



CY Cergy Paris Université

Master Droit et Éthique des Affaires

Mémoire

Présenté et soutenu publiquement par :

Saeid ABEDI

ARBITRAGE & COMPLIANCE

Sous la Direction de : Monsieur Quentin SOAVI

Tuteur professionnel : Madame Florence RALLET

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire.

Les opinions exprimées dans ce mémoire n'engagent que leur auteur et aucune autre personne associée à celui-ci.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à Monsieur Quentin SOAVI, directeur de ce mémoire et Adjoint au Directeur juridique du Groupe LAGARDERE. Par ses conseils avisés, son support inestimable et son accompagnement, il m'a permis de mener à bien ce travail.

Ils vont ensuite à madame Roxana FAMILY, Directrice du Master Droit et Éthique des Affaires pour sa confiance et pour m'avoir initié à une nouvelle grille d'analyse : la *Compliance*.

Je tiens enfin à exprimer ma gratitude envers l'ensemble de mes professeurs et plus particulièrement au Professeur Jean-Emmanuel RAY qui, au-delà des connaissances juridiques, a su me transmettre le goût du savoir et qui contribue activement à former la pensée de ses étudiants.

A mes parents, pour leur bienveillance

A mes amis, pour leur assistance

Mes plus sincères remerciements vont à :

Maître Thomas BAUDESSON

Avocat associé au sein du cabinet Clifford Chance

Maître Nicola BONNUCCI

Avocat associé au sein du cabinet Paul Hastings

Maître Stéphane BRABANT

Avocat associé au sein du cabinet Trinity International

Maître Karol BUCKI

Avocat au sein du cabinet August Debouzy

Maître Ophélie CLAUDE

Avocate associée au sein du cabinet Antonin Lévy & Associés

Monsieur le Professeur Thomas CLAY

Agrégé des Facultés de Droit
Avocat associé et Managing Partner au sein du Cabinet Clay Arbitration

Maître Sandrine COLLETIER

Avocate au sein du cabinet Clifford Chance

Maître Karen COPPENS

Avocate, associé national au sein du cabinet Dechert

Maître Christian DARGHAM

Avocat associé au sein du cabinet Norton Rose Fulbright

Maître Jan DUNIN-WASOWICZ

Avocat au sein du cabinet Hughes Hubbard & Reed

Madame Natalia GAUCHER

Doctorante ; ATER à l'Université Paris Nanterre
Présidente du Club de l'arbitrage

Monsieur Aurélien HAMELLE

Directeur Juridique au sein du Groupe TotalEnergies

Maître Alexis MOURRE

Avocat associé au sein du Cabinet Mourre Partners

Maître Jean-Pierre PICCA

Avocat associé au sein du cabinet White & Case

Monsieur Thierry REVEAU DE CYRIERES

Directeur Grands contentieux au sein du Groupe TotalEnergies

Maître Solène SFOGGIA

Avocate au sein du cabinet Norton Rose Fulbright

Maître Edouardo SILVA ROMERO

Avocat associé au sein du cabinet Dechert

Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN

Agrégé des Facultés de Droit

Et **Maître Alexandre TROVATO**

Avocat au sein du cabinet August Debouzy

pour m'avoir accordé de leur temps précieux à l'occasion des entretiens menés.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFA	Agence Française Anticorruption
al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
art.	Article
C. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{ère} civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
CCIP-CA	Chambre Commerciale Internationale à la Cour d'Appel de Paris
CEDH.	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
<i>cf.</i>	conférer, consulter, <i>confer</i>
ch.	Chambre
chron.	Chronique
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
comm.	Commentaire
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires
DH	Dalloz (hebdomadaire)
dir.	Direction
<i>DoJ</i>	<i>Department of Justice (Etats-Unis)</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Revue Droit des sociétés</i>
éd.	Édition
fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , au même endroit
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
<i>infra</i>	ci-dessous
JCP G	<i>Jurisclasser période, Semaine juridique</i> , Édition générale
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
not.	Notamment
obs.	Observations
OFAC	<i>Office of Foreign Assets Control</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
p.	Page
préf.	Préface
<i>Rép.</i>	<i>Répertoire</i>
RLDA	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises
SFO	<i>Serious Fraud Office (Grande Bretagne)</i>
s.	Suivant
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
v.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE. L'IMPLICATION DE L'ARBITRE DANS LA DEFENSE DES POLITIQUES ETATIQUES ET INTERNATIONALES DE L'ETHIQUE DES AFFAIRES	8
PREMIER CHAPITRE. LES SOURCES DU CONTENTIEUX DE LA <i>COMPLIANCE</i>	8
DEUXIEME CHAPITRE. LE CONTROLE DES MESURES DE CONFORMITE PAR L'ARBITRE.....	31
DEUXIEME PARTIE. L'IMPLICATION DE L'ACTIVITE ARBITRALE FACE AUX POLITIQUES DE LA <i>COMPLIANCE</i>.....	44
PREMIER CHAPITRE. L'IMPACT DE LA <i>COMPLIANCE</i> SUR L'ACTIVITE ARBITRALE.....	44
DEUXIEME CHAPITRE. L'IMPACT D'UNE SUR-COMPLIANCE SUR L'ACTIVITE ARBITRALE.....	62

INTRODUCTION

1. « Arbitrage & *Compliance* » sont deux domaines qu'il peut paraître étrange d'associer au premier regard.
2. L'arbitrage est généralement présenté comme le domaine juridique des litiges entre acteurs privés, mais également étatiques, à double caractère juridictionnel et contractuel. Un domaine qui ne cesse de promouvoir les principes d'autonomie, d'indépendance et d'efficacité. Un domaine qui donne l'impression de vouloir échapper à l'emprise des sociétés organisées¹ et à leurs règles.² Un domaine dont l'accès peut être limité, en raison de son caractère onéreux et de son coût prohibitif, à certains acteurs ayant les moyens, mais qui est considéré comme une justice privée volontairement choisie. Un domaine qui a su s'affirmer depuis le siècle dernier comme la justice habituelle du commerce international³, considéré comme un des modes alternatifs de règlement des litiges les plus imposants par son caractère consensuel, confidentiel et exécutoire.
3. La *Compliance* est pour sa part présentée comme le domaine de prévention des risques juridiques par l'adoption et l'internalisation d'une démarche *ex ante*⁴ en vue d'anticiper une sanction⁵. Les acteurs économiques sont associés à une mission d'intérêts communs et « sont la voie de leur consécration »⁶. Un territoire que certains veulent voir comme un domaine juridique, mais qui en réalité est la traduction pratique de l'ensemble des matières juridiques qui « investit un nombre croissant de domaines, du droit bancaire et financier, en passant par la lutte contre le blanchiment et la corruption, jusqu'aux problématiques plus générales des entreprises, liées à

¹ B. OPPETT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, P.9

² C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préface de P. MAYER, Dalloz, Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 10, 2001, spéc. N°7.

³ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, éd. Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1982, spéc. N°1 ; M. de BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, 2de éd. 1990, p. 6 et s ; P. Fouchard, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1^{re} éd. 1996 (2de éd. En anglais, publié chez Kluwer, 1999), spéc. N°1.

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, avril 2019 : « *Ex Ante* du Droit de la *Compliance* vise une double prévention systémique, la prévention du risque de perte de confiance dans les contenus et la prévention des atteintes à la Personne qui entraînent une perte de confiance dans les opérateurs. »

V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, <https://thejournalofregulation.com/fr/article/ex-ante-ex-post> : « L'*Ex Ante*, expression usuelle dans les théories économiques, correspond à l'expression plus traditionnelle en Droit *d'a priori*, et désigne l'appréhension d'une situation avant que celle-ci ne se constitue. Par exemple, une loi ou une réglementation est un acte *ex ante*, qui régira les situations postérieures à l'adoption du texte ou de la décision ou du règlement général d'une autorité. A l'inverse, *l'ex post*, expression usuelle en économie et qui correspond en Droit à *l'a posteriori*, désigne une réaction d'un organisme face à une situation ou à un comportement constaté. Ainsi toutes les décisions individuelles de sanctions, ou tous les règlements de litiges ou de médiation relèvent de *l'ex post*. Ainsi, les actes juridictionnels relèvent de *l'ex post*. »

⁵ Une sanction civile, pénale, transactionnelle ou réputationnelle

⁶ Op. cit. n°4.

la protection des données personnelles ou de l'environnement. »⁷. Un domaine qui implique un profond renouvellement de conceptions, de pratiques bien installées au sein des entreprises et des milieux économiques et un bouleversement de notre philosophie juridique.

DEFINITIONS.

4. **ARBITRAGE.**⁸ Le Professeur Jarrosson définit l'arbitrage comme « l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »⁹. Pour messieurs Jean Robert et Bertrand Moreau, l'arbitrage institue « une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus pour la circonstance de la mission de les juger »¹⁰. Déjà Motulsky définissait l'arbitrage comme « une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle »¹¹.
5. La légitimité de l'arbitrage pour le règlement des litiges entre entreprises n'est plus à démontrer. Elle est particulièrement forte en matière internationale en l'absence de véritable juridiction internationale compétente¹². Il est présenté comme la meilleure voie possible pour résoudre les différends de l'activité économique entre parties de nationalités, de traditions juridiques et de droits différents.¹³
6. **COMPLIANCE.**¹⁴ Quiconque est confronté pour la première fois à la *Compliance* fera le constat frappant de la difficulté à y apporter une définition qui fasse l'unanimité parmi les chercheurs et praticiens.¹⁵ D'aucuns useront le terme « conformité », évitant « inutilement » un anglicisme et ce passé lié aux origines de la *Compliance* tandis que d'autres utiliseront le mot *Compliance* sans savoir réellement ce qu'il recouvre.

⁷ Allocution prononcée par Monsieur le procureur général Jean-Claude MARIN, en ouverture du colloque « La compliance », qui s'est déroulé le jeudi 6 juillet 2017 à la Cour de cassation.

⁸ M. de FONTMICHÉL, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013, p.1

⁹ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPÉTT, LGDJ, coll. Bibl. De dr. privé, 1987, spec. N°785.

¹⁰ J. ROBERT, *Arbitrage civil et commercial. Droit interne et droit international privé*, 4e éd., Paris, 1967, no 1 ; A. FETTWEIS, A. KOHL et G. DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, 5e éd., Liège. 1980, no 509.

¹¹ H. MOTULSKY, *Ecrits, Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974 et 2010, p.11.

¹² D. COHEN, *Arbitrage et société*, préface de B. OPPÉTT, LGDJ, coll. Bibl. dr. Privé, T. 229, 1993 spec. N°2. I

¹³ Ibid.

¹⁴ Larousse. (s. d.). Compliance. Dans Dictionnaire en ligne. Consulté le 3 mai 2021 sur <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/compliance/> : Dans le domaine médical en référence à l'« élasticité des poumons »

¹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, op. cit. n°4 : « la définition de la Compliance est à la fois contestée et très variable, puisque selon les auteurs, elle va des seules obligations professionnelles des intervenants des marchés financiers jusqu'à l'obligation à ceux qui y sont soumis de respecter les lois et règlements, c'est-à-dire l'obligation générale que nous avons tous de respecter le Droit. A les lire, la Compliance serait le Droit lui-même. »

7. Toutefois, l'utilisation du mot « conformité » peut apparaître comme étant assez réductrice. En effet, le terme conformité induit à se conformer simplement à ce qui est exigé par la loi, une logique de « *tick the box* ». En effet, est conforme ce « qui est, juridiquement, l'exacte application d'une norme de référence »¹⁶.
8. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche définit la *Compliance* comme « un ensemble de principes, de règles, d'institutions et de décisions générales ou individuelles, corpus dont l'effectivité est le souci premier, dans l'espace et dans le temps afin que des buts d'intérêt général visés par ces techniques rassemblées soient concrétisés ».
9. Il semble qu'il faille, pour appréhender la *Compliance*, s'intéresser davantage aux objectifs qu'elle entend poursuivre ainsi qu'à la méthode qui s'y attache. La *Compliance* se caractérise d'abord par la poursuite de « buts monumentaux »¹⁷.

L'économiste Gary Becker, prix Nobel d'économie 1992 explique quant à lui comment le calcul de la valeur attendue d'un acte délictuel peut influencer ou déterminer à commettre un délit¹⁸. Autrement dit, « il montre que des acteurs rationnels comparent la valeur économique attendue de l'infraction qu'ils envisagent de commettre avec le produit que représente le risque de détection et le coût induit par les conséquences de la détection »^{19,20}.

10. C'est en ayant le développement précédent à l'esprit que nous tenterons de donner une définition de la *Compliance*. La définition de la *Compliance* qui sera retenue dans cette étude est la suivante : un ensemble de règles, de normes, de standards, de « processus »²¹ et de méthodes qui visent à mettre les acteurs économiques notamment les entreprises dans une situation où elles respectent les attentes légales et mettent en jeu de plus en plus leur responsabilité sociétale

¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12e édition, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », 2018

¹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », Recueil Dalloz, 2016, p. 1871 : « Les entreprises doivent participer à la réalisation de buts profonds ainsi qu'à l'émergence d'un nouveau monde en mettant en place des programmes de conformité afin de détecter et prévenir ces faits, prendre des mesures nécessaires et diligentes avant d'effectuer des opérations et entrer en relation commerciale. »

De par la logique même de la matière, une approche procédurale vise à définir la compliance comme étant l'internalisation au sein des entreprises de systèmes de conformité où organisations sont chargées de se structurer en interne pour prévenir la réalisation de risques identifiés. C'est une approche par procédure qui introduit un dialogue entre le droit et la gestion c'est-à-dire science des organisations. »

¹⁸ G. BECKER, « Crime and Punishment: an Economic Approach », *Journal of Political Economy* 76, p. 169 (1968).

¹⁹ OCDE, *Promoting Compliance with Competition Law*, p. 49.

²⁰ Pour aller plus loin, v. F. SOUTY, « Entreprises, concurrence, conformité : définition empirique de la compliance » : RLC 2016, n° 55.

²¹ A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire*, vol. numéro 165, n° 1, 2019, p. 109-114.

et les buts supranationaux dans une démarche de responsabilisation et d'éthique des affaires de nature à assurer le respect et la prévention des manquements à ces règles.

Dans cette continuité, et afin de mettre en œuvre les objectifs de la *Compliance*, le programme de conformité sera entendu comme tout programme matérialisant les mesures mises en place pour atteindre les objectifs de la *Compliance*.

11. Nous l'avons rappelé, la *Compliance* s'applique à un grand nombre de domaines en Droit.²² Pour les besoins de cette étude et compte tenu de la disponibilité limitée de certaines ressources (notamment l'accès restreint aux sentences arbitrales), seront traités essentiellement les liens entre l'arbitrage et la *Compliance* en matière de lutte contre la corruption — où les ressources et les exemples sont les plus nombreux —, les sanctions économiques internationales²³ ainsi que la protection des droits de l'Homme. Ce mémoire n'ambitionne en outre pas de traiter de l'ensemble des thèmes qui peuvent lier ces trois sujets à l'arbitrage, mais seulement de mettre en évidence certains aspects où les deux domaines sont en tension et s'influencent mutuellement.
12. Les agents économiques, notamment les entreprises multinationales — essentiellement soumises aux mesures de la *Compliance* — sont en effet à la recherche permanente de marchés à l'international sur un nombre croissant de territoires. Pour cela, ils ont recours à des tiers afin de s'installer sur ces marchés et concrétisent leurs rapports par des contrats qui prennent des formes variées. De ce fait, ils soumettent également leur cocontractant à certaines de leurs obligations en matière d'éthique des affaires. C'est à cette occasion que des questions de droit des contrats appliqué à la *Compliance* ont émergé, notamment s'agissant de la suspension du contrat, de la nullité des contrats en cas de soupçon, de révision ou de restitutions en matière de corruption.
13. De plus, les contrats internationaux comportent majoritairement des clauses compromissaires. Par conséquent, le contentieux relevant de l'incidence de la mise en œuvre des règles de *Compliance* sur les effets du contrat a plus de chances de se trouver devant l'arbitre.

²² V. §3

²³ Alors même qu'une telle mesure concerne au plus près l'ordre public interétatique et le droit international public, Cour supérieure de Montréal, 15 févr. 2000, RTD. Com. 2001, p.66, obs. É. LOQUIN, ; et cour d'appel de Québec, 31 mars 2003, Rev. Arb. 2003, p.1365, note A. PUJNER, ; Bull. ASA 2003, p.630, note Ph. PINSOLLE ; et aussi, J-B. RACINE, « l'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Québec du 31 mars 2003) », JDI 2004, p. 89.

S'il est vrai qu'une part importante de la *Compliance* ne se présentera pas devant le tribunal arbitral, notamment la partie qui relève des autorités de poursuite pénale²⁴ et des autorités de contrôle d'une manière générale, les aspects civils et notamment les conséquences d'une non-conformité d'un des cocontractants, se présenteront à l'arbitre qui pourra ainsi être amené à connaître de la *Compliance*.²⁵

14. Ainsi, convaincus que la *Compliance* et les valeurs qu'elle défend ne sont pas locales, mais un phénomène transnational qui concerne toutes les sociétés et toutes les économies, ce qui rend la coopération internationale essentielle afin de les mettre en œuvre, l'arbitrage peut paraître comme étant la continuité contentieuse de la *Compliance*.

C'est également par la conviction qu'une approche globale et multidisciplinaire est nécessaire que nous faisons le constat qu'un mémoire de cette taille ne saura ambitionner de recouvrir l'ensemble de ce vaste et passionnant sujet. Cette étude espère faire un certain nombre de constats, tenter de répondre à certaines questions, de tracer les esquisses de pistes intéressantes qui pourront par la suite être approfondies.

15. **ARBITRAGE ET COMPLIANCE OU ARBITRAGE DE LA COMPLIANCE.** L'intitulé de la présente étude aurait pu être « arbitrage de la *Compliance* », le mot « de » permettant de mettre en lumière l'idée de la seule arbitrabilité de la *Compliance* ou encore du contentieux de la *Compliance*. Néanmoins, certaines caractéristiques des rapports entre l'arbitrage et la *Compliance* n'auraient pas été mises en valeur.

Le choix de la conjonction de coordination « et » n'est pas anodin et exprime différents rapports qui existent entre les deux matières. Il peut à la fois refléter l'idée de liaison, de combinaisons, de rapprochement ou d'opposition.²⁶ Il traduit également le rapprochement entre l'arbitrage et la *Compliance* et la convergence vers les mêmes objectifs qui en découlent.

²⁴ La Cour d'appel de Paris a rappelé dans une affaire récente en date du 25 mai 2021 : « il convient de rappeler en outre qu'il n'entre pas dans la mission de la cour de rechercher si les faits de corruption sont établis et/ou de déclarer telle ou telle personne coupable de ce délit en application des dispositions pénales d'un ordre juridique national, mais seulement de rechercher si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence méconnaît l'objectif de lutte contre la corruption en ce que la condamnation prononcée par cette sentence aurait pour effet de financer ou de rémunérer une activité de corruption. »

²⁵ Université Paris II Panthéon-Assas, intervention de Claire DEBOURG, colloque Compliance & Arbitrage, 31/03/2021.

²⁶ P. ROBERT, *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, sous la direction de A. REY et J. REY-DEBOVE, éd. 2005 ; P. -E. LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, T. II, éd. Du Cap, Monte-Carlo, 1962.

16. EXTERNALISATION DES POUVOIRS REGALIENS. L'évolution du droit de l'arbitrage se combine avec un mouvement d'externalisation des pouvoirs régaliens, en particulier celui de la justice.²⁷ Le développement de l'économie de marché a fissuré le modèle « autoritaire » d'un État fort qui interdisait l'idée de toute privatisation de la justice²⁸ et laisse désormais place à un modèle « libéral » qui admet une diversification des modes de justice. La *Compliance* est également l'archétype de cette conception²⁹. Ainsi, la rencontre entre l'arbitrage et la *Compliance* n'est pas si étrange et s'inscrit parfaitement dans ce mouvement d'externalisation des pouvoirs régaliens, à la fois aux acteurs économiques eux-mêmes, aux arbitres et aux acteurs entre eux.

17. Contrairement aux activités régulées qui se trouvent au sein de la *Compliance*, l'arbitrage n'est pas une activité régulée. Il est privé par essence et c'est même son trait essentiel. L'arbitrage doit son développement à la liberté et de sa reconnaissance de privatisation de la justice.

