

ARBITRAGE L'ARBITRE FACE À LA CORRUPTION ET AU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

PAR FLORENCE DURAND,
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS
ET SOPHIE GRÉMAUD,
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

Les enjeux financiers représentés par la délinquance financière sont colossaux. Le 9 décembre 2019, à l'occasion de la journée internationale de lutte contre la corruption, le Secrétaire général de l'ONU rappelait que chaque année plus de 5% du PIB mondial disparaît dans des pratiques de corruption¹.

L'urgence de la lutte contre la délinquance financière a donné lieu ces dernières années à une inflation de la réglementation tant au niveau national, européen, qu'international.

En France, l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 transpose la 4^{ème} directive anti-blanchiment² visant à mettre le droit de l'Union européenne en conformité avec les recommandations du Groupe d'action financière internationale (GAFI) adoptées en février 2012, et modernise le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (LCB-FT)³. La 5^{ème} directive anti-blanchiment - transposée par l'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 et les décrets n° 2020-118 et

n°2020-119 du 12 février 2020 - vient renforcer le dispositif en place⁴. La conformité technique et l'effectivité du dispositif français de LCB-FT seront évaluées par le GAFI entre 2020 et 2021.

Parallèlement, la France a adopté la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite «Sapin 2», qui vient renforcer son dispositif de lutte anti-corruption notamment en installant l'Agence Française Anticorruption en tant qu'autorité de contrôle chargée de vérifier la mise en place par les entreprises d'un dispositif de lutte efficace contre la corruption⁵.

Dans ce contexte, l'ensemble des acteurs de la vie économique sont invités à être particulièrement vigilants et à jouer un rôle actif dans la lutte contre ces pratiques de délinquance financière. La pratique arbitrale ne fait pas exception, posant ainsi la question de l'importance du rôle de l'arbitre face à la vigilance constante devant être exercée.

1. Communiqué de presse de l'Organisation des Nations-Unies du 9 décembre 2019 : <https://www.un.org/press/fr/2019/sgsm19101.doc.htm>

2. La Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (4^e directive anti-blanchiment).

3. Cette modernisation de dispositif français de LCB-FT passe notamment par l'élargissement du champ des entités assujetties, le renforcement des obligations de vigilance, de l'approche par les risques, des procédures de contrôle et d'échange d'informations, des prérogatives de la cellule Tracfin et du dispositif de supervision et de sanction.

4. La Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE (5^{ème} directive anti-blanchiment) vient notamment élargir à nouveau le champ des entités assujetties à la LCB-FT (en particulier dans le secteur des actifs virtuels), renforcer les mesures à mettre en place à l'égard des pays tiers à haut risque et améliorer l'échange d'information entre autorité compétente en matière de LCB-FT et les cellules de renseignements financiers.

5. Les entreprises, remplissant certaines conditions, sont soumises à la supervision de l'Agence française anticorruption, dont la commission des sanctions a rendu sa première décision le 4 juillet 2019. Un certain nombre d'obligations s'imposent désormais à ces entreprises, notamment la mise en place d'une cartographie des risques, d'une procédure d'évaluation des risques présentés par leurs clients, d'un dispositif d'alerte et d'un dispositif d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

En particulier, les arbitres siégeant en France ou dont la sentence est susceptible d'être exécutée en France doivent rendre une sentence dont la reconnaissance ou l'exécution n'est pas contraire à l'ordre public international dont le contrôle par le juge de l'annulation a été considérablement renforcé.

Après un rappel des risques que peut présenter la pratique arbitrale en matière de blanchiment et de corruption (1), seront abordés le rôle de l'arbitre (2) et celui du juge français de l'annulation (3).

1 LES RISQUES PRÉSENTÉS PAR LA PRATIQUE ARBITRALE

La pratique arbitrale considère très largement que la lutte contre la corruption et le blanchiment est un principe général du droit appartenant à l'ordre public transnational⁶.

Il n'existe cependant pas de définition universelle de la corruption ou du blanchiment. Les définitions de chacune de ces infractions varient en fonction des conventions internationales et/ ou du droit local applicables. La matérialisation de ces infractions en arbitrage prend diverses formes.

A. LA CORRUPTION : DÉFINITION ET MATÉRIALISATION

La corruption est définie de manière plus ou moins large selon les conventions internationales et les droits locaux applicables⁷.

