

L'ARBITRAGE FACE A LA CORRUPTION ET AUX TRAFICS D'INFLUENCE

par Ahmed S. EL KOSHERI

Professeur à l'Université Ain-Chams-Le Caire

Avocat à la Cour

et

par Philippe LEBOULANGER

Docteur en Droit,

Avocat au Barreau de Paris

1. La très vive concurrence que se livrent les entreprises pour l'obtention de marchés et de contrats à l'étranger les conduit parfois à traiter avec des intermédiaires ou des fonctionnaires des conventions ayant pour objet le versement de rémunérations occultes susceptibles de provoquer l'attribution du marché ou du contrat recherché. De telles pratiques ne sont assurément pas l'apanage du commerce international, la presse de tel ou tel pays révèle de temps à autre de retentissants scandales de corruption ou de trafics d'influence, mais les contrats internationaux sont vraisemblablement un domaine d'élection particulièrement sensible. Aucun pays, ni aucun groupe de pays, n'est à l'abri de ces pratiques qui visent à fausser le jeu de la concurrence par des moyens déloyaux.

2. Sans doute plus vulnérables, parce que plus sollicités, les pays en voie de développement⁽¹⁾ font fréquemment figure d'accusés, même si, il est vrai, les accusations portées à leur encontre, ne sont formulées le plus souvent qu'avec la bienveil-

(1) Cf. R. Wraith and E. Simpkins, *Corruption in Developing Countries*, London, Gallen et Unwin 1963 ; H. Sarassoro, *La corruption des fonctionnaires en Afrique, Étude de droit pénal comparé*, Paris, Ed. Economica, 1980.

lance feutrée qui sied à la Communauté d'affaires internationale. Mais ce n'est pas toujours le cas et, parfois, les voix les plus fortes à s'élever proviennent des pays concernés(2). Les affaires qui arrivent à la connaissance du public ne représentent sans doute qu'une infime partie des contrats existants et il n'est certainement pas téméraire de penser que, qu'on le veuille ou non, le trafic d'influence constitue un « usage » du commerce international, à classer naturellement dans la catégorie des usages néfastes...

3. Peu de litiges, et pour cause, naissent de tels contrats, les parties ayant la prudence soit de ne pas rédiger d'écrit, soit, l'ayant fait, de ne pas soumettre leur différend à une juridiction étatique, ni même à un tribunal arbitral. Le plus souvent, tout se règle par la négociation. C'est la raison pour laquelle l'arbitrage commercial international – dont il sera seul question ici – est, et c'est heureux, pauvre de décisions en la matière.

Paradoxalement, les États ont sur la question, dont ils débattent pourtant au sein de diverses instances internationales, une attitude pour le moins ambiguë. Si l'on pouvait dresser le recensement des législations nationales(3) qui répriment les pratiques de corruption, l'on pourrait vraisemblablement constater qu'il

(2) Cf. K. Mbaye, Commentaires sur le rapport de B. Goldman, « Action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », Soixantième Anniversaire de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I., Paris, octobre 1983 : « Je voudrais souligner tout particulièrement, en ce qui concerne les pays en voie de développement, l'importance du respect de l'ordre public et du problème de la corruption. Dans les pays en voie de développement dont les institutions sont, tant sur le plan politique que social et économique, d'une très grande fragilité, le respect de l'ordre public est évidemment primordial... ».

« La corruption gangrène plusieurs administrations. Les marchés souscrits par les organismes publics ou semi-publics deviennent particulièrement onéreux pour l'État, du fait que ses représentants sont trop conciliants vis-à-vis de leurs partenaires à qui ils sont redevables de « commissions » de toutes sortes. Il faut donc que l'arbitrage dans ce domaine marque une certaine témérité. Il importe notamment, quand il s'agit des pays en voie de développement, que l'arbitrage fasse obstacle, de toutes ses forces, à des accords qui vont à l'encontre de l'intérêt des États (sans pour autant porter atteinte au principe de l'autonomie). Une telle prescription se rattache directement au rôle de l'arbitre conçu comme élément du rouage de la justice internationale dont la lutte contre la turpitude est une des facettes. Il contribuerait à le faire davantage accepter dans ces pays ».

(3) Pour un exemple récent, cf. A.S. El Koshery, « Les mesures envisagées par le système juridique égyptien pour lutter contre la corruption économique dans le domaine des relations transnationales », XV^e Congrès de l'Institut International de droit d'expression française, Le Caire, novembre 1982, *Rev. jur. et pol.*, 1983 ; *adde*, en Arabie Séoudite, le Décret Royal du 20 janvier 1978 sur les agents commerciaux ; v. P.H. Homsy, « *Legal Aspects of Doing Business in Saudi Arabia* », *The International Lawyer*, 1982, p. 60.

n'est sans doute aucun pays qui leur reconnaisse une quelconque licéité, preuve, s'il en est, qu'il existe un consensus général constitutif d'un « droit commun des nations » en la matière. Seules peuvent différer, en droit comparé, les sanctions dont ces pratiques sont assorties en droit interne et l'on observe parfois – en prenant bien soin de ne pas généraliser – que la sévérité de la sanction est insuffisante pour éliminer la corruption et les trafics d'influence...