La convention de New York de 1958³⁰ proclame et reconnaît en son article 2 la clause compromissoire. Ainsi, sans que l'arbitre ait besoin d'une autorisation, l'arbitrage a toute légitimité pour arbitrer les sujets de la *Compliance* comme il le ferait pour les autres domaines de droit. Les affaires qui lui seront soumises ne sont objets d'aucune obligation déclarative, autre que celles qu'ils doivent adopter sous réserve d'un contrôle *ex post* du juge.³¹

18. AUTOREGULATION. Un point qui réunit l'arbitrage et la *Compliance* est celui de l'autorégulation. Dans la *Compliance*, le point de départ est le présupposé selon lequel on fait de la *Compliance* dans afin d'éviter d'éventuelles enquêtes ou sanctions et de devoir traiter avec des autorités, accompagné d'une certaine éthique des affaires. L'arbitrage quant à lui s'est développé en cherchant à se tenir loin de la régulation étatique, s'imposant comme mode de résolution des litiges. Dans les deux cas, une grande part d'autonomie est accordée et reconnue aux parties.³²

²⁷ F. GÉLINAS, « Arbitration and the Challenge of Globalization », J, Int'l Arb., 2000 n°4 p,117

²⁸ V. W. L. LANDES & R.A. POSNER, « Adjudication as a private good », J. Legal. Stud., n°8, 1979.235.

²⁹ On peut considérer qu'elle va trop loin, objectifs illégitimes, des méthodes illégitimes comme l'extraterritorialité mais on peut aussi avoir une vision, si elle est bien faite et bien pensée, elle peut avoir un intérêt public, mode d'organisation d'État qui laisse aux entreprises la sauvegarde des buts privés, une délégation au secteur privé de l'intérêt général.

Elle brouille la distinction entre public et privé car elle délègue au secteur privé la charge de veiller aux intérêts publics et les autorités de compliance cherchent des relais d'effectivité et l'arbitrage peut être vu comme un relai potentiel d'effectivité des objectifs de la *Compliance*, à la condition que les arbitres et acteurs aient une vision systématique de leur intervention. Ce n'est plus un juge éphémère mais un maillon d'une chaîne, d'un système de justice international et la compliance pourrait accélérer cette tendance vers la prise de conscience des acteurs d'arbitrage dans la nécessité.

³⁰ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958

³¹ Université Paris II Panthéon-Assas, intervention de Elie KLEIMANN, colloque Compliance & Arbitrage, 31/03/2021, op. cit. n°25.

³² Un *risk assesment* et *risk mapping* est une reconnaissance de cette autonomie en Compliance. C'est également le cas de l'arbitrage et de l'autonomie de la Convention d'arbitrage. V. aussi. A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2006.

19. OBJET ET DOMAINE DE L'ETUDE. Une des premières questions à laquelle nous sommes confrontés est le domaine du sujet. Au premier regard, s'il est vrai que l'arbitrage rencontre plus souvent les faits de corruption directement ou lors des demandes reconventionnelles, ce sujet n'emporte pas l'adhésion de l'auteur de ces lignes. En effet, la corruption fait partie intégrante de la *Compliance* mais le champ d'étude de celle-ci est plus large que la corruption et obéit à une logique autonome. Cela d'autant plus que la corruption pose des questions plus classiques notamment d'arbitrabilité des litiges, de droit international privé³³ et d'appréciation de l'arbitre et des juges nationaux, questions qui ont été grandement répondues par différents auteurs et brillamment répondues et résolues par le regretté Professeur Emmanuel Gaillard³⁴.

Par conséquent, la question de la prise en compte de la corruption et de la corruption des arbitres ne fera pas l'objet d'une étude dédiée mais l'angle de l'actuelle étude est la *Compliance*, à la fois sa prise en compte au sein du droit de l'arbitrage, par les arbitres ainsi que la manière dont on trouve les mécanismes intérieurs des entreprises au sein de l'arbitrage, la manière dont l'arbitrage peut y apporter une réponse et les difficultés que cela soulève.

20. Notre étude, qui vise précisément à démontrer les capacités de l'arbitrage à devenir un *for* adéquat dans la résolution des litiges arbitrables de la *Compliance*, s'inscrit dans ce mouvement d'externalisation des pouvoirs de justice et de diversification des modes de justice. Toutefois, afin de gagner en légitimité, l'évolution de l'arbitrage dans ce domaine ne peut se concevoir sans l'intervention de la justice étatique. Ainsi, notre projet ne vise pas à promouvoir l'arbitrage par opposition à la justice étatique, mais à aborder, à l'inverse, leurs rapports en termes de complémentarité.

21. PLAN DE L'ETUDE. L'arbitrage confronté à la *Compliance* doit la comprendre et la prendre en compte tandis que la *Compliance* va influencer directement l'activité arbitrale. On abordera l'analyse des liens entre l'arbitrage et la *Compliance* par l'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques en matière d'éthique des affaires dans un premier temps (Partie I) et, l'implication de l'activité arbitrale face aux politiques de la *Compliance* dans un second temps (Partie II).

³³ « Un arbitrage international relativement mineur, adopté il y a une quinzaine d'années, est passé à la postérité lorsque le Tribunal, dans un *obiter dictum*, a affirmé que la corruption était dorénavant contraire à « l'ordre public international », CIRDI, *World Duty Free Company c. Kenya*, n° ABR/00/7, sentence, 4 octobre 2006, § 157, où le tribunal conclut que « [i]n light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy ».

³⁴ E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », 2017, *Revue de l'arbitrage*, Issue 3, pp. 805-838.

PREMIERE PARTIE. L'IMPLICATION DE L'ARBITRE DANS LA DEFENSE DES POLITIQUES ETATIQUES ET INTERNATIONALES DE L'ETHIQUE DES AFFAIRES

Le prérequis à l'existence des procédures arbitrales est l'existence même d'un litige³⁵ c'est-à-dire « tout différend, qu'il soit formellement reconnu ou simplement le résultat d'un échange de correspondance montrant que les parties sont en désaccord sur un point spécifique, de droit ou de fait, qui émane de leurs relations »³⁶. L'implication de l'arbitre dans le contrôle de la mise en œuvre des politiques étatiques de l'éthique des affaires prend ses sources dans la *Compliance* même (Chapitre I), dont le contentieux laisse à l'arbitre une place essentielle pour contrôler les mesures de la conformité (Chapitre II).

Premier chapitre. Les sources du contentieux de la *Compliance*

Le contentieux de la *Compliance*, notamment arbitral, a ses sources à l'intérieur des entreprises qui reproduisent leurs mesures internes de prévention des risques juridiques aux tiers (Section 1) par le biais de la technique contractuelle (Section 2).

Section 1. La mise en œuvre effective de mesures internes au sein des entreprises

La mise en œuvre effective des mesures internes suppose d'abord la mise en place d'un programme de conformité (1) qui pourra se traduire en contentieux arbitral lors de sa mise en œuvre (2).

Paragraphe 1. La mise en place d'un programme de conformité

22. LES MESURES INTERNES AU SEIN DES ENTREPRISES A L'ORIGINE DE LA RENCONTRE ENTRE L'ARBITRAGE ET LA *COMPLIANCE*. Autrefois faculté, la mise en place de programmes de conformité est aujourd'hui une obligation légale pour les entreprises. Les entreprises sont soumises à différentes législations, tant nationale qu'internationale, à la fois du droit souple – *soft law* – et du droit dur – traités internationaux, décision du conseil de sécurité de l'ONU, loi,

³⁵ I. IRURETAGOYENA AGIRREZABALAGA, « Nagación de la controversia internacional : ¿ Ausencia de jurisdicción o falta de voluntad de entrar a valorar le fondo de la diferencia ? » (Iberdola Energía SA x República de Guatemala, ICSID Case no. ARB/09/05, Laudo, 17 August 2012) », *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2013, p. 439.

³⁶ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrage international - Droit et pratique*. Pack en 2 volumes : Tome 1, Partie générale ; Tome 2, Partie générale (suite) et partie spéciale.

règlement, etc. Les mesures de *Compliance* doivent être traduites directement dans l'activité de l'entreprise, sous peine de sanctions.

23. INTERNALISATION DES OBJECTIFS DE L'ETHIQUE DES AFFAIRES. Par le biais des différentes mesures, les entreprises deviennent les premiers partenaires de l'État et responsables de la mise en œuvre des objectifs de l'éthique des affaires. Ainsi, en matière de *Compliance* anti-corruption, il revient à l'entreprise d'internaliser des objectifs de lutte anticorruption au sein de son organisation à travers des procédures notamment la cartographie des risques, les due diligences, la formation de ses salariés, etc., et de veiller à leur mise en œuvre.

24. DEVANT L'ARBITRE. Le manquement d'une des parties à ses obligations de conformité en lui-même ne fera pas l'objet de sanction directement dans la mesure où cela relève des autorités de contrôle et de poursuites notamment pénales.

Les sujets de la *Compliance* vont se poser à l'arbitre à chaque fois qu'un manquement à une règle de *Compliance*, de source légale ou non légale, provoque une violation contractuelle susceptible d'entraîner à son tour des conséquences contractuelles notamment la suspension, nullité, restitutions, révision de rémunération. L'arbitre sera amené nécessairement, en tant que tiers chargé de rendre une sentence, à (i) apprécier une non-conformité si elle entre dans le champ contractuel et (ii) pourra utiliser un éventuel manquement comme un indice afin de conclure de l'illicéité du contrat.

En l'absence de violation contractuelle, des manquements peuvent être constatés, mais il faut pour cela que les manquements génèrent la compétence du tribunal arbitral. Le cas échéant, l'affaire reviendra aux juridictions étatiques compétentes.

25. La conformité avec la règle de droit³⁷. Ce qui est exigé des entreprises est une conformité avec la règle de droit au sens général, c'est-à-dire une norme juridiquement obligatoire, quels

³⁷ **La conformité avec le droit dur.** La conformité avec le droit dur n'est en réalité pas une nouveauté. Il s'agit d'une norme juridiquement obligatoire, à laquelle les parties, en l'occurrence les entreprises doivent se conformer.

La conformité avec le droit souple. Le droit de la régulation économique et par extension, la *Compliance* sont devenus des terrains privilégiés du développement du droit souple ou *soft law*. Il peut s'agir de déclarations universelles et d'une manière générale des valeurs universelles partagées ou de *soft law* plus normatives provenant des autorités de régulation.

A travers la *soft law*, c'est un comportement qui est suggéré voire attendu sans pour autant pouvoir être directement repréhensible. Ces actes de droit souple sont invocables, à l'appui d'une demande devant l'arbitre.

que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité et sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.).

26. Le conflit entre les procédures internes d'une entreprise et le droit international. Les acteurs économiques, en tant que personnes morales, sont sujets à différentes normes de *Compliance* et doivent se conformer. D'un autre côté, ces mêmes acteurs sont tenus par des obligations contractuelles vis-à-vis des parties prenantes. Un conflit peut dès lors survenir entre les exigences du droit international et interne et les obligations contractuelles de l'entreprise dès lors que l'entreprise est amenée à violer ses obligations contractuelles pour se mettre en conformité avec le droit international.

27. LA MULTIPLICITE DES PROGRAMMES DE CONFORMITE. Lorsqu'un sujet de *Compliance* est évoqué devant l'arbitre, il convient de distinguer la *Compliance* du demandeur et celle du défendeur.³⁸ Par hypothèse, les deux parties ne sont pas soumises aux mêmes législations et n'exercent pas la même activité et dans le même milieu. Elles peuvent ne pas être exposées aux mêmes risques et ne pas avoir la même culture d'entreprise.

28. De plus, le demandeur comme le défendeur peut décider de se mettre en conformité, mais avec ses propres obligations notamment en matière de lutte contre la corruption qui pourront être jugées insuffisantes selon l'autorité de contrôle³⁹. Les autorités de contrôle n'ont pourtant pas les mêmes critères d'appréciation du caractère robuste d'un programme de conformité. Ainsi en est-il en matière de lutte contre la corruption, les recommandations de ces autorités et leurs attentes ne sont pas les mêmes.

29. Dès lors, l'arbitre se trouve face à une question qui est celle de sa grille d'analyse. Par quel biais et comment va-t-il apprécier le manquement invoqué par l'une des parties ?

Parmi ces sources de droit souple se trouvent notamment les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme ou encore les critères ESG. Sous l'impulsion des institutions financières, normes sont devenues indispensables dans la vie des affaires.

Le droit dur s'empare de plus en plus du droit souple. Il convient également de souligner que de plus en plus de normes de droit souple se trouvent désormais traduites par des normes de droit dur. C'était le cas des législations anticorruption qui un temps ont été du droit souple voire de traités de droit mais qui ont dû être traduites par des lois. C'est également le cas de droits de l'Homme, qui d'abord par les principes directeurs et principes généraux se trouvent désormais par des législations de plus en plus contraignantes, notamment la loi française sur le devoir de vigilance.

³⁸ Entretien téléphonique avec Thomas BAUDESSON, avocat associé et Sandrine COLLETIER, avocate au sein du cabinet Clifford Chance, 19 juillet 2021.

³⁹ Plus particulièrement l'AFA, le DoJ et le SFO.

De fait, l'arbitre deviendra dans ce cas, et pour les besoins du litige duquel il est saisi, le juge de l'application d'un programme de conformité. Il sera amené à apprécier (i) si le programme est robuste et surtout (ii) s'il a été correctement mis en œuvre. L'arbitre va devoir être le juge de la qualité ou de l'insuffisance des systèmes mis en place par l'une des parties.

30. TIRER LES CONSEQUENCES DE SON APPRECIATION. Une fois il aura établi la violation d'un programme de conformité ou du caractère partiellement conforme, sa tâche ne s'arrête pas. Il doit par la suite tirer les conséquences de cet irrespect ou violation sur les droits et obligations des parties.

Paragraphe 2. Le risque d'arbitrage par la mise en œuvre du programme de conformité

31. LE RISQUE D'ARBITRAGE BASE SUR UNE APPROCHE PAR LES RISQUES. La mise en œuvre des mesures de la *Compliance* au sein d'une entreprise peut l'amener à rompre ses relations contractuelles avec un partenaire, et générer un contentieux qui, aux termes de la clause compromissaire du contrat qui les lie, sera entendu par un tribunal arbitral.

32. Cette mise en œuvre se concrétise par la découverte de faits de violation d'un engagement de *Compliance* — à l'occasion d'une enquête interne, révélation publique ou par un lanceur d'alerte — et doit conduire une entreprise disposant d'un programme de conformité robuste à réagir. Les faits découverts viennent souvent modifier la relation de connaissance d'une des parties par rapport à l'évaluation de départ des risques juridiques et obligent le cocontractant à réagir. Cette réaction, qui peut être nécessaire en matière de respect des normes de la *Compliance* interne du cocontractant, aura un impact sur la relation contractuelle et peut être à l'origine du déclenchement de l'arbitrage par l'une des parties.

33. De manière concrète et à titre d'exemple, ce risque se traduit dans le cas où une entreprise se trouve face à un consultant sur lequel des soupçons de corruption existent. Le cocontractant a le choix — en fonction du droit applicable au contrat — entre continuer ses relations contractuelles et s'exposer à un risque de poursuite, d'investigations longues voire de condamnation pénale. Le cocontractant peut également décider de suspendre l'exécution du contrat ou rompre celui-ci.

Si le contrat est silencieux sur ces points — point qui sera développé ultérieurement —, la décision sur la suite à donner au contrat est à la discrétion d'une des parties, basée sur une balance de bénéfices et risques et en fonction du niveau de preuve existant. En présence d'une clause compromissaire, le cocontractant qui se trouve lésé dans ses droits, par une inexécution ou par une rupture du contrat, n'hésitera pas à mettre en œuvre la clause afin de faire valoir ses droits.

- 34.** Sur la mise en œuvre de la clause compromissaire, et s'agissant notamment d'éventuelles sommes dues au tiers à la suite d'une rupture, le débiteur se trouve face à un dilemme : payer directement la somme due et se trouver en complicité pour violation des mesures de *Compliance*⁴⁰ ou procéder à un moratoire et risquer de perdre un arbitrage. S'il y a des soupçons notamment de corruption sur le tiers, en l'absence de garanties suffisantes de nature à démontrer que la somme ne sera pas utilisée en vue de corrompre un agent public, l'entreprise risque une violation de sa procédure d'évaluation des tiers et peut faire l'objet de vérification et de sanctions par les autorités de contrôle et ne saura pas se justifier. En la matière, les autorités pourraient également émettre des lignes directrices afin d'aider les entreprises, mais également les arbitres dans leur démarche.
- 35.** Le raisonnement précédent est également valable en matière de violations (réelles ou supposées) de sanctions économiques internationales. Dans ce dernier cas, le niveau de preuve attendu est plus solide en raison du caractère nominatif des décisions à l'origine de violation des obligations contractuelles. Ces décisions sont prises par des instances internationales – notamment la Commission européenne et le Conseil de sécurité de l'ONU – ou unilatéralement par un pays – notamment Direction de Trésor et OFAC aux États-Unis.
- 36. DISTINCTION ENTRE SANCTIONS UNILATERALES ET MULTILATERALES.** Dans ce cas, l'appréciation de l'arbitre va différer selon qu'il s'agisse d'une décision unilatérale ou multilatérale et le contrôle des juridictions étatiques n'est pas le même. À ce titre, la chambre internationale de la cour d'appel de Paris, saisie d'un recours en annulation d'une sentence internationale fondé notamment la violation de l'ordre public international (art.1520, 5° du CPC), a rendu une décision le 3 juin 2020.⁴¹

⁴⁰ Souvent réprimée pénalement, surtout en matière de corruption et de sanctions internationales.

⁴¹ CA Paris 3 juin 2020, n° n° 19/03758, 3 juin 2020.

37. La CCIP-CA distingue les sanctions émanant de résolutions du conseil de sécurité de l'ONU et de l'Union européenne, des sanctions unilatérales émanant des autorités américaines.

Sur les premières, la CCIP-CA rappelle que les sanctions internationales résultant de résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies et celles transposées au sein de l'Union européenne, en ce qu'elles s'imposent aux États membres et donc à la France, peuvent être assimilées à des lois de police étrangères et/ou des lois de police réellement internationales, dont un tribunal arbitral ne peut faire abstraction si la situation litigieuse qu'il est amené à juger entre dans le périmètre de ces sanctions (§ 54).⁴²

38. En revanche, la CCIP-CA « écarte les sanctions unilatérales prises par les autorités américaines de la qualification de lois de police étrangère susceptible d'être prise en compte au titre de l'ordre public international. La Cour considère en effet que les sanctions unilatérales prises par les autorités américaines contre l'Iran ne peuvent être regardées comme l'expression d'un consensus international, la portée extraterritoriale des sanctions prononcées par les autorités américaines étant précisément contestée tant par les autorités françaises que l'Union européenne (§ 63). »

39. **EXECUTION DE CONTRAT FAISANT OBJET DE SANCTIONS**⁴³. Un autre point concerne le fait de donner effet à un contrat faisant l'objet de sanctions internationales. Sur ce second point, la CCIP-CA rejette le moyen d'annulation évoquant cette violation en mettant en avant le fait que leur exécution serait contraire à l'ordre public international français. La Cour rappelle qu'une telle annulation suppose que la violation de l'ordre public international soit effective et concrète et qu'elle doit donc s'apprécier en fonction du champ d'application matériel et temporel des sanctions invoquées (§ 70).

⁴² Elle considère en outre, que « les résolutions précitées, en ce qu'elles ont pour objet de contribuer au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, portent des règles et des valeurs dont il convient de considérer que l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, et ce faisant relèvent de la conception française de l'ordre public international » (§ 55). De même, les sanctions internationales transposées au sein de l'Union européenne, et donc dans l'ordre juridique interne en France peuvent être assimilées à des lois de police françaises et, en ce qu'elles visent à contribuer au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, être tout autant intégrées dans la conception française de l'ordre public international dès lors que les règles et valeurs ainsi véhiculées font partie de celles dont l'ordre juridique français ne doit pouvoir souffrir la méconnaissance (§ 57).