En matière d'arbitrage international, la dé-

finition de la corruption contenue dans les Règles de la CCI pour combattre la corruption (2011) constitue un point de départ intéressant, suffisamment large pour harmoniser les différentes définitions données par les conventions internationales et viser plusieurs hypothèses :

*On entend par Corruption l'offre, la promesse, l'octroi, l'autorisation ou l'acceptation de tout avantage indu, pécuniaire ou autre, [...] en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou tout autre avantage impropre se rapportant par exemple à la passation de marchés publics ou privés, à des autorisations réglementaires, à la fiscalité, aux douanes ou à des procédures judiciaires ou législatives.*⁸

L'article 1(a) des Règles de la CCI pour combattre la corruption (2011) vise également deux hypothèses d'actes constitutifs de faits de corruption :

La Corruption inclut souvent (i) l'octroi d'une rétro commission d'une partie du prix contractuel à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou amis proches ou Partenaires Commerciaux, ou (ii) le recours à des intermédiaires tels qu'agents, sous-traitants, consultants ou autres Tierces Parties afin d'effectuer des paiements à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou, amis proches ou Partenaires Commerciaux.

Concrètement, il existe une multitude de scénarios dans lesquels la procédure arbitrale peut être utilisée à des fins de corruption, mais il est possible de les regrouper en

6. Il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau. Déjà, en 1963, un arbitre unique se déclarait incompétent pour trancher un litige qui, selon lui, impliquait des actes de corruption. L'arbitre fondait sa décision sur l'existence d'un principe général du droit selon lequel les contrats violant l'ordre public international pour des faits de corruption sont nuls ou a minima inopposables, et ne peuvent être analysés par un tribunal arbitral (Sentence CCI n° 1110, 1963). Vers le milieu des années 80, la doctrine arbitrale reconnaît la lutte contre la corruption comme un principe général appartenant à la conception transnationale de l'ordre public international (voir notamment : Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international : Rev. arb. 1986, p. 329/337, n° 22 : «On peut voir dans la condamnation arbitrale de la corruption l'application d'un principe général de droit «reconnu par les nations civilisées» ou encore la consécration d'une «règle matérielle d'application immédiate», aussi bien que le recours à un «ordre public transnational»; quelles que soient les étiquettes, c'est bien la même notion qui est en cause»). Voir également : E. Gaillard, The Emergence of transnational responses to corruption in international arbitration : Arbitration International, 2019, 35, p.9. La jurisprudence arbitrale a confirmé cette approche à de nombreuses occasions et est désormais largement établie. A titre d'exemples : Sentence CCI n° 7664, 1996, Frontier AG & Brunner Sociedade vs. Thomson CSF («un contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots-de-vin est [...] contraire à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale») ; Sentence CCI n° 8891, 1998 Clunet 2000.1076 et seq. («un contrat incitant ou favorisant la corruption des fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational et que, si tel s'avère être l'objet du contrat de consultation, il n'a d'autre option que d'en constater la nullité»). Voir également en matière d'arbitrage d'investissement : World Duty Free Company Ltd. The Republic of Kenya, aff. CIRDI n° ARB/00/7, Sentence du 4 octobre 2006, para. 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»

7. Pour citer quelques conventions internationales en matière de corruption : Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, entrée en vigueur le 15 février 1999 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée à l'Assemblée Générale des Nations Unies entrée en vigueur le 14 décembre 2005 ; Convention de l'Union européenne sur la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, 1997 ; Convention Pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, etc. En France, la corruption est le fait pour une personne investie d'une fonction déterminée, privée ou publique, de solliciter ou d'accepter un don ou un avantage quelconque en vue d'accomplir, ou de s'abstenir d'accomplir, un acte entrant dans le cadre de ses fonctions (art. 433-1 et suivant du Code pénal). On distingue la corruption active (le fait de proposer le don ou l'avantage à la personne investie de la fonction déterminée) de la corruption passive (le fait pour la personne investie de la fonction déterminée d'accepter le don ou l'avantage).