4. Dans quelles conditions ces pratiques illicites peuvent-elles être soumises à l'arbitrage et comment celui-ci peut-il répondre aux questions qu'elles posent ? S'agissant de faits et agissements qui résultent d'un accord entre deux ou plusieurs parties, l'arbitre devra au préalable déterminer si le contrat qui lui est déféré est licite ou non(I) ; ce n'est qu'après avoir procédé à cette analyse qu'il pourra se prononcer sur l'arbitrabilité du litige(II) ; l'ayant fait il lui restera alors, le cas échéant, à statuer sur le fond(III).

I. – LA PREUVE DE LA CORRUPTION ET DU TRAFIC D'INFLUENCE

5. Ce n'est faire injure à personne que d'affirmer que les parties font preuve d'une grande ingéniosité pour masquer, sous l'apparence d'une convention licite, le trafic d'influence auquel elle sert de véhicule. A l'inverse, il peut arriver que l'apparence ne dissimule rien qui soit illicite, mais que l'une des parties tente d'échapper à ses obligations en invoquant, de mauvaise foi, l'illécéité comme moyen de défense. La tâche de l'arbitre sera compliquée de ce fait, car il ne pourra s'en tenir à la forme de l'acte, mais devra rechercher quel est le véritable objet de la convention litigieuse et la cause de celle-ci.

6. L'antique usage, qui consistait à offrir à boire à l'intermédiaire grâce auquel on a pu obtenir une bonne affaire, s'est transmis jusqu'à nous sous la forme d'un vocable suffisamment générique pour embrasser une grande variété de situations. Le « pot de vin » est la forme la plus usitée des diverses pratiques tendant à influencer une prise de décision. L'une des caractéristiques d'un « contrat de pot de vin »(4) est d'être revêtu d'un habit juridique inspiré des modèles classiques du droit commun. Il peut s'agir de contrats de mandat, de commission, de courtage,

(4) L'expression est de Anne Héritier, *Les pots de vin*, Genève, Georg et Cie, 1981.

d'agence, de représentation, de consultance, de conseil, de *sponsoring*(5) ou d'autres formes de contrats de services au sens large du terme. Mais la qualification formelle ne saurait suffire lorsque l'illicéité est invoquée devant l'arbitre. Dans le procès arbitral, la question se posera le plus fréquemment de l'une des deux façons suivantes :

a) soit — hypothèse la plus plausible — le bénéficiaire de la rémunération occulte est demandeur et il réclame le paiement de la rémunération contractuellement prévue, laquelle perd par là même son caractère occulte. Il aura naturellement tout intérêt à s'efforcer de démontrer que le contrat litigieux n'est en rien illicite ; dans ce cas, c'est le débiteur qui pourra éventuellement invoquer l'illicéité pour tenter de faire échec à la demande ;

b) soit le débiteur de la rémunération est demandeur, par exemple s'il a à se plaindre des résultats obtenus par son co-contractant, ou, plus concrètement, de l'absence de résultat. Dans cette hypothèse, on peut légitimement supposer que l'une et l'autre des parties auront intérêt à s'en tenir à la qualification formelle de leur accord.

Il peut donc se faire que l'arbitre n'ait pas à se poser la question de la licéité de la convention si, dans l'acte de mission, les parties n'ont pas entendu se placer sur ce terrain. Si elles l'ont fait, il devra procéder à la qualification réelle, et non plus seulement formelle du contrat — par laquelle de toute manière il n'est pas lié — en recherchant notamment quelle a été l'intention des parties.

7. Cette recherche d'intention pourra être rendue particulièrement délicate par l'attitude radicalement opposée qu'adopteront les parties, sauf à appeler à la barre du tribunal arbitral des témoins, dont — à supposer qu'ils comparaissent — on peut présumer qu'ils sauront rester évasifs. C'est donc en scrutant attentivement les termes du contrat que l'arbitre pourra parvenir à rétablir la réalité derrière l'apparence. Mais, face à deux parties dont l'une protestera de la parfaite licéité du contrat litigieux, confirmée par sa qualification formelle, sa tâche ne sera pas simple. Pour sa part, la partie qui invoquera l'illicéité aura les plus grandes difficultés à en rapporter la preuve certaine. L'arbitre ne pourra donc, au mieux, que parvenir à des présomptions, sur lesquelles il devra fonder sa décision. Ces présomptions pourront résulter de divers éléments :

