

144<sup>e</sup> année  
ISSN 0021-8170

# Journal du Droit International

## *Clunet*

*Paraissant tous les trois mois*

Octobre-Novembre-Décembre 2017  
n° 4/2017

**Directeur :** Jean-Michel JACQUET

Fondé en 1874 par Édouard CLUNET

Continué par André PRUDHOMME (de 1923 à 1948),  
Berthold GOLDMAN (de 1950 à 1993) et Philippe KAHN (de 1985 à 2002).

---

**Sous le haut patronage de :**

J.-D. BREDIN, J. DEHAUSSY,  
J. LEMONTEY, M. LONG,  
J. VASSOGNE, S. ROZES, P. WEIL

**Journal publié avec le  
concours de la CNUDCI**

 LexisNexis®



**29 Arbitrage international.** – Sentence. – Recours contre la sentence. – « *Security for claim* ». – Conformité de la sentence à l'ordre public. – Corruption. – Blanchiment. – Preuve. – Méthode des indices (*red flags*). – Objet du contrôle. – Intensité du contrôle. – Lois de police. – Transparence dans la passation de marchés publics. – Interdiction pour un État d'invoquer la violation de sa propre législation pour se délier de ses engagements contractuels.

*La sentence qui donne effet à un contrat obtenu par corruption (2<sup>e</sup> esp.), comme la sentence qui permet à une partie de retirer les bénéfices du pacte corruptif (1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> esp.) ou du produit d'activités délictueuses (3<sup>e</sup> esp.), viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international.*

*Le contrôle exercé par le juge de l'annulation ou de l'exequatur au titre de la défense de l'ordre public international n'est pas limité aux éléments de preuve produits devant les arbitres, le juge n'étant pas lié par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci (3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> esp.).*

*L'étendue du contrôle du respect de l'ordre public de fond ne peut être conditionnée par l'attitude d'une partie devant l'arbitre (1<sup>re</sup> esp.).*

*L'examen du grief de violation de l'ordre public international tenant au fait que la sentence fait bénéficier une partie du produit d'une activité de blanchiment n'est pas subordonné à l'intervention préalable d'une condamnation pénale du chef de blanchiment (3<sup>e</sup> esp.).*

*La preuve de la corruption (2<sup>e</sup> esp.) ou de pratiques de blanchiment (3<sup>e</sup> esp.) est susceptible de résulter d'indices graves, précis et concordants.*

*L'inobservation de règles de transparence dans la passation des marchés publics est un indice particulièrement significatif de l'infraction de corruption mais ne saurait être sanctionnée pour elle-même, indépendamment d'une atteinte actuelle à l'objectif de lutte contre la corruption (2<sup>e</sup> esp.).*

*En vertu du principe de bonne foi dans l'exécution des conventions, un État ne peut invoquer devant le juge de l'annulation, afin de se délier de ses engagements contractuels, sa propre législation (2<sup>e</sup> esp.).*

Cass. – 1<sup>re</sup> civ. – 13 sept. 2017. – n° 16-25.657, 445. – Sté Ancienne maison Marcel Bauche, Sté Indagro. – M<sup>me</sup> Batut, Président. – M. Hascher, Rapporteur. – M. Bernard de La Gatinais, Avocat général. – SCP Foussard et Froger, Avocat. – SCP Ortscheidt, Avocat. – JurisData n° 2017-018502. – Bull. civ. I, n° 951.

(...)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 27 septembre et 15 novembre 2016), que la société Ancienne maison Marcel Bauche (Bauche) et la société Indagro ont conclu, le 13 décembre 2007, un contrat de vente d'urée en granulés à destination de deux États africains ; qu'invoquant le retard lors

du déchargement du navire transportant la marchandise, la seconde a mis en œuvre la convention d'arbitrage contenue au contrat et demandé le paiement de surestaries ; que deux ordonnances ont revêtu de l'*exequatur*, l'une, la sentence du 6 mai 2015 qui a condamné la société Bauche au paiement de diverses sommes à la société Indagro, l'autre,

la sentence du 4 janvier 2016 sur les frais de la procédure ; que, par jugement du 12 mai 2016, le tribunal correctionnel a déclaré la société Indagro coupable du délit de corruption au motif qu'elle avait versé sans droit à un des salariés de la société Bauche des commissions illicites ;

Sur les trois moyens du pourvoi no U 16-25.657, réunis :

Attendu que la société Indagro fait grief à l'arrêt de rejeter la demande d'*exequatur*, alors, selon le moyen :

1°/ que réserve faite du cas où le moyen est fondé sur un fait postérieur à la sentence arbitrale, ou encore du cas où le fait n'est porté à la connaissance de la partie qui peut l'invoquer que postérieurement à la sentence arbitrale, il incombe à la partie, qui a intérêt à se prévaloir de ce fait, de s'en prévaloir devant l'arbitre au cours de l'instance arbitrale ; qu'à défaut, elle est irrecevable à l'invoquer devant le juge appelé à se prononcer sur le bien-fondé de l'*exequatur* de la sentence arbitrale ; qu'il en va de même lorsqu'une partie, à même de faire valoir un fait, s'abstient d'accomplir les diligences nécessaires pour que l'arbitre en connaisse ; qu'en l'espèce, la société Indagro faisait valoir que l'arbitre avait subordonné l'examen de la corruption telle qu'elle pouvait être constatée par le juge correctionnel français à la constitution d'une garantie bancaire et que c'est à raison de l'absence de constitution de cette garantie que l'arbitre a décidé de rendre une décision sans attendre la décision du juge correctionnel français ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur cette circonstance à l'effet de déterminer si le moyen fondé sur la corruption était recevable devant la cour d'appel appelée à se prononcer sur le bien fondé de l'*exequatur*, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles 1466, 1520, 5°, et 1525 du code de procédure civile ;

2°/ qu'au cours de l'instance arbitrale, et le 25 février 2013, les parties sont convenues que la société Bauche paierait une somme de 1 000 000 US dollars à la société Indagro s'il s'avérait, dans le cadre de la procédure arbitrale, et conformément aux règles de la procédure arbitrale, que les faits de corruption ne sont pas établis ; que dans le cadre de la sentence arbitrale du 6 mai 2015, l'arbitre s'est fondé sur cet accord pour condamner la société Bauche envers la société Indagro ; qu'en s'abstenant de rechercher, si cet accord et son exécution ne s'interposaient pas entre les faits de corruption invoqués par la société

Bauche et la sentence arbitrale, et si dès lors ils n'excluaient pas que la corruption puisse être invoquée dans le cadre de l'instance en *exequatur*, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles 1520, 5°, et 1525 du code de procédure civile ;

3°/ que le juge ne peut retenir une atteinte à l'ordre public que si cette atteinte est flagrante, concrète et effective ; que dans l'hypothèse de corruption, les juges du fond doivent distinguer le pacte de corruption et les contrats qui peuvent être par ailleurs conclus entre les parties ; que dans la mesure où l'instance arbitrale ne porte que sur l'exécution de l'un des contrats conclus, en dehors du pacte de corruption, le juge doit déterminer quelle a été l'incidence sur ce contrat du pacte de corruption ; qu'en l'espèce, s'il a retenu l'existence du délit de corruption, le tribunal correctionnel de Paris a formellement constaté que dans le cadre des contrats commerciaux conclus entre la société Indagro et la société Bauche, la preuve d'une surfacturation n'était pas rapportée ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur l'incidence du pacte de corruption à l'égard du contrat dont l'exécution était en cause dans l'instance arbitrale, sur la base des constatations effectuées par le juge correctionnel, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles 1520, 5°, et 1525 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, qu'après avoir énoncé que, lorsqu'il est soutenu qu'une sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient au juge de l'*exequatur* d'apprécier si la reconnaissance et l'exécution de la sentence viole la conception française de l'ordre public international, la cour d'appel, dont l'étendue du contrôle quant au respect de l'ordre public de fond ne pouvait être conditionnée par l'attitude d'une partie devant l'arbitre, n'était pas tenue de s'expliquer sur une circonstance tirée du non-renouvellement par la société Bauche de la garantie bancaire ;

Attendu, ensuite, qu'ayant énoncé que la vente litigieuse avait été conclue, à des conditions déséquilibrées au détriment de la société Bauche, par son salarié, en raison de sa corruption par la société Indagro, que l'illicéité de ce contrat avait été établie par le juge pénal et que la reconnaissance de la sentence permettrait à la société Indagro de retirer les bénéfices du pacte corruptif, elle a retenu, sans avoir à procéder à une recherche

qui ne lui était pas demandé, que ce pacte délictueux était à l'origine de la condamnation prononcée par l'arbitre ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision de ne pas reconnaître en France cette sentence violant la conception française de l'ordre public international ;

(...)

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Indagro aux dépens ;  
Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette ses demandes et la condamne à payer à la société Ancienne maison Marcel Bauche la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize septembre deux mille dix-sept.

CA Paris. – pôle 1, ch. 1. – 16 mai 2017. – n° 15/17442, 23790. – République démocratique du Congo, Sté Customs and Tax Consultancy LLC. – M<sup>me</sup> Guihal, Président. – M<sup>me</sup> Salvary et M. Lecaroz, Conseillers. – M<sup>es</sup> Fleury, Audit et Angelet, Avocats. – M<sup>es</sup> De Maria et Honlet, Avocats.

(...)