8. Article 1(a) des Règles de la CCI pour combattre la corruption (2011).

trois grandes catégories :

- Le litige implique un contrat par lequel les parties s'accordent pour effectuer des actes de corruption (par exemple, un contrat assurant la rémunération d'intermédiaires pour l'obtention d'un marché). Le but du contrat n'est donc pas la fourniture de services déterminés, mais bien l'obtention du marché convoité. Seule l'obtention du marché peut déclencher le droit au paiement. Ces contrats prennent aujourd'hui diverses formes, incluant des mécanismes plus ou moins sophistiqués afin de dissimuler le véritable objet du contrat⁹. Souvent, seule l'analyse du mécanisme contractuel et de sa mise en œuvre concrète permet de déterminer s'il existe ou non des faits de corruption ;
- Le litige implique un contrat obtenu par corruption, par exemple par le versement de pots-de-vin, ou par un trafic d'influence. Cette hypothèse est souvent plus délicate à démontrer et dépendra du droit applicable au contrat, éclairé le cas échéant par l'ordre public international. Il y a d'ailleurs peu de sentences annulant un contrat de fond entaché par la corruption¹⁰. La situation est un peu différente si le contrat contient une clause prohibant le recours à des intermédiaires car dans ce cas il appartient uniquement au demandeur d'établir une violation contractuelle, en prouvant l'existence d'un intermédiaire ou de commissions versées.
- La corruption passive des arbitres. Il s'agit cependant d'une hypothèse rare¹¹ et très difficile à prouver compte-tenu notamment des déclarations d'indépendance et d'impartialité qu'ils sont tenus de verser à la procédure.

B. LE BLANCHIMENT : DÉFINITION ET MATÉRIALISATION

Comme pour la corruption, il n'existe de pas de définition universelle du blanchiment de capitaux.

Cela étant, le blanchiment correspond à un processus par lequel la source illicite d'actifs obtenus ou produits par une activité délictuelle est dissimulée pour masquer le lien entre les fonds obtenus et le délit initial¹².

Concrètement, si les scénarios de blanchiment sont moins nombreux que ceux de corruption dans la pratique arbitrale, ils demeurent bel et bien présents sous les aspects suivants :

- Le litige factice : les deux parties à la procédure d'arbitrage constituent un litige factice visant à obtenir la condamnation au paiement (par exemple, par le paiement de dommages et intérêts, ou le remboursement d'un prêt) de l'une des parties envers l'autre, utilisant ainsi la sentence rendue comme justification au transfert des fonds d'origine illicite. La sentence constitue ainsi la justification mensongère de l'origine des fonds. Il appartient alors à l'arbitre de déceler le caractère artificiel du litige et de s'abstenir de rendre une sentence, au risque de se rendre complice de blanchiment.
- Le litige est réel et implique des fonds d'origine illicite : seule l'une des parties connaît l'origine frauduleuse des fonds - ayant connaissance de l'infraction initiale, par exemple un pot de vin - et cherche à les utiliser dans le cadre d'une transaction tout à fait légale.

Face à l'intensification de la lutte contre le blanchiment et la corruption, ces différents montages évoluent, devenant parfois plus subtils et ingénieux, ce qui nécessite une vigilance accrue et constante de la part notamment des arbitres.

2 LE RÔLE DE L'ARBITRE FACE AUX FAITS DE CORRUPTION ET DE BLANCHIMENT

Les arbitres ont longtemps fait preuve d'une certaine passivité fataliste face à la délinquance financière, soit en déclinant leur compétence, soit en prétextant que la preuve - dont le standard particulièrement élevé en raison de la gravité des allégations - n'était pas rapportée. Aujourd'hui, les arbitres sont appelés à jouer un rôle de plus en plus actif. Si les contours de ce rôle se dessinent progressivement (A), certaines difficultés liées à l'établissement de la preuve persistent (B).

9. Voir notamment : Sentence CCI n° 8891, 1998 ; Sentence CCI No. 13914, 2008.

10. Voir notamment : Sentence CCI n° 12990, 2005, JDI, 2010.1406, note F. Mantilla Serrano.

11. Th. Clay, L'arbitre, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n° 942 et s., p. 712 et s.

12. En droit français, le blanchiment est le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit (article 324-1 du Code pénal). Le délit de blanchiment suppose la connaissance par son auteur de l'origine délictuelle ou criminelle des fonds

A. LES CONTOURS DU RÔLE DE L'ARBITRE DANS LA LUTTE CONTRE LA DÉLINQUANCE FINANCIÈRE

L'arbitre confronté à des faits de corruption ou de blanchiment dispose de différents pouvoirs lui permettant d'investiguer (1) et éventuellement de sanctionner ces pratiques (2). Le contenu de ces pouvoirs peut cependant varier en présence d'un règlement d'arbitrage et en fonction du droit du lieu du siège du tribunal arbitral¹³.