a) le mode de calcul et le montant de la rémunération seront parfois l'indice d'un contrat ayant pour objet un trafic d'influence ou une corruption. Il en ira ainsi, par exemple, d'un contrat de conseil ou de consultance aux termes duquel les prestations du conseil ou du consultant seraient rémunérées sous forme d'un pourcentage, un tel mode de rémunération n'étant pas habituel. L'importance des commissions convenues, si elle est disproportionnée par rapport à la prestation demandée et/ou sans commune mesure avec les usages, pourra dissimuler des pots de vin, car l'on pourra supposer qu'une partie des commissions sert à les payer ;

b) une commission versée pour l'ensemble des contrats ou marchés attribués à l'entreprise candidate à des marchés publics, ne serait pas, en soi, révélatrice d'une volonté frauduleuse, à condition toutefois qu'elle soit limitée aux marchés de gré à gré. Si elle est due également pour les marchés par adjudication, elle présente a priori un caractère suspect, puisque la procédure d'adjudication est par essence exclusive de toute intervention extérieure.

8. Mais toute généralisation risque d'être excessive : les procédures d'adjudication de marchés publics sont, dans certains pays, d'une complexité telle, qu'elles requièrent la mise en œuvre de moyens d'information qu'un conseil local, par sa connaissance des circuits administratifs, pourra être en mesure de fournir. Une telle assistance technique n'est en rien répréhensible. Elle ne le devient que si elle s'accompagne de manœuvres frauduleuses ou déloyales. Par ailleurs, l'adjudicataire n'est pas toujours, ni nécessairement, le moins-disant. L'administration peut lui préférer une entreprise offrant par exemple de meilleures garanties ou une technologie jugée plus appropriée. Dès lors, même en matière d'attribution de marchés publics par adjudication, la fraude ne peut certainement pas être présumée.

9. Il est donc rare, et pratiquement impossible, que l'objet réel d'un contrat de trafic d'influence puisse être établi autrement qu'à partir d'indices. C'est sur ces indices que l'arbitre devra fonder sa conviction, ce qui n'est pas sans danger de faire peser sur le pays en cause une véritable présomption de corruption. Deux sentences arbitrales, rendues à vingt années de distance, illustrent bien les difficultés de l'établissement de la preuve et ses risques.

10. Dans l'affaire ayant donné lieu à la première sentence (6),

(5) Sur ce contrat particulier, qui n'a, en soi rien d'illicite, cf. M. Dubisson, « Le contrat de « sponsor » pour l'obtention d'un marché international », *Sem. Jur.*, éd. C.I. 1983, 14027.

(6) Sentence n° 110/1963 citée par J. Lew, in *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, p. 553 et s.

l'arbitre avait à connaître d'un litige mettant aux prises une société britannique qui, pour obtenir l'adjudication, en Argentine, d'un marché pour la construction d'une centrale électrique, avait eu recours, en 1950, aux services d'un intermédiaire argentin. Celui-ci avait été chargé d'intervenir auprès de ses relations dans les milieux gouvernementaux afin que le marché soit adjugé à la société britannique. En rémunération de ses services, il avait été convenu qu'en cas de succès, il recevrait 10 % de la valeur du contrat, et qu'il paierait lui-même les diverses sommes occultes nécessaires à l'opération. En dépit de ses efforts, le marché fut attribué en 1951 à un groupe allemand. En 1955, à la suite de la chute du régime politique argentin, l'intermédiaire fut contraint de s'exiler en Allemagne de l'Ouest.

Deux ans plus tard, la société britannique soumissionna à une offre d'adjudication du nouveau Gouvernement argentin et cette fois-ci, l'emporta. L'intermédiaire argentin, établi à présent en Allemagne et qui, sept années auparavant, n'avait pu obtenir le premier marché, demanda alors à la société britannique de lui payer une commission représentant 10 % de la valeur du second contrat, au prétexte que l'obtention de celui-ci était le résultat des efforts qu'il avait déployés naguère. Un compromis d'arbitrage fut signé entre les parties qui convinrent de soumettre leur différend à l'arbitrage sous les auspices de la Chambre de commerce internationale.

11. L'arbitre unique — le Président Lagergren — siégeant à Paris, eut à examiner les pièces versées aux débats. Cet examen l'amena à estimer que :

« Comme l'on pouvait s'y attendre, les documents établis semblent à première vue être juridiquement corrects et ont l'apparence de documents commerciaux ordinaires. Cependant, il est à mon avis pleinement établi, d'après les preuves produites (7), que le contrat intervenu entre les parties tendait à la corruption de fonctionnaires argentins afin d'obtenir le marché espéré. »

« En disant cela je ne veux pas dire que le demandeur n'avait rien d'autre à faire qu'à verser une commission à ses collaborateurs respectifs ; au contraire, je suis convaincu qu'il avait à accomplir d'autres fonctions, importantes et tout à fait irréprochables. Ceci doit être pris en considération, mais ne doit pas dissimuler le fait général que la plus

(7) Le texte anglais de la sentence dit ceci : « *However, it is, in my judgment, plainly established from the evidence taken by me...* ». La traduction littérale laisserait supposer que l'arbitre s'est livré à des investigations personnelles pour rechercher les preuves sur lesquelles il fonde sa conviction.