Considérant qu'il est constant qu'en 2003, l'OFIDA a engagé un programme de modernisation douanière sous l'égide du Fonds monétaire international ; qu'il a conclu, en 2005 avec une société néerlandaise, un contrat portant sur la vérification des marchandises importées en RDC et en 2006, avec une société de droit sud-africain, un contrat portant sur la fourniture d'un équipement informatique de télécommunication et de surveillance électronique ; que les progrès ont été néanmoins jugés insuffisants par l'Organisation mondiale des douanes ; que la RDC a alors sollicité la société britannique Crown Agents, spécialiste en matière d'organisation de services douaniers, qui avait fait ses preuves en Angola et au Mozambique ; que l'offre de cette société a, toutefois, été refusée par les autorités congolaises le 16 octobre 2007, son prix ayant été jugé trop élevé ; que M. YAGHI, libanais résidant au Congo et directeur d'une banque congolaise, a alors pris contact avec des consultants qui avaient travaillé pour Crown Agents et constitué avec deux d'entre eux une société immatriculée dans l'État du Delaware, CTC, afin de soumettre à la RDC une offre portant sur « l'augmentation immédiate et durable des recettes douanières, la constitution d'une administration des douanes moderne et efficace et la mise en place d'une réglementation apte à favoriser l'activité commerciale, promouvoir l'investissement et sauvegarder les intérêts de l'État et de la population » ; que le projet de convention d'assistance technique a été signé le 5 juin 2008 par le représentant de CTC et, pour la RDC, par les trois ministres du Budget, du Portefeuille et des Finances ;

que le 29 août 2008, le contrat a été présenté au conseil des ministres et que le 30 août 2008, il a donné lieu à une conférence de presse, le porte-parole du Gouvernement se félicitant de ce que le versement initial, de même que les rémunérations et honoraires ultérieurs ne seraient exigibles qu'en cas d'augmentation des recettes douanières ;

Considérant que l'exécution du contrat a commencé en juillet 2008 et que le 30 novembre 2008, 56 des 63 experts et consultants prévus par le contrat avaient été déployés ; que, toutefois, en janvier 2010, CTC n'ayant perçu que 2.500.000 USD sur les 7.500.000 USD qu'elle estimait dus au titre des frais de mobilisation et d'installation des consultants, a réclamé le règlement du solde ; qu'aucun paiement n'étant intervenu, CTC a résilié le contrat le 15 janvier 2010 (sentence, § 57 à 71) ; qu'elle a engagé une procédure d'arbitrage le 31 mai 2013 ;

Considérant que la RDC, condamnée à payer diverses sommes à CTC, soutient que la sentence qui donne force à un contrat passé sans appel d'offres, en violation des règles de la Convention de Merida, ainsi que du droit congolais, et ayant pour effet un détournement de fonds publics au bénéfice d'intérêts privés, heurte l'ordre public international ;

Considérant que le moyen est articulé au regard, d'une part, d'une loi de police fixant des règles de passation des marchés publics, d'autre part, d'un objectif de lutte contre la corruption exprimé par une convention internationale ;

Considérant, en premier lieu, qu'en vertu du principe de bonne foi dans l'exécution des conventions, un État ne peut invoquer

devant le juge de l'annulation, afin de se délier de ses engagements contractuels, la violation de sa propre législation ;

Considérant, en second lieu, que l'ordre public international au sens de l'article 1520, 5° du code de procédure civile s'entend de la conception française de l'ordre public international, c'est-à-dire des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international ; que tel est le cas de l'objectif de lutte contre la corruption ;

Considérant que la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Merida le 31 octobre 2003, entrée en vigueur le 14 décembre 2005 et signée par 178 États, exprime un consensus international sur le fait que l'un des principaux moyens de prévention de la corruption consiste dans la mise en place de systèmes de passation des marchés publics fondés sur la publicité des appels d'offre, la mise en concurrence et la définition de critères objectifs et prédéterminés de sélection des soumissionnaires ;

Considérant, toutefois, que le contrôle exercé par le juge de l'annulation pour la défense de l'ordre public international s'attache seulement à examiner si l'exécution des dispositions prises par le tribunal arbitral heurte de manière manifeste, effective et concrète les principes et valeurs compris dans l'ordre public international ; que, dans une hypothèse telle que celle de l'espèce, l'annulation ne serait encourue que s'il était démontré par des indices graves, précis et concordants que la sentence aurait pour effet de donner force à un contrat obtenu par corruption ;

Considérant que si l'inobservation des règles de transparence dans la passation des marchés publics est un indice particulièrement significatif de telles infractions, elle ne saurait être sanctionnée pour elle-même, indépendamment d'une atteinte actuelle à l'objectif de lutte contre la corruption ;

Considérant qu'en l'espèce, la RDC n'a pas allégué devant les arbitres que le contrat litigieux serait entaché de corruption ; qu'elle ne le fait pas davantage devant cette cour ;

Considérant que si elle soutient que le contrat procéderait à un détournement de fonds publics et si la Convention de Merida invite les États parties à incriminer pénalement de tels faits, définis comme le détournement intentionnel « *commis par un agent public à son profit ou au profit d'autres personnes ou entités, de tous biens, de tous fonds ou valeurs publics ou privés ou de toute autre chose de valeur qui lui ont été remis à raison de ses fonctions* » (article 17), la recourante ne précise en aucune façon quel agent public serait en cause et quels seraient les biens ou valeurs qui lui auraient été confiés et dont il aurait mésusé ; que les faits, d'une part, que la co-contractante soit une société constituée pour l'occasion et immatriculée au Delaware – mais dont le savoir-faire provenait des consultants chevronnés qu'elle avait embauchés –, d'autre part, que le contrat ait porté la mention confidentielle – quoiqu'en réalité il ait fait l'objet après sa passation d'une conférence de presse –, enfin que le prix serait exorbitant au regard des ressources de la RDC, sont impropres à caractériser l'infraction alléguée, le juge de l'annulation n'étant pas le censeur d'éventuelles erreurs de gestion commises par un État ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de la violation de l'ordre public international doit être écarté et le recours en annulation totale de la sentence et de son addendum, formé par la RDC, rejeté ; (...)

PAR CES MOTIFS :

Ordonne la jonction des dossiers enregistrés sous les n° RG 15/17442 et 15/23790.

Constate que les recours incidents sont sans objet.

Rejette le recours en annulation totale et le recours en annulation partielle de la sentence rendue à Paris le 22 juillet 2015, telle que modifiée par un addendum du 19 novembre 2015.

Condamne la République démocratique du Congo aux dépens et au paiement à la société Customs and Tax Consultancy LLC de la somme de 50.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

CA Paris – pôle 1, ch. 1. – 21 févr. 2017. – n° 15/01650. – République du Kirghizistan, M. Belokon. – M<sup>me</sup> Guihal, Conseiller, faisant fonction de Président. – M<sup>mes</sup> Salvary et Menard, Conseillers. – M<sup>cs</sup> Fisselier, Tardif et Masse, Avocats. – M<sup>cs</sup> Guerre, Grandjean et Rozycka, Avocats.

(...)

Considérant qu'à la suite d'un appel d'offres lancé à l'été 2007, M. Valeriy BELOKON, ressortissant letton, propriétaire de la banque lettonne Baltic International Bank, a fait l'acquisition de la totalité du capital d'une banque kirghize en faillite, Insan Bank, qu'il a rebaptisée Manas Bank ;

Considérant que le 6 avril 2010, le président kirghiz Kourmanbek Bakiev, réélu en juillet 2009 au terme d'opérations caractérisées par le bourrage généralisé des urnes, les votes multiples et l'abus des ressources publiques (rapport daté du 11 mars 2010 du bureau de la démocratie, des droits de l'homme et du travail du département d'État des États-Unis, pièce République du Kirghizstan – ci-après RK –, n° 10), a été chassé du pouvoir par une émeute populaire provoquée par le doublement du prix des services publics ; qu'un gouvernement provisoire a été constitué par les chefs de l'opposition le 7 avril 2010 (Service de recherche du Parlement européen, Kirghizstan : situation politique, avril 2015, pièce RK, n° 9) ;

Considérant que le 8 avril 2010, une ordonnance n° 10/1 a été prise par le conseil d'administration de la Banque Nationale de la République kirghize (BNRK), « afin de contrôler le flux de capital et conserver les actifs dans l'intérêt des déposants et autres créanciers bancaires, face à l'instabilité de la République kirghize, et compte tenu de l'importance et de l'interrelation du système, ainsi que des circonstances de vol et de menace de vol, conformément à l'article 32 de la loi de la République kirghize sur la Banque Nationale de la République kirghize et à l'article 45 de la loi de la République kirghize sur les banques et les opérations bancaires » ; que cette ordonnance place cinq banques, parmi lesquelles Manas Bank, sous administration provisoire pour une durée de six mois, désigne des administrateurs, et suspend toutes transactions en devises sur les comptes de correspondants de ces banques (pièce Belokon, ci-après – B –, n° 38) ;

Considérant que le 9 avril 2010, le parquet de Bichkek a saisi les actifs de la banque Manas sur le fondement des articles 36 et 119 du code de procédure pénale afin de « garantir la procédure civile en matière d'indemnisation des préjudices et l'exécution du jugement aux fins de confiscation des biens » ; que cette décision était motivée par des « opérations suspectes de transferts de fonds à grande échelle, dont l'origine suscite des doutes quant à leur légalité, (qui) ont été réalisées entre 2006 et 2010 par l'intermédiaire des banques

*AsiaUniversalBank (AUB), Issyk-Kul-Invest, Manas, KyrgyzCredit et Akylinvest* », opérations documentées à partir du seul cas d'AUB (pièce B, n° 39) ;

Considérant que le 8 octobre 2010, la BNRK a prolongé la décision d'administration temporaire de Manas Bank au motif que M. BELOKON se serait abstenu de remplacer les organes dirigeants dans le délai imparti ; que le 28 janvier 2011, elle a pris une mesure de placement sous séquestre pour une durée de 18 mois, prolongée le 25 juillet 2012 pour neuf mois, suivie d'une nouvelle prolongation en juillet 2013 qui s'est achevée par le prononcé de l'insolvabilité de la banque le 6 juillet 2015 ;

Considérant que le 2 août 2011, une procédure arbitrale a été engagée par M. BELOKON sur le fondement de l'article 9(2)d de l'Accord pour la promotion et la protection des investissements conclu le 22 mai 2008 entre la République de Lettonie et la République du KIRGHIZSTAN (Traité bilatéral d'investissement ou TBI) et de l'article 3 du Règlement d'arbitrage de 1976 de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) ;

\* La sentence :

Considérant que la défense du KIRGHIZSTAN dans l'instance arbitrale tenait toute entière dans l'allégation de blanchiment ;

Considérant, toutefois, qu'aucun jugement de condamnation pénale n'était intervenu au KIRGHIZSTAN lorsque le tribunal arbitral a statué et que tel est d'ailleurs toujours le cas ;

(...)