Si l'arbitre ne fait pas usage de ces pouvoirs, il s'expose à ce que la sentence qu'il rend soit annulée par le juge national pour violation de l'ordre public international (ce point sera abordé dans la section 3 ci-après).

A.1 LES VASTES POUVOIRS D'INVESTIGATION DE L'ARBITRE

Les pouvoirs d'investigation de l'arbitre en matière de corruption et de blanchiment ont été significativement ravivés par la jurisprudence arbitrale. En effet, si ces pouvoirs d'investigation ne sont pas nouveaux¹⁴, ils sont aujourd'hui utilisés plus fréquemment par les arbitres.

Les arbitres peuvent ainsi soulever d'office les questions de corruption ou de blanchiment si les circonstances le justifient. Si, dans l'arbitrage le principe veut que l'arbitre ne puisse trancher que les questions que les parties entendent lui soumettre, sous peine d'annulation de la sentence rendue ou du refus de son exequatur¹⁵, il n'en demeure pas moins que l'arbitre doit rendre une sentence susceptible d'exécution. La sentence doit donc être conforme à l'ordre public international des lieux où elle est susceptible d'être exécutée¹⁶. Or, comme il a été vu, la lutte contre la corruption et le blanchiment fait partie de l'ordre public international d'un grand nombre de pays. En France, le contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public international et

en particulier d'allégations de corruption ou de blanchiment fait l'objet d'un contrôle renforcé qui sera détaillé ci-après à la section III. Dès lors, il ne fait pas de doute que les arbitres ont le pouvoir, si ce n'est l'obligation, de soulever d'office les questions de corruption ou de blanchiment.

Sous réserve du respect du principe du contradictoire, les arbitres peuvent également demander à une partie de fournir toute explication ou document de nature à les éclairer sur les conditions dans lesquelles un contrat a été conclu et au besoin, à peine d'astreinte¹⁷. Les arbitres peuvent avoir recours au juge d'appui afin d'obtenir certains documents détenus par des tiers¹⁸.

Les arbitres peuvent entendre toute personne dont le témoignage leur paraît pertinent¹⁹ ; ou encore trancher un incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299 du Code de procédure civile²⁰.

Enfin, les arbitres sont libres de tirer toutes les conséquences du refus par une partie de produire les éléments demandés sans justification sérieuse.

A.2 LE POUVOIR DE SANCTION DE L'ARBITRE

La question de la sanction est plus délicate en raison notamment de la frilosité des arbitres à prononcer une sanction ferme.

Compétence

Initialement, les arbitres hésitaient à traiter de sujets relevant de la matière pénale et à en tirer des conséquences civiles. La violation de l'ordre public international résultant de faits de corruption était donc sanctionnée en constatant la non-arbitrabilité de la matière et en déclinant sa compétence²¹.

13. Nous nous concentrerons ici sur le droit français.

14. Voir notamment les Règles de l'International Bar Association sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international. En ce qui concerne les règlements d'arbitrage, voir notamment l'article 27 du Règlement Cefarea-Arias France.

15. En pratique, cependant, le risque est faible car si le tribunal soulève des faits de corruption ou de blanchiment, invitant les parties à en débattre contradictoirement, il est très probable que l'une d'entre elles se saisisse de la question, formulant une demande et invitant le tribunal à statuer dessus.

16. La violation des ordres publics internationaux est un fondement de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences au titre de la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

17. En droit français : Art. 1467 du Code de procédure civile (CPC), applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 CPC.

18. En droit français : Art. 1469 CPC, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 CPC.

19. En droit français : Art. 1467 CPC, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 CPC.

20. En droit français : Art. 1470 CPC, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 CPC.

21. Sentence CCI n° 1110, 1963, 10 Arb. Int'l 282, 292 (1994). Cette décision a cependant été fortement critiquée en ce que la conséquence de la violation de l'ordre public international ne doit pas être l'incompétence de l'arbitre, mais bien la nullité ou l'inopposabilité du contrat litigieux. En arbitrage d'investissement, l'arbitre se déclare incompétent uniquement lorsque le traité d'investissement prévoit que la légalité de l'investissement est une condition d'application dudit traité. Cela étant, il appartiendra au tribunal d'analyser minutieusement la véracité des allégations de corruption souvent soulevées de manière abusive pour faire échec à sa compétence. Les allégations de corruption qui ne concernent pas la réalisation de l'investissement seront, quant à elles, traitées par le tribunal lorsqu'il devra trancher le fond du litige. Voir également : E. Gaillard,

La situation est différente aujourd'hui et les arbitres se reconnaissent compétents pour trancher des questions de corruption ou de blanchiment, mais le nombre de sentences sanctionnant ces faits demeure encore faible.