⁴³ En matière de corruption, la CCIP-CA, dans une décision du 25 mai 2021 a énoncé que : « *La reconnaissance ou l'exécution en France de cette sentence permet à la société Webcor ITP et la société de retirer les bénéfices du pacte corruptif de sorte qu'elle méconnaît la conception française de l'ordre public international.* »

- 40. LA RUPTURE DES RELATIONS CONTRACTUELLES SUR LA BASE DES CLAUSES CONTRACTUELLES.** Les clauses contractuelles *Compliance* feront l'objet d'un plus grand développement plus bas. Néanmoins, deux autres cas de rencontre entre l'arbitrage et la *Compliance* trouvant une origine contractuelle et méritent l'attention des acteurs travaillant sur ce sujet.
- 41.** Le premier cas serait un contrat avec un tiers, stipulant que le tiers devra envoyer, sur une base mensuelle, un rapport détaillant ses activités, conditionnant ainsi le paiement de ce dernier à l'approbation de son cocontractant. Dans le cas où l'agent cesse d'envoyer ses rapports, son cocontractant pourrait, en fonction des stipulations du contrat, cesser le paiement. L'autre partie peut alors déclencher l'arbitrage et l'arbitre se trouvera face à ce contrat. Néanmoins, il est difficilement envisageable que l'arbitre résolve en faveur de la partie ayant manqué à son obligation sur ce seul manquement. Son appréciation pourrait se fonder sur d'autres facteurs, notamment des allégations ou encore sur une violation avérée et répétée de cette obligation.
- 42.** Le deuxième cas concerne l'insertion d'une clause d'audit dans le contrat. Le raisonnement est similaire au précédent et en cela, l'arbitrage rencontre pleinement des éléments qui relèvent du monde de la *Compliance*.
- 43. LA RECHERCHE DE L'INCIDENCE DE L'OBJECTIF POURSUIVI.** « Pour l'arbitre et le juge, il devient nécessaire d'identifier quelle sera l'incidence de l'objectif poursuivi par les parties sur leurs obligations respectives. La réponse est loin d'être évidente, car elle se révèle dans la dépendance de la menace d'une sanction pénale dont l'une des parties plus que l'autre cherche à se mettre hors d'atteinte. La question n'est donc pas tant de savoir comment éviter le droit anti-corruption mais bel et bien de déceler dans l'arbitrage commercial international le moyen de s'y conformer. La méthode paraît plus raisonnable que de désavouer les contrats d'intermédiaires comme l'ont fait certains États prompts à jeter le bébé avec l'eau du bain. Il semble pourtant cynique de permettre aux entreprises ayant bénéficié du contrat de s'en tirer à moindres frais. Certains auteurs considèrent qu'on peut y voir une stratégie prophylactique puisque « sanctionner systématiquement ce type de contrat permettrait d'en diminuer la fréquence ». Mais rien ne semble indiquer qu'une chasse aux intermédiaires soit la solution. Il faut du reste espérer que les arbitres sauront faire le tri face aux manœuvres des parties. On le comprend ici mieux qu'ailleurs, la question met en lumière l'un des thèmes les plus

fondamentaux du rôle de l'arbitre, au carrefour des justices arbitrale et répressive dès lors qu'il en devient le chef d'orchestre. »⁴⁴

*

Section 2. La traduction des mesures de la *Compliance* par le biais de la technique contractuelle

Le recours à la technique contractuelle permet de faire entrer les mesures de la *Compliance* dans le champ contractuel permettant ultimement à l'arbitre d'en connaître. Cette traduction se fait par le biais de clauses contractuelles (Paragraphe 1). Le recours est également de plus en plus grandissant dans les traités d'investissements (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les clauses contractuelles

44. LA TRADUCTION DES MESURES DE CONFORMITE PAR LES CLAUSES CONTRACTUELLES. Les mesures de conformité des entreprises, qu'il s'agisse des mesures de lutte anti-corruption, de la mise en œuvre de sanctions internationales ou de garantie du respect des droits de l'Homme ne sont pas directement opposables aux tiers et ne peuvent faire l'objet de litige devant l'arbitre.

Pour cette raison, le droit des contrats a été imprégné par la logique de la *Compliance* et s'est parfaitement adapté afin de donner des effets juridiques opposables aux tiers à des mesures de *Compliance* qu'une entreprise prend en interne.

45. LA VARIETE DES CLAUSES QUE L'ARBITRE AURA A CONNAITRE. Les clauses « *Compliance* » font en réalité référence à une multitude de clauses correspondant à des réalités différentes.

46. Cette traduction s'est faite en plusieurs étapes. Dans un premier temps, avec des clauses générales notamment du respect du programme de conformité de son partenaire commercial ou clauses d'adhésion aux politiques globales de son partenaire ou de son code de conduite – clauses générales et par conséquent sujet d'interprétation et d'ambiguïté –.

⁴⁴ T. de SAINT VIANCE, « L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis », Mémoire de fin d'études, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

47. DES CLAUSES OBEISSENT A UNE METHODOLOGIE SIMILAIRE. Malgré la variété de ces clauses, elles obéissent à une même méthodologie, celle de la *Compliance*, basée sur une approche par les risques⁴⁵ et en cela, la connaissance et la sensibilité de l'arbitre aura son importance.

Bien que le fondement juridique sur lequel l'arbitre s'interroge soit un contrat, ce contrat est très spécifique et comporte des dispositions qui lui sont propres et qui obéissent ou doivent obéir à la méthodologie de *Compliance*. L'arbitre aura à connaître et à rendre sa sentence à l'aune de cette méthode et ne peut s'en passer. Néanmoins, la logique sous-jacente est très différente et est propre à chaque type de *Compliance*.

48. LA GENERALISATION DES CLAUSES⁴⁶. Ces clauses « *Compliance* » se sont généralisées et des institutions notamment le MEDEF⁴⁷ y ont également contribué. Leur extension dans la vie des affaires s'est faite à la faveur des changements politiques et de paradigme de la vie des affaires vers la prise en compte de l'éthique et ont affecté la vie des entreprises. Les différentes législations ont obligé et facilité l'inscription de références aux mesures de *Compliance* dans les accords et contrats et par conséquent augmentent en cela la possibilité de leur rencontre avec l'arbitrage.

49. Avec l'avènement et l'évolution de la culture de la *Compliance* parmi les acteurs français en parallèle de l'apparition des premiers contentieux, notamment arbitral, les acteurs économiques ont pris conscience de l'importance de ces clauses et de l'importance de leur rédaction en cas de contentieux.

50. L'OBJECTIF DE PREVOYANCE DES CONSEQUENCES JURIDIQUES. L'insertion de clauses « *Compliance* » est une étape importante dans cette évolution de la vie des affaires, mais elle a également impacté la pratique arbitrale. Ces clauses « contiennent souvent une longue liste de

⁴⁵ L'approche par les risques caractérise cette méthode commune, partagée par l'ensemble des domaines de la *Compliance*. Elle se manifeste par l'exigence d'une cartographie des risques, ainsi dénommée en matière de lutte contre la corruption ou de devoir de vigilance. Cette cartographie constitue la pierre angulaire du programme de conformité, l'AFA en fait ainsi le deuxième des trois piliers sur lesquels repose le dispositif anticorruption. Ces risques doivent ensuite être évalués et hiérarchisés avant d'être formalisés dans la cartographie. Cette construction requiert une implication de l'ensemble des parties prenantes, à différents degrés ; l'instance dirigeante et le compliance officer étant en première ligne durant tout le processus.

⁴⁶ N. BONUCCI, P. BOUCHEZ LE GHOZI, N. FAGUER, « Lutte contre la corruption et relations contractuelles : au-delà des mots, des conséquences juridiques », https://www.paulhastings.com/fr/publications/client-alerts/lutte-contre-la-corruption-et-relations-contractuelles-au-del%C3%A0-des-mots-des-cons%C3%A9quences-juridiques#_ednref1

⁴⁷ Le guide pratique anticorruption élaboré par le MEDEF à la suite de la loi Sapin II encourage les entreprises « à inclure dans le projet d'accord de partenariat une clause anticorruption (avec notamment la possibilité de droits d'audits, certifications et autres garanties) qui pourrait lui permettre notamment de se dégager de ses engagements en cas de manquement du tiers en matière de prévention de la corruption ».

prestations à la charge de l'intermédiaire (études diverses, conseils en tout genre) qui sont censées donner à la rémunération une cause légitime⁴⁸ »⁴⁹.

51. Elles constituent ainsi un des instruments qui doit contribuer à promouvoir et participer à la mise en œuvre des objectifs de la *Compliance*, en particulier devant l'arbitre qui aura à les connaître dans l'hypothèse d'un litige.

Elles font en réalité partie intégrante des programmes de conformité des entreprises dans leurs relations avec les tiers. Elles s'inscrivent parfaitement dans la logique des législations – notamment la loi dite Sapin II – qui tendent, par le biais des grandes entreprises, de déployer les mesures de conformité aux tiers de plus petites tailles avec qui elles ont des relations.

52. **UN TRANSFERT DE RESPONSABILITE.** L'insertion de ces clauses est perçue par certaines entreprises comme un moyen de contractualiser leurs obligations, mais une contractualisation qui au fond vise, pour l'essentiel, à un transfert de responsabilité.⁵⁰

Cela revient en réalité pour l'entreprise à se défendre, en cas de contrôle d'une autorité ou en cas de contentieux devant l'arbitre, à évoquer qu'elle a en effet bien respectée son programme de conformité et qu'elle a agi de manière conforme et ainsi se décharger/s'exonérer de sa responsabilité. Pour cela, les entreprises ne manqueront pas d'évoquer que c'est précisément le cocontractant qui n'a pas respecté son engagement en vertu de la clause. Le risque d'une telle approche en présence d'un tribunal arbitral non habitué aux questions et aux enjeux de la *Compliance* est d'approuver ce raisonnement.

53. **UNE RESPONSABILITE PARTAGEE DEVANT L'ARBITRE.** De plus, cela représente un risque de partage de responsabilité en raison de la spécificité de l'arbitrage. En arbitrage, les parties ont la possibilité de demander la production des pièces par la partie adverse et dans certains cas, leur production peut se retourner contre les parties.

⁴⁸ La constatation faite par la sentence rendue en 1998 dans l'affaire CCI no 8891 que « l'objet illicite est généralement dissimulé derrière des dispositions contractuelles d'apparence anodine » (JDI, 2000.1076, spéc. p. 1079) n'a jamais été aussi vraie qu'aujourd'hui.

⁴⁹ E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », 2017, op. cit. n°34

⁵⁰ N. BONUCCI, P. BOUCHEZ LE GHOZI, N. FAGUER, « Lutte contre la corruption et relations contractuelles : au-delà des mots, des conséquences juridiques », op. cit. n°46

Ainsi en est-il de la contestation par un intermédiaire d'une cessation de paiement des commissions par l'entreprise donneur d'ordre. L'entreprise donneur d'ordre peut être en droit de faire une telle cessation, soit parce que la clause *Compliance* la prévoit, soit en raison de soupçons pesant sur l'intermédiaire soit dans le cadre de décisions d'auto-signallement aux autorités. Or, qu'en devient-il si la partie adverse demande la reproduction des vérifications préalables et qu'il existait des facteurs de risques sans mesures de remédiation ?

Les vérifications poussées par une entreprise sur ses intermédiaires — une « *due diligence* »⁵¹ — avant la signature d'un contrat peuvent être reproduites devant l'arbitre et si l'intermédiaire était retenu malgré des risques connus, sans une mesure de remédiation par l'entreprise donneur d'ordre, la logique de la *Compliance* conclura de cela une non-conformité. Or, si ces *due diligences* sont demandées à être reproduites, l'arbitre ne peut justifier la cessation de paiement dans la mesure où, suivant son programme de conformité, le donneur d'ordre aurait dû prendre toutes les mesures nécessaires afin de prévenir les risques de corruption.

Il en est de même, si des allégations existaient dans la presse, sans avoir soulevé le moindre doute au moment de la conclusion du contrat. Dans ce cas, la charge de la preuve s'inverse. Il revient à l'entreprise de prouver que sur la base des rapports dont elle disposait ainsi que des déclarations de l'agent et des informations disponibles publiquement, son évaluation était juste et complète et ne pouvait pas faire naître de doutes.

54. Il convient de démontrer devant l'arbitre, au soutien des arguments évoqués, la bonne foi de l'entreprise et les différentes mesures de remédiation qui ont pu être prises et c'est également en cela que la rédaction des clauses trouve son importance afin de démontrer, par des mesures prévues d'avance et concrètes, la bonne foi des parties. Or, ces clauses peuvent paraître comme étant insuffisantes⁵², en particulier si elles sont passives. Une clause est passive dès lors qu'elle ressemble à une déclaration générale ou une mesure très générale, sans un rôle actif des parties.

⁵¹ Certaines législations notamment la loi Sapin 2 et lignes directrices exigent une vérification préalable par les entreprises de leurs intermédiaires dépassant un certain seuil. En l'absence de telle vérification, ces entreprises risquent d'être sanctionnées pour corruption si les faits sont avérés ou pour non mise en œuvre de procédures préventives obligatoires à savoir un programme de conformité. C'est également le cas de certaines institutions qui avaient publié des « lignes directrices non contraignantes afin d'aider les entreprises à couvrir le risque de corruption que représente le recours à des intermédiaires dans certaines situations.

Par exemple, en 2011, la Chambre de commerce internationale (CCI) a publié les Principes directeurs d'ICC sur les agents, intermédiaires et autres tiers. La même année, l'OCDE a mis à jour ses Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales. »

⁵² Entretien téléphonique avec Stéphane BRABANT, avocat associé au sein du cabinet Trinity International, 3 août 2021.

55. LA DEMONSTRATION DU CARACTERE SERIEUX DU DEFENDEUR. La sophistication de la clause pourra ainsi contribuer à apprécier le caractère sérieux de la clause et de l'engagement de l'entreprise accompagnée de la démonstration d'une vraie volonté de satisfaire son engagement éthique et ses obligations de conformité. De cette manière, l'arbitre pourra plus facilement valider une inexécution contractuelle. Cela d'autant plus que ce genre de clauses pourront prévoir des points d'étapes détaillés et ainsi permettre une vérification par la documentation et les écrits nécessaires.

En l'absence de telles clauses ou si ces clauses ne sont pas rédigées de manière claire, les entreprises font face à de nombreuses difficultés : d'une part, elles peuvent se voir reconnaître délictuellement responsable d'une inexécution contractuelle si elles ont rompu leurs relations sur la base d'une clause. D'autre part, de nouveaux risques peuvent apparaître en cas de contrôle par les autorités. Enfin, si de réels faits de corruption en lien avec les deux cocontractants apparaissent, se pose la question de savoir si l'entreprise a fait le nécessaire.

Par conséquent, les grandes entreprises préparent souvent des clauses types de conformité⁵³ qui seront par la suite incluses dans leurs contrats avec les tiers. Ces clauses qui ne sont pas nécessairement nouvelles, notamment en matière de respect des droits de l'Homme et de la protection de l'environnement, permettent de respecter leurs propres obligations vis-à-vis des différentes législations, mais sont aussi un moyen de défense pour l'entreprise en cas d'éventuels arbitrages.

LA REDACTION DES CLAUSES.

56. LES CLAUSES DOIVENT ETRE ADAPTEES. En premier lieu, « il importe de s'assurer que toutes les parties ont la même compréhension sur ce qui est concrètement attendu de l'entreprise visée par la clause en question, notamment dans le cadre d'un contrat international. Idéalement, il conviendrait de se mettre d'accord, au préalable, sur un protocole de mise en œuvre afin d'éviter de futurs malentendus. »⁵⁴

⁵³ « Bien qu'il existe des clauses types, il est recommandé qu'une telle clause ne soit pas seulement intégrée pour des raisons d'affichage ou de politique générale. Cette clause doit en effet être rédigée au regard d'une véritable cartographie des risques tout en étant proportionnée au but poursuivi. Il est aussi primordial que cette clause corresponde à une volonté claire de la mettre en œuvre si nécessaire. Insérer une clause anticorruption sans avoir une réelle volonté de mise en œuvre serait en effet éminemment dommageable.

⁵⁴ N. BONUCCI, P. BOUCHEZ LE GHOZI, N. FAGUER, « Lutte contre la corruption et relations contractuelles : au-delà des mots, des conséquences juridiques », op. cit. n°46

Cette adaptation doit ensuite avoir lieu en fonction du secteur d'activité, des risques et sensibilités, mais également du contrat dont il s'agit. Ainsi et bien que le recours à des clauses types soit courant et conseillé, il est important d'adapter les clauses types en fonction du contrat.

L'INTEGRATION DES ELEMENTS DU « DOSSIER *COMPLIANCE* » A LA CLAUSE.

57. LE DOSSIER *DUE DILIGENCE*. Dans l'optique d'un éventuel arbitrage, il pourrait être utile d'intégrer une partie du dossier d'évaluation des tiers au sein du contrat d'un agent commercial chargé des actions de promotion dans un pays étranger avec risques de corruption importants. Il en est ainsi dans le cadre du respect des droits de l'Homme avec un cocontractant qui pourrait avoir des antécédents de violation des droits de l'Homme.

58. FORMULAIRE D'EVALUATION DE TIERS. Les formulaires de *due diligence* — appelés aussi « *application forms* » — sont des formulaires envoyés à des tiers en amont de la conclusion d'un contrat où ces derniers font un certain nombre de déclarations⁵⁵ et fournissent des informations⁵⁶.

En effet, cela revient à intégrer au sein du contrat les déclarations qui sont faites par la personne elle-même et qui en cas de non-respect ou si ces informations se révèlent être fausses — sous réserve des diligences nécessaires par le cocontractant — pourront permettre à un tribunal arbitral de reconnaître la faute de l'agent.

59. LA DOCUMENTATION DU COCONTRACTANT. Les entreprises pourront avoir intérêt à insérer des clauses *Compliance* – dans l'optique d'un éventuel arbitrage - où il est fait mention à une règle interne de l'entreprise qui aura été présentée au cocontractant. Parmi ces règles, une clause stipulant la sanction de la violation du code éthique ou du code de conduite pourra avoir un grand intérêt devant l'arbitre. C'est notamment le cas si le cocontractant poursuit l'entreprise pour une rupture abusive de contrat. Si le contrat stipule de simples soupçons, la marge d'appréciation de la clause et des soupçons est plus grande. En revanche, en cas de mention à des normes internes à l'entreprise ou à une partie de celle-ci, il y a des éléments sur lesquels

⁵⁵ Parmi ces déclarations peuvent se trouver des questions sur d'éventuels condamnations en matière de corruption, sur des précédents en matière de violation des droits de l'homme, sur l'absence de programmes de conformité etc.

⁵⁶ Notamment sur la structure capitalistique de la société et de ses bénéficiaires effectifs. V. en ce sens G. BERTROU et D. BAYANDIN, « arbitrage et conformité : dans quelles circonstances les tribunaux arbitraux peuvent et doivent-ils ordonner la divulgation par les parties de leurs bénéficiaires économiques effectifs ? », 2021, *Revue de l'arbitrage*, Issue 2, pp. 373-417.

l'arbitre peut s'appuyer. Pour cela, il est nécessaire que la règle mentionnée soit assez précise et pas très générale.

60. SOUPÇONS OBJECTIFS. Nous venons de mentionner, la clause pourrait mentionner une interruption de paiement en cas de soupçon par une des parties. Or, les soupçons peuvent être variés et surtout être très subjectifs. Les parties auront tout intérêt à mentionner des cas de soupçons prévisibles à l'avance sur lequel ils se sont accordés de manière plus objective. Parmi ces soupçons, en matière de corruption, il pourrait être intéressant de mentionner que, s'il est fait état dans la presse d'avènement de faits de corruption ou condamnation pour des faits de corruption, le cocontractant peut prendre les sanctions contractuelles.

61. AUDIT. Un autre type de clause qui se trouve de plus en plus dans les contrats commerciaux importants est les clauses d'audit. Ces clauses qui se trouvent souvent en matière d'anticorruption et de droit de l'Homme permettent à une partie de vérifier — par des audits annuels, par la demande des rapports sur une base régulière⁵⁷ ou des mesures similaires — la conformité de son cocontractant à ses engagements contractuels. Un engagement du respect des droits de l'Homme et de non-recours à l'esclavage dans toute la chaîne de valeurs, en l'absence de mesures concrètes et vérifiables, ne serait en effet qu'une déclaration.

En cela, des clauses d'audit participent également à rendre les parties actives dans leur démarche et permettre à l'arbitre de rendre des sentences sur des éléments plus concrets.

De surcroît, la même clause pourrait prévoir des sanctions lorsqu'une partie refuse un audit. Quelle interprétation l'arbitre doit-il retenir face à une rupture du contrat à la suite d'un refus d'audit par le cocontractant si aucun élément n'est mentionné dans le contrat ?

62. LES CLAUSES AVEC GRADATION DE SANCTIONS AU SERVICE DE L'ARBITRAGE. La sanction des violations trouve également son importance dans le cadre d'un arbitrage. Cela participe au mouvement de « sophistication » des clauses *Compliance*. Il arrive fréquemment que l'arbitre se trouve face à un contrat qui, soit ne prévoit pas de solution face à des violations des mesures de *Compliance*, soit des clauses qui prévoient des solutions drastiques comme la résiliation du

⁵⁷ Mensuel ou annuel

contrat. Or, d'un point de vue pragmatique, il arrive souvent que des solutions intermédiaires existent, permettant à la fois à la relation contractuelle de continuer et d'y apporter une solution. Dans d'autres cas, l'entreprise peut se trouver dans un pays où son activité est liée à celle du seul intermédiaire existant. Dans ce cas, le recours à l'arbitrage n'aura pas pour intérêt à mettre fin à une relation contractuelle, mais d'apporter une solution juridique à un différend, comme le nom de « mode alternatif de règlement des litiges » l'illustre parfaitement.