\* Le contrôle exercé par le juge de l'annulation :

Considérant que la prohibition du blanchiment est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international ; qu'elle relève, par conséquent de l'ordre public international ;

Considérant, en effet, que la lutte contre le blanchiment d'argent provenant d'activités délictueuses fait l'objet d'un consensus international exprimé notamment dans la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Mérida le 9 décembre 2003, signée par 140 États et entrée en vigueur le 14 décembre 2005 ;

Que le blanchiment s'entend, selon l'article 23(1) de cette convention, des faits suivants lorsqu'ils sont commis intentionnellement (...) ;

Considérant, en premier lieu, que si la République française et la République du KIRGHIZSTAN, toutes deux parties à cette convention, sont aussi toutes deux dotées d'incriminations pénales des faits de blanchiment, il n'entre pas dans la mission de cette cour, saisie d'un recours en annulation d'une sentence internationale, de rechercher si une partie à l'arbitrage peut être déclarée coupable du délit de blanchiment en application des dispositions pénales d'un ordre juridique national, mais seulement de rechercher si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est de nature à entraver l'objectif de lutte contre le blanchiment en faisant bénéficier une partie du produit d'activités de cette nature, telles que définies par les stipulations précitées de la convention de Mérida ;

Considérant que l'examen de ce grief n'est pas subordonné à l'intervention préalable d'une condamnation pénale du chef de blanchiment ;

Qu'il en résulte que la circonstance que les poursuites engagées par les autorités kirghizes en 2010 n'aient pas encore débouché sur un procès au fond est dénuée de pertinence,

Considérant, au demeurant, que la durée de l'instruction n'apparaît pas, en l'occurrence, manifestement disproportionnée, dès lors que les faits de blanchiment donnent lieu, par nature, à des montages opaques et complexes impliquant de multiples sociétés off shore et, qu'en outre, la plupart des personnes poursuivies dans le dossier pénal en cause ont quitté le territoire kirghiz ;

Considérant qu'il n'est pas davantage avéré que le ministère public ait renoncé aux poursuites ; qu'en effet le courrier adressé le 28 janvier 2016 aux avocats de M. BELOKON par le Service d'État pour la lutte contre les délits économiques près le Gouvernement de la République kirghize fait seulement état de ce que, les prévenus faisant l'objet de recherches, ses investigations étaient suspendues et le dossier transmis au Procureur général pour examen, de sorte qu'il ne lui était pas possible de satisfaire leur demande de communication de pièces (pièce B, n° 45) ; que ne peut pas plus s'analyser comme un abandon des poursuites la décision prise par Interpol le 6 juillet 2012 de supprimer les fiches concernant plusieurs mis en cause ; que, du reste, les procès-verbaux d'interrogatoires de témoins faits sur commission rogatoire par la police estonienne le 2 mars 2016 (pièce RK, n° 83) et par la police russe le 31 mai 2016 (pièce RK, n° 76)

démontrent que l'instruction est toujours en cours ;

Considérant, en second lieu, 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 n'a pas pour objet de vérifier si les décisions de placement sous administration provisoire puis sous séquestre de la Manas Bank ont été prises légalement ou non au regard du droit kirghize, ni si les agissements de la République du KIRGHIZSTAN sont des violations de l'obligation de traitement juste et équitable prévue par le TBI, mais, ainsi qu'il a été dit, de s'assurer que l'exécution de la sentence n'est pas de nature à faire bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses ;

Considérant que cette recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci ;

Que la cour doit seulement s'assurer que la production des éléments de preuve devant elle respecte le principe de la contradiction et celui d'égalité des armes et que chaque partie a été mise en mesure de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation substantiellement désavantageuse vis-à-vis de son adversaire ;

(...)

\* L'allégation de blanchiment :

Considérant que la République du KIRGHIZSTAN soutient, en substance, qu'Insan Bank, rebaptisée Manas Bank, a été acquise dans des conditions suspectes par M. BELOKON dans le seul but d'en faire une plate-forme de blanchiment grâce à ses liens étroits avec le fils du président Kurmanbek Bakiev, Maxim Bakiev, lequel employait à ses fins personnelles les pouvoirs étendus que son père lui avait confiés sur l'économie du pays ;

1) *Les relations de M. BELOKON et de M. Maxim Bakiev*

(...)

Considérant qu'il en résulte, et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté, que les pouvoirs de l'État sur l'économie kirghize se trouvaient ainsi – de jure, après l'avoir été de facto –, concentrés entre les mains de M. Maxim Bakiev ;

Considérant que sur les liens de ce dernier avec M. BELOKON, le tribunal arbitral a estimé qu'il n'était « pas en position de déterminer de manière positive que la relation entre le Demandeur et le fils de M. Bakiev, Maxim

*Bakiev, était inappropriée, étant donné que celle-ci était uniquement superficielle » ;*

Considérant qu'en réalité, M. BELOKON et M. Maxim Bakiev sont cofondateurs et actionnaires chacun pour moitié de la société LLC Maval Aktivi immatriculée à Riga le 20 juin 2006 dont l'objet est la fourniture de services financiers (pièce RK n° 25) ;

Qu'à compter de la reprise d'Insan Bank à l'été 2007, jusqu'aux événements d'avril 2010, le quatrième étage de l'immeuble acquis par la banque pour abriter ses activités a été occupé par M. Maxim Bakiev sans qu'aucun contrat de location ait été signé et sans que l'occupant ait acquitté de charges, le quatrième étage n'ayant pas de compteurs distincts (courrier adressé le 14 septembre 2012 par la conservatrice de Manas Bank au vice-président du conseil de la BNRK, pièce RK n° 26) ;

Que M. Bakiev était aussi un client privilégié de la banque ; que M. Verbickis (président du conseil de Manas Bank) a, par exemple, reconnu qu'une demande de prêt de 550.000 USD, déposée le 22 décembre 2008 par une société dont M. Bakiev était bénéficiaire avait été satisfaite, dès le 23 décembre ; qu'il a précisé qu'il n'était pas inhabituel que la banque consente des prêts aussi rapidement (procès-verbal d'audition par le tribunal arbitral, p. 64, pièce B n° 86) ;

Considérant qu'il apparaît donc que les relations entre M. BELOKON et M. Bakiev n'étaient pas superficielles et qu'elles peuvent certainement être qualifiées d'*« inappropriées »* dans la mesure où les prestations immobilières fournies par Manas Bank à M. Bakiev s'analysent comme des abus de biens sociaux ;

Considérant, du reste, que la Manas Bank jouissait d'une confiance particulière de la part des autorités publiques kirghizes puisque le 23 septembre 2009, le Fonds de développement de la République kirghize a déposé auprès d'elle, 8 millions USD pour trois mois ; que ce dépôt a été renouvelé le 26 décembre 2009 et le 26 mars 2010, et que le Fonds social de la République kirghize a également fait d'importants dépôts, de l'ordre de 14 millions USD, à compter de mai 2009 (pièce RK, n° 27) ; que si M. Verbickis allègue dans son témoignage, sans que cela soit étayé, que ce montant représenterait une petite partie des sommes placées par ce fonds auprès de diverses banques, il n'en reste pas moins qu'ainsi que le fait observer M<sup>me</sup> Aiylichieva, dans une attestation conforme aux dispositions de

l'article 202 du code de procédure civile versée aux débats devant cette cour, qui reproduit les termes de son témoignage écrit devant le tribunal arbitral : *« En temps normal, j'aurais trouvé surprenant que le Gouvernement transfère une quantité si importante de fond publics à une banque existant depuis un an »* (pièce RK, n° 57, p. 4) ;

#### 2) *Les conditions d'acquisition d'Insan Bank*

Considérant qu'il résulte des énonciations de la sentence et qu'il n'est pas contesté qu'à l'été 2007 la BNRK a publié un appel d'offres pour l'acquisition et le redressement de cet établissement ; que le comité chargé d'examiner les propositions de reprises ne pouvait se prononcer que s'il était saisi d'au moins deux offres ; que le 28 août 2007, deux offres ont été reçues, émanant de M. BELOKON et de M. Eliseev, juriste de droit bancaire qui avait été l'avocat de M. BELOKON ; que le comité a choisi à l'unanimité la proposition de M. BELOKON (sentence, § 57 à 61) ;

Considérant que la République du KIRGHIZSTAN allègue l'insincérité de la procédure d'appel d'offres ;

(...)

Considérant que la cour estime, pour sa part, que les faits rapportés ci-dessus établissent suffisamment que l'appel d'offres s'est déroulé dans des conditions irrégulières, la circonstance que M. BELOKON aurait pu créer un établissement bancaire au Kirghizstan par d'autres moyens étant sans influence sur cette constatation ;

#### 3) *Les contrôles exercés sur Manas Bank*

Considérant que M. BELOKON fait valoir que la gestion de Manas Bank n'avait suscité avant 2010 aucune critique de la part des autorités régulatrices et que, *« ainsi que le rappelle M. Verbickis, la BNRK dépêchait des auditeurs chez Manas Bank, lesquels faisaient preuve de rigueur dans l'appréciation des documents, et ne s'étaient jamais plaints d'un manque d'accès à quelque document que ce fût. Au terme de ces audits, aucune violation des dispositifs anti-blanchiment n'avait été constatée »* (conclusions, p. 94, citant le second témoignage écrit de M. Verbickis devant le tribunal arbitral daté du 15 octobre 2012) ;

(...)

Considérant, toutefois, qu'il résulte du *« rapport d'inspection des pratiques de la SPAF Manas Bank en matière de location de coffres »*, établi le 2 juin 2011 par le conservateur de la banque, que M<sup>me</sup> Pak possédait en réalité sept coffres qui contenaient, pour quatre d'entre eux des devises en espèces :



1.350.000 USD, 1.419.800 USD, 1.619.000 USD et 1.959.900 USD et pour le cinquième, plusieurs tampons de sociétés commerciales dont l'une immatriculée aux Iles Vierges britanniques, ainsi que huit tampons de services régionaux d'inspection fiscale (Pervomayskyi District, Octjabrskyi District, Sverdlovskyi District, etc.) (pièce RK, n° 31) ;

(...)