Nullité du contrat et ses conséquences

Le juge français de l'annulation a précisé que la sentence est susceptible d'annulation dès lors qu'elle donne effet à un contrat obtenu par corruption ou que son exécution est de nature à faire bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses²². Dès lors, une éventuelle réduction de la rémunération de l'intermédiaire ne semble pas appropriée, seule l'absence totale de paiement est justifiée.

La nullité absolue est donc la sanction la plus souvent retenue²³. Elle a pour effet de remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la conclusion du contrat.

La question peut cependant se poser d'une éventuelle compensation lorsque le contrat a été partiellement exécuté. Il faut distinguer la situation dans laquelle les deux parties ont participé à des faits de corruption (pacte de corruption), de celle où l'une des deux parties ignore ces faits (contrat obtenu par corruption).

Dans la première situation, le principe devrait être l'interdiction d'une éventuelle compensation car les deux parties sont toutes les deux responsables de la violation à l'ordre public²⁴. Il est vrai cependant qu'en fonction de l'état d'avancement du contrat, l'une des parties peut se retrouver plus lésée que l'autre. Par exemple, l'intermédiaire a

déjà effectué des services mais n'a pas encore été rémunéré par le commanditaire. La question se pose de savoir si les arbitres peuvent atténuer le caractère inéquitable de la sanction. Si la réponse est positive et permet ainsi aux arbitres de se livrer à une analyse de la moralité du comportement de chacune des parties, les arbitres semblent réticents à procéder de la sorte²⁵.

Dans la seconde situation, si l'une des parties ignorait les faits de corruption, le principe de l'interdiction des restitutions pourrait ne pas trouver à s'appliquer²⁶. Dans un premier temps, les arbitres devront déterminer si cette partie est réellement une victime innocente et de bonne foi²⁷. Le cas échéant, il leur reviendra de déterminer le montant des dommages et intérêts devant être octroyés pour réparer le préjudice subi.

B. LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE

Si les arbitres disposent de vastes pouvoirs d'investigation, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent faire face aux débats liés à l'établissement de la preuve, en particulier à son standard (a) et ses moyens (b). La charge de la preuve demeure sur la partie qui allègue les faits de corruption ou de blanchiment²⁸.

B.1 LE STANDARD DE LA PREUVE APPLICABLE

Le débat porte sur la question suivante : les faits de corruption ou de blanchiment doivent-ils être démontrés de manière claire et convaincante²⁹, ou peuvent-ils résulter d'un faisceau d'indices établissant une présomption suffisante³⁰ ?

La corruption saisie par les arbitres du commerce international : Rev. Arb. 2017, n° 3.

22. Paris, 4 mars 2014, RG n° 12/17681 ; Paris, 21 février 2017, RG n° 15/01650

23. En droit français, la sanction du pacte de corruption est effectivement la nullité absolue au titre des articles 6, 1162 et 1180 du Code civil. Sur la distinction pacte de corruption et contrat obtenu par corruption, voir : J.-Y. Garaud, L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions, Rev. Arb. 2019, p. 173-203 ; M. de Fontmichel et B. Siino, Contrats, compliance et contentieux arbitral, Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires, n° 6, décembre 2019.

24. En droit français, le principe d'interdiction des restitutions se fonde sur l'adage « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

25. Sentence CCI n° 3913 (1981) ; Sentence CCI n° 12990, 2005. Voir également : J.-Y. Garaud, L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions, Rev. Arb. 2019, p. 173-203 ; E. Gaillard, The Emergence of transnational responses to corruption in international arbitration : Arbitration International, 2019, 35, p.10-13.

26. Comme relevé par J.-Y. Garaud, en citant la décision Indagro, dans son article précité, l'arbitre doit demeurer prudent car « la jurisprudence française considère que ne peut avoir effet en France une sentence dont « la reconnaissance [...] permettrait à [une partie] de retirer les avantages du pacte corruptif » (Civ. 1ère, 13 sept. 2017, n° 16-25.657 et 16.26.445).

27. Dans la Sentence CCI n° 12990, 2005, le tribunal a estimé que le manque de diligence de la partie innocente ne lui permettait pas d'obtenir une compensation financière.