grande partie des commissions qui devaient lui être payées devait servir à payer des pots de vin. »

« Bien que ces commissions ne devaient pas exclusivement être utilisées pour des pots de vin, une part très substantielle doit avoir été destinée à une telle fin. Si l'on se place du point de vue d'un bon Gouvernement ou de celui de l'éthique commerciale, il est impossible de fermer les yeux sur la destination probable de montants de cette ampleur, ni sur leur effet destructeur sur le commerce et l'en-trave qui en résulte sur le progrès industriel. »

12. On le voit, l'arbitre se garde de se prononcer avec certitude sur la destination des fonds, celle-ci n'étant à ses yeux que probable. Des éléments de preuves formelles à lui soumis, l'arbitre s'efforce de dégager la réelle intention des parties. Une telle recherche d'intention est parfaitement orthodoxe, l'illicéité de la cause d'un contrat s'appréciant classiquement de façon subjective. Mais l'arbitre corrobore cette recherche d'intention par sa connaissance personnelle des mœurs et usages du pays considéré (8).

« Sous le régime péroniste, toute personne désirant faire des affaires en Argentine était confrontée à la question des pots de vin ; la pratique des commissions versées aux personnes en position d'influencer ou de décider l'attribution publique des contrats paraît avoir été plus ou moins acceptée ou à tout le moins tolérée en Argentine à cette époque. »

13. C'est la même démarche qu'utilise, vingt années plus tard, un autre arbitre unique, siégeant en Autriche, dans un litige opposant un intermédiaire à une entreprise ayant obtenu des marchés publics dans un pays en voie de développement. L'intermédiaire demandait le paiement d'un reliquat de commissions qui devaient lui être versées en vertu d'un contrat comportant une clause d'arbitrage C.C.I. (9).

« Il est notoire, dit l'arbitre, que pendant les années au cours desquelles ont eu lieu les travaux en (pays A), la corruption ou tout au moins la vente d'influence y étaient de pratique constante. Il était extrêmement difficile, sinon im-

(8) Cette connaissance personnelle doit être objective ; elle porte sur les circonstances générales qui entourent le litige et non point sur le litige lui-même. Comme le juge, l'arbitre ne peut pas statuer en faisant usage de la connaissance personnelle, et subjective, qu'il pourrait avoir du litige. Cf. J. Chevallier, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, 5 et s.

(9) Sentence n° 3916/1983, inédite.

possible d'obtenir des contrats pour travaux publics sans recourir à ces moyens... ».

L'arbitre fait alors référence aux divers textes édictés par le législateur du pays en cause, qui démontrent les efforts de l'État pour lutter contre la corruption et le trafic d'influence. Ayant forgé sa conviction qu'il existait un climat général de corruption, il constate ensuite que, durant les débats, le demandeur a refusé de dévoiler en quoi avait consisté son intervention. Puis, il relève qu'au moment de la conclusion du contrat litigieux le demandeur était fonctionnaire.

Dès lors, l'arbitre conclut :

« Il est évident que l'action (du demandeur) n'a pu être que l'exercice de son influence sur ceux qui avaient la possibilité et le droit de décider avec qui l'État A allait contracter. Peu importe, pour la validité de l'arrangement entre les parties, si l'influence était exercée pour évincer un concurrent ayant proposé des conditions plus avantageuses ou pour rappeler un fonctionnaire à son devoir d'honorer l'offre la meilleure ou encore pour provoquer le choix, parmi des propositions équivalentes de celle (du demandeur). »

14. Si, dans les deux sentences citées, la démarche des arbitres procède des mêmes prémisses — examen des faits de la cause au travers a) des pièces versées aux débats et b) de la connaissance de la situation du pays concerné — elle aboutit à deux opinions nuancées. Dans la première sentence, l'arbitre se borne à évoquer la probabilité de la corruption. Les termes de la seconde sont plus tranchés : pour l'arbitre, le trafic d'influence est évident. Cependant, en dépit de ce caractère nuancé, les deux arbitres parviennent à une conclusion identique, à savoir que la clause des contrats litigieux était illicite. Mais ils statuent de façon foncièrement différente quant au fond du litige, le premier se déclarant incompétent, le second rejetant la demande en paiement de commissions.