Considérant que le contenu des coffres de M<sup>me</sup> Pak accrédite la thèse du KIRGHIZSTAN selon laquelle la probité de l'auditeur externe de Manas Bank était douteuse et la réalité de ses contrôles sur la banque sujette à caution ;

Considérant, par ailleurs, que cette même Ulyana Yurievna Pak, directrice générale de la CJSC « Top-Audit KG », a été enregistrée par un décret du 3 mai 2009 de la Commission centrale des élections et référendum de la République kirghize comme représentante autorisée disposant du pouvoir de signature de documents financiers du candidat à l'élection présidentielle K. S. Bakiev (pièce RK, n° 28) ;

4) *Les relations de Manas Bank avec la Baltic International Bank*

Considérant que Manas Bank entretenait des relations étroites avec la Baltic International Bank (BIB) dont le capital appartient à M. BELOKON ; que cet aspect sur lequel M. BELOKON est discret devant la cour avait été au contraire mis en exergue dans l'instance arbitrale, la sentence relevant d'ailleurs qu'en « *tirant parti du savoir-faire et des ressources humaines de la Baltic International Bank, Manas Bank a vite été performante* » (sentence, § 3) ;

Considérant que le 10 mars 2016 la Commission des marchés financiers et de capitaux de Lettonie a publié une décision de son conseil infligeant à la BIB et à sa présidente, M<sup>me</sup> Ilona Gujcaka des amendes d'un montant respectif de 1.100.000 euros et 25.000 euros, aux motifs suivants : « *au cours d'inspections menées au sein de la Baltic International Bank, la CMFC avait identifié des violations répétées de dispositions de la loi sur la prévention du blanchiment des produits d'activités criminelles (...) Alors qu'elle était impliquée dans des transactions soumettant la banque à des risques importants de blanchiment d'argent et de réputation.* [...] »

Considérant que le commentaire de cette décision, envoyé le 21 septembre 2016 par la société BIB, dont le capital est détenu par M. BELOKON, à la société JSC « BELO-

KON HOLDINGS » appartenant également à M. BELOKON, ne peut être considéré comme probant lorsqu'il affirme, sans aucun élément matériel, que le contrôle ne portait que sur la période 2011 à 2015 – donc postérieure à la saisie de Manas Bank (pièce B, n° 87) ;

Considérant qu'il apparaît, par conséquent, que Manas Bank prolongeait, dans un État doté de faibles structures de contrôle, les activités d'une banque lettone peu soucieuse des règles de vigilance anti-blanchiment ;

5) *Le volume et la structure des opérations réalisées par Manas Bank*

Considérant que le KIRGHIZSTAN a produit dans l'instance arbitrale deux rapports d'une société d'experts indépendants East Star Capital (ESC) ;

Considérant que le tribunal arbitral relève que ces rapports ont été préparés par deux consultants occidentaux en quelques semaines, qu'ils ne prétendent pas contenir de preuves, mais se bornent à faire allusion à des faits dont ils allèguent qu'ils devraient faire l'objet d'investigations plus approfondies (sentence § 164 et 165), que le second contiendrait, en outre, des erreurs d'évaluation des débits et des crédits, ainsi que des erreurs de dénomination des transactions (sentence § 176) ;

Considérant, toutefois, que ne sont pas contestées les données suivantes figurant dans le second rapport ESC (pièce B, n° 68) : qu'en deux ans et huit mois, la valeur totale des transactions de Manas Bank s'élevait à 5,2 milliards USD, soit un peu plus que le Produit Intérieur Brut total annuel de la République kirghize en 2008, et que sur la valeur totale des transactions, 80 %, soit 4,2 milliards USD impliquaient des sociétés non résidentes (rapport, p. 7) ; que ces données sont d'ailleurs confirmées par un rapport établi le 10 août 2016 par l'Agence de la République Kirghize pour la Réorganisation des Banques et la Restructuration de la dette (DEBRA) établissement public exerçant les fonctions d'administrateur judiciaire des banques en situation de faillite (pièce RK n° 64 non contestée par M. BELOKON) qui fait ressortir que le chiffre global des mouvements de crédit sur la totalité des comptes clients de CJSC Manas Bank entre le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et le 7 avril 2010 s'élevait à 5.923.825.731 USD (au taux moyen en vigueur au moment du calcul) dont 561.997.922 som (monnaie kirghize), 2.896.574.489 USD, 1.786.110.525 euros et le reste dans d'autres devises ;

Considérant que le volume et la structure de ces transactions réalisées par une banque qui était en déconfiture lors de sa reprise par M. BELOKON à la fin de l'été 2007 apparaissent sans rapport avec l'état de l'économie kirghize ; qu'un succès aussi foudroyant, dans un temps aussi bref, dans un pays aussi pauvre, n'est pas explicable par des pratiques bancaires orthodoxes ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède des indices graves, précis et concordants de ce qu'Insan Bank a été reprise par M. BELOKON afin de développer dans un État où ses relations privilégiées avec le détenteur du pouvoir économique lui garantissaient l'absence de contrôle réel de ses activités, des pratiques de blanchiment qui n'avaient pu s'épanouir dans l'environnement moins favorable de la Lettonie ;

Considérant que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence entreprise, qui aurait

pour effet de faire bénéficier M. BELOKON du produit d'activités délictueuses, viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international ; qu'il convient donc de prononcer l'annulation sollicitée ;

(...)

PAR CES MOTIFS :

Ecarte des débats les pièces de la République du KIRGHIZSTAN n° s 30, 65, 67 à 74, 77 à 81, 82, 84 à 86, 88 à 96, 99 à 110, 113 à 115 et 117 à 124.

Annule la sentence rendue à Paris entre les parties le 24 octobre 2014.

Rejette la demande de dommages-intérêts formée par M. BELOKON.

Condamne M. BELOKON aux dépens et au paiement à la République du KIRGHIZSTAN de la somme de 300.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

CA Paris – Pôle 1, Ch. 1. – 27 sept. 2016. – n° 15/12614. – Sté Ancienne maison Marcel Bauche, Sté Indagro. – M<sup>me</sup> Guihal, Conseiller, faisant fonction de Président. – M<sup>mes</sup> Dallery et Rey, Conseillers. – M<sup>e</sup> Poisson, Avocat. – M<sup>es</sup> De Maria et Mazur, Avocats. – JurisData n° 2016-030302.

(...)

Considérant 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 sur le fondement des dispositions précitées du code de procédure civile, 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 appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties ;

(...)

Considérant que l'arbitre unique, saisi par BAUCHE d'un moyen tiré de ce que le contrat était nul ou inopposable pour être entaché de corruption, a accepté de surseoir jusqu'à ce puissent être produits dans l'instance arbitrale les éléments de l'information suivie en France et couverts par le secret de l'instruction, sous condition de la fourniture par BAUCHE d'une garantie bancaire ; que BAUCHE, a fourni cette garantie mais a

refusé de la reconstituer lorsque la banque a notifié qu'elle y mettrait fin ; que l'arbitre, après lui avoir vainement rappelé à plusieurs reprises qu'elle devait satisfaire à ses engagements sous peine qu'une sentence soit rendue contre elle sans examen de ses moyens de défense et de ses demandes reconventionnelles, l'a condamnée, par la sentence litigieuse du 6 mai 2015, à payer à INDAGRO la somme 1.000.000 USD, outre intérêts, en se bornant à constater qu'elle n'avait pas fourni la garantie mise à sa charge et que sa carence n'était pas due à son insolvabilité ;

Considérant que pour contester l'exequatur en France de cette sentence, BAUCHE se prévaut d'un jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris le 12 mai 2016 ; que ce jugement, dont INDAGRO n'a pas interjeté appel, déclare celle-ci coupable du délit de corruption de novembre 2006 à avril 2008, en retenant qu'ont été versées sans droit par INDAGRO à Charles Carrière, alors responsable du secteur engrais de BAUCHE, des commissions de 2 USD par tonne d'engrais vendue par INDAGRO à BAUCHE, pour un montant total de 852 000 euros ; qu'au titre des réparations

civiles, le jugement condamne INDAGRO à payer cette somme à BAUCHE ;

(...)

Considérant que l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose au juge civil relativement à la déclaration de culpabilité ainsi qu'aux faits constatés qui constituent le soutien nécessaire de la condamnation pénale ;

Que l'illicéité de la cause du contrat de vente est donc établie ;

Considérant qu'en ce qui concerne les délais de déchargement du navire Verila, dont l'inobservation est à l'origine de la facture de surestaries litigieuse, il résulte des échanges de mails entre INDAGRO et M. CARRIERE que le contrat de vente en cause a été conclu selon les termes proposés par INDAGRO, sans aucune négociation sur les prix ni sur les délais de déchargement ; qu'il prévoyait un prix de vente de 494 USD la tonne en coût et fret à destination de Lomé, avec un supplément de 3,50 USD la tonne en cas de déchargement à Lomé puis à Cotonou, le paiement de la totalité du prix en cash contre remise des documents de transport et un temps de planche selon une cadence de déchargement de 2 000 tonnes par jour SHINC (dimanche et jours fériés inclus) ;

(...)

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. Carrière, professionnel des engrais, qui ne pouvait ignorer que le temps de déchargement stipulé n'était compatible ni avec les performances des ports concernés, ni avec les caractéristiques de la marchandise, a conclu le contrat à des conditions déséquilibrées au détriment de son employeur, pro-

fane en la matière ; que ce déséquilibre contractuel, sciemment accepté par un salarié de l'acheteur, ne pouvait avoir pour cause que sa corruption par le vendeur et pour but que d'engendrer en faveur de celui-ci une substantielle facture de surestaries ;

Considérant, par conséquent, que la reconnaissance ou l'exécution en France d'une sentence qui permet à INDAGRO de retirer les bénéfices du pacte corruptif ; viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international ;

Qu'il convient, dès lors, d'infirmier l'ordonnance qui l'a revêtue de l'exequatur et de rejeter la demande d'exequatur ;

(...)

PAR CES MOTIFS :

Infirmier l'ordonnance du délégué du président du tribunal de grande instance de Paris du 4 juin 2015 qui a conféré l'exequatur à la sentence rendue à Londres entre les parties le 6 mai 2015.