28. Le principe *actori incumbit probatio* est appliqué unanimement, malgré quelques tentatives doctrinales de renverser la charge de la preuve. Certains tribunaux ont pu faire preuve d'une certaine flexibilité dans l'application stricte de ce principe : Sentence CCI n° 6497, 1999.

29. Cette approche a longtemps été suivie par les tribunaux arbitraux : Sentence CCI n° 6401, 1991 ; EDF (Services) Limited c. Roumanie, aff. CIRDI n°ARB/05/13, Sentence du 8 octobre 2009, para. 221. Certains tribunaux arbitraux ont exigé une preuve « au-delà de tout doute » (Sentence CCI n° 5622, 1988). Le standard élevé a été appliqué dans l'affaire Belokon dans le cadre de laquelle le Tribunal arbitral a exigé une preuve « concrète et décisive » pour caractériser des faits de blanchiment (Valéri Belokon c/ République du Kirghizistan, Sentence du 24 octobre 2014).

30. L'approche dite des « red flags » a été proposée par l'OCDE, en 1997, dans sa Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Plusieurs tribunaux arbitraux ont appliqué cette approche. Pour l'application de

La première approche - longtemps adoptée par les tribunaux³¹ - repose sur l'idée que compte tenu de la gravité des allégations de corruption et de blanchiment, le standard de preuve doit être particulièrement élevé, quasi identique au standard applicable en matière pénale. L'application d'un tel standard permettrait également d'éviter que des allégations de corruption soient employées à des fins dilatoires.

Cela étant, l'arbitre n'est pas un juge pénal. Il est uniquement chargé de tirer des conséquences civiles d'une situation impliquant des faits de corruption ou de blanchiment.

La tendance actuelle semble ainsi opter pour la seconde approche selon laquelle l'arbitre doit déterminer si une situation donnée concentre plusieurs faits circonstanciés de nature à faire présumer de l'existence de faits de corruption ou de blanchiment³². L'arbitre doit ainsi effectuer une analyse minutieuse des faits de chaque espèce.

B.2 LES MODES DE PREUVE

La preuve directe de faits de corruption ou de blanchiment est quasiment impossible à établir pour les arbitres³³. Les arbitres ne peuvent pas non plus se limiter à l'analyse du contrat litigieux³⁴. Ils adoptent alors la technique du faisceau d'indices.

Selon cette technique, l'arbitre recherche et identifie l'ensemble des indices ou «red flags» pouvant indiquer l'existence de faits de corruption ou de blanchiment. Il doit ensuite déterminer, tout en mettant ces indices en perspective, s'il peut établir avec un certain degré de conviction³⁵, des faits de corruption ou de blanchiment. Cette technique est reconnue par la jurisprudence française³⁶.

L'analyse des sentences permet de dégager un certain nombre d'indices ou de «red flags», désormais listés dans un «Toolkit» élaboré par le Centre de compétence arbitrage et criminalité de l'Université de Bâle

le 26 juin 2019.

Quelques exemples de ces indices ou «red flags» en matière de blanchiment :

- Un litige unilatéral avec une partie défaillante ou avec une partie qui reconnaît sa responsabilité ou consent de manière prématurée à transiger ;
- Des informations manquantes concernant le contexte du litige, les parties et leurs activités : absence de preuve de l'existence des transactions (ex: échéances de remboursement d'un prêt, etc), impossibilité de déterminer l'origine des fonds ou le bénéficiaire effectif, absence d'activité régulière des parties, etc ;
- Implication de personnes politiquement exposées ;
- Entités ou fonds provenant de pays présentant un risque élevé de blanchiment/corruption ;
- Transactions d'un montant inhabituellement élevé ou impliquant d'importants paiements en espèces ou sans justification économique apparente.

Quelques exemples de ces indices ou «red flags» en matière de corruption :

- Le marché a été octroyé sans appel d'offres, surtout si une telle procédure est normalement exigée par le droit local ;
- Le risque de corruption notoirement connu présenté par le pays dans lequel le contrat a été conclu ;
- Circonstances suspectes autour de l'intermédiaire :
 - l'intermédiaire n'a pas son siège là où il accomplit ses services ;
 - la structure corporative de l'intermédiaire est trouble (société coquille) ;
 - le refus de divulguer les bénéficiaires effectifs ou de produire des documents

cette méthode à la question de la légitimité de contrats assurant la rémunération d'intermédiaires pour l'obtention d'un marché, voir notamment : Sentence CCI n° 3916 (1982) ; Sentence CCI n° 8891, 1998 ; Sentence CCI n° 13515, 2006 ; Sentence CCI n° 13914, 2008.