II. — LE LITIGE RELATIF A UN CONTRAT ILLICITE EST-IL ARBITRABLE ?

15. Dans la première sentence citée, celle de 1963, l'arbitre se réfère à la loi française⁽¹⁰⁾ qu'il déclare applicable au contrat comme loi du siège de l'arbitrage, et constate que le contrat litigieux est nul comme contraire à l'ordre public français. Il observe, en tant que de besoin, que la loi argentine contient des

(10) Notamment aux 1108, 1131 et 1133 du Code civil.

dispositions analogues sur l'illicéité de la cause. Mais s'agissant d'un arbitrage international, il s'estime autorisé à invoquer, au-delà des ordres publics internes, français et argentins, un ordre public « réellement » international :

« Il ne peut pas être contesté, énonce-t-il, qu'il existe un principe général de droit, reconnu par les nations civilisées, que des contrats qui violent sérieusement les bonnes mœurs ou l'ordre public international sont non valables, ou à tout le moins insusceptibles d'exécution forcée et qu'ils ne peuvent recevoir la sanction des tribunaux ou des arbitres. Ce principe est spécialement apte à être utilisé devant des tribunaux arbitraux internationaux, auxquels il manque une loi du for, au sens ordinaire du terme. »

16. Mais l'arbitre ne fait pas jouer à l'ordre public international ainsi affirmé, le rôle qui est traditionnellement dévolu à la notion d'ordre public, à savoir l'éviction de la loi étrangère normalement compétente en vertu des critères de rattachement habituels⁽¹¹⁾. Refusant de se prononcer sur le fond, il se déclare incompétent, aux motifs que n'est pas arbitrable un litige relatif à un contrat dont la cause est illicite au regard des bonnes mœurs et de l'ordre public international :

« Après avoir pesé tous les éléments de preuve, énonce-t-il, je suis convaincu qu'un tel litige, qui implique d'aussi grossières violations des bonnes mœurs et de l'ordre public international, ne peut être sanctionné par aucune juridiction, que ce soit en Argentine ou en France ni, en ce qui concerne la présente espèce, dans aucun pays civilisé, ni par un tribunal arbitral. »

« En conséquence, la compétence (du tribunal arbitral) doit être déclinée. Il en résulte qu'en concluant à mon incompétence, je me suis référé aux principes généraux selon lesquels les arbitres ne peuvent connaître des litiges de cette nature plutôt qu'à des règles nationales sur l'arbitrabilité. Les parties qui s'allient dans une telle entreprise doivent réaliser qu'elles ont perdu tout droit de s'adresser à la justice (qu'il s'agisse des juridictions nationales ou de tribunaux arbitraux) pour faire trancher leur différend. »

17. Le raisonnement de l'arbitre mérite que l'on s'y arrête. A première vue, il semble tirer son incompétence de la nullité du contrat litigieux, qui aurait pour effet de rendre caduque la clause compromissoire, et par conséquent inciterait l'arbitre à

(11) Cf. R. Drouillat et M. Leboulanger, « L'ordre public », *Jurisclasseur de droit international*, Fasc. 534 A à 534 C, spécialement Fasc. 534 B.

refuser d'aborder le fond du litige faute d'avoir une base valable pour se déclarer compétent. C'est ainsi qu'à aucun moment⁽¹²⁾ il ne fait allusion à la clause compromissoire ou au compromis d'arbitrage. Il est donc permis de penser que, dans son esprit, l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage a pour fondement l'extension de la nullité du contrat litigieux qui englobe la clause compromissoire ou le compromis. En d'autres termes, il s'est placé sur le terrain de la compétence pour s'attaquer au problème de la non-arbitrabilité du litige. Ceci explique le fait qu'il s'est « référé aux principes généraux selon lesquels les arbitres ne peuvent connaître des litiges de cette nature, plutôt qu'à des règles nationales sur l'arbitrabilité ». En effet, l'existence de principes généraux directement applicables est concevable en ce qui concerne l'incompétence qui résulte de l'irrecevabilité de l'action arbitrale dont la cause est contraire à l'ordre public, tandis que le problème de l'arbitrabilité ou la non-arbitrabilité est nécessairement lié aux règles nationales selon la *lex arbitrii*.

18. Le rôle qu'assigne l'arbitre Lagergren à l'ordre public international, dont il convient de souligner au passage que la notion n'en était pas, à l'époque, admise de façon aussi large qu'aujourd'hui, en dépit des vœux de la doctrine⁽¹³⁾, ou des constatations des praticiens⁽¹⁴⁾, est d'écarter le contrat lui-même qui se trouve ainsi rejeté dans une zone de non-droit, ou à tout le moins de non-juridiction. A deux reprises, l'arbitre énonce que le contrat ne peut être sanctionné par aucune juridiction, fut-elle étatique d'ailleurs, ce qui semble confirmer la thèse selon laquelle il fonde son incompétence sur la violation de l'ordre public international, exclusif par essence, selon lui, de tout recours à l'arbitrage. Logiquement, cette exclusion de l'arbitrage est la conséquence nécessaire de la nullité absolue de la clause compromissoire ou du compromis d'arbitrage⁽¹⁵⁾.

(12) Du moins dans les extraits cités par J. Lew, *op. cit.*, p. 553-555.

(13) Cf. B. Goldman, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Rec. Cours. Acad. Dr. Internat. La Haye*, 1963, T II, p. 358 et s., spécialement p. 430 et s.; Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, p. 398 et s.