Rejette la demande d'exequatur de cette sentence.

Déclare irrecevable la demande d'infirmité de l'ordonnance du 13 avril 2016 par laquelle le président du tribunal de grande instance de Paris a conféré l'exequatur à la sentence prononcée à Londres le 4 janvier 2016.

Condamne la société INDAGRO aux dépens et au paiement à la société ANCIENNE MAISON MARCEL BAUCHE de la somme de 50.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

NOTE. – En rejetant, par sa décision du 13 septembre 2017, le pourvoi contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 27 septembre 2016 dans l'affaire *Indagro*, la Cour de cassation apporte sa pierre à l'édifice mis en place par les juridictions françaises pour inciter les arbitres à tirer toutes les conséquences civiles des situations de corruption dont ils viendraient à connaître (Sur l'attitude des arbitres confrontés au même phénomène, V. E. Gaillard, *La corruption saisie par les arbitres du commerce international* : *Rev. arb.* 2017, n° 3).

L'arrêt, comme celui de la cour d'appel qu'il maintient, complétés par une décision rendue par la cour d'appel de Paris le 21 février 2017 dans l'affaire *Belokon* (V. aussi *Rev. arb.* 2017, n° 3, note M. Audit et S. Bollée), nous éclairent aussi bien sur l'objet du contrôle (II) que sur son intensité (III). On y reviendra après avoir rappelé que l'affaire *Indagro* est née de l'usage intempestif par un arbitre anglais de la redoutable institution du « *security for claim* » (I). L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 16 mai 2017 dans l'affaire *République démocratique du Congo* confirme pour sa part les principes mis en œuvre par la

Cour pour s'assurer du respect de l'ordre public en la matière mais contient également une intéressante précision sur l'exigence de bonne foi interdisant à un État de se prévaloir de sa propre législation pour se délier de ses engagements contractuels (IV).

I. – LOGIQUE PROCÉDURALE DU « SECURITY FOR CLAIM » OU RESPECT DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

L'arbitre anglais dont la sentence était soumise au contrôle du juge de l'exequatur en France dans l'affaire *Indagro* a fait une application pure et dure de l'institution du « *security for claim* » dans les circonstances suivantes.

Le fond de l'affaire concerne un banal contrat de vente d'urée, en provenance de Russie et à destination du Bénin et du Togo. Des retards étant survenus au cours du déchargement du navire, la venderesse, la société Suisse Indagro, a réclamé à l'acheteur français, la société Ancienne Maison Marcel Bauche (Bauche), des surestaries pour un montant d'un peu plus d'un million de dollars américains. Les parties conviendront en cours de procédure, sans préjudice de la validité du contrat, que le montant des surestaries s'élevait bien à un million de dollars américains. Si l'affaire mérite de retenir l'attention, c'est que le principal moyen de défense de l'acheteur consistait à invoquer l'inefficacité du contrat pour cause de corruption. Le droit anglais étant applicable, il s'agissait d'une question d'*unenforceability* qui sanctionne l'illégalité dans la formation des contrats.

L'acquéreur soutenait que son responsable des achats avait été soudoyé à l'occasion de la conclusion du contrat, ce qui expliquerait son caractère déséquilibré. Cela justifierait tant le rejet des demandes principales que l'accueil d'une demande reconventionnelle. L'enquête pénale qui en a résulté montrera que le responsable des achats d'engrais s'était en effet vu consentir par Indagro une commission de deux dollars américains par tonne d'engrais vendue (*trib. corr. Paris, 12 mai 2016* : au titre des réparations civiles, le jugement condamnera le salarié corrompu à restituer à l'acheteur le montant des commissions reçues, soit une somme de 852 000 euros). Confronté à ce qui n'était alors qu'une allégation de l'acquéreur, l'arbitre unique anglais (M. Hallgarten, QC), statuant en application du règlement de la *London Maritime Arbitration Association* que visait le contrat, a accepté de suspendre la procédure dans l'attente des éléments susceptibles de résulter de la procédure pénale française couverte par le secret de l'instruction, à la condition que l'acheteur fournisse une garantie bancaire. Le montant de la garantie est fixé à 1,4 million de dollars américains destiné à couvrir, en principal et intérêts, le montant des surestaries dues si l'allégation de corruption venait à être rejetée. C'est ainsi l'intégralité de la créance litigieuse qui devait être couverte par la garantie. Dans un premier temps, l'acheteur a fourni la garantie requise puis, celle-ci étant expirée, l'arbitre l'a invité à la renouveler, faute de quoi il verrait ses prétentions rejetées. L'acheteur, qui s'était placé entre-temps sous le régime de la liquidation amiable, s'est déclaré dans l'impossibilité de remettre en place la garantie et s'est borné à réserver ses droits sur ses moyens de défense et sa demande reconventionnelle tirés de l'allégation de corruption. Confronté à la méconnaissance de ses instructions, l'arbitre unique, par une sentence du 6 mai 2015, a condamné l'acheteur au paiement de l'intégralité du montant réclamé, assorti d'un intérêt

de 4,5 % par an composé trimestriellement, et ce, sans examiner au fond les moyens de défense et la demande reconventionnelle tirés de l'inefficacité du contrat pour fraude. Il est vrai qu'il avait prévenu l'acquéreur à plusieurs reprises que telle serait sa décision en l'absence de mise en place de la garantie sollicitée. Dans la sentence, l'arbitre se contente de rappeler ses multiples mises en garde et d'observer que la décision de l'acheteur de ne pas renouveler la garantie relève d'une simple décision d'opportunité, l'acheteur n'établissant, ni même alléguant, se trouver dans l'incapacité de le faire (*Sentence*, § 29). Ce faisant, l'arbitre n'a fait que sanctionner la partie méconnaissant son injonction, sans se préoccuper des allégations de corruption.

Contrairement à celle du « *security for costs* », plus fréquemment invoquée dans les arbitrages internationaux se déroulant en dehors du monde de *common law* (Sur la question, v. par ex. J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer, 2012, p. 642-654), l'institution du « *security for claim* » demeure une particularité de la tradition juridique anglaise, spécialement de la tradition arbitrale anglaise (V. par ex. M. Mustill et S. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Butterworths, 1989, p. 337 et s. – D. Sutton, J. Gill et M. Gearing, *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2015, §§ 5-089-5-090). Elle consiste à ordonner à une partie de mettre en place, pendant la durée de l'instance, une garantie couvrant l'intégralité de la demande que le tribunal estime *prima facie* fondée (Sur la question, V. par ex. A. Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2005, p. 213-214). Elle se justifie lorsqu'une partie est en mesure de démontrer la vraisemblance de sa créance et le risque qu'un retard dans le prononcé de la décision la reconnaissant est susceptible de lui faire courir, notamment lorsque le débiteur est susceptible d'organiser son insolvabilité entre-temps. Les règlements d'arbitrage élaborés dans un environnement juridique familier de l'institution du « *security for claim* » précisent parfois que les arbitres ont le pouvoir de prendre de telles mesures (V. par ex. l'article 25.1(i) du Règlement d'arbitrage de la LCIA de 2014 ; le Netherlands Arbitration Institute s'en est inspiré, l'article 35(3) de son Règlement d'arbitrage visant expressément la possibilité pour un arbitre d'ordonner une mesure de « *security for the claim* » ; V. également la *sentence provisoire rendue à ce sujet le 12 décembre 1996 dans l'affaire NAI n° 1694*, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1998.97), tandis que les règlements de portée plus générale demeurent silencieux à ce sujet (V. par ex. l'article 28(1) du Règlement d'arbitrage de la CCI de 2017 qui se limite à énoncer la règle générale selon laquelle « *le tribunal arbitral peut, dès que le dossier lui a été remis, ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée* » ou l'article 26 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI), sans que cela n'affecte la possibilité pour les arbitres de prendre toute mesure que le droit applicable et les circonstances de la cause leur dicteraient d'adopter.

Dans l'affaire *Indagro*, la logique purement procédurale du « *security for claim* » se heurtait aux exigences de fond de l'ordre public de lutte contre la corruption. C'est ce qui aurait dû inciter l'arbitre à davantage de circonspection et ce qu'ont estimé les juridictions françaises lorsque la matière leur a été soumise.

La cour d'appel de Paris, statuant le 27 septembre 2016 sur l'appel de l'ordonnance qui avait conféré l'exequatur à la sentence, a, sans surprise, infirmé l'ordonnance d'exequatur et rejeté la sentence de l'ordre juridique français motif pris de sa contrariété à l'ordre public international. Quelles que soient les circonstances procédurales qui ont abouti à la décision de condamnation prise par l'arbitre, l'ordre juridique français ne saurait tolérer qu'une sentence permette à une partie de retirer le bénéfice d'un pacte corruptif. C'est cette règle, affirmée tout aussi clairement par la Cour de cassation dans sa décision du 13 septembre 2017 qui rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel, qu'il y a lieu d'examiner à présent.

## II. – OBJET DU CONTRÔLE DE L'ORDRE PUBLIC DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET PREUVE PAR LA MÉTHODE DES INDICES GRAVES, PRÉCIS ET CONCORDANTS

L'objet du contrôle opéré par le juge français au titre du respect de l'ordre public international de lutte contre la corruption tient en une formule simple. Celui-ci doit s'assurer que l'exécution de la sentence ne permette pas à une partie de retirer les bénéfices d'un pacte corruptif, ou, plus généralement, d'activités délictueuses.

Dans l'affaire *Indagro*, la cour d'appel de Paris, par son arrêt du 27 septembre 2016, avance pour la première fois l'idée que la contrariété à l'ordre public tient au fait, pour une sentence, de permettre à une partie de « retirer les bénéfices » d'une activité illicite. Elle estime en effet que la sentence rendue dans les circonstances que l'on sait (*V. supra*, I.) « permet à Indagro de retirer les bénéfices du pacte corruptif », ce qui lui permet d'en déduire qu'elle « viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international ». Pour rejeter le pourvoi formé à l'encontre de cette décision, par un arrêt du 13 septembre 2017, la Cour de cassation relève la formule utilisée par la cour d'appel de Paris, sans trouver à y redire.