31. Pour un exemple : sentence CCI 13384, où l'arbitre énonce que «que les moyens de défense contre la corruption exigent, de par leur nature, une attention toute particulière aux faits, conformément à un principe qui impose leur interprétation restrictive et doivent être vérifiés selon un niveau de preuve élevé».

32. Dans la Sentence CCI n° 12990, 2005, paras. 251-252, le tribunal a considéré que «Les Tribunaux - ou les arbitres - peuvent, en principe, utiliser tous les moyens de preuve autorisés par la loi, étant entendu qu'ils ne sont pas liés par la formulation du contrat ... L'exigence en matière de preuve est dès lors réduite et peut se limiter à une présomption reposant sur des indices» ; voir également : Sentence CCI n° 3916 (1982) ; Sentence CCI n° 8891, 1998 ; Sentence CCI n° 13515, 2006 ; Sentence CCI n° 13914, 2008.

33. En effet, l'admission par l'une des parties d'avoir versé un pot de vin est extrêmement rare. Voir en ce sens : World Duty Free Company Ltd. The Republic of Kenya, aff. CIRDI n° ARB/00/7, Sentence du 4 octobre 2006.

34. Comme cela a été très justement rappelé par le tribunal dans la Sentence CCI n° 12990, 2005, le tribunal a considéré que «[le] caractère illicite est souvent difficile à prouver, les parties masquant l'objet réel du contrat derrière des stipulations contractuelle anodines».

35. Le degré de conviction exigé par un tribunal arbitral varie. De manière générale, l'approche civiliste consiste à exiger un standard plus élevé de «quasi-conviction» qu'en droit anglo-saxon. Cependant en matière d'arbitrage international l'établissement de la preuve s'inspire plutôt du droit anglo-saxon. La jurisprudence française en matière d'arbitrage international utilise la notion d'«indices graves, précis et concordants».

36. Paris, 21 février 2017, RG n° 15/01650 ; Paris, 16 mai 2017, RG n° 15/17442 ; Paris, 10 avril 2018, RG n° 16/11182.

sans justification

- l'intermédiaire présente des liens très étroits avec des personnes clés du gouvernement étranger ;
- la commission payée à l'intermédiaire est anormalement élevée ;
- l'incohérence entre les qualifications de l'intermédiaire et la mission qui lui est confiée ;
- l'absence de justification des diligences d'un intermédiaire ;
- la durée très courte de la mission de l'intermédiaire ;
- le paiement des diligences de l'intermédiaire dans un pays présentant un risque élevé de corruption ou via un montage financier suspect.

Il va de soi que l'existence d'un seul indice ou «red flag» ne saurait constituer une présomption de corruption. Seule la présence de plusieurs indices ou «red flag» invitent à prêter une grande vigilance et à mener des investigations complémentaires pour déterminer si ces indices caractérisent ou non des faits de corruption et/ou de blanchiment.

Ainsi, si la technique du faisceau d'indices a conduit les arbitres à établir des faits de corruption et/ou de blanchiment, elle les a aussi menés à conclure que les griefs de corruption ou de blanchiment n'étaient pas établis³⁷.

3 LE RÔLE DU JUGE FRANÇAIS DANS LE CADRE DES RECOURS EN ANNULATION

Le juge français saisi d'un recours en annulation ou d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence, exerce un contrôle très limité sur la sentence. Il ne s'agit pas d'une révision au fond de la sentence. L'annulation ou le refus de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence est permis uniquement sur des fondements

juridiques précis et énumérés au Code de procédure civile³⁸.

En matière de corruption et de blanchiment, le fondement utilisé est celui de la contrariété à l'ordre public international. Le juge de l'annulation est autorisé, dans ce contexte, à rechercher en droit et en fait tous les éléments lui permettant de constater une contrariété à l'ordre public international³⁹. L'intensité du contrôle exercé par le juge a cependant fluctué dans le temps entre contrôle restreint⁴⁰ et contrôle renforcé⁴¹.

Le contrôle exercé actuellement par le juge de l'annulation est un contrôle renforcé visant une contrariété «manifeste, effective et concrète» à l'ordre public international, pouvant se manifester par des «indices graves, précis et concordants»⁴².