(14) Cf. M. Leboulanger, « Remarques sur la règle dite « ordre public » appliquée aux stipulations de garantie monétaire dans les contrats internationaux », *Clunet*, 1963, p. 86.

(15) L'arbitre Lagergren semble avoir suivi dans ce domaine la tradition britannique, telle qu'elle est exprimée par Lord Mac Millan dans l'affaire *Heyman v. Darwins Ltd*, selon laquelle : « *If the main contract is invalid ab initio, the arbitration clause, as a term of the contract, falls to the ground and the arbitrator has no jurisdiction to decide this issue because he derives his authority from the term of the main contract* » (cf. Clive M. Schmitthoff, « *The Jurisdiction of the Arbitrator* », in *The Art of Arbitration : Essays on International Arbitration - Liber Americorum Pieter Sanders*, Kluwer, 1982, p. 290).

En revanche, les tribunaux étatiques ont le pouvoir de prononcer la nullité des conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Seulement, la saisine d'une juridiction étatique ne repose pas sur un engagement contractuel. En se déclarant incompétent, l'arbitre a clairement voulu marquer les limites de la liberté contractuelle qui ne saurait, par le recours à l'arbitrage international, à la fois créer des actes illicites et leur faire donner force exécutoire⁽¹⁶⁾. Pour le Président Lagergren, l'arbitre ne saurait prêter la main à une telle entreprise en tous points condamnable. Selon lui, l'illicéité du contrat a pour corollaire l'exclusion *ipso jure* de tout recours arbitral⁽¹⁷⁾. Cette position, si elle a le mérite de la clarté, présente malheureusement l'inconvénient de laisser en suspens les contrats ayant pour objet la corruption ou le trafic d'influence.

19. Est-elle conforme à la mission de l'arbitrage international ? Est-elle encore conforme à l'état actuel du droit de l'arbitrage commercial international ? A la première question, on peut répondre que le développement des procédures d'arbitrage a conduit les arbitres à adopter des positions plus tranchées dans les litiges où est en cause l'ordre public international⁽¹⁸⁾, et à dégager des usages en la matière. En ce qui concerne la seconde question, on rappellera qu'il est généralement admis, aujourd'hui, que la clause compromissoire est indépendante du contrat principal et que la nullité dont celui-ci pourrait être entaché ne saurait la contaminer⁽¹⁹⁾.

(16) Sur les rapports entre l'arbitrabilité et l'ordre public, cf. Motulsky, *Écrits*, t. 2, p. 60 et s.; Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, p. 106 et s.; Comp. en matière d'ordre public communautaire, sentence C.C.I. n° 1397/1966, *Clunet*, 1974, p. 879, obs. R. Thompson et Y. Derains; adde, R. Kovar, « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Le Droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 111-112.

(17) Cette analyse rejoint dans une certaine mesure celle de M. Goldman qui estime que la sentence dont s'agit n'était pas fondée sur la non-arbitrabilité du litige, mais sur une application implicite de l'adage « *nemo auditur* »; cf. B. Goldman, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *op. cit.*, p. 437.

(18) Cf. notamment sentence C.C.I. n° 2521/1975, *Clunet*, 1976.997; obs. Y.; Derains; adde sentence n° 1526/1962, *Clunet*, 1974.915; obs. Thompson et Derains.

(19) V. notamment, Ph. Francescakis, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire », *Rev. arb.*, 1974.67.

III. - COMPÉTENCE ET POUVOIRS DE L'ARBITRE FACE A LA CORRUPTION OU AUX TRAFICS D'INFLUENCE

20. En réponse à l'arbitre Lagergren, la seconde sentence arbitrale citée affirme avec fermeté que la nullité du contrat litigieux ne fait pas obstacle à la compétence de l'arbitre. Après avoir adopté les motifs de la première sentence, l'arbitre estime que :

« Pourtant, la présente sentence... ne peut non plus suivre l'arbitre Lagergren lorsqu'il arrive à la conclusion qu'une prétention tirée d'un accord violant les bonnes mœurs et/ou l'ordre public ne peut pas être jugée ni par un tribunal étatique ni par un tribunal arbitral. La clause arbitrale doit être considérée indépendamment du contrat dont elle fait partie (cf. l'article V § 3 de la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international dont la France fait partie (20)). Elle n'est pas affectée par une nullité frappant les autres stipulations entre les parties. »

Par cette solution désormais classique, l'arbitre marque qu'il n'entend pas se placer sur le terrain de la compétence ; il constate la nullité du contrat litigieux et déboute la partie demanderesse de sa demande tendant au paiement de commissions. Ainsi que le fait Monsieur Goldman, il faut approuver cette solution. « Il importe en effet, écrit-il, que l'arbitre tente de faire obstacle à des accords qui sont contraires aux intérêts de l'État sur les organes duquel l'influence rémunérée est exercée, comme à la moralité des rapports économiques internationaux » (21).