Quelques mois après son arrêt *Indagro*, le 21 février 2017, la cour d'appel de Paris utilise à nouveau la formule dans l'affaire *Belokon* en la généralisant.

Il s'agissait en l'espèce d'un recours en annulation contre une sentence rendue le 24 octobre 2014 par un tribunal arbitral composé de MM. J. Paulsson, Président, K. Hober et N. Schiersing qui condamnait la République du Kirghizistan à payer 15 millions de dollars américains à M. Belokon pour l'expropriation de la Banque Manas, banque kirghize qu'il avait acquise en 2007. Comme le relève la cour d'appel, au cours de l'arbitrage, « la défense [de la République du Kirghizistan] tenait toute entière dans l'allégation de blanchiment ». La République du Kirghizistan avait en effet soutenu, sans succès devant les arbitres, que la banque avait été acquise puis utilisée comme une plateforme de blanchiment d'argent, ce qui justifiait les mesures prises à son encontre par les autorités kirghizes (mise sous administration provisoire, puis sous séquestre, de la banque).

Saisie du recours en annulation de la sentence qui avait rejeté les allégations de blanchiment au motif notamment que des preuves « concrètes et décisives » n'avaient pu être rapportées, la cour d'appel de Paris relève 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 ». Ce critère posé, la cour, qui n'était pas limitée 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 que « la reconnaissance ou l'exécution de la sentence entreprise, qui aurait pour effet de faire bénéficier M. Belokon du produit d'activités délictueuses, viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international ».

Avant les décisions *Indagro* et *Belokon*, la jurisprudence se contentait de relever la contrariété à l'ordre public d'une sentence « donn[ant] effet à un contrat conclu par corruption » (V. par ex. *CA Paris*, 4 mars 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 955, note L.-C. Delanoy ; *Gaz. Pal.* 27 juin 2014, p. 16, note D. Bensaude ; *Revista del Club Español del Arbitraje* 2016, p. 103, note B. Derains et A. Descombes ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée). Il s'agit sans doute d'une nuance, et ce d'autant qu'il reste vrai qu'une sentence donnant effet à un contrat conclu par corruption est incontestablement contraire à l'ordre public, comme l'a encore relevé l'arrêt *République démocratique du Congo* du 16 mai 2017, mais la formule qui condamne, pour contrariété à l'ordre public, la sentence qui permet à une partie de « retirer les bénéfices » d'un pacte de corruption, ou d'une activité illicite en général, est légèrement plus large. Elle ne couvre pas seulement le fait, pour les arbitres, de ne pas annuler le contrat d'intermédiaire ou le contrat de fond entaché de corruption. Ce sont toutes les conséquences de l'activité de corruption ou de l'activité délictueuse en général qui sont saisies. Dans l'affaire *Belokon*, c'est, en matière d'investissement, une défense au fond tirée de l'illicéité de l'activité de la demanderesse qui était en cause. La formule est également plus concrète, ce qui correspond à l'esprit d'un contrôle qui ne porte pas sur les formules utilisées par les arbitres mais sur le résultat concret de leur décision.

Pour s'assurer que la sentence ne permet pas à une partie de retirer le bénéfice du pacte corruptif, ou plus généralement de l'activité délictueuse, le juge français n'est pas tenu par les constatations de fait de la sentence. Il procède, comme c'est la norme s'agissant du contrôle de l'ordre public (V. par ex. J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* : LGDJ, 1999, § 987-993 ; et, avec des nuances, C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international* : LGDJ, 2013, § 984), à une appréciation *de novo* des circonstances de la cause. Comme le relève la cour d'appel dans l'affaire *Indagro*, celle-ci doit « rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention » sans être « liée, dans cet examen, ni par les appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties ».

Dans cette affaire, la cour se fonde tout particulièrement sur la décision du Tribunal correctionnel de Paris qui, le 12 mai 2016, a déclaré *Indagro* coupable du délit de corruption pour avoir versé une commission illicite au responsable des achats d'engrais de Bauche. La cour déduit l'illicéité de la cause du contrat de l'autorité de la chose jugée au pénal qui s'attache autant à cette décision qu'aux faits constatés qui en constituent le soutien nécessaire. Le fait que ces éléments

n'aient pas été à la disposition de l'arbitre lorsqu'il a rendu sa sentence le 6 mai 2015 est indifférent. L'appréciation de la conformité de la sentence à la conception française de l'ordre public international se fait au moment où le juge statue. La cour d'appel constate également le caractère déséquilibré de la transaction, intervenue sans négociation, ni sur le prix ni sur les délais de déchargement, et stipulant des délais de déchargement incompatibles avec les performances des ports concernés et les caractéristiques de la marchandise. Elle constate que « ce déséquilibre contractuel, sciemment accepté par un salarié de l'acheteur, ne pouvait avoir pour cause que sa corruption par le vendeur ».

Dans l'affaire *Indagro*, l'existence d'une décision rendue par le juge pénal simplifierait la tâche du juge de l'exequatur, lié par l'autorité de la chose jugée au pénal (Sur la question, V. par ex. *R. Merle et A. Vitu, Traité de Droit criminel, t. II, Procédure Pénale, Cujas, 2001, § 896-903. – B. Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 2016, § 1192-1206*). En l'absence d'une telle assistance, c'est à la technique du faisceau d'indices qu'a recours le juge de l'exequatur pour apprécier l'existence d'une transaction illicite. La référence à de tels indices est assurément légitime dans le contexte d'une *due diligence* faite au moment de s'engager avec un partenaire commercial ou dans le contexte d'une acquisition. Leur utilisation en tant qu'éléments de preuve dont l'accumulation permet de déduire l'existence d'une corruption pour en tirer des conséquences civiles se constate également dans la jurisprudence arbitrale (Sur l'utilisation de la méthode des *red flags* dans la jurisprudence arbitrale, V. par ex. *M. Hwang et K. Lim, Corruption in Arbitration – Law and Reality, Asian International Arbitration Journal 2012.1* ; et, pour des exemples, 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, § 293. – Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. République d'Indonésie, aff. CIRDI n° ARB/12/14 et ARB/12/40, Sentence du 6 décembre 2016 rendue par M<sup>me</sup> G. Kaufmann-Kohler, Présidente, MM. M. Hwang et A. van den Berg, § 466 ; Sentence rendue par R. Loewe en 1982 dans l'affaire CCI n° 3916 : JDI 1984, p. 930, obs. S. Jarvin ; Sentence rendue en 1994 dans l'affaire CCI n° 6497, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1999.71 ; Sentence rendue en 1998 dans l'affaire CCI n° 8891 : JDI 2000, p. 1076, note D. Hascher ; Sentence rendue en 1998 dans l'affaire CCI n° 9333 : JDI 2002, p. 1093, obs. S. Jarvin ; 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, p. 46 et s. ; 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. ; 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. ; 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, p. 77 et s. ; Sentence finale rendue en février 2011 dans l'affaire CCI n° 16090, *ICC Dispute Resolution Bulletin 2016, n° 1, p. 147 et s.*). La jurisprudence française la plus récente n'a, de la même manière, eu aucune difficulté à admettre que la constatation de l'illicéité puisse résulter d'un faisceau d'« indices graves, précis et concordants ». La cour d'appel de Paris utilise la formule dans l'arrêt *Belokon* du 21 février 2017*



puis dans l'arrêt *République démocratique du Congo* du 16 mai 2017. Par essence, la corruption se dissimule et ne peut être bien souvent établie que par un ensemble d'indices dont l'accumulation permet de déduire son existence. Au rang de ces indices figurent le mode de rémunération de l'intermédiaire, le montant des commissions, notamment leur caractère dissimulé ou payé dans différents paradis fiscaux, et surtout l'absence de diligences sérieuses susceptibles d'en être la contrepartie. Si elle ne constitue pas à elle seule une violation de la conception française de l'ordre public international, « l'inobservation des règles de transparence dans la passation des marchés publics » est, comme le relève justement la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *République démocratique du Congo* du 16 mai 2017, « un indice particulièrement significatif » de l'infraction de corruption. Des indices secondaires, comme le degré de corruption du pays ou du secteur d'industrie concerné, sont parfois visés au titre du contexte (Sur l'ensemble de la question, V. E. Gaillard, *La corruption saisie par les arbitres du commerce international*, art. préc., spéc. § 19).

### III. – INTENSITÉ DU CONTRÔLE DE L'ORDRE PUBLIC DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

Depuis qu'elle a été utilisée par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Thalès* le 18 novembre 2004 (V. CA Paris, 18 nov. 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 751 ; *Gaz. Pal.* 21-22 oct. 2005, p. 5, note C. Seraglini ; *Journal of International Arbitration* 2005, p. 239, note D. Bensaude ; *RTD com.* 2005, p. 263, note E. Loquin ; *JDI* 2005, p. 357, note A. Mourre ; *Rev. arb.* 2005, p. 529, note L. Radicati di Brozolo ; *D.* 2005, p. 3050, obs. T. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 104, note S. Bollée), la formule selon laquelle la violation de l'ordre public doit être « flagrante, effective et concrète » pour justifier l'annulation de la sentence a fait couler beaucoup d'encre. Depuis lors, les auteurs guettent la moindre évolution sémantique, le moindre infléchissement rédactionnel, pour tenter de déceler une évolution de la doctrine du juge du contrôle de la sentence sur le sujet de l'ordre public international.