63. MECANISMES DE RESOLUTION *COMPLIANCE* EVITANT L'ARBITRAGE. Ces clauses peuvent même aller plus loin et prévoir des mécanismes de résolution afin d'éviter un arbitrage. Cela fut le cas du Groupe TotalEnergies qui, au moment de leur investissement de 5 milliards d'euros⁵⁸ en Iran, avait pris en compte « une certaine dose d'incertitude »⁵⁹ quant à la situation politique notamment au regard des sanctions internationales. En prévision de cela, des clauses contractuelles avaient été négociées et traduites dans le contrat permettant au Groupe de quitter l'Iran pour se mettre en conformité avec le régime de sanctions américaines sans violer ses obligations contractuelles, évitant ainsi un hypothétique arbitrage.

De cette manière, lors de la sortie du Groupe Total d'Iran en 2018 en raison des sanctions unilatérales américaines à l'encontre de l'Iran et bien qu'une clause compromissive ait été intégrée dans le contrat, elle n'a pas été mise en œuvre.

Néanmoins, ces mêmes clauses n'excluent pas totalement l'arbitrage. La clause susmentionnée pourrait en effet donner lieu à un litige devant l'arbitre et d'une manière générale, d'autres aspects du contrat, qu'il s'agisse des paiements des parties ou en cas de découverte de faits de corruption par un intermédiaire à un agent public pourrait mener les parties devant l'arbitre.

64. LES PROTOCOLES D'ACCORD. L'autre mécanisme auquel peuvent avoir recours les agents économiques est celui des protocoles d'accord où les acteurs trouvent un terrain d'entente et évitent de se présenter devant un arbitrage. Néanmoins, certains cas récents, notamment Airbus, ont démontré que les protocoles d'accord ne permettaient pas toujours de mettre fin au contentieux et que la présence d'un arbitre était nécessaire pour la suite des relations.

⁵⁸ R. BLOCH, « Total a officiellement quitté l'Iran », <https://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/total-a-officiellement-quitte-liran-136947>

⁵⁹ Selon Patrick POUYANNE, PDG du Groupe

65. NON JUDICIAL REMEDIES. Certains spécialistes⁶⁰ voient également le développement de mécanismes de résolution des litiges dans le cadre des forums non judiciaires qui se trouvent dans les principes directeurs de l'ONU⁶¹.

Cette démarche de gestions de plaintes dirigé vers les victimes s'inscrit dans l'optique d'une solution « *fair and fast* »⁶² et répond à un certain nombre de critères. Elle trouve application notamment en cas de violations des droits de l'Homme. La solution se trouvera au sein des entreprises qui vont mettre en œuvre des procédures afin d'apporter des indemnités équitables et justes.

Paragraphe 2. Les traités d'investissement

66. LA RELATION ENTRE ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET LA COMPLIANCE. La relation entre l'arbitrage d'investissement, dont la source est un traité d'investissement et la *Compliance* est un thème relativement nouveau.⁶³ Ce n'est que récemment que la *Compliance* a pris une place de plus en plus importante et cela notamment avec le développement de la lutte mondialisée contre la corruption. Cette relation n'en est pas moins importante dans la mesure où « l'arbitrage participe encore, même si son existence est fragile et menacée, au monde des affaires internationales, en quête d'éthique et d'humanisme »⁶⁴.

67. Dans l'arbitrage d'investissement, l'évolution récente démontre de plus en plus clairement une tendance de protection des investisseurs ayant respecté les règles de la *Compliance*. En d'autres termes, seul l'investisseur éthique, le « *compliant investor* »⁶⁵, responsable socialement, mériterait d'être protégé par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement.

68. Dans quelle mesure l'arbitrage investissement participe-t-il au contrôle de la *Compliance* ? En quoi la *Compliance* peut-elle affecter l'arbitrage d'investissement ?

⁶⁰ Entretien téléphonique avec Stéphane BRABANT, avocat associé au sein du cabinet Trinity International, 3 août 2021.

⁶¹ « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer", qui ont été élaborés par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises.

⁶² Juste et équitable

⁶³ Université Paris II Panthéon-Assas, intervention d'Eduardo SILVA ROMERO, colloque Compliance & Arbitrage, 31/03/2021.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

69. LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL JUGÉANT UN LITIGE INVESTISSEUR-ÉTAT. La

question de savoir si les tribunaux arbitraux ont compétence pour statuer sur les questions relatives aux droits de l'Homme dépend du libellé de la clause contenant le consentement de l'État hôte.

Néanmoins, lorsque le traité d'investissement est « suffisamment large » et que la clause compromissoire l'est tout autant, le tribunal peut accepter des demandes reconventionnelles en matière de droits de l'Homme⁶⁶, y compris la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948.⁶⁷

70. CONTROLE DE LA LÉGALITÉ DE L'INVESTISSEMENT. Les traités de protection des investissements font de la légalité de l'investissement une condition d'application du traité et donc de l'offre d'arbitrer qu'il contient. La formulation la plus courante est celle qui définit l'investissement protégé comme un investissement « réalisé en conformité avec la législation de l'État d'accueil »⁶⁸. Dans la mesure où même les États les moins regardants en la matière n'admettent pas la légalité de la corruption, des allégations de corruption sont souvent avancées pour tenter de faire échec à la compétence du tribunal arbitral. Cela a été le cas récemment, sans succès, dans les affaires Flughafen Zürich c/ Venezuela⁶⁹, Fraport II c/ République des Philippines⁷⁰, Ampal c/ République arabe d'Égypte⁷¹ Vladislav Kim c/ République

⁶⁶ Dans l'affaire Urbaser S.A. et Consortium de l'Eau de Bilbao Bizkaia, Consortium de l'eau de Bilbao en Biscaye v. La république argentine, Affaire CIRDI n°. ARB / 07/26, Prix daté 8 décembre 2016, meilleur. 1200. : « *The Tribunal further retains that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that Treaty indicates that account is to be taken of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties."* The BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the BIT's special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights. »; v. aussi Cf. Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID/ARB/11/28, Decision on Annulment of December 30, 2015, paras. 86-92, where the ad hoc Committee refers to the "principle of systemic integration," stating that resort to authorities stemming from the field of human rights is a "legitimate method of treaty interpretation.»

⁶⁷ Assemblée générale des Nations unies. (1948). Déclaration universelle des droits de l'Homme (217 [III] A).

⁶⁸ V. par ex. l'accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements conclu entre la Suède et la Lettonie le 10 mars 1992, art. 1(1).

⁶⁹ V. Flughafen Zürich A.G. and Gestion EIngenierfaI DC S.A. dVenezuela, aff. CIRDI no ARB/10/19, Sentence du 18 novembre 2014 rendue par MM. J. FEMANDEZ-ARMESTO, Président, H. ALVAREZ et R. VINUESA, § 155.

⁷⁰ V. Fraport A.G. Frankfurt Airport Services Worldwide d République des Philippines, aff. CIRDI no ARB/11/12, Sentence du 10 décembre 2014 rendue par MM. P. BEMARDINI, Président, S. ALEXANDROV et A. VAN DEN BERG, § 481.

⁷¹ V. Ampal-American Israel Corp et autres d République arabe d'Égypte, aff. CIRDI no ARB/12/11, Décision sur la compétence du 1er février 2016 rendue par MM. Y. PORTIER, Président, C. MCLACHLAN et F. ORREGO VICUFIA, § 306.

d'Ouzbékistan⁷² et Getma International c/ République de Guinée⁷³ et, avec succès, dans l'affaire Metal-Tech de République d'Ouzbékistan⁷⁴.

71. L'arbitrage d'investissement comporte souvent des montants importants et de grands acteurs, une partie étant un État. Il est un des terrains privilégiés de rencontre entre l'arbitrage et la *Compliance*. En effet, les deux parties, qu'il s'agisse de l'investisseur ou de l'État, peuvent avoir intérêt à intégrer les normes de la *Compliance* au sein du traité d'investissement et veiller à leur respect. Ce contrôle pourra s'effectuer notamment au travers **le contrôle de la légalité d'investissement**.

Les contrôles de cette légalité d'investissement peuvent intervenir à deux moments différents :

72. **LE CONTROLE DE LA LEGALITE D'INVESTISSEMENT AU MOMENT DE L'ETABLISSEMENT DE L'INVESTISSEMENT** : s'il s'avère que l'investissement n'a pas été établi de façon licite, le tribunal peut refuser la protection de traité d'investissement, en se déclarant incompétent. Un investissement illicite entraîne dans ce cas l'incompétence du tribunal.

Face à cette situation, deux approches sont possibles :

73. Le traité d'investissement peut spécifiquement **prévoir la licéité de l'investissement**, c'est-à-dire la conformité du traité avec le droit de l'État d'accueil. Il y a un renvoi vers la législation de l'État d'accueil.

En droit français, les avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la partie contractante, c'est-à-dire l'État hôte. De surcroît, il est rare que les États ne prévoient pas dans leur ordre juridique un arsenal juridique englobant les sujets de la *Compliance*, en particulier la lutte contre la corruption. Par conséquent, le plus souvent, ces sujets entrent dans la protection de l'investissement.

⁷² V. Vladislav Kim et autres République d'Ouzbékistan, aff. CIRDI no ARB/13/6, Décision sur la compétence du 8 mars 2017 rendue par MM. D. CARON, Président, Y. FORTIER et T. LANDAU, § 616.

⁷³ V. Getma International et autres d République de Guinée, aff. CIRDI ARB/11/29, Sentence du 16 août 2016 rendue par Mme V. VAN HOUTTE, Présidente, MM. B. CREMADES et P. TERCIER, § 312.

⁷⁴ V. Metal-Tech d République d'Ouzbekistan, aff. CIRDI no ARB/10/3, Sentence du 4 octobre 2013 rendue par Mme G. KAUFMANN-KOHLER, Présidente, et MM. J. TOWNSEND et C. VON Wobeser, § 389. V. aussi l'affaire Spentex Netherlands B.V. d République d'Ouzbékistan.

« L'existence d'une illégalité, dont la corruption, peut naturellement être prise en compte, mais c'est alors au titre des questions de fond qu'elle doit être appréhendée, en tant que circonstance susceptible de justifier les agissements d'un État soucieux de mettre un terme à la corruption ou d'être prise en compte dans l'appréciation de la valeur de l'investissement en cas d'expropriation d'un actif initialement obtenu par voie de corruption par exemple⁷⁵ »⁷⁶

74. Il arrive cependant que le traité ne prévoie pas expressément cette licéité. Dans ce cas, le tribunal peut avoir recours à des **principes généraux du droit international** et aux coutumes. Ainsi, comme l'énonce Emmanuel Gaillard⁷⁷, même si le traité d'investissement pertinent est muet sur la loi applicable, il est admis que le droit international s'applique, dans une plus ou moins grande mesure, au différend des parties.⁷⁸ Additionnellement, Article 42 du Convention CIRDI ne laisse aucun doute sur le fait que les tribunaux trancheront les différends conformément à « les règles de droit international applicables. »⁷⁹

75. « Certains tribunaux arbitraux ont cru pouvoir lire dans les traités qui ne contiennent pas de condition de légalité de l'investissement, sinon une condition de compétence⁸⁰, du moins une condition de recevabilité de la demande⁸¹, à l'idée que la protection du droit international ne saurait s'exercer au bénéfice d'auteurs d'agissements illicites, d'actes de corruption par exemple.

⁷⁵ La jurisprudence admet que toute allégation d'illégalité qui ne concerne pas la réalisation de l'investissement et qui n'est donc pas couverte par la condition d'illégalité prévue par l'accord ne saurait avoir d'incidence sur la compétence du tribunal ni sur la recevabilité des demandes et ne peut s'analyser qu'en question de fond : v. par ex. Gustav F W Hamester et la République du Ghana, aff. CIRDI n° ARB/07/24, Sentence du 18 juin 2010 rendue par Mme B. STERN, Président, MM.B. CREMADES et T. LANDAU, §127; MNSSB.V. et Montenegro, aff. CIRDI no ARB(AF)/12/8, Sentence du 4 mai 2016 rendue par MM. A. RIGO SUREDA, Président, E. GAILLARD et Mme B. STERN, § 214; Urbaser S.A. et République argentine, aff. CIRDI no ARB/07/26, Décision sur la compétence du 19 décembre 2012 rendue par MM. A. BUCHER, Président, P. MARTINEZ-FRAGA et C. MCLACHLAN, § 260; Quiborax S.A. et al cl Bolivie, aff. CIRDI no ARB/06/2, Sentence du 16 septembre 2015 rendue par Mme G. KAUFMANN-KOHLER, Présidente, M. M. LALONDE et Mme B. STERN, § 129.

⁷⁶ E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », 2017, op. cit. n°34

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ V. par ex., MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. v. République du Chili, Affaire CIRDI n°. ARB / 01/7, Prix daté 25 Mai 2004, pour. 204.

⁷⁹ V., par ex., Moyen-Orient Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. République Arabe d'Égypte, Affaire CIRDI n°. ARB / 99/6, Prix daté 12 avril 2002, pour. 87.

⁸⁰ V. par ex. Energoalliance Ltd. d République de Moldavie, Sentence du 23 octobre 2013 rendue en application du règlement de la CNUDCI par MM. D. PELLEW, Président, M. SAVRANSKY, V. KORNELYEVICH VOLCHINSKY (sentence uniquement disponible en langue russe), § 261 ; SAUR International S.A. d République argentine, aff. CIRDI no ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012, § 308.

⁸¹ V. par ex. Plama République de Bulgarie, aff. CIRDI no ARB/03/24, Sentence du 27 août 2008, rendue par MM. C. SALANS, Président, A. VAN DEN BERG et V. VEEDER, §§ 112, 146 et 325 ; Malicorp Egypte, aff. CIRDI no ARB/08/18, Sentence du 7 février 2011 rendue par MM. P. TERCIER, Président, L. OLAVO BAPTISTA et P.-Y. TSCHANZ, §§ 1 15-120. D'autres tribunaux arbitraux ne se sont pas prononcés sur la nature de l'objection : v. par ex. Hulley Entreprises Limited (Cyprus) d Fédération de Russie, aff. CPA no AA226 ; Yukos Universal Limited (Isle of Man) d Fédération de Russie, aff. CPA no AA227; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) cl Fédération de Russie, aff. CPA no AA228, Sentences du 18 juillet 2014 rendues par MM. Y. PORTIER, Président, C. PONCET et S. SCHWEBEL, §§ 1352-1353. Sur la distinction entre compétence et recevabilité dans le contexte de la protection des investissements internationaux, v. spéc. Y. BANIFATEMI et E. JACOMY, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, C. Leben (dir.), Pedone, 2015, pp. 773 et s.

L'affaire Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan fournit une illustration de cette démarche appliquée aux questions de corruption⁸². Ce point de vue nous paraît erroné, les tribunaux arbitraux ne pouvant substituer leur préférence à celle des rédacteurs du traité lorsque ceux-ci ont fait le choix de ne subordonner la protection du traité à aucune condition de légalité.

L'existence d'une illégalité, dont la corruption, peut naturellement être prise en compte, mais c'est alors au titre des questions de fond qu'elle doit être appréhendée, en tant que circonstance susceptible de justifier les agissements d'un État soucieux de mettre un terme à la corruption ou d'être prise en compte dans l'appréciation de la valeur de l'investissement en cas d'expropriation d'un actif initialement obtenu par voie de corruption par exemple⁸³ »⁸⁴

76. LE CONTROLE DE LA LEGALITE D'INVESTISSEMENT AU MOMENT DE L'EXECUTION DE L'INVESTISSEMENT. Par le biais de l'irrecevabilité des comportements illicites pendant le déroulement de l'investissement — c'est-à-dire en plus de l'établissement à l'origine de l'investissement — l'arbitre intervient afin de protéger le respect d'une certaine éthique dans l'exécution de l'investissement.

⁸² La sentence rendue le 27 décembre 2016 dans l'affaire CIRDI no ARB/13/26 par MM. A. REINISCH, Président, S. ALEXANDROV et Mme B. STERN n'a pas été publiée à ce jour. L'accord de protection des investissements conclu entre l'Ouzbékistan et les Pays-Bas ne prévoit pas de condition de légalité. Le tribunal arbitral a cependant refusé de connaître des demandes de la société Spentex après avoir constaté qu'elle avait acquis son investissement par des faits de corruption. La sentence estime que l'illégalité de l'investissement entraîne l'irrecevabilité de la demande, un arbitre considérant pour sa part que le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent : v. « *In newly unearthed Uzbekistan ruling, exorbitant fees promised to consultants on eye of tender process are viewed by tribunal as evidence of corruption leading to dismissal of all claims under Dutch BIT* », Investment Arbitration Reporter, 22 juillet 2017.

⁸³ La jurisprudence admet que toute allégation d'illégalité qui ne concerne pas la réalisation de l'investissement et qui n'est donc pas couverte par la condition d'illégalité prévue par l'accord ne saurait avoir d'incidence sur la compétence du tribunal ni sur la recevabilité des demandes et ne peut s'analyser qu'en question de fond : v. par ex. Gustav F W Hamester et République du Ghana, aff. CIRDI n° ARB/07/24, Sentence du 18 juin 2010 rendue par Mme B. STERN, Président, MM.B. CREMADES et T. LANDAU, §127; MNSSB.V. Montenegro, aff. CIRDI no ARB(AF)/12/8, Sentence du 4 mai 2016 rendue par MM. A. RIGO SUREDA, Président, E. GAILLARD et Mme B. STERN, § 214; Urbaser S.A. et République argentine, aff. CIRDI no ARB/07/26, Décision sur la compétence du 19 décembre 2012 rendue par MM. A. BUCHER, Président, P. MARTINEZ-FRAGA et C. MCLACHLAN, § 260; Quiborax S.A. et al c/ Bolivie, aff. CIRDI no ARB/06/2, Sentence du 16 septembre 2015 rendue par Mme G. KAUFMANN-KOHLER, Présidente, M. M. LALONDE et Mme B. STERN, § 129.

⁸⁴ E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », 2017, op. cit. n°34

77. LA DOCTRINE DES MAINS PROPRES « CLEAN HANDS »⁸⁵. Bien qu'un désaccord important subsiste quant au statut de la doctrine des mains propres en droit international, elle est admise⁸⁶ devant certains tribunaux arbitraux⁸⁷. Selon cette doctrine, seulement celui qui agit éthiquement mérite la protection du droit international. Dans l'affaire H&M contre Indonésie, l'État indonésien avançait que l'investisseur était irrecevable dans sa demande dans la mesure où il était impliqué dans des procédures de blanchiment d'argent et de fraude. Le tribunal arbitral s'est déclaré irrecevable.

78. Cette décision, bien qu'elle reste isolée⁸⁸, est un moyen précisément au service de la *Compliance* afin d'évaluer le comportement d'une des parties à l'investissement. Les exigences croissantes devraient contribuer à rendre cette règle plus populaire dans son application. Par le biais de cette irrecevabilité, l'arbitre peut donner un caractère exécutoire aux règles de *Compliance* dans le cadre d'un arbitrage investissement.

79. LE CONTROLE DE LA DETENTION D'UN PERMIS SOCIAL OU *SOCIAL LICENCE TO OPERATE*.⁸⁹ Les tribunaux d'investissement ne se limitent plus au contrôle de corruption notamment au regard du droit international.

⁸⁵ « La théorie des « mains propres », majoritairement utilisées devant les juridictions anglo-américaines, trouve ses origines dans le droit romain. Elle est inspirée des maximes « *ex dolo malo non oritur actio* » (aucune action ne découle d'une infraction délibérée), « *nullus commodum capere potest de iniuria a propriae* » (nul ne peut tirer avantage de sa propre faute) et « *ex iniuria ius non oritur* » (la loi ne peut provenir de l'injustice) » M SCHWEBEL, Stephen. Clean Hands, principe. Max PLANCK Encyclopedia of public international law, March 2013.

Les « clean Hands » sont utilisés en Equity comme un moyen de défense. La partie défenderesse peut ainsi argumenter que l'autre partie n'est pas en mesure d'obtenir satisfaction de sa demande, en raison de ses mains sales (si celle-ci a par exemple agi de mauvaise foi). En droit civil français il existe un principe équivalent « nul ne peut invoquer sa propre turpitude ».