21. Cette sentence mérite de retenir l'attention car elle traduit une évolution sensible des pouvoirs de l'arbitre international face aux contrats illicites. Elle est à la fois classique et novatrice. Classique en ce que l'arbitre s'attache d'abord à déterminer la loi applicable au contrat litigieux et novatrice en ce que, finalement, il se réfère, directement, à l'ordre public international.

Le contrat avait été établi en deux versions : la version française était muette quant au droit applicable, mais la version anglaise stipulait que les différends pouvant éventuellement naître entre les parties devraient être, après une tentative de conciliation

(20) L'arbitre fait référence à la France, dont le droit lui paraissait avoir une certaine vocation à s'appliquer.

(21) B. Goldman, « L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », 60^e anniversaire de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I., rapport préc., p. 29-30.

liation demeurée infructueuse, soumis à l'arbitrage « de la Chambre de commerce internationale de Paris selon le droit français » (22). La rédaction d'une telle clause laisse à penser, *prima facie*, que la référence au droit français visait la loi applicable à la procédure d'arbitrage, et non celle applicable au fond. Les parties ayant accepté, dans l'acte de mission, que la procédure soit régie à titre subsidiaire par le droit français, l'arbitre fait mention expresse de l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile (décret du 12 mai 1981) pour déterminer la loi applicable au fond. Il passe alors en revue les différents éléments de rattachement possible du contrat avec successivement : la loi du lieu d'exécution du contrat litigieux (pays dans lequel le demandeur devait déployer son activité et où les commissions devaient être payées) ; la loi nationale de l'entreprise défenderesse, la loi française, la loi autrichienne (nationalité de l'arbitre), la loi anglaise (référence à la version anglaise du contrat) pour ne retenir, finalement, que le droit français et le droit du lieu d'exécution.

22. En ce qui concerne ce dernier, l'arbitre relève les efforts anciens et répétés du législateur pour combattre la corruption et le trafic d'influence, notamment en matière de marchés de travaux publics, et constate que ce droit prévoit la nullité de tous les contrats contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (interne). Examinant ensuite le droit français, il relève qu'il contient des dispositions analogues :

« En droit français, il y a une jurisprudence constante... pour dire que sont nulles, au sens des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, en raison de leur cause illicite, les conventions par lesquelles quelqu'un s'engage moyennant contrepartie, à user de son influence auprès d'une administration publique afin d'obtenir un marché au bénéfice de son co-contractant. »

« Il en est ainsi de toute promesse rémunérée de s'entretenir pour obtenir de l'Administration ou du Gouvernement une commande, même si elle émane d'un non-fonctionnaire... La question de savoir si certaines nullités sont absolues, c'est-à-dire existent même sans intervention judiciaire ou arbitrale, ou relatives, c'est-à-dire que l'annulation n'intervient que par le jugement ou par la sentence, est fort

(22) Cf. Ph. Fouchard, *op. cit.*, p. 400 ; F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pédone, 1977, p. 390 et s. ; Comp. pour les juges étatiques : P. Courteault et G. Flécheux, « La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de cassation française », *Rev. arb.*, 1978, 341 et s. ; adde B. Oppetit, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 1976, *Clunet*, 1977.166 ; J. M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983, p. 58 et s.

discutée en jurisprudence française ; bien qu'elle soit, sans grande importance pour notre cas, *préférence doit être donnée au concept de la nullité absolue...* ».

Ce choix pour la nullité absolue du contrat explique que l'arbitre se soit dispensé de la prononcer. La nullité étant absolue, il lui suffit de la constater. Toutefois, contrairement à la logique de la sentence Lagergren, cette nullité absolue du contrat principal n'affecte pas la clause compromissoire qui, du fait de son autonomie, reste une base valable pour justifier la compétence de l'arbitre.

23. Les sentences citées apportent sans nul doute une importante contribution au contenu et au rôle de l'ordre public international dans l'arbitrage, mais il est très remarquable de n'y trouver aucune référence, même implicite, aux sources aussi bien qu'au contenu de cet ordre public international. Ce n'est pas exclusivement dans l'examen comparatif des lois en présence que les arbitres en trouvent la source. En effet, sans s'affranchir totalement des lois nationales, les deux arbitres invoquent des principes supérieurs, dont ils constatent l'existence et déterminent le rôle.

Bien que l'ordre public international soit une notion éminemment malléable et variable, il existe un assez large consensus de la part des États(23) ou des milieux professionnels(24) sur l'impérieuse nécessité de lutter contre la corruption et les trafics d'influence. Il ne s'agit certes pas de droit positif(25), mais il est certain que ce consensus joue un rôle non négligeable dans la condamnation de la corruption et du trafic d'influence dans les relations économiques internationales. Rendue très récemment, la seconde sentence rapportée n'y fait pourtant aucune référence ni allusion. L'arbitre y énonce simplement :

(23) Cf. Résolution n° 3541 (XXX) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 26 janvier 1976 ; Projet de Convention internationale sur les paiements illicites, Doc. O.N.U., Conseil économique et social, E/1979/104, 25 mai 1979 ; O.C.D.E., *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, Annexe à la Déclaration du 21 juin 1976, Principes Généraux, par. 7. Selon ces Principes, « les entreprises devraient... n'octroyer — et l'on ne devrait ni solliciter, ni attendre d'elles — aucun paiement illicite ou autre avantage indû, direct ou indirect, à aucun fonctionnaire ou titulaire de charge publique ».