À s'en tenir à la sémantique, on observe trois phases dans la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui a joué un rôle moteur en la matière (Pour une analyse jusqu'en 2013, V. C. Jarrosson, *L'intensité du contrôle de l'ordre public*, in *L'ordre public et l'arbitrage* (E. Loquin et S. Manciaux, dir.), Lexisnexis, 2014, p. 161 et s.). La première est celle qui exigeait une violation « flagrante, effective et concrète » de l'ordre public pour justifier l'annulation ou l'absence de reconnaissance de la sentence. Elle commence avec l'arrêt *Thalès* de 2004 (préc.) et s'achève avec l'arrêt *Linde Aktiengesellschaft* du 22 octobre 2009 (V. CA Paris, 22 oct. 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 124, note F.-X. Train). Entre-temps, la Cour de cassation souscrit à la formulation dans son arrêt *Cytec* du 4 juin 2008 (V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2008 : *Bull. civ.* I, n° 162 ; *Rev. arb.* 2008, p. 473, I. Fadlallah ; *Gaz. Pal.* 20-21 févr. 2009, p. 32, obs. F.-X. Train ; *JCP G* 2008, act. 430, obs. J. Ortscheidt ; *JCP G* 2008, I, 164, obs. C. Seraglini ; *LPA* 26 mars 2009, p. 8, obs. A. Malan) et la cour d'appel de Paris l'utilise en présence d'allégations de corruption (V. par ex. Paris, 10 sept. 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 548, note L. C. Delanoy ; *Revista del Club Español del Arbitraje* 2016, 103, note B. Derains et A. Descombes).

Dans un deuxième temps, la cour d'appel de Paris se contente d'une violation « effective et concrète », sans viser l'exigence de « flagrante ». Elle utilise cette formule le 17 janvier 2012 dans l'affaire *Planor Afrique* pour annuler une sentence incompatible avec un jugement étranger exequaturé en France (V. *CA Paris*, 17 janv. 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 569, note M.-L. Niboyet). Elle s'y réfère encore en janvier 2016 dans une affaire *SA Bourbon* (V. *CA Paris*, 19 janv. 2016, en somm. in *Rev. arb.* 2016, p. 351). On compte, entre-temps, plusieurs décisions dans lesquelles la cour de Paris n'évoque pas la condition de « flagrante » (V. *CA Paris*, 26 février 2013, *Rev. arb.* 2014, p. 82, note P. Duprey et C. Fouchard. – *CA Paris*, 4 mars 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 955, note L.-C. Delanoy ; *Gaz. Pal.* 27 juin 2014, p. 16, note D. Bensaude ; *Revista del Club Español del Arbitraje* 2016, p. 103, note B. Derains et A. Descombes ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée. – *CA Paris*, 9 sept. 2014, en somm. in *Rev. arb.* 2014, p. 810 ; *Cah. arb.* 2014, p. 827. – *CA Paris*, 14 oct. 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 1030 ; *D.* 2014, p. 2541, obs. T. Clay ; *Gaz. Pal.* 13 mars 2015, p. 6, obs. D. Bensaude. – *CA Paris*, 4 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 543, note A. de Fontmichel ; *RTD com.* 2015, p. 67, note E. Loquin ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay, *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée. – *CA Paris*, 25 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 555, note C. Fouchard. – *CA Paris*, 10 mars 2015, somm. in *Rev. arb.* 2015, p. 624. – *CA Paris*, 7 avr. 2015, en somm. in *Rev. arb.* 2015, p. 640 ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée ; *Cah. arb.* 2015, p. 379 ; *Rev. arb.* 2015, p. 813, note D. Cohen. – *CA Paris*, 14 avr. 2015 : *Rev. arb.* 2016, p. 556, note L. Idot. – *CA Paris*, 19 mai 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 952. – *CA Paris*, 26 mai 2015, n° 14/01919 : *Cah. arb.* 2015, p. 533). Au cours même de cette deuxième phase, apparaît de manière fugitive une nouvelle formule qui requiert que la sentence viole de manière « manifeste, effective et concrète » la conception française de l'ordre public international, le terme « manifeste » faisant écho à l'ancienne condition de « flagrante ». Deux décisions sont rendues en ce sens en 2015 (V. *CA Paris*, 20 janv. 2015, somm. in *Rev. arb.* 2015, p. 273 ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée. – *CA Paris*, 24 févr. 2015, somm. in *Rev. arb.* 2015, p. 283).

C'est cette expression « manifeste, effective et concrète » qui caractérise la troisième phase de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris. Depuis l'arrêt *Aida Z* du 14 juin 2016 (V. *CA Paris*, 14 juin 2016, n° 14/16113 : *Cah. arb.* 2016, p. 696), elle est utilisée de manière constante dans la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (V. en ce sens, *CA Paris*, 27 sept. 2016, *Indagro*, arrêt rapporté, 4<sup>e</sup> esp.. – *CA Paris*, 18 oct. 2016, n° 15/12089. – *CA Paris*, 29 nov. 2016, en somm. in *Rev. arb.* 2017, p. 326 ; *Gaz. Pal.* 21 mars 2017, p. 48, obs. D. Bensaude. – *CA Paris*, 21 févr. 2017, *Belokon*, arrêt rapporté, 3<sup>e</sup> esp. : *Rev. arb.* 2017, n° 3, note M. Audit et S. Bollée. – *CA Paris*, 25 avr. 2017 : *Gaz. Pal.* 18 juill. 2017, p. 33, note D. Bensaude. – *CA Paris*, 16 mai 2017, *République démocratique du Congo*, arrêt rapporté, 2<sup>e</sup> esp.. – *CA Paris*, 23 mai 2017, n° 15/24578. – *CA Paris*, 26 sept. 2017, n° 16/15338).

Ces différences terminologiques ne peuvent s'expliquer, comme on a pu se le demander au cours de cette évolution (V. par ex. S. Bollée : *D.* 2014, p. 1967, obs. sous *Cass. I<sup>re</sup> civ.*, 12 févr. 2014 et *CA Paris*, 4 mars 2014 ; T. Clay, *D.* 2014, p. 2541, obs. sous *CA Paris*, 4 mars 2014, *CA Paris*, 14 oct. 2014, *CA Paris*, 4 nov. 2014 et *Cass. I<sup>re</sup> civ.*, 12 févr. 2014), par l'existence d'une « exception de

corruption » dans la jurisprudence, la gravité de cette activité appelant un standard de contrôle moins élevé. En effet, les arrêts qui se contentent d'une violation « effective et concrète » concernent aussi bien des espèces comportant des allégations de corruption (V. par ex. *CA Paris*, 4 mars 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 955, note L.-C. Delanoy ; *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2014, p. 16, note D. Bensaude ; *Revista del Club Español del Arbitraje* 2016, p. 103, note B. Derains et A. Descombes ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée. – *CA Paris*, 14 oct. 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 1030 ; *D.* 2014, p. 2541, obs. T. Clay. – *CA Paris*, 4 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 543, note A. de Fontmichel ; *RTD com.* 2015, p. 67, note E. Loquin ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée) que des espèces qui concernent de tout autres sujets (V. par ex. *CA Paris*, 7 avr. 2015, en somm. in *Rev. arb.* 2015, p. 640 ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée ; *Cah. arb.* 2015, p. 379 ; *Rev. arb.* 2015, p. 813, note D. Cohen. – *CA Paris*, 14 avr. 2015 : *Rev. arb.* 2016, p. 556, note. L. Idot). Inversement, dans la période récente, l'expression « manifeste, effective et concrète » est utilisée par la cour d'appel de Paris tant lorsque des allégations de corruption sont concernées (V. *CA Paris*, 27 sept. 2016, *Indagro*, arrêt rapporté, 4<sup>e</sup> esp. – *CA Paris*, 16 mai 2017, *République démocratique du Congo*, arrêt rapporté, 2<sup>e</sup> esp.) que dans d'autres situations. Il n'existe donc aucune « exception de corruption » dans la jurisprudence de la cour d'appel de Paris.

L'évolution de la formule utilisée par la jurisprudence, spécialement celle de la cour d'appel de Paris, pour décrire le contrôle de l'ordre public appelle trois remarques.

La première est qu'il serait hasardeux de réduire l'analyse de l'évolution jurisprudentielle à celle d'une expression, si fascinante soit-elle. Le débat sur le caractère « plein » ou « minimaliste » du contrôle déduit de l'affichage donné au contrôle exercé sur les sentences par la cour d'appel de Paris ne suffit pas à rendre compte de la réalité de l'évolution du contentieux. Un esprit malicieux n'aurait sans doute aucune difficulté à montrer que les décisions qui affichent la volonté d'écarter l'exigence de « flagrance », ce qui suggère un abaissement du seuil de constatation de la violation de l'ordre public, sont parfois celles dans lesquelles le contrôle est le plus léger (V. par ex. *CA Paris*, 14 oct. 2014, *République du Congo*, *préc.*, qui se fonde essentiellement sur les constatations de la sentence et relève, avec elle, que les bénéficiaires éventuels de la corruption alléguée n'ont pas été inquiétés). A l'inverse, la seule lecture de l'arrêt *Belokon* de 2017 suffit à convaincre que l'utilisation du terme « manifeste » n'a pas empêché la cour de procéder à un examen minutieux des faits de la cause. Les sociologues du droit pourraient y voir une illustration de la tendance naturelle du juge d'afficher le caractère très rigoureux d'un contrôle qu'il ne souhaite pas faire jouer en l'espèce et, au contraire, de montrer combien la barre est haute lorsqu'il a l'intention de la franchir.

La seconde observation est que la jurisprudence, du moins celle de la cour d'appel de Paris, est aujourd'hui stabilisée. La formule utilisée est la même dans les neuf dernières affaires observées et, plus fondamentalement, la méthode est constante. L'ordre public suppose un contrôle en fait et en droit, le juge de l'exequatur n'étant pas lié ni par les appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties. Dans la matière spécifique de la corruption ou d'autres activités délictueuses largement réprouvées par la

communauté internationale, la contrariété à l'ordre public réside dans le fait, pour une sentence, de laisser une partie bénéficier du produit de cette activité (V. *supra* II). Cette définition est celle de la valeur dont l'ordre juridique français ne saurait tolérer la violation. Elle porte, en d'autres termes, sur la délimitation du contenu de l'ordre public, et n'a rien à voir avec la question du seuil de contrôle appliqué.