⁸⁶ P. DUMBERRY, « State of Confusion: The Doctrine of "Clean Hands" In Investment Arbitration after the Yukos Award », 17 Journal of World Investments and Trade (2016), pp. 229-259

⁸⁷ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Final Award (18 July 2014), para. 1359.

⁸⁸ La majorité des arbitres, assez positiviste, ne serait pas à l'aise avec de telles prétentions sur le fondement d'un principe général de droit international, dont la source serait controversée.

⁸⁹ Une licence sociale d'exploitation (SLO) fait référence au niveau d'acceptation ou d'approbation par les communautés locales et les parties prenantes des organisations et de leurs activités. Ce concept a évolué assez récemment à partir des notions plus larges et plus établies de « responsabilité sociale des entreprises » et d'« acceptabilité sociale ». Il repose sur l'idée que les institutions et les entreprises ont besoin non seulement d'une autorisation réglementaire mais aussi d'une « autorisation sociale » pour mener leurs activités. C'est un résultat de la manière dont nos entreprises et institutions se gèrent (en matière d'éthique, de pratiques de travail, de durabilité, etc.) dans leur environnement plus large, ainsi que de leurs activités de communication des risques et d'engagement avec leurs parties prenantes. De plus en plus, le fait de disposer d'une licence sociale d'exploitation est un élément essentiel pour opérer dans des juridictions démocratiques, car sans un soutien populaire suffisant, il est peu probable que les agences des gouvernements élus acceptent d'accorder des permis ou des licences d'exploitation. La licence sociale ne fait pas référence à un accord ou un document formel, mais à la crédibilité, la fiabilité et l'acceptation réelles ou actuelles des organisations et des projets.

F. GUY-TREBULLE, « Entreprise et développement durable (1^{re} partie) », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 46, 12 Novembre 2015, 1547 : « le capital social et sociétal (portant sur les normes partagées, les valeurs et comportements communs ; les relations avec les principales parties prenantes ainsi que la confiance et le dialogue que l'organisation a instaurés et s'efforce de renforcer ou de protéger avec les parties prenantes externes ; les actifs incorporels associés à la marque et à la réputation ainsi que la « licence d'exploitation de l'organisation » entendue au sens anglo-saxon de « *licence to operate* ».

Dans une affaire Bear Creek Mining Corporation contre Pérou⁹⁰, un différend était né à la suite du retrait d'autorisation de l'investisseur par l'État péruvien⁹¹. Ce retrait avait été opéré à la suite des troubles sociaux et opposition des sociétés autochtones. L'État péruvien, poursuivi devant le tribunal arbitral, a accusé le demandeur de troubles sociaux en mentionnant le manque de ses activités sociales.

En l'espèce, le tribunal arbitral a constaté que la démarche était insuffisante et a conclu que les autorités ne pouvaient approcher le comportement de l'investisseur puisqu'ils avaient donné leur autorisation en connaissance de cause et étaient conscientes des multiples programmes sociaux du demandeur. Ainsi, par cette décision, le tribunal a décidé de ne pas venir à l'aide de l'État péruvien, car celui-ci n'avait pas suffisamment rempli ses engagements. Néanmoins, dans cette affaire, le tribunal a considéré que le projet d'investissement était spéculatif et précisément, sur le fondement de l'absence de licence sociale, le tribunal a limité le montant des dommages-intérêts alloués à l'investisseur sur la base de critère d'incertitude de dommage.

80. LA CRITIQUE DE L'ARBITRAGE COMME PROTECTEUR DES OBJECTIFS D'ETHIQUE DES AFFAIRES. Bien qu'offrant de nombreuses vertus pour la protection des objectifs de la *Compliance* et de l'éthique des affaires, l'arbitrage reste néanmoins critiqué, s'agissant notamment des traités d'investissement.

L'arbitrage peut être vu par certains comme un moyen controversé pour les grandes entreprises d'« imposer leurs volontés aux gouvernements récalcitrants »⁹². Il peut également être perçu par d'autres comme un moyen pour les grands acteurs d'imposer leurs volontés aux États à faible revenu⁹³.

C'est précisément dans ce dernier cas où l'arbitrage peut être, selon l'auteur de ces lignes, le défenseur des valeurs universelles et qui doit, en dehors de stipulations ou de demandes reconventionnelles des parties, prendre en compte les enjeux sociétaux dans sa sentence —

La licence sociale d'exploitation (SLO), ou simplement licence sociale, fait référence à l'acceptation permanente des pratiques commerciales et des procédures d'exploitation standard d'une entreprise ou d'un secteur par ses employés, ses parties prenantes et le grand public. »

⁹⁰ Bear Creek Mining Corporation. v. Republic of Perú, Affaire CIRDI n °. ARB/14/21, Prix daté 30 novembre 2017.

⁹¹ L'État avait révoqué un décret public en réponse aux troubles sociaux qui ont eu lieu dans une zone reculée près de la frontière avec la Bolivie.

⁹² O. PETITJEAN, « Affaire chevron-équateur : l'arbitrage international confirme sa réputation d'instrument au service des puissants », <https://multinationales.org/Affaire-Chevron-Equateur-l-arbitrage-international-confirme-sa-reputation-d>

⁹³ Il arrive dans certains cas où le chiffre d'affaires d'une entreprise est plus grand que le PIB du pays où ils investissent.

point sur lequel nous reviendrons ultérieurement —, de manière à éviter précisément les éventuelles critiques.

81. NOUVELLE GENERATION DES TRAITES D'INVESTISSEMENT. Dans la nouvelle génération des traités d'investissement, des clauses liées aux objectifs de la *Compliance*, notamment de protection de l'environnement et de la santé publique sont insérées. Certains traités prévoient qu'une réglementation adoptée de manière légitime et non-discriminatoire et ayant pour but de protéger l'environnement ne constitue pas une mesure prohibée par les traités d'investissement. De cela, il résulte que les investisseurs ne sont pas protégés contre les mesures de l'État.

Par conséquent, si un État adopte des mesures en faveur des objectifs de la *Compliance* et des droits de l'Homme, et qu'il respecte les conditions de non-discrimination et de légitimité, ces mesures ne pourront pas enclencher la responsabilité internationale de l'État⁹⁴. Ces traités consacrent un principe de solidarité entre les investisseurs internationaux et les États d'accueil.

Ce serait une « génération humaniste de traités »⁹⁵ puisqu'on retrouve très clairement des idées sous-jacentes de la *Compliance*, tout en portant attention à l'être humain au sein des relations d'affaires.

*

⁹⁴ La corruption ou la violation des droits de l'Homme peuvent être sources de responsabilité internationale de l'État d'accueil. A titre d'exemple, l'État qui solliciterait des pots-de-vin pour accorder à un investisseur existant une nouvelle licence, un permis de construire ou un droit quelconque ne respecterait pas son obligation de réserver à l'investisseur un « traitement juste et équitable » au sens des traités d'investissement.

⁹⁵ Université Paris II Panthéon-Assas, intervention d'Eduardo Silva Romero, colloque *Compliance & Arbitrage*, 31/03/2021.

Deuxième chapitre. Le contrôle des mesures de conformité par l'arbitre

L'arbitre intervient dès sa saisine comme juge et tiers de confiance dans le contrôle des mesures de la *Compliance* (Section 1), et participe dès lors par son intervention au renouvellement de la vie des affaires (Section 2).

Section 1. L'arbitre, juge et tiers de confiance en charge de contrôles de la *Compliance*

82. « L'ARBITRAGE EST L'ŒUVRE D'UN JUGE QUE LES PARTIES SE SONT DONNEES »⁹⁶. Cette affirmation de la Cour de cassation « est remarquable par sa justesse dans la mesure où la liberté de choix de la personne de l'arbitre par les parties à l'arbitrage est, *a priori*, la raison principale du succès de la justice arbitrale sur la justice étatique dans le commerce international et de la réussite de l'instance arbitrale en tant que telle »⁹⁷.

Si cette affirmation est vraie, elle doit néanmoins être nuancée.

En premier lieu, elle doit être nuancée par la date à laquelle l'arrêt a été rendu. Depuis lors, la jurisprudence a évolué dans sa position et la doctrine française en la matière a également évolué.

En deuxième lieu, l'arbitrage est une institution juridictionnelle. À cet effet, l'arbitre rend une décision de justice qui devient applicable dans l'ordre interne via l'exequatur. La sentence arbitrale ne peut être contraire à l'ordre public⁹⁸ du pays de l'exequatur et les juges étatiques effectuent un contrôle — point qui sera développé ultérieurement —.

83. LA CELERITE DE L'ARBITRAGE. L'arbitrage apparaît comme un forum adapté à la *Compliance* permettant d'éviter la durée souvent longue des juridictions étatiques. Cette notion trouve son importance en matière de *Compliance* d'autant plus que, comme évoquées précédemment, les mesures à l'origine de l'arbitrage peuvent impliquer l'intervention d'autres autorités étatiques et

⁹⁶ Req., 29 décembre 1862, S., 1862.I.81.

⁹⁷ C. CASTRES SAINT-MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2016, Paris, préf. Bertrand ANCEL.

⁹⁸ La notion d'ordre public s'étend également à l'ordre public international, dont l'arbitre est le garant.

le temps de réaction d'une des parties a une importance cruciale sur sa conformité. À cela s'ajoutent d'autres questions plus classiques en matière de contentieux, notamment en ce qui concerne le taux d'intérêt sur le montant restant qui peut s'accumuler en cas de longue procédure.⁹⁹

84. EXTRANEITE. De surcroît, les sujets de *Compliance* impliquent le plus souvent des éléments d'extranéité avec notamment une des parties qui se trouvent dans un deuxième pays. En matière internationale, aucune des parties ne souhaite qu'un tribunal de la nationalité de la partie adverse rende une décision sur leur différend.

85. LE COUT DE L'ARBITRAGE. Ces éléments étant dits, il convient aussitôt de nuancer les propos. Les parties ont en effet souvent tendance, pour les mêmes raisons qui font le succès de l'arbitrage, à surestimer leur chance de succès. À cela s'ajoute un élément qui entre dans l'analyse des parties, à savoir le coût inhérent à l'arbitrage. Le coût du recours aux institutions d'arbitrage peut s'avérer très élevé et dissuader les parties à mettre en œuvre leur droit. Sur ce dernier point, une approche basée sur les risques pourra permettre d'en déduire qu'en tout état de cause, le coût d'arbitrage serait moindre que les risques qu'encourt l'entreprise notamment celui du risque réputationnel devant un tribunal étatique.

86. LA POSSIBILITE D'ARBITRAGE EN EQUITE. Bien que l'article 12 du CPC dispose que « les parties peuvent aussi [...] conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur », ce recours reste théorique devant les tribunaux étatiques. En arbitrage, l'arbitrage en équité (*ex aequo* ou *equidad*)¹⁰⁰ existe et est plus répandu. L'arbitre aura « mandat pour le ou les arbitres d'écarter la règle de droit et de juger en fonction de l'équité »¹⁰¹ et non simplement conformément au droit.¹⁰²

⁹⁹ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrage international - Droit et pratique*. op. cit. n°36

¹⁰⁰ Sur l'arbitrage en équité, v. la thèse d'E. LOQUIN, *L'amiable compositeur en droit comparé et international*, Paris, Librairies Techniques, 1980 ; B. R. VECCHIONE, « Impugnazione del lodo degli arbitri di equità » (Contestation de la sentence arbitrale des arbitres en équité), *Foropad*, 1955, I, 1979 ; R-K-L. CHUNG, « The Rules of Natural Justice in Arbitration », *Arbitration*, avril 2011, n°2, vol. 77, p.167.

¹⁰¹ S. BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé. Équité*. Dans Dictionnaire en ligne. <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/equite.php#:~:text=Dans%20la%20proc%C3%A9dure%20de%20l'en%20fonction%20de%20l'%C3%A9quit%C3%A9>.

¹⁰² La deuxième Chambre civile a jugé qu'il résulte des articles 1474 et 1484 du nouveau Code de procédure civile que l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur. Méconnaît ces textes la cour d'appel qui, pour rejeter le recours en annulation dirigé contre une sentence arbitrale rendue par des arbitres ayant reçu mission d'amiables compositeurs, retient que les arbitres ont statué en appliquant la règle de droit, sans s'expliquer sur la conformité à l'équité de la décision ainsi motivée (CIV.2. - 10 juillet 2003 BICC n°587 du 15 novembre 2003).

En pareil cas, l'arbitre n'est plus tenu par les règles de droit qui sont applicables. Celui-ci rendra sa sentence – après l'analyse des échanges des parties – selon l'avis qu'il se fera de l'ensemble des éléments du dossier et selon l'équité.¹⁰³

L'arbitrage en équité — en plus du choix des arbitres¹⁰⁴ par les parties — peut particulièrement être adapté aux litiges de la *Compliance* en matière de droits de l'Homme et de devoir de vigilance, mais également lorsque des normes de *soft law* sont appliquées. Nous avons fait le constat que l'arbitre – comme les juges – peut se trouver dépourvu de solution juridique en raison des normes qui sous-tendent alors même que ce dernier constate un déséquilibre dans la sentence qui sera rendue.

Toutefois, avec le renouvellement des pratiques arbitrales, nous le verrons, l'arbitre ne peut plus être insensible face aux enjeux de la *Compliance* et sa sentence devra prendre en compte ces enjeux.

87. LE CARACTERE PRIVE ET CONFIDENTIEL DE L'ARBITRAGE NECESSAIRE A LA COMPLIANCE. Henri Motulsky définissait l'essence de l'arbitrage comme ayant « les trois composantes, justice, caractère privé, origine contractuelle {lesquelles} donnent ensemble sa physionomie à l'institution »¹⁰⁵. Au caractère privé de l'arbitrage s'ajoute celui de la confidentialité. Ces caractères sont bien nécessaires et demandés dans le monde des affaires. Ils retrouvent une importance accentuée dans le domaine de la *Compliance* dans le sens où les impacts sont importants. Ce cadre s'illustre notamment en deux domaines de la *Compliance* : en matière anticorruption et en matière de droits de l'Homme. Un contentieux public faisant intervenir des accusations de violation de mesures de *Compliance*, quand bien même les réclamations ne sont pas fondées, aura un risque réputationnel pour l'entreprise. Cela d'autant plus que le risque réputationnel est difficile à compenser et peut durer un certain nombre d'années.

DECLENCHEMENT D'UNE POURSUITE. Le deuxième risque également inhérent à la *Compliance* est celui du déclenchement d'un contrôle ou d'une poursuite par une autorité. Tout comme le risque réputationnel, bien que les arguments puissent ne pas être fondés, le caractère

¹⁰³ Pour cela, il faut que la clause compromissoire prévoie expressément cela.

¹⁰⁴ Argument important si l'une des parties est réticente au recours à l'arbitrage en équité.

¹⁰⁵ H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, op. cit. n°11.

public de rupture de contrat avec un intermédiaire pour risque de corruption peut par exemple enclencher un contrôle de l'AFA voire une enquête par des autorités de poursuites pénales.

88. UN EXEQUATUR ADAPTE A LA COMPLIANCE. Une décision arbitrale n'a force exécutoire qu'après avoir été revêtue de l'exequatur. Au moment où l'arbitre rend sa sentence, elle a l'autorité de chose jugée. En droit français, force exécutoire de la décision naît du simple dépôt au greffe du Tribunal judiciaire qui rendra une décision dans l'ordre juridictionnel français.¹⁰⁶ Les États sont prêts à reconnaître aux sentences arbitrales une valeur et des effets très semblables à ceux d'un jugement étatique et la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹⁰⁷ est une des explications de l'exequatur rendues simplifiée des sentences arbitrales¹⁰⁸. Néanmoins, les juridictions françaises peuvent refuser l'exequatur à une sentence arbitrale qui serait contraire à l'ordre public international.

Cette modalité d'exequatur participe à son tour à une exécution des décisions prises ayant pour fondement l'apport d'éthique dans la vie des affaires. Cette simplification peut également être un facteur de découragement pour une partie tentée de violer ses engagements contractuels en matière de *Compliance*.

UNE PREVISIBILITE NECESSAIRE. « L'arbitrage est un supplément caractéristique à tous les systèmes juridiques modernes »¹⁰⁹. Ce rôle conduit les systèmes juridiques à comprendre la nécessité d'exécuter les sentences arbitrales. Dans l'affaire Mitsubishi¹¹⁰, la nécessité de cette prévisibilité dans l'exequatur et dans la résolution des litiges est rappelée¹¹¹ sauf en ce que cela viole l'ordre public interne ou international. En cela, cette prévisibilité participe également au recours à l'arbitrage comme forum adapté au contentieux de la *Compliance*.

89. La poursuite d'objectifs communs entre l'arbitrage et la Compliance. La *Compliance* tout comme l'arbitrage dépasse les frontières nationales. L'arbitrage se présente comme un mode

¹⁰⁶ Cours de M. le Professeur Sylvain BOLLEE donné aux étudiants du Master 1 Droit des affaires, Université Paris I Panthéon-Sorbonne durant l'année 2019-2020.

¹⁰⁷ Chacun des États contractants de la Convention de New York reconnaît l'autorité d'une sentence arbitrale et lui accorde l'exécution conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée.

¹⁰⁸ Au-delà de l'Union européenne où le Règlement Bruxelles Ibis impose un régime de reconnaissance et d'exécution des jugements.

¹⁰⁹ Cour suprême de Chypre (Juridiction d'appel), 28 avril 1999, *The Attorney Général of the Republic of Kenya c. Bank für Arbeit und Wirtschaft*, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2000, p. 694.

¹¹⁰ *Mitsubishi Motors Corp.*, 473 U.S., 1985, p.629.

¹¹¹ « Les préoccupations de respecter la *Comity of nations* [La courtoisie internationale], le respect de la capacité des tribunaux étrangers et transnationaux, et la sensibilité à la nécessité du système commercial international d'assurer une prévisibilité dans la résolution des litiges exigent que nous appliquions la convention des parties [pour un arbitrage étranger], même en supposant qu'un résultat contraire imminent serait attendu dans un contexte interne »

alternatif de règlement des différends et en ce qui concerne les différends issus de la *Compliance*, pour les raisons que nous venons d'évoquer, il paraît comme un forum adapté.

Il est certain que les acteurs sont précis — des entreprises ou personnes particulières —, situés géographiquement dans un pays donné et régis selon une législation prévue dans le contrat. En réalité, l'influence d'une sentence arbitrale n'est pas nécessairement nationale et dépasse le cadre du pays dans lequel il a lieu et s'inscrit pleinement dans un cadre international. De plus, la plupart du temps, les acteurs sont situés à différents endroits du monde. Dans sa globalité et sur ces points, les ressemblances sont nombreuses avec l'arbitrage.

En outre, les buts poursuivis par la *Compliance* étant résolument globaux, ces points s'inscrivent dans le dynamisme de l'action des régulateurs dans un contexte fortement mondialisé. La coopération internationale des autorités de régulation et de poursuite se développe ainsi dans le cadre d'accords bilatéraux ou multilatéraux de coopération avec leurs homologues, à l'instar de l'AMF en matière d'échanges d'informations dans le cadre d'enquêtes¹¹².

De surcroît, bien que la notion de règle transnationale a souvent été décriée¹¹³, en matière de *Compliance* et notamment d'anticorruption, certains auteurs ont démontré l'existence de ces objectifs communs¹¹⁴ qui s'inscrit par la poursuite d'objectifs similaires, de définitions communes et d'établissement d'un cadre global et multilatéral à caractère international. « À ce jeu- là, il ne s'agit plus tant pour l'arbitre de comprendre s'il doit sanctionner ou non, mais plutôt s'il faut le faire strictement ou très strictement. »¹¹⁵

90. CONCLUSION. Finalement, ce sont l'ensemble des avantages de l'arbitrage qui viennent conforter les mesures et les objectifs de la *Compliance*.

*

¹¹² F. BUISSON, B. DE JUVIGNY « La coopération internationale entre régulateurs de marchés financiers », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, vol. février 2015, n°1, 2015, p. 43-47

¹¹³ P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Litec* 1982, p. 125.

¹¹⁴ Sur la question v. Y. DERAÏNS, « Analyse de sentences arbitrales » dans *Les commissions illicites*, Paris, Publication CCI, 1992 et E. GAILLARD, « Droit applicable au fond du litige », *J.-Cl. Dr. int.*, Fasc. 586-9-1, 1991, n°43.

¹¹⁵ T. de SAINT VIANCE, « *L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis* », op. cit. n°44.