(24) Cf. C.C.I., *L'exaction et la corruption dans les transactions commerciales*, Brochure n° 315.

(25) Cf. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduites privés », in *Le droit des relations économiques internationales*, op. cit., p. 47 et s. ; P. Sanders, « Codes of conduct and sources of Law », *ibidem*, p. 281 et s.

« Finalement, on peut aussi apprécier l'affaire, en dehors de toute loi nationale, d'après ce qui est considéré être la moralité dans les affaires internationales. »

24. Par les prohibitions qu'il contient, l'ordre public international agit comme régulateur de la liberté du commerce international. Celle-ci trouve ses limites dans la morale des affaires internationales(26), qui réproouve la corruption et le trafic d'influence. En exprimant ces prohibitions et ces limites, l'arbitrage contribue à préciser le contenu de l'un des principes du Nouvel Ordre Économique International dont la seconde sentence rapportée est une consécration éclatante. Elle pourrait aussi se réclamer d'une nouvelle conception de la *lex mercatoria* qui verrait ainsi son champ d'action considérablement élargi et déterminerait ses propres lois de police(27). Ainsi que l'écrivait P. Louis-Lucas, « Plus il méritera son nom, plus l'ordre public international apparaîtra comme ayant pour mission, non de combattre des conceptions dissidentes, mais de faire accepter des vérités essentielles. Il sera « d'application immédiate », plus voisin, dans son rôle élargi, de la règle de police et de sûreté que de l'exception d'ordre public »(28).

25. Est-il alors possible de concevoir que l'arbitre puisse soulever d'office la violation de l'ordre public international, même dans l'hypothèse où, dans l'acte de mission, les parties ne lui ont pas conféré le pouvoir de se prononcer sur l'illicéité de la cause du contrat litigieux et l'éventuelle nullité de celui-ci ? Selon la conception de l'arbitre Lagergren, qui s'est placé sur le plan de l'irrecevabilité de l'action, il serait possible d'aborder d'office la base de la compétence, c'est-à-dire que l'arbitre aurait le pouvoir de vérifier initialement que la clause compromissoire ou le compromis n'est pas entaché d'une nullité absolue en raison du caractère illicite de l'objet ou de la cause du contrat principal. En d'autres termes, l'arbitre pourrait refuser de statuer sur le fond du litige pour des raisons qu'il invoque lui-même en fonction du dossier qui lui est soumis.

Au contraire, d'après la conception adoptée par la sentence plus récente fondée sur la séparation totale entre le contrat principal et la clause compromissoire ou le compromis, la recherche se place au plan du fond du litige. Ce sont donc les questions de

(26) Sur la notion de « moralité internationale », cf. notamment Ph. Francescakis, « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, T I, p. 113 ; P. Louis-Lucas, note sous Paris, 9 fév. 1966, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966.264.

(27) Cf. B. Goldman, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Clunet*, 1979, p. 475 et s., spécialement p. 498.

(28) P. Louis-Lucas, note précitée, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 268.

fond telles qu'elles sont définies par les parties dans l'acte de mission qui forment le cadre de l'arbitrage, et l'arbitre aurait beaucoup de difficultés à s'affranchir des limites du cadre imposé en invoquant des aspects du litige qu'aucune partie n'a soulevés.

CONCLUSION

26. Dans la phase actuelle de l'évolution des échanges internationaux, on constate sur le plan de l'action étatique et inter-étatique un regain des efforts pour instaurer la moralité internationale, en condamnant les actes qui tendent à exploiter la corruption et le trafic d'influence pour s'assurer certains avantages.

La prolongation de ces efforts sur le plan transnational se manifeste par une attitude qui devient de plus en plus visible de la part des arbitres pour lutter contre ce fléau.

Les deux précédents étudiés dans le cadre du présent article démontrent clairement l'efficacité de l'arbitrage comme méthode pour consolider les efforts étatiques en projetant les mêmes préoccupations d'origine morale au-delà de systèmes juridiques nationaux.

Deux techniques juridiques sont utilisées pour réaliser l'intégration de la moralité dans le droit de l'arbitrage. Selon une solution classique, qui puise sa source dans les traditions anglo-américaines, l'arbitrage se contente de se déclarer incompétent face à un litige qui comporte visiblement un acte de corruption ou un trafic d'influence. Un nouveau pas, plus hardi, est franchi quand l'arbitre transforme la moralité qui doit régner dans la conduite des affaires en règle matérielle d'application immédiate qui s'impose à toute personne impliquée dans les opérations relatives au commerce international.
