and refused to disclose a number of documents that the Arbitral Tribunal ordered him to produce. Claimant would not offer a credible excuse for that. The Arbitral Tribunal has not seen in the produced bank records any of Claimant's current bank account balances. Claimant not even produced bank records showing that he retained any substantial parts of the approximately [sum] he received under the Consulting Agreement. In the view of the Arbitral Tribunal, there is obviously a lack of transparency in Claimant's expenses and accounting records* ».

(103) V. *Metal-Tech c/ République d'Ouzbékistan*, aff. CIRDI n° ARB/10/3, Sentence du 4 octobre 2013 rendue par M<sup>me</sup> G. Kaufmann-Kohler, Présidente, et MM. J. Townsend et C. von Wobeser, § 197. Les paiements s'étaient échelonnés de 2001 à 2007.

(104) *Id.*, § 241.

le sujet, avant de requérir des explications supplémentaires en posant des questions spécifiques aux parties (105). Il en a déduit que la société demanderesse avait rémunéré deux consultants afin que ceux-ci abusent de leurs fonctions d'agent public ou de leurs relations familiales en vue de l'avantager (106) et que la « *corruption [était] suffisamment établie pour constituer une violation du droit ouzbek en lien avec la réalisation de l'investissement de la Demanderesse en Ouzbékistan* » (107). Le tribunal en a conclu qu'il était incompétent pour connaître du différend dont il avait été saisi, en application de la condition de légalité contenue dans le traité applicable (108).

\*  
\*\*

37. L'examen de la jurisprudence arbitrale la plus récente montre une évolution considérable des mentalités à l'égard de la corruption. Celle-ci n'est plus perçue comme un mal nécessaire ou une réalité inévitable dont il convient de s'accommoder. C'est bien d'une activité internationalement illicite dont il s'agit et les arbitres sont désormais prêts, dans leur grande majorité, à en tirer toutes les conséquences civiles.

---

(105) *Id.*, §§ 86-94.

(106) *Id.*, §§ 327 et 351.

(107) *Id.*, § 372.

(108) *Id.*, § 373. Sur ce type de condition, v. *supra*, § 9.