La troisième observation est que l'on se gardera de confondre le standard de preuve, les modes de preuve et l'intensité de la violation de la norme ou de la valeur protégée requise pour refuser d'accueillir une sentence dans l'ordre juridique français. La jurisprudence la plus critiquée pour son caractère laxiste (V. par ex. C. Seraglini, *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités* : *Cah. arb.* 2009, p. 5 et s. – L.-C. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions*, *Rev. arb.* 2007, p. 177) n'a jamais suggéré que les éléments de preuve de l'activité jugée contraire à l'ordre public devaient relever de la flagrance ou de l'évidence. Dans l'affaire *Thalès*, c'est l'atteinte à la règle de droit jugée essentielle par l'ordre public français qui devait être manifeste, pas les éléments de preuve rapportés pour établir cette atteinte (V. *décision préc.*, *Rev. arb.* 2005, p. 751). De même, dans l'affaire *Belokon*, aucune contradiction n'existe entre le fait de déduire l'activité de blanchiment de l'accumulation d'« indices graves, précis et concordants », ce qui relève du mode de preuve, et celui d'affirmer que le fait, pour une sentence, de faire bénéficier un individu d'une activité délictueuse viole de manière « manifeste » l'ordre public international, ce qui relève de l'intensité de la violation de la valeur protégée. C'est du reste la raison pour laquelle les termes de contrôle « plein » ou de « contrôle minimaliste » souvent utilisés en doctrine sont trompeurs. Dans tous les cas, le contrôle est plein, même si la relation entre la violation et la valeur protégée doit présenter une certaine intensité pour que la violation de l'ordre public international soit caractérisée.

#### IV. – INTERDICTION POUR UN ÉTAT DE SE PRÉVALOIR DE SA PROPRE LÉGISLATION POUR SE DÉLIER DE SES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS

Lois de police, ordre public réellement international, règles matérielles du commerce international : l'arrêt *République démocratique du Congo* rendu par la cour d'appel de Paris le 16 mai 2017 est un cas d'école illustrant les méthodes du droit international privé appliquées au contrôle des sentences par le juge de l'annulation ou de l'*exequatur*.

Sans doute parce qu'il ne disposait pas de preuves suffisantes de nature à établir des faits de corruption, l'État, qui avait été condamné par un tribunal arbitral à l'issue d'un contentieux de pure responsabilité contractuelle, a soutenu que le seul fait que le contrat ait été passé sans appel d'offres, en violation du droit congolais qui impose une mise en concurrence pour l'octroi des marchés publics, entachait, indépendamment de toute allégation de corruption, la sentence d'une violation de l'ordre public international au sens de l'article 1520 5° du Code de procédure civile.

Pour rejeter cette prétention, la cour distingue soigneusement la notion de loi de police et celle d'ordre public international : « le moyen est articulé au regard, d'une part, d'une loi de police fixant des règles de passation des marchés publics,

d'autre part, d'un objectif de lutte contre la corruption exprimé par une convention internationale [la Convention des Nations Unies de 2003 contre la corruption] ». Compte tenu de la source de la valeur supposée méconnue par les arbitres, il est permis d'y voir un exemple d'ordre public réellement international, même si, naturellement, comme le relève la cour, l'office du juge français est de faire respecter la conception française de l'ordre public international, dont l'objectif de lutte contre la corruption fait partie.

Elle règle ensuite le sort de l'allégation tirée de la méconnaissance de la loi de police congolaise. Il s'agissait en l'espèce d'une loi de police autre que celles de la *lex contractus*, le contrat ayant été soumis par les parties à la loi française. La réponse de la cour est qu'« un État ne peut invoquer devant le juge de l'annulation, afin de se délier de ses engagements contractuels, la violation de sa propre législation ». En d'autres termes, la loi de police congolaise ne fait pas partie du contrôle de l'ordre public international de l'article 1520 5°. L'État qui a incontestablement accepté une convention, signée par plusieurs ministres, présentée au conseil des ministres et qui a donné lieu à une conférence de presse, ne peut se retrancher derrière la violation de son code des marchés pour en soutenir la contrariété à l'ordre public international. Quelle que soit son intensité dans l'ordre juridique congolais, qui caractérise les lois de police, la norme en cause ne reflète pas une valeur suffisamment forte pour être érigée en principe d'ordre public international et susceptible d'être contrôlée à ce titre dans le contentieux de la validité ou de la reconnaissance des sentences en France. L'État suggérerait une telle transmutation en soulignant que la Convention des Nations Unies, source majeure de l'ordre public international, invite les États à respecter des impératifs de transparence dans la passation des marchés. À juste titre, la cour refuse de hisser l'aspiration à la transparence des marchés au rang des principes faisant partie de la conception française de l'ordre public international, la passation de marchés de gré à gré pouvant se justifier, au regard de la morale internationale, dans bien des circonstances. La méconnaissance par l'État de son propre code des marchés se trouve ainsi ravalée au rang d'indice susceptible de contribuer à montrer, au sein d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, l'existence d'une véritable situation de corruption (V. *supra* II).

Que l'on approuve ou non cette délimitation des frontières de la conception française de l'ordre public international – et la position de la cour nous paraît devoir être approuvée sans réserve, la violation d'une procédure de passation de marchés n'étant pas en soi une valeur suffisamment fondamentale pour être élevée au rang des exigences de l'ordre public international – la leçon de méthode est claire. En tant que telle, une loi de police n'est pas contrôlée au titre de l'article 1520 5°. Pour l'être, elle doit correspondre à une valeur fondamentale qui en fait, non plus une simple loi de police, mais une véritable composante de l'ordre public international (En faveur d'un contrôle exclusivement centré sur la violation de l'ordre public international, par opposition à celle des lois de police, V. déjà E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Brill Nijhoff, 2008, § 118-123 ; V. en sens contraire, P. Mayer, *L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police*, in *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459 et s.).

Cette solution fait écho à celle qui avait scellé le sort de la première sentence *Hilmarton* de 1988. Hésitant à constater que le contrat d'agent litigieux

dissimulait une activité de corruption, l'arbitre unique l'avait néanmoins annulé pour violation de la loi de police algérienne de prohibition des intermédiaires dans certains marchés publics (en vigueur entre 1978 et 1991). Cela lui avait valu de voir sa sentence annulée par les juridictions suisses au motif que la violation avérée de la loi de police algérienne « ne saurait en aucun cas constituer une violation des bonnes mœurs selon le droit suisse, seul applicable à la présente espèce » (V. *Cour de Justice du canton de Genève*, 17 nov. 1989 : *Rev. arb.* 1993, p. 342). En d'autres termes, la violation d'une loi de police n'appartenant pas à la *lex contractus* ne saurait être confondue avec une violation de la conception de l'ordre public international de l'État d'accueil de la sentence (Sur la question, V. E. Gaillard, *La corruption saisie par les arbitres du commerce international*, art. préc., § 28 et s.). L'arrêt *République démocratique du Congo* repose sur la même distinction.

Pour faire bonne mesure, la cour d'appel de Paris va jusqu'à poser, pour répondre à l'argumentation tirée de la violation de la réglementation des marchés publics, une règle matérielle du commerce international découlant de la bonne foi contractuelle. C'est en effet dans un attendu de principe – surabondant, puisqu'elle définit par ailleurs les contours de l'ordre public contrôlé, mais de bonne facture – que la cour déduit du « principe de bonne foi dans l'exécution des conventions » la règle selon laquelle « un État ne peut invoquer devant le juge de l'annulation, afin de se délier de ses engagements contractuels, la violation de sa propre législation ».

La cour d'appel de Paris avait déjà eu l'occasion de faire part de son irritation à l'égard de l'attitude qui consiste à soulever, pour critiquer une sentence, différents moyens tendant à suggérer l'existence d'une situation de corruption sans être en mesure d'avancer de preuves suffisamment sérieuses pour étayer l'allégation. Par un arrêt *République du Congo c. Commisimpex* du 14 octobre 2014, elle affirmait « qu'il ne saurait être admis, sans ruiner la force obligatoire des contrats sur laquelle est fondé le commerce international, qu'un État se dégage des engagements contractuels souscrits par ses représentants apparents en se bornant à alléguer un climat général de corruption au sein de son administration, sans indication des personnes susceptibles d'être en cause et sans que les bénéficiaires éventuels aient fait l'objet de poursuites » (V. *CA Paris*, 14 oct. 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 1030).

La formule retenue par l'arrêt du 16 mai 2017 est plus intéressante encore dans la mesure où elle concerne une argumentation tirée de la violation alléguée d'une règle de droit alors que l'affaire *Commisimpex* ne concernait que des allégations factuelles, il est vrai extrêmement vagues. Elle correspond, pour le contrat de fond, à la jurisprudence rendue à propos de la convention d'arbitrage, selon laquelle une partie ne peut se prévaloir des dispositions de son droit national pour se soustraire à une convention d'arbitrage librement convenue (V. *CA Paris*, 17 déc. 1991, *Gatoil c. NIOC* : *Rev. arb.* 1993, p. 281, note H. Synvet. V. aussi *CA Paris*, 24 févr. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 277, note Y. Gaudemet ; *RTD com.* 1994, p. 254, obs. E. Loquin. – *CA Paris*, 13 juin 1996 : *Rev. arb.* 1997, p. 251, note E. Gaillard).

Essentielle à propos de la convention d'arbitrage (Sur la question, V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, § 545-546), la règle est d'une portée moindre à l'égard de

la convention de fond. La juridiction de contrôle de la sentence pourrait en effet se contenter d'observer que, dès lors que la règle invoquée par la partie désireuse de se soustraire à ses obligations ne correspond pas à une exigence de l'ordre public international, ce qu'a pris soin de faire par ailleurs la cour d'appel, elle relève du fond de l'affaire et échappe, de ce fait, à tout contrôle.

La motivation retenue par la cour d'appel de Paris le 16 mai 2017 a le mérite d'éclairer la pratique en signalant de manière très concrète aux plaideurs que, pas plus que des circonstances suspectes (affaire *Commisimpex*), la méconnaissance d'une règle de l'État concerné, quelle que soit son impérativité, ne permettra pas à une partie de critiquer une sentence de condamnation fondée sur une convention de fond qu'elle a librement acceptée, si celle-ci n'est pas en mesure de démontrer, par des indices graves, précis et concordants, que la sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption (affaire *République démocratique du Congo*) ou, plus généralement, qu'elle permet à une partie de retirer les fruits d'une activité délictueuse (affaire *Belokon*).

EMMANUEL GAILLARD

*Mots-Clés* : Arbitrage international - Sentence - Contrôle

---