Section 2. La participation de l'arbitrage au renouvellement des pratiques de la vie des affaires

91. UNE NOUVELLE METHODE DE REFLEXION. La *Compliance* oblige les arbitres à une certaine tournure d'esprit et d'attitude vis-à-vis des nombreuses questions qui leur sont posées.¹¹⁶ Au-delà des exigences et de la rigueur nécessaire dans les matières substantielles de droit et de la *Compliance*, une « méthode de réflexion »¹¹⁷ et une nouvelle approche sont nécessaires afin de pouvoir rendre une sentence intelligible.

De plus, la sentence rendue par l'arbitre ne doit pas donner effet à des faits illicites, au risque de violer l'ordre public international et faire l'objet de censure par le juge étatique.

92. ARBITRE, JUGE DE LA CONFORMITE. Nous l'évoquions dans les développements précédents, de fait, l'arbitre devient le juge de la conformité des parties et sera amené à apprécier le caractère conforme d'une des parties à ses engagements éthiques. Or, l'arbitre ne dispose pas de méthodologie propre pour apprécier une telle conformité. Dans cette démarche, force est de constater que les autorités de contrôle ne proposent pas non plus d'éléments de nature à permettre à un arbitre d'analyser le caractère conforme d'un programme de conformité. Certes, en France, en matière de lutte contre la corruption, l'AFA met à la disposition des parties ses questionnaires et ses recommandations, mais ces derniers sont silencieux sur la manière d'apprécier la conformité.

De l'autre côté de l'Atlantique en revanche, les autorités, notamment le DoJ, proposent différentes grilles d'analyse, à destination du public et des procureurs afin d'évaluer la conformité d'une entité. Ainsi, l'« *Evaluation of Corporate Compliance Programs* » établi par le US Department of Justice est destiné à aider les procureurs à prendre des décisions éclairées¹¹⁸ et offre une grille pratique avec des protocoles de questionnements¹¹⁹ et trace les grandes lignes de ce qui est attendu en matière de conformité anticorruption. Ces documents peuvent venir

¹¹⁶ Université Paris II Panthéon-Assas, intervention de Catherine KESSEDIAN, colloque Compliance & Arbitrage, 31/03/2021.

¹¹⁷ *Ibid*

¹¹⁸ Une grille afin d'aider les procureurs à savoir si, et dans quelle mesure, le programme de conformité de l'entreprise était efficace au moment de l'infraction, et est efficace au moment d'une décision d'inculpation ou d'une résolution, dans le but de déterminer la forme appropriée (1) de toute résolution ou poursuite ; (2) de la sanction pécuniaire, le cas échéant ; et (3) des obligations de conformité et (3) les obligations de conformité contenues dans toute résolution pénale de l'entreprise (par ex, obligations de surveillance ou de déclaration).

¹¹⁹ Tel que « *Does the Corporation's Compliance Program Work in Practice* » (Le programme de conformité de la société fonctionne-t-il dans la pratique ?)

aider les arbitres globalement dans leur démarche d'appréciation de conformité d'une des parties. Néanmoins, ils ne sont pas suffisants. En premier lieu en raison de leur source, à savoir les États-Unis. Or, en matière d'anticorruption, les exigences ne sont pas les mêmes selon les autorités qui évaluent. En second lieu, en raison de leur destination puisque les destinataires premiers de « *Evaluation of Corporate Compliance Programs* » sont les procureurs qui ont une approche infractionnelle de la matière et qui poursuivent une finalité répressive de la *Compliance*.

93. LE NIVEAU ETABLI DE PREUVE. Une des premières questions à laquelle l'arbitre est confronté est celle du niveau établi entre le doute et la preuve : jusqu'où il faut aller dans l'appréciation de la *Compliance*. Faut-il apporter la preuve d'un conflit d'intérêts ou d'un soupçon afin de justifier une rupture des relations contractuelles ? Quelles sont les garanties qu'un cocontractant peut offrir en présence de soupçons si un paiement doit avoir lieu ?

94. MODES DE PREUVES ADMISSIBLES. La violation des mesures de *Compliance*, lorsqu'elle est intentionnelle, est par essence cachée avec parfois¹²⁰ des montages juridiques afin de contourner les règles de la *Compliance*. La preuve directe des faits semble par conséquent difficile à apporter, d'autant plus qu'en général, l'infraction n'est pas pénalement établie.

Le contrat à l'origine des violations semble au premier regard intact de toute fraude¹²¹. Dans la majorité des cas, l'une des parties découvre les violations bien plus tard et se trouve devant le fait accompli. Face à cette situation, elle doit réagir et prendre des mesures le plus rapidement possible tout en étant capable d'expliquer l'absence de la découverte et de sa réaction en amont. Dans ces situations, les preuves directes sont difficiles à apporter. En revanche, les preuves indirectes ou *circumstantial evidence* sont plus abondantes « sans pour autant être péremptoires sur la relation contractuelle »¹²². Les arbitres¹²³, dont le raisonnement a été validé par les juridictions étatiques¹²⁴ ont recours à de nouvelles méthodes notamment la méthode des *red flags* afin d'apprécier ces faits. Cette méthodologie usuelle de la *Compliance* peut être source de débat devant les arbitres et nous nous attarderons plus longuement sur ce point dans un développement dédié.

¹²⁰ Notamment en matière de sanctions internationales

¹²¹ V. la sentence ICC n° 12990.

¹²² J-Y. GARAUD, « L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions », Rev. arv. 2019.183 ; Constructora Norberto Odebrecht SA et *The Libyan Brazilian Construction and Development Company c. The Housing Infrastructure Board* et L'Etat de Libye, affaire CCI n° 20859, sentence, 6 février 2018, spéc. ¶ 406.

¹²³ V. les sentences ICC n° 3916, 6497, 8891, 12990, et 13515.

¹²⁴ V. par ex. CA Paris, 21 Février 2017 aff. Belokon.

95. **STANDARD DE PREUVE REQUIS.** S'agissant du standard de preuve, il convient de répondre à la question de savoir jusqu'où l'arbitre doit aller dans l'appréciation de la *Compliance*¹²⁵.
96. Tandis que certains penchent pour une preuve « *beyond reasonable doubts* » (au-delà du doute raisonnable)¹²⁶ en raison du caractère pénal des faits à l'origine de la violation des règles de la *Compliance*, d'autres penchent du côté de « *balance of probabilities* »¹²⁷ (simple seuil de probabilité). Néanmoins, aucune de ces méthodes ne semble adaptées à l'appréciation des violations des mesures de *Compliance*. En premier lieu, l'infraction pénale n'a pas toujours eu lieu et les cocontractants agissent sur des soupçons afin de prévenir précisément des faits de corruption. Il s'agit en deuxième lieu de tirer les conséquences civiles d'une violation contractuelle liée à des faits de *Compliance*. La faute contractuelle, nous l'avons évoquée, peut être le refus de se subordonner à un audit. Par conséquent, ni l'un ni l'autre ne semblent adaptés pour apprécier des violations de *Compliance*.
97. En réalité, il doit être établi une certitude raisonnable à raison de preuves directes ou d'indices graves, précis et concordants, que le demandeur n'a pas été en mesure d'apporter. Le standard de preuve choisi par le juge de l'annulation français semble être celui de la « *Clear and convincing evidence* »¹²⁸ (preuve claire et convaincante) ou de la « certitude raisonnable »¹²⁹. Cela signifie que « les allégations de corruption doivent être suffisamment précises pour être accueillies par un Tribunal arbitral »¹³⁰. Cette méthode a l'avantage de permettre à l'arbitre d'évaluer le respect d'un engagement *Compliance* sans avoir à atteindre un seuil particulier de certitude. Il revient à l'entreprise de démontrer la faible probabilité de son implication et de la prise des mesures nécessaires en temps utiles afin de permettre à l'arbitre d'apprécier correctement les faits. Dans ce cadre, la rédaction du contrat trouve toute son importance.
98. Au-delà de cette question, l'appréciation du caractère convaincant des preuves dépendra du tribunal arbitral selon le type de *Compliance* en jeu, mais également en fonction des enjeux du dossier. Les arbitres se pencheront sur la bonne ou mauvaise foi des parties, qui devrait s'opérer

¹²⁵ R. KREINDLER et D. BAIZEAU, « Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration », ICC Dossiers Volume 13, Oct. 2015, p. 192.

¹²⁶ D. SORVAZIOI et A. MANSON, « Burden of Proof and L'intime conviction: Is the Continental Criminal Trial Moving to the Common law? », Canadian Criminal Law Review, 2019.

¹²⁷ J.-Y. GARAUD, « L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions », Rev. arb., 2019 n°1, p 173-203, op. cit. n°122.

¹²⁸ V. par ex. la sentence ICC n° 13914 (2008).

¹²⁹ J. -Y. GARAUD, « L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions », op. cit. n°122.

¹³⁰ *Ibid.* ; v. aussi Construtora Norberto Odebrecht SA et The Libyan Brazilian Construction and Development Company c. The Housing Infrastructure Board et L'Etat de Libye, affaire CCI n° 20859, sentence, 6 février 2018, spéc. ¶ 406.

en raison de la nécessité pour les arbitres de « trier le bon grain de l'ivraie » selon l'expression employée par Emmanuel Gaillard. « Le standard de preuve requis par les arbitres se confond alors avec le seuil au-delà duquel il n'apparaît plus raisonnable de laisser l'entreprise se soustraire à sa responsabilité. »¹³¹

99. CHARGE DE LA PREUVE. Établir la preuve d'un fait nécessite au préalable de déterminer quelle partie supporte la charge de prouver ce fait. Conformément à l'adage « *onus probandi incombis actori* » faisant foi en droit international, il appartient à chaque partie de démontrer les faits nécessaires menant au succès de ses prétentions. Si l'essence des violations des mesures de *Compliance* est souvent cachée et dissimulée, et qu'il est difficile d'établir des preuves, il n'en demeure pas moins que cette preuve doit être apportée.

L'ARBITRE NE PEUT SE PRONONCER QUE SUR LES ELEMENTS DE PREUVE FOURNIS PAR LES PARTIES. Dans la sentence CCI n° 14920, 2009 en matière de corruption, le tribunal énonce que « tout arbitre est tenu de s'opposer fermement à la corruption ; par conséquent, si, au cours d'une procédure d'arbitrage, il est allégué une pratique de corruption, l'arbitre ne peut ignorer les faits, mais doit plutôt enquêter, rassembler des preuves pour corroborer ou rejeter les allégations et en évaluer les conséquences ». Si l'arbitre est effectivement tenu de prendre en compte tous les éléments apportés par les parties, il ne peut trancher que sur les éléments de preuve effectivement fournis par ces dernières, et ne peut se substituer à elles en rassemblant des éléments de preuve non versés au dossier. Ce constat, pourtant nécessaire dans un procès équitable, nous semble être un frein à la prise en compte effective des enjeux de l'éthique dans la vie des affaires.

100. Cet arrêt ne précise pas si ces indices déterminés sont exhaustifs ou non. C'est de cette question dont s'est saisie la partie appelant dans une affaire récente opposant Airbus Helicopters et une société hongkongaise¹³². Cet arrêt vient confirmer le fait qu'un tribunal arbitral est, d'une part, compétent pour se prononcer sur un contrat qui serait entaché de corruption et donc contraire à l'ordre public international, mais surtout que la liste d'indices possibles n'est pas une liste exhaustive, et que l'utilisation d'indices provenant du droit américain ne méconnaît pas pour autant le droit français si celui-ci est applicable en l'espèce. Le tribunal arbitral a donc la liberté d'apprécier l'opportunité et la pertinence des indices qui lui sont présentés.

¹³¹ T. de SAINT VIANCE, « *L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis* », op. cit. n°44.

¹³² Paris, 15 septembre 2020, n°19/09058 Airbus Helicopters

101. ARBITRE ENQUÊTEUR. L'arbitre n'est pas un enquêteur. Il doit néanmoins être curieux et s'interroger et interroger les parties¹³³. Ces interrogations peuvent avoir lieu à différents moments de la procédure. Au-delà de l'arbitre, les parties et leurs avocats ont également un rôle à jouer. A l'occasion des plaidoiries, les contre-interrogatoires sont un bon moyen pour les avocats des parties d'interroger la partie adverse sur son programme de conformité, sur son code d'éthique et de conduite et sur la manière dont le programme de conformité a été mise en œuvre. Cette démarche doit également participer à éclairer les arbitres et permettre d'apprécier la mise en œuvre d'un programme de conformité et participer au renouvellement de la vie des affaires.

Il peut également arriver que l'arbitre se retrouve face à des parties qui plaident sur le non-paiement d'une commission. L'arbitre vertueux interroge sur la contrepartie de la prestation évoquée. Il arrive que les parties n'apportent pas la preuve d'une réelle contrepartie sans pour autant évoquer un problème de corruption. L'attitude de l'arbitre trouve alors toute son importance vis-à-vis de cette question et c'est également en cela que le rôle actif de ce dernier peut être important sur l'issue du litige.

102. LA NECESSITE D'ETABLIR UNE GRILLE D'ANALYSE COMMUNE.¹³⁴ Toutes les questions qui ont été posées au paragraphe 93 sur le niveau établi de preuves n'ont pas de réponses, mais il s'agit de questions que les arbitres sont amenés à se poser lorsqu'ils font face à des sujets de *Compliance* en matière de lutte contre la corruption. C'est précisément pour cette raison qu'il peut être utile que des associations comme *Association for International Arbitration* ou les institutions d'arbitrage ou la CCI émettent des guidelines communes sur l'attitude des arbitres face aux enjeux de la *Compliance*. Cette démarche permettrait à la fois d'octroyer une certaine sécurité juridique aux parties et faciliterait le rôle et l'appréciation des arbitres dans leur rôle et dans le renouvellement de la vie des affaires auquel ils participent.

103. « ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL DE RECONNAISSANCE »¹³⁵. Lors du contentieux arbitral, les parties invoquent souvent la violation de l'ordre public¹³⁶ en raison du choix de la loi. Au

¹³³ Entretien téléphonique avec le Professeur Thomas CLAY, 6 juillet 2021.

¹³⁴ V. not. CA Paris, 28 mai 2019, Alstom Transport, JDI 2020, comm. 10 avec l'analyse récapitulative du tournant jurisprudentiel par E. LOQUIN (appelant une généralisation du contrôle plein des sentences arbitrales au titre de l'ordre public international, quels qu'en soient la source et l'objet).

¹³⁵ P. MAYER, « L'étendue du contrôle par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police » dans *Liber Amicorum Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459-477.

¹³⁶ Une loi de police est une norme dont l'application est rendue impérative en raison de sa teneur et de ses objectifs aux yeux d'un législateur. L'art. 9-1 du Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) donne une définition : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est

premier regard, cette vision semble être en contradiction avec la « conception transnationale de l'arbitrage »¹³⁷ et semble de surcroît donner une place importante à la volonté étatique. Il revient à l'arbitre d'apprécier leur recevabilité et d'arbitrer entre l'autonomie des parties et l'ordre public tout en ayant à l'esprit que sa sentence fera l'objet d'une conformité à l'ordre public étatique.

104. Sur ce sujet, le regretté Emmanuel Gaillard soulignait que « les arbitres doivent incontestablement appliquer de telles dispositions lorsqu'elles appartiennent à la *lex contractus* »¹³⁸. Il arrive néanmoins qu'il existe des « accidents contractuels »¹³⁹ où les parties s'étaient mis d'accord sur une partie des dispositions. « On comprend ainsi que la *lex contractus* est en réalité une hybridation de la volonté des parties avec un cadre supplétif prédéterminé. »¹⁴⁰

105. LE ROLE ACTIF DE L'ARBITRE PAR LES LOIS DE POLICE EXTERIEURES A LA LEX CONTRACTUS. Il s'agit du cas où l'une des parties demande la nullité de l'accord et saisit pour cela un *for* dont les règles impératives lui permettent de mener à bien sa volonté. Lorsque la *lex fori* se confond avec la *lex contractus*, il en sera fait application.

106. L'arbitre peut-il appliquer la loi de police d'un *for* différent de celui de la loi choisie par les parties ? La réponse à cette question fait objet de débat au sein de la doctrine¹⁴¹, mais également des juridictions. « Tandis que certaines optent pour un contrôle restreint *prima facie* comme notamment en droit de la concurrence en France¹⁴², d'autres font un contrôle plus approfondi, au risque de ne pas respecter le principe de non-révision au fond. Pour Pierre Mayer, une voie de conciliation réside dans « l'application par le juge d'un contrôle restreint de la loi de police. Les arguments sont de nature politique, mais aussi juridique et pratique.¹⁴³ Le caractère inévitable du second look opéré par les juges chargés de la reconnaissance aura l'avantage d'être

jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat ».

¹³⁷ M. AUDIT, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », Rev. arb., 2015, n°4, p. 1001 - 1035.

¹³⁸ E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », op. cit. n°34, p. 806.

¹³⁹ S. BOLLEE, « L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international », Rev. arb., 2016, n°3, p. 675-705.

¹⁴⁰ T. de SAINT VIANCE, « L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis », op. cit. n°44.

¹⁴¹ P. MAYER, « L'étendue du contrôle par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », op. cit. 135 2008, p. 459-477.D

¹⁴² V. en ce sens affs. Thales c. Euromissile, Paris, 18 Nov. 2004 et SNF c. Cytec, Cass. civ. 1ère, 4 juin 2008, n°06-15.320.

¹⁴³ P. MAYER évoque notamment le risque de recours dilatoires qui résulterait de l'obligation d'une vérification approfondie des violations de lois de police du *for*, le principe de non-révision au fond ainsi que l'impossibilité de faire prévaloir la volonté isolée d'un législateur, op. cit. n°91.

dissuasif sans pour autant fragiliser la clause compromissoire. »¹⁴⁴ Dans ces situations, l'intérêt de recourir à ces mécanismes et manœuvres se trouve marginal pour l'entreprise.¹⁴⁵

107.« Une autre voie pour celui qui cherche à remettre en cause le contrat consisterait à invoquer devant le juge du *for* requis, une loi de police étrangère. Hypothèse rare en pratique, la question a suscité de vifs débats doctrinaux¹⁴⁶. Le cas classique est illustré par la célèbre affaire Hilmarton¹⁴⁷. Il est admis que le contrôle, même restreint, ne porte que sur les lois de police du *for* et non étrangères¹⁴⁸. La décision BVBA Interstyle Belgium du 24 novembre 2005 illustre la complexité de la question¹⁴⁹ et la position du juge français dans le cadre du droit international privé européen¹⁵⁰. Pour préserver le principe de non-révision au fond, les juges ont écarté en l'espèce l'hypothèse d'une annulation de la sentence pour non- application d'une loi de police étrangère. La jurisprudence française n'a cependant pas clairement pris position. Aux États-Unis, l'admission de lois de police étrangères est elle aussi généralement écartée¹⁵¹. L'arbitre n'aura donc pas à se soucier de la décision des parties sur ce point. »¹⁵²

108. L'EMANCIPATION DE L'ARBITRE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE. L'arbitre a la possibilité de s'éloigner du droit international privé dans le but de rechercher s'il existe en droit comparé une convergence des solutions substantielles¹⁵³. Dans cet objectif, il dispose de nombreux outils en matière de *Compliance*. L'un de ces outils regroupe les conventions internationales qui sont nombreuses en la matière, aussi bien en matière de lutte anticorruption¹⁵⁴ qu'en matière de droits de l'Homme.¹⁵⁵ Ce faisant, l'arbitre s'éloigne également

¹⁴⁴ T. de SAINT VIANCE, « *L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis* », op. cit. n°44.

¹⁴⁵ Étant donnée la complexité de la preuve, on imagine mal qu'une partie mette en place la violation d'une loi impérative puis tente de l'invoquer à son profit sans s'incriminer au passage, v. infra §56.

¹⁴⁶ M. AUDIT, S. BOLLEE, P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, L.G.D.J, Précis Domat, p. 723.

¹⁴⁷ Il s'agissait en l'espèce du paiement, par une société de droit français d'une commission faisant suite à l'obtention d'un marché en Algérie, à la société anglaise Hilmarton. Le pays prohibait cependant le recours aux intermédiaires, v. supra §20. Il appartenait donc au juge suisse chargé de la reconnaissance de dire si la loi de police algérienne, qui n'était pas la *lex contractus*, pouvait être appliquée par l'arbitre.

¹⁴⁸ P. MAYER, op. cit. n°135.