La Cour d'appel de Paris affirme également que lorsqu'elle est saisie d'une allégation de corruption violant l'ordre public international, elle n'est pas limitée aux éléments de preuve fournis dans le cadre de la procédure arbitrale, ni par les constatations, appréciations et qualifications faites par les arbitres. L'illustration la plus parlante est celle de l'affaire Belokon⁴³.

Le litige opposait M. Belokon, national letton, à la République du Kirghizistan pour expropriation. La défense de la République reposait essentiellement sur des allégations de blanchiment commis par M. Belokon. Le tribunal arbitral a considéré qu'en l'absence de preuve concrète et décisive, ces allégations n'avaient pas été établies, relevant notamment qu'aucun jugement de condamnation pénale n'était intervenu par les juridictions locales. Le tribunal a donc ordonné à la République de payer 15,2 millions de dollars à M. Belokon pour la perte de son investissement.

La République a ensuite formé un recours en annulation contre la sentence pour violation de l'ordre public international. La République soutenait que l'exécution ou la reconnaissance de la sentence était contraire à l'objectif de lutte internationale

37. Voir par exemple : Sentence CCI n° 7047, 1994 ; Sentence CCI n° 9333, 1998 ; Sentence CCI n° 16090, 2011.

38. En matière d'arbitrage interne, il s'agit de l'article 1492 CPC ; en matière d'arbitrage international, il s'agit de l'article 1520 (recours en annulation) et de l'article 1525 CPC (refus de la reconnaissance ou de l'exequatur de la sentence).

39. Civ. 1ère, 6 janv. 1987, n° 84-17.274.

40. La contrariété à l'ordre public international devait être «flagrante, effective et concrète», voir notamment : Civ. 1ère, 4 juin 2008, n° 06-15.320 ; Paris, 18 nov. 2004, RG n° 2002/19606.

41. Par trois arrêts rendus en 2014, la Cour d'appel de Paris a marqué sa volonté de distinguer les violations à l'ordre public international suite à des faits de corruption des autres violations en annulant une sentence arbitrale dont la reconnaissance et l'exécution étaient de nature à violer «de manière effective et concrète» l'ordre public international, sans que le critère de flagrance ait à être démontré : Paris, 4 mars 2014, RG n° 12/17681 ; Paris, 14 octobre 2014, RG n° 13/03410 ; Paris, 4 novembre 2014, RG n° 13/22288. Cette tendance a été confirmée : Civ. 1ère, 24 juin 2015, n° 14-18.706.

42. Civ. 1ère, 13 sept. 2017, n° 16-25.657 ; Paris, 10 avril 2018, RG n° 16/11182 ; Paris, 16 janv. 2018, RG n° 15/21703.

43. Paris, 21 févr. 2017, RG n° 15/01650

contre le blanchiment, et produisait à l'appui un certain nombre d'éléments. La Cour d'appel de Paris a rappelé que la prohibition du blanchiment fait partie de l'ordre juridique français et ne saurait souffrir de violation même dans un contexte international. Après avoir procédé à un examen détaillé des éléments qui lui avaient été soumis, la Cour a conclu à l'existence d'indices graves, précis et concordants montrant que la reprise par M. Belokon de la banque kirghize n'avait pour but que de développer des pratiques de blanchiment dans un Etat où M. Belokon bénéficiait de relations privilégiées avec le détenteur du pouvoir économique lui garantissant l'absence de contrôle réel de ses activités⁴⁴.

Pour conclure, le rôle de l'arbitre - central dans la lutte contre la délinquance financière - est de plus en plus exigeant. Les arbitres disposent cependant de moyens efficaces pour lutter contre cette délinquance et tirer les conséquences civiles nécessaires de tout comportement impliquant des faits de corruption et de blanchiment.

44. La Cour d'appel de Paris a considéré qu'il existait des indices «graves, précis et concordants» de corruption à partir des indices suivants : (i) la brièveté des notes produites par le consultant et dont l'authenticité ne pouvait être établie avec certitude ; (ii) l'absence d'explication du consultant quant aux moyens employés pour se procurer des documents confidentiels ; (iii) l'absence de preuve rapportée par le consultant sur l'adéquation des moyens humains avec la mission de consulting qui lui avait été confiée ; (iv) le caractère trop élevé de sa rémunération au regard des diligences accomplies ; (v) la condamnation à la prison à vie pour corruption du ministre des chemins de fer chinois et de l'ingénieur en chef adjoint en relation avec le consultant.