¹⁴⁹ Pour Sylvain Bollée, la décision BVBA Interstyle Belgium du 24 novembre 2005 ne répond pas à la question essentielle soulevée par la prise en compte des lois de police étrangères. « En effet, il s'agit plutôt de savoir si leur violation pourrait ou non ouvrir la voie du de l'article 1520, 5° du Code de procédure civile en tant qu'atteinte à l'ordre public. Pour Christophe Seraglini on pourrait ainsi envisager d'étendre la notion pour y inclure, lorsqu'elle est nécessaire, la protection de lois impératives étrangères. Le consensus au sujet de la qualification et de la sanction de la corruption devrait rendre la pilule du « forçage » de l'ordre public plus facile à avaler. Il est ainsi possible d'envisager en plus d'un confinement, un contrôle de l'autonomie des parties par le recours à l'ordre public international. »

¹⁵⁰ Toujours sous le prisme du droit de la concurrence, v. Paris, 24 novembre 2005, Société BVBA Interstyle Belgium c/ société Cat et Co.

¹⁵¹ P. MAYER, op. cit. n°135.

¹⁵² T. de SAINT VIANCE, « *L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis* », op. cit. n°44.

¹⁵³ M. AUDIT, S. BOLLEE, P. CALLE, op. cit. n°146, p. 718.

¹⁵⁴ V. notamment la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption du 17 décembre 1997 et par la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Mérida le 9 décembre 2003

¹⁵⁵ V. notamment la Convention relative aux droits des personnes handicapées ou la Déclaration universelle des droits de l'Homme précité.

de certaines dispositions législatives des droits internes et de dégager une tendance normative à une échelle plus globalisée « au service de la communauté internationale »¹⁵⁶.

*

¹⁵⁶ E. LOQUIN, « À propos de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard : Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », Rev. arb., 2009, n°2, p. 317 à 325.

DEUXIEME PARTIE. L'IMPLICATION DE L'ACTIVITE ARBITRALE FACE AUX POLITIQUES DE LA *COMPLIANCE*

Les politiques de la *Compliance* et de l'éthique des affaires constituent un défi considérable pour les arbitrages d'investissement et commerciaux tant pour les arbitres que pour les parties. L'activité arbitrale a été influencée par l'avènement de la *Compliance* et de ses méthodes (Chapitre I). La mise en œuvre parfois excessive des mesures de la *Compliance* (sur-*Compliance*) par les acteurs de l'arbitrage a également impacté le déroulement de l'arbitrage (Chapitre II).

Premier chapitre. L'impact de la *Compliance* sur l'activité arbitrale

L'impact de la *Compliance* sur l'activité arbitrale s'est traduit par un renouvellement de la pratique arbitrale (Section 1), mais également par la survenance accrue de procédures parallèles (Section 2).

Section 1. Le renouvellement de la pratique arbitrale

109. UNE (R)EVOLUTION DU DROIT. L'avènement de la *Compliance* rime avec un droit nouveau et une logique nouvelle qui induisent une évolution du droit et du raisonnement juridique. Certains spécialistes vont jusqu'à qualifier cet avènement de « (r)évolution du droit »¹⁵⁷. Face à ce nouveau droit, l'arbitrage ne peut pas rester passif et s'imprègne des méthodologies de la *Compliance* afin de pouvoir rendre des sentences conformes au Droit.

110. LE RENOUVELLEMENT DES ATTENTES VIS-A-VIS DE L'ARBITRAGE. Le mouvement général de l'éthique des affaires et de la *Compliance* et l'accroissement d'une culture de *Compliance* au sein des acteurs économiques s'accompagne d'un renouvellement des attentes vis-à-vis de l'arbitrage. L'arbitrage, les institutions d'arbitrage et l'arbitre en tant que « juge naturel du commerce international »¹⁵⁸ ne peuvent s'extraire de ces tendances et sont fortement imprégnés par cette nouvelle logique. D'une part, ils sont sensibilisés à ces sujets et osent désormais les relever lors des audiences. D'autre part, avec le nombre croissant d'entreprises soumises aux législations promouvant les enjeux de la *Compliance* et de clauses insérées, ils sont amenés de plus en plus à en connaître.

¹⁵⁷ Entretien téléphonique avec Stéphane BRABANT, avocat associé au sein du cabinet Trinity International, 3 août 2021.

¹⁵⁸ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, éd. Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1982, spéc. N°1, op. cit. n°3.

Les arbitres sont de cette manière de plus en plus sensibles et sensibilisés à la nécessité de tirer les conséquences civiles de pratiques violant les règles de la *Compliance* par rapport à l'ordre public international. Cette sensibilisation provient à la fois de l'intérieur du monde d'arbitrage, notamment les institutions¹⁵⁹ et les associations, mais également de l'extérieur, c'est-à-dire à la fois les justiciables et les tribunaux étatiques chargés de la conformité des sentences arbitrales.¹⁶⁰ Ces derniers, au motif d'un contrôle de conformité à l'ordre public, sont parfois amenés à réviser la décision sur le fond.

111. INTERCONNEXION DES NOTIONS DE LA COMPLIANCE. Un des premiers traits de la *Compliance* réside dans l'interconnexion des différentes notions qui la composent. Dès les premières pages de cette étude, la définition même de la *Compliance* reposait sur la poursuite d'objectifs et de ces objectifs découlent des conséquences. Cette interconnexion est d'ailleurs très révélatrice lorsqu'il s'agit de faits de corruption et de droits de l'Homme¹⁶¹.

Ainsi, fondamentalement, un fait de corruption – notamment dans le cadre d'un traité d'investissement – peut également constituer une violation des droits de l'Homme et va avoir des répercussions sur le respect des droits de l'Homme dans la mesure où cela prive la population locale d'accès à des ressources qui pouvaient être utilisées pour l'éducation ou pour l'amélioration des infrastructures par l'État. La question qui se pose est alors celle de savoir si l'arbitre peut rester muet face à ces questions et rendre une sentence qui aura pour conséquence de violer les droits de l'Homme.

112. L'ARBITRE COMME GARDIEN D'UN SYSTEME DE VALEURS. L'arbitrage et plus particulièrement les arbitres chargés de rendre une sentence apparaissent dès lors comme des gardiens d'un système de valeurs, où ils peuvent rendre réels les objectifs de l'éthique des affaires par le biais de leurs décisions.

¹⁵⁹ En matière de lutte contre la corruption, on trouve une liste exhaustive dans les ICC Guidelines on Agents, *Intermediaries and Other Third Parties* de 2010 de la ICC Commission on *Corporate Responsibility and Anti-corruption* (2010).

En matière des droits de l'Homme, v. le projet *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 2019 et propose « Un mécanisme fondé sur l'arbitrage, visant à réparer les violations des droits humains en mer, traiterai à la fois des dimensions matérielle et procédurale du droit des victimes à réparation. Il y parviendrait en proposant : (i) une instance visible et neutre au sein de laquelle pourraient être résolues les problématiques des droits de l'Homme, (ii) une procédure à la fois efficace et accessible financièrement aux victimes, (iii) un processus juridictionnel hautement spécialisé et conçu pour appréhender la sensibilité des problématiques touchant aux droits de l'Homme, ainsi que les particularités propres à l'espace maritime et (iv) des sentences arbitrales contraignantes qui pourraient être exécutées internationalement. »

¹⁶⁰ Paris, 21 février 2017, no 15/01650, République du Kirghizistan d Belokon. « La période de décalage entre la réprobation internationale affichée et la timidité réelle de la pratique arbitrale s'est refermée avec l'arrêt Belokon rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 février 2017 dans la matière voisine du blanchiment. »

¹⁶¹ C'est également le cas en matière de corruption et de sanctions internationales, lorsqu'un État est sous sanctions économiques pour des raisons politiques et notamment en raison du caractère répandu de la corruption comme ce fut le cas du Venezuela.

Les arbitres sont amenés à s'interroger sur le fait de savoir s'ils agissent en tant que juges des affaires spécifiques qui leur sont confiées et réfléchir au seul cas d'espèce qui leur est soumis ou s'ils sont chargés d'une mission plus grande qui les oblige à prendre une hauteur de vue sur l'affaire qui leur est soumise et les conséquences de cette affaire. La réponse à cette question n'est pas évidente. Tandis que Gabrielle Kaufmann-Kohler pense que l'arbitre a une responsabilité de la cohérence des dispositions dans la communauté, d'autres personnalités, comme Brigitte Stern, voient un rôle de l'arbitre similaire à celui du juge de contrat.

De plus, les arbitres ont un rôle de « gardien de l'ordre public international »¹⁶² et de l'intégrité de l'arbitrage. Selon certains spécialistes¹⁶³, la balance devra pencher en faveur de la prise d'un rôle actif pour poser les questions nécessaires à la vérification de l'absence de corruption, même si cela peut leur paraître contre nature d'enquêter d'office.¹⁶⁴

113. LE RENOUVELLEMENT DE LA PRATIQUE ARBITRALE AU STADE LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL. La constitution du tribunal et le choix des arbitres, nous l'avons vu, sont un des traits distinctifs de l'arbitrage. En cela, le choix des arbitres n'est pas anodin pour les parties. Au fond, ce choix va déterminer l'appréciation de l'arbitre des arguments tirés de la *Compliance* et sa sensibilité sur ces sujets.

À ce propos, une des propositions de la présente étude est qu'en amont de l'arbitrage, après avoir déterminé que le litige comporte des éléments en lien avec le respect des règles d'éthiques et de la *Compliance*, les parties choisissent — ou non selon la stratégie contentieuse — un arbitre ayant une expertise ou du moins une connaissance de la logique de la *Compliance*. Dans la plupart des cas, les arbitres sont sensibles à ces questions. Néanmoins, pour des raisons que nous allons démontrer avec notamment la méthode des *red flags*, une expertise pourra avoir une répercussion sur la sentence qui sera rendue.¹⁶⁵

¹⁶² J. -Y. GARAUD, « L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions », op. cit. n°127. 188.

¹⁶³ N. BROOKE, F. POLONI, « L'affaire Sorelec – l'absence d'allégations de corruption doit susciter la méfiance des arbitres », RLDA 7260, No 172.

¹⁶⁴ S. BOLLEE, Rev. Crit. DIP 2006. 104, note.

¹⁶⁵ D'autres argumenteront qu'il existe aujourd'hui des experts *Compliance* auxquels les tribunaux ont accès. La proposition de la présente étude trouve précisément que ce recours est insuffisant dans certains cas.

Si les parties ne font pas un tel choix, lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, les deux arbitres choisis par les parties peuvent, eux aussi, choisir un troisième arbitre expert dans ce domaine.

Une dernière proposition serait de nommer un expert obligatoire dont la décision produit des conséquences entre les parties. Ce dernier tranchera le litige en technique de *Compliance*. Cette dernière proposition serait particulièrement intéressante dans les litiges complexes qui comportent entre autres un volet *Compliance* nécessitant son intervention.

114. LE RENOUVELLEMENT DE LA PRATIQUE ARBITRALE AU STADE DES ECHANGES ET AUDIENCES. Nous l'avons démontré, les contrats de commerces internationaux comportent de plus en plus de clauses de conformité que les arbitres auront à analyser. L'acceptation de certaines notions comme la notion de *clean hands* par les arbitres lors de cette analyse pourrait être considéré comme un réel progrès¹⁶⁶ et en cela, l'arbitrage est également un des moyens de *enforcement*¹⁶⁷ de la *Compliance*.

LE DROIT SOUPLE COMME BASE DE RAISONNEMENT DES ARBITRES INTERNATIONAUX.

L'avènement du droit souple et sa prise en compte comme base de raisonnement des arbitres internationaux sont, nous l'avons mentionné, un des premiers moyens de mettre en œuvre les objectifs de la *Compliance*. Cette mise en œuvre peut s'effectuer par les amis de la cour, *amicus curiae*, notamment dans le cadre des traités d'investissement. À titre d'exemple, un État peut former une demande reconventionnelle devant un tribunal arbitral afin de demander une réduction des indemnités réclamées. L'intervention des *amicus curiaes* pourra contribuer à démontrer au tribunal que l'entreprise n'a pas été *clean hands* et par conséquent, se montrer favorable à réduire les indemnités accordées à l'entreprise.

De plus, ce mouvement s'accompagne du mouvement plus global de responsabilisation des entreprises en tant qu'organe de la société.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Entretien téléphonique avec Stéphane BRABANT, avocat associé au sein du cabinet Trinity International, 3 août 2021.

¹⁶⁷ Mise en œuvre

¹⁶⁸ La déclaration universelle des droits de l'Homme de l'ONU mentionne un idéal commun à atteindre par l'effort des individus et des organes de la société. Les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme énoncent que « Le rôle dévolu aux entreprises en qualité d'organes spécialisés de la société remplissant des fonctions particulières, tenues de se conformer à toutes les lois applicables et de respecter les droits de l'Homme » et considèrent les entreprises comme des organes de la société au sens de la déclaration universelle.

115. LA METHODE DES RED FLAGS. La pratique américaine a développé une méthode de « *red flags* » afin d’apprécier des faits — notamment et surtout de corruption, mais qui peuvent s’étendre aux autres types de *Compliance* — qui apparaissent comme étant des facteurs de risque, à titre d’exemple, lors de la conclusion d’un contrat avec un tiers. C’est une méthode de travail habituelle de la *Compliance* où les parties, lors de l’évaluation des tiers, cherchent et analysent par différents moyens les points d’alertes attachés au futur cocontractant. Cette « technique probatoire permet d’éviter le recours à une preuve « claire et convaincante plus forte qu’une simple prépondérance »¹⁶⁹, souvent exigée par les tribunaux arbitraux en matière de corruption¹⁷⁰ ». Cet indice devrait être pris en compte, mais ne signifie ni que les faits évoqués sont avérés ni que le contrat ne peut être formé. C’est bien le propre de la recherche et d’évaluation du tiers et des « *mitigation measures* » (mesures d’atténuation) de permettre d’éliminer ou diminuer les risques et permettre aux parties de nouer des relations d’affaires dans un cadre plus éthique sans la violation des règles de la *Compliance*.

EN ARBITRAGE, le recours à la méthode des *red flags* ne semble plus remise en cause.¹⁷¹

Les preuves de faits issus de la violation des mesures de *Compliance* étant particulièrement difficiles à établir de sorte que des signes avant-coureurs doivent être pris au sérieux par le tribunal arbitral, mais ne doivent pas permettre au tribunal d’en déduire que les faits sont avérés. Les praticiens de l’arbitrage révèlent que l’admission des « *red flags* » demeure essentiellement casuistique. Un même critère aura une force probante différente selon les cas et nous approuvons cette démarche qui accentue la spécificité de chaque affaire.

116. LA METHODE DU FAISCEAU D’INDICES EN MATIERE DE CORRUPTION. Afin de renforcer la lutte contre les violations graves commises au sein d’activité commerciale transnationale, la jurisprudence a reconnu la méthode du faisceau d’indices qui permet de déduire une situation de corruption notamment au sein d’un contrat. Cette méthode permet aux tribunaux

¹⁶⁹ N. BROOKE, F. POLONI, « L’affaire Sorelec – l’absence d’allégations de corruption doit susciter la méfiance des arbitres », op. cit. n°163.

¹⁷⁰ V. p. ex. sentence rendue le 19 décembre 1991 dans l’affaire CCI n° 6401, Westinghouse, Mealey’s International Arbitration Report, 1992, p. B I et s ; sentence CCI n° 13914 (2008), ICC Special Supplement 2013: Tackling Corruption in Arbitration, 2013, p. 77-83, p. 80, n° 228 ; ou encore EDF (Services) Ltd. v. Romania, Affaire CIRDI N° ARB/05/13, Sentence finale du 8 octobre 2009, § 221.

¹⁷¹ CA Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, Belokon, Rev. Arb. 2017 précité, p. 915 ; CA Paris, 10 avr. 2018, n° 16/11182, Alstom Transport SA et Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers ; CA Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442, République Démocratique du Congo c/ Customs and Tax Consultancy, Metal-Tech c/ République d’Ouzbekistan, aff. CIRDI n° ARB/10/3, Sentence du 4 octobre 2013 ; The Rutas de Lima v. Metropolitan Municipality of Lima, 11 mai 2020, sentence UNCI- TRAL commentée dans l’article de Pablo Mori Bregante et Andrés Alvarez Calderon, « For whom the bell tolls : is the red flags standard’s application enough to prove corruption in international arbitration », Kluwer Arbitration Blog, 23 sept. 2020 ; E. Gaillard, « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration » in William W. Park (ed), Arbitration International p.1-19.

d'apprécier un fait qui laisse envisager ou présumer une corruption. Afin de prouver ces infractions, des preuves indirectes ou circonstanciées sont admises.

La Cour d'appel de Paris¹⁷² a consacré la méthode du faisceau d'indices « graves, précis et concordants »¹⁷³ en retenant sept indices de corruption ou de trafic d'influence susceptibles d'être retenus pour prouver ces agissements¹⁷⁴.

L'utilisation de cette méthodologie signifie que l'arbitre ne cherchera plus à se baser sur des faits établis, mais sur la réunion d'un ensemble de faits. Cette méthode est plus en adéquation avec la nature de la corruption et d'une manière plus générale, avec les faits issus de la *Compliance* qui sont souvent occultes. La découverte et l'établissement des faits précis paraissent plus complexes. Cela aura pour conséquence (i) de retarder le rendu de la sentence arbitrale (ii) pousser l'arbitre à suspendre son tribunal dans l'hypothèse d'une instance/contrôle par une autorité de contrôle (DoJ/AFA, etc.) en cours et (iii) l'obligerait à ne pas respecter son rôle de protecteur de l'ordre public international.

Il est ainsi possible d'établir des faits de corruption malgré l'absence de preuve directe. Au regard de la similarité des situations de base dans le raisonnement en matière de *Compliance* (s'agissant des faits de corruption, sanctions internationales et droits de l'Homme), du caractère souvent occulte des violations et la situation cible, c'est-à-dire le contentieux arbitral généré sur la base d'un contrat, ce raisonnement peut s'étendre par analogie à l'ensemble des faits issus de la *Compliance*.

Le recours à un faisceau d'indices invite les arbitres à embrasser « une vision d'ensemble et non un seul angle de vue comme y aurait intérêt l'entreprise. À supposer que celle-ci soit de bonne foi, la tactique pourrait toutefois porter ses fruits à la condition d'un standard de preuve favorable. »¹⁷⁵

117. LA DIFFERENCE D'APPRECIATION ENTRE UN SPECIALISTE DE L'ARBITRAGE ET UN SPECIALISTE DE LA COMPLIANCE. Quelle est l'appréciation que l'arbitre pourrait faire face à la *Compliance* ? Un *red flag*, nous l'avons vu, est un indicateur de risque, mais ne signifie pas que

¹⁷² CA Paris, 10 avril 2018, n°16/11182 Alstom

¹⁷³ V. par ex. Paris, 21 Février 2017 aff. Belokon précité.

¹⁷⁴ (i) l'absence ou l'insuffisance d'éléments de nature à démontrer l'existence d'un travail véritable de l'intermédiaire ; (ii) l'insuffisance des moyens matériels et humains de l'intermédiaire ; (iii) la disproportion entre la rémunération et les diligences du consultant ; (iv) la rémunération au pourcentage ; (v) une comptabilité lacunaire ou insincère ; (vi) le caractère inexplicable de l'attribution du marché de fond concerné (l'offre était moins bien notée que celles des concurrents) ; (vii) le fait que le pays ou le secteur d'activité en cause soit notoirement corrompu.

¹⁷⁵ T. de SAINT VIANCE, « *L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis* », op. cit. n°44.

le risque est matérialisé et que les faits sont avérés. C'est simplement un signal dont il faut regarder de plus près.

118. Pour certains spécialistes de l'arbitrage, un *red flag* est considéré comme étant un élément de preuve qui peut être source de problème. Le *red flag* est un risque potentiel et un outil de preuve qui invite les parties à chercher d'autres preuves. Ainsi, lorsqu'un contrat stipule des *success fee*¹⁷⁶, c'est un signal d'alarme qui devrait inviter l'arbitre à interroger et à demander à voir les comptes. Cela nécessite une démarche active de celui-ci afin de comprendre réellement les faits, mais ce n'est pas toujours le cas. Un spécialiste d'arbitrage pourra considérer le seul fait de la présence d'un *success fee* comme un élément de preuve de corruption dans le faisceau d'indices.

Un autre exemple concerne des indicateurs plus globaux, notamment l'indice de *Transparency International*. Pour un spécialiste de la *Compliance*, cet indice signifie que l'environnement du contrat est à risque et qu'il existe un risque accru de corruption. Par conséquent, la conclusion qui pourra en être tirée est alors considérablement différente.

Il s'agit précisément d'une tension maximale entre l'arbitrage et la *Compliance*, entre les *red flags* et les faisceaux d'indices. Le risque ici est la conclusion par l'arbitre d'une corruption avérée ou d'une violation de programme de conformité – indépendamment de la qualification pénale – alors qu'aucun élément ne permet d'arriver à cette conclusion.

Il résulte de ce constat que la démarche commune au juge et à l'arbitre — dont la légitimité ne semble plus remise en cause¹⁷⁷ — est plus restrictive que le standard qui guide la *Compliance*. Cette démarche devrait amener à un résultat où l'arbitrage¹⁷⁸ constate plus souvent des violations de la *Compliance*.

¹⁷⁶ « Le terme anglais « *success fee* », ou « commission de succès » en français, correspond à la rémunération dévolue au cabinet conseil d'une opération portant en général sur le capital de l'entreprise.

Cette rémunération, proportionnelle au montant de la transaction, n'est perçue qu'en cas de succès, c'est à dire lorsque l'opération est menée à bien, d'où son nom. Elle est généralement précédée d'une commission forfaitaire perçue en amont, appelée "retainer", qui reste acquise au cabinet conseil quelle que soit l'issue de la transaction. » <https://bpifrance-creation.fr/success-fee>

¹⁷⁷ CA Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, Belokon, Rev. Arb. 2017 p. 915 ; CA Paris, 10 avr. 2018, n° 16/11182, Alstom Transport SA et Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers ; CA Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442, République Démocratique du Congo c/ Customs and Tax Consultancy, Metal-Tech c/ République d'Ouzbekistan, aff. CIRDI n° ARB/10/3, Sentence du 4 octobre 2013 ; *The Rutas de Lima v. Metropolitan Municipality of Lima*, 11 mai 2020, sentence UNCI- TRAL commentée dans l'article de Pablo MORI BREGANTE et Andrés ALVAREZ CALDERON, « *For whom the bell tolls : is the red flags standard's application enough to prove corruption in international arbitration* », Kluwer Arbitration Blog, 23 sept. 2020 ; E. GAILLARD, « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration » in William W. Park (ed), *Arbitration International* p.1-19.

¹⁷⁸ En ce compris le contrôle effectué par les juridictions étatiques.

Précisément, le but d'un programme de conformité est de permettre d'avoir des relations contractuelles en connaissance de cause en apportant, lorsque cela est possible, les mesures d'atténuation et d'éviter de former un contrat lorsque cela n'est pas possible.

C'est pour cela que des praticiens suggèrent que l'arbitre cherche à comprendre l'explication des *red flags*¹⁷⁹ afin de comprendre si, en cas d'allégations de corruption, il y a une réelle prestation qui est effectuée ou si celle-ci correspond à une vraie contrepartie comptablement.

L'arbitre doit en outre bien comprendre le programme de conformité des parties¹⁸⁰ ainsi que les démarches réalisées en amont du contrat et pendant le contrat. Une partie disposant d'un programme de conformité robuste, qui a effectué toutes les diligences nécessaires afin de prévenir des faits de corruption, mais qui se trouve avec un fait de corruption lui ayant échappé devrait, à notre sens, pouvoir s'exonérer de sa responsabilité dans la mesure où elle a mis tout en œuvre afin de prévenir ces faits.¹⁸¹

119. L'IMPORTANCE DE LA CASUISTIQUE. Cette méthode est à adopter selon le type de *Compliance* en jeu. L'appréciation ne sera pas la même selon qu'il s'agisse des droits de l'homme, de la corruption ou des sanctions économiques.

120. UN RENOUVELLEMENT DES PRATIQUES DE L'ARBITRAGE INFLUENCE PAR LE CONTROLE DES TRIBUNAUX ETATIQUES. La pratique arbitrale et la solution retenue par les arbitres sont fortement influencées par l'intensité du contrôle opéré par les juges étatiques. Ces derniers interviennent à différents moments après le rendu de la sentence arbitrale. Un des cas est celui évoqué à l'article 1520 5° du Code de procédure civile qui dispose que le recours en annulation est ouvert si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. La survie de la sentence dépend de l'appréciation par l'arbitre de cet ordre public et la jurisprudence des tribunaux étatiques va influencer la pratique des arbitres qui doivent rendre des sentences qui ne violent pas l'ordre public.

¹⁷⁹ Entretien réalisé avec Aurélien HAMELLE, Directeur juridique TotalEnergies, 5 juillet 2021.

¹⁸⁰ Renvoi vers compliance du demandeur et défendeur.

¹⁸¹ Les infractions liées à la violation des mesures de *Compliance* sont voisines, voire en découlent sur des infractions au droit pénal. Or le droit pénal repose par construction sur un standard de preuve plus élevé que celui de la *Compliance*. Ainsi, il peut arriver que les mêmes faits puissent donner lieu à des jugements différents par le juge pénal et le juge de la *Compliance* alors même que les mesures de *Compliance* ont pour objectif d'éviter une sanction pénale.

Depuis 2017, les tribunaux français ont amorcé un mouvement d'extension du contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public¹⁸² au rang duquel figure la prohibition du blanchiment, qui « n'est pas subordonné à l'intervention préalable d'une condamnation pénale du chef de blanchiment » et que « le contrôle exercé par le juge de l'annulation sur la sentence arbitrale en vertu de l'article 1520-5° du Code de procédure civile [a] pour objet [...] de s'assurer que l'exécution de la sentence n'est pas de nature à faire bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses ».

Ayant posé ce critère d'accueil de la sentence dans l'ordre juridique français, la Cour, ne s'estimant pas liée par les « éléments de preuve produits devant les arbitres ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci », se fonde sur la constatation de faisceaux d'indices évoqués pour conclure à l'activité délictueuse du demandeur à l'arbitrage.

121. Dans cette affaire, la cour procède à une extension de l'ordre public international. A l'occasion d'autres affaires notamment *Alstom c/ Alexander Brothers*¹⁸³, la cour procède à une analyse plus détaillée de l'affaire sans pour autant aller jusqu'à apprécier les décisions de gestion de l'État dans l'arrêt *Customs and Tax Consultancy*¹⁸⁴.

122. UNE APPRECIATION EN PLUSIEURS TEMPS. Dans deux décisions récentes, la Cour d'appel de Paris¹⁸⁵ a raisonné à partir de quatre indices : (i) la situation du pays¹⁸⁶ ; (ii) la procédure suivie pour la conclusion du contrat¹⁸⁷ ; (iii) le caractère précipité de la conclusion du contrat¹⁸⁸ ; et (iv) les termes du contrat eux-mêmes.¹⁸⁹

123. Dans une autre affaire récente¹⁹⁰, la cour devait se prononcer sur l'appréciation de l'arbitre sur un « cadeau » permettant le financement d'un voyage personnel du maire d'une commune, cadeau qui par ailleurs était connu publiquement. Afin d'apprécier ce financement comme

¹⁸² V. notamment aff. *Belokon*, CA Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *Belokon*, Rev. Arb. 2017, note M. AUDIT et S. BOLLEE.

¹⁸³ V. dans l'affaire CA Paris, 10 avr. 2018, n° 16/11182, *Alstom Transport SA et Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers LTD*.

¹⁸⁴ CA Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442 ; voir aussi D. actu. 24 déc. 2020, obs. J. JOURDAN-MARQUES : La cour avait considéré que les indices analysés, dont le caractère exorbitant du prix du contrat, étaient impropres à caractériser l'infraction alléguée précisant au passage que « le juge de l'annulation [n'est] pas le censeur d'éventuelles erreurs de gestion commises par un État ».

¹⁸⁵ CA Paris, 17 nov. 2020, n° 18/07347 et n° 18/02568.

¹⁸⁶ « Période chaotique » en Libye qui pouvait favoriser la corruption au moment de la signature du contrat.

¹⁸⁷ La présence d'une autorisation administrative préalable et la collusion avec une personnalité politique ayant déjà été mise en cause a été retenu comme un indice grave et précis.

¹⁸⁸ La teneur des négociations ainsi que leur brièveté, étaient incompatibles avec un processus sérieux susceptible d'avoir permis le rapprochement des parties.

¹⁸⁹ « L'absence de concessions réciproques visibles dans les termes et conditions du Protocole mettait en évidence le fait que l'État de Libye n'avait aucun intérêt à conclure cet accord, car il n'en tirait aucun avantage économique ou politique. »

¹⁹⁰ CA Paris, 25 mai 2021, n° 18/27648.

faisceau d'indices, la cour prend en compte notamment (i) la procédure de mise en œuvre du financement et (ii) l'absence de preuve dans les archives de la mairie¹⁹¹. Sans doute un programme de conformité, comme la loi Sapin II et plus récemment les nouvelles recommandations de l'AFA accentuent la nécessité, aurait permis d'éviter une telle situation.

124. UN REGARD CROISSANT DU JUGE ETATIQUE. L'arrêt Sorelec¹⁹² semble marquer un pas de plus par rapport à la jurisprudence antérieure et nous montre que le juge « peut tout à fait apporter un regard critique sur la gestion de l'État dès lors que l'ampleur de l'erreur ou le cumul d'indices devant donner lieu à alerte peuvent laisser croire à une atteinte délibérée aux intérêts de l'État. Le contrôle est donc une nouvelle fois augmenté. »¹⁹³

La cour rappelle elle-même que son « contrôle n'a [...] pas pour objet de vérifier que des stipulations contractuelles – y compris les règles de conformité (« *Compliance* ») — ont été correctement exécutées, mais seulement de s'assurer qu'il ne résulte pas de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence une violation manifeste, effective et concrète de l'ordre public international »¹⁹⁴. Cette appréciation vient nuancer¹⁹⁵ le constat précédent. Il va cependant de soi que cette approche va exercer une influence fondamentale sur les tribunaux arbitraux, qui auront à vérifier que des stipulations contractuelles *Compliance* ont été correctement exécutées.

125. LE RISQUE D'UN EMPIETEMENT SUR LES PREROGATIVES DU TRIBUNAL ARBITRAL.

L'objectif poursuivi par la Cour d'appel de Paris est clair et s'inscrit à la fois dans la lignée de la tendance internationale et de législations internes au droit français. Cela d'autant plus qu'elle influencera les tribunaux arbitraux. Par conséquent, cette démarche mérite d'être saluée.¹⁹⁶

¹⁹¹ La lettre émanant de la société et énonçant la concrétisation du cadeau n'a pu être retrouvé dans les archives de la mairie.

¹⁹² CA Paris, 17 nov. 2020, n° 18/07347 et n° 18/02568.

¹⁹³ « L'origine d'un tel contrôle renforcé ne fait guère de doute. Il existe en effet une multiplication des normes en matière de lutte anti-corruption dont les origines sont variées, normes de compliance intégrées dans un contrat ou encore et surtout règles édictées par le législateur lui-même. [...] À cet égard, il ne fait aucun doute que ces règles appartiennent à l'ordre public international – surtout dans la mesure où depuis 2016, la cour d'appel de Paris juge qu'appartiennent à l'ordre public international français les principes qui sont l'objet « d'un consensus international ». Cette notion se rapproche de ce qui est souvent visé comme l'ordre public véritablement transnational re- groupant un ensemble de normes d'une importance telle que - peu important la loi du contrat - le juge confronté à une situation entrant dans leur champ d'application devra les appliquer. Les derniers arrêts de la cour d'appel de Paris en la matière – dont l'arrêt Sorelec - font d'ailleurs expressément référence à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption du 17 décembre 1997 et à la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Mérida le 9 décembre 2003 signalant que la jurisprudence de la Cour s'inscrit dans ce mouvement international plus global de lutte contre la corruption. »

¹⁹⁴ CA Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182.

¹⁹⁵ « Même s'il ne s'agit pas de réviser la décision du tribunal arbitral, en pratique, la distinction apparaît bien plus subtile puisque, comme on le voit dans l'affaire Sorelec, la cour d'appel passe au crible de nombreuses circonstances purement factuelles qui ne semblent pas avoir fait l'objet d'un débat devant le tribunal arbitral. »

¹⁹⁶ H. BARBIER et A. FESSAS, JDI n° 4, Oct. 2020, chron. 9.

Néanmoins, un certain nombre de principes et de règles pragmatiques méritent d'être rappelés. Le principe fondamental et fondateur de l'arbitrage est que seul l'arbitre est le juge du fond du litige. C'est d'ailleurs à la *lex contractus*, corrigée le cas échéant par les exigences de l'ordre public réellement international, qu'il appartient de trancher si et à quelles conditions le versement de pots-de-vin ou l'existence d'un trafic d'influence est susceptible d'affecter la validité ou le caractère exécutoire du contrat¹⁹⁷. Le risque est en effet une révision sur le fond de l'affaire.

126. LA POSSIBILITE DE SOULEVER DES ALLEGATIONS DE CORRUPTION POUR LA PREMIERE FOIS DEVANT LA COUR D'APPEL. Au regard de l'appréciation de la cour d'appel et d'un point de vue de praticien — bien que la démarche puisse être critiquée —, il peut être intéressant pour une des parties de soulever des allégations de corruption pour la première fois en appel. Dans les affaires récentes, des allégations de corruption ne manquent pas devant les arbitres pour faire échec à d'autres exécutions contractuelles. Il s'agit ici d'aller encore plus loin et invoquer pour la première fois devant une juridiction de contrôle des faits issus de la violation des mesures de *Compliance* afin de faire échec à une exécution contractuelle.

De cette manière, l'exception d'ordre public permet au juge de statuer sur ces éléments alors qu'ils ne sont ni nouveaux ni survenus postérieurement à la date de la sentence. Deux auteurs¹⁹⁸ notent que de tels critères d'admissibilité sont moins restrictifs que ceux du recours en révision au titre duquel il y a une exigence de nouveauté ou au moins de découverte de faits¹⁹⁹. « Il nous semble que la facilité d'exécution des sentences ainsi que l'intégrité de l'arbitrage militent en faveur d'une plus grande intervention du tribunal arbitral en amont afin d'éviter une situation qui n'est pas satisfaisante dans son résultat : l'annulation de la sentence et une partie qui échappe à toute obligation. »

Cette jurisprudence devrait conduire le tribunal arbitral, comme nous le suggérons, à interroger davantage les parties et « d'imposer implicitement une investigation complémentaire au tribunal arbitral en cas de soupçons de corruption et de mentionner les investigations auxquelles il a été procédé dans la sentence »²⁰⁰. Les arbitres participant au renouvellement des pratiques du monde des affaires doivent être vigilants sur les risques pesant sur leur sentence arbitrale. Ces risques peuvent se traduire à travers des moyens d'annulation dirigés sur la base de la mission

¹⁹⁷ E. GAILLARD, Rev. Arb. 2017, 821.

¹⁹⁸ N. BROOKE, F. POLONI, « L'affaire Sorelec – l'absence d'allégations de corruption doit susciter la méfiance des arbitres », op. cit. n°163.

¹⁹⁹ C. pr. civ., art. 1502 et 595.

²⁰⁰ CA Paris, 17 nov. 2020, op. cit n°192.

des arbitres²⁰¹ ou sur le fond de l'affaire pour contrariété à l'ordre public. Il relève de la mission de l'arbitre que sa sentence doit pouvoir être exécutée²⁰². Cela « s'entend nécessairement d'une sentence conforme à l'ordre public des pays dans lesquels les parties voudront en solliciter l'exequatur »²⁰³. Les arbitres se doivent d'être particulièrement soucieux des différentes normes et valeurs en jeu et cela fait partie de ce renouvellement de la pratique arbitrale.²⁰⁴ A cela s'ajoute le risque pénal²⁰⁵ pour l'arbitre lui-même qui pourrait — en cas de sentence donnant effet à des faits pénalement réprimés — se rendre complice d'une opération illicite²⁰⁶.

En outre, afin d'éviter que la Cour d'appel de Paris ne touche au fond du litige et ne vienne empiéter sur la mission de l'arbitre, la solution d'un renvoi de l'affaire au tribunal arbitral en cas de nouvelles allégations a été proposée par la doctrine²⁰⁷. Cette proposition a été saluée par une partie de la doctrine²⁰⁸ en ce qu'elle respecte les « limites définies entre les pouvoirs des arbitres et ceux du juge du contrôle tout en évitant certaines erreurs d'appréciation de fait. »²⁰⁹.

*

²⁰¹ C. pr. civ., art. 1520, 3°.

²⁰² V. p. ex. article 42 du règlement CCI.

²⁰³ . BROOKE, F. POLONI, « L'affaire Sorelec – l'absence d'allégations de corruption doit susciter la méfiance des arbitres », op. cit. n°163.

²⁰⁴ E. GAILLARD, Rev. Arb. 2017, 836 : « Les arbitres peuvent tout à fait soulever d'office les questions de corruption si les circonstances de la conclusion d'un contrat leur paraissent suspectes et ont de vastes pouvoirs d'investigation pour ce faire. À ce titre, leur faculté d'organiser – en accord avec les parties – la gestion de la procédure de manière concertée et la grande variété des procédés de preuve utilisés devrait leur donner toute latitude pour vérifier la réalité d'une situation. »

²⁰⁵ S. LEMAIRE, Rev. Arb. 2020 : « Le risque devrait être limité aux cas où l'arbitre a commis une négligence manifeste dans l'appréciation des circonstances d'une gravité telle qu'elle serait suspecte. Dès lors que les faits de corruption sont par définition dissimulés, le standard de preuve exigé à l'encontre d'un arbitre sera nécessairement très élevé. Une réserve supplémentaire doit être formulée sur ce point : dans la mesure où l'arbitre ne dispose pas de pouvoirs d'enquête ni de contrainte à la différence du juge pénal, il paraît raisonnable de considérer que sa responsabilité sera limitée à due proportion de ses moyens. »

²⁰⁶ S. LEMAIRE, Rev. Arb. 2020, op. cit. n°205, 192.

²⁰⁷ S. LEMAIRE, Rev. Arb. 2020, op. cit. n°205, 200..

²⁰⁸ S. LEMAIRE, Rev. Arb. 2020, op. cit. n°205, 192.

²⁰⁹ Le même auteur évoque à juste titre que les arbitres ayant consacré davantage de temps à l'analyse du dossier et sont par conséquent en meilleure position pour en apprécier les subtilités du dossier. « Dans la mesure où un obstacle à cette solution est le fait que l'arbitrage ayant pris fin, la mission des arbitres est également terminée, la reprise de l'arbitrage serait conditionnée par la volonté commune des parties. Compte tenu de la gravité des comportements que le juge a à cœur de sanctionner, une exception de complément de procédure dans le respect du contradictoire devrait être envisagée. Un tel complément pourrait être prévu par les règlements d'arbitrage afin d'harmoniser la pratique au niveau international. »

Section 2. La perturbation de l'activité arbitrale par l'incidence des procédures parallèles

127. L'AVENEMENT DE L'IMPACT DES PROCEDURES PARALLELES SUR L'ACTIVITE ARBITRALE.

L'activité arbitrale en matière de *Compliance*, nous l'avons vu, porte sur les aspects civils issus de la violation des règles de la *Compliance*, mais comporte également un volet pénal²¹⁰ ou des procédures d'enquêtes d'autorités. Ces procédures peuvent avoir un impact à toutes les phases de l'arbitrage, qu'il s'agisse de la mise en œuvre de la clause compromissoire, du déroulement de l'instance ou l'issue même de l'arbitrage. Ce sont des questions qui mènent tant l'arbitre²¹¹ que le juge à s'interroger.²¹²

128. Ces dernières années, les organismes de réglementation du monde entier ont accru les enquêtes et les poursuites concernant la mise en place et le respect des programmes de conformité. Dans ce contexte et en matière de lutte contre la corruption, les paiements effectués par des intermédiaires notamment des représentants tels que des agents, des distributeurs ou des consultants sont l'une des principales causes de corruption et constituent l'un des risques les plus importants et les plus incertains pour les entreprises soumises aux différentes législations anti-corruption.

Lorsque de tels paiements corrompus surviennent, les autorités de réglementation indiquent généralement que la divulgation opportune et volontaire d'un acte répréhensible par une société et sa volonté de coopérer dans le cadre d'une enquête sont des facteurs pris en compte pour décider d'entamer, de refuser ou de résoudre une affaire pouvant mener à une solution négociée.

Par conséquent, dès qu'une entreprise apprend que des violations d'une législation ont pu être commises par l'un de ses agents ou consultants, l'entreprise est tenue de respecter la loi. Elle se retrouve sous la pression pour enquêter immédiatement et prendre des mesures correctives internes.²¹³

²¹⁰ D. CHILSTEIN, « droit pénal et arbitrage », Rev. Arb. 2009, p.1 ; V. aussi Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt. « Sur les rapports entre arbitrage et le droit pénal ».

²¹¹ A. MOURRE, « Arbitration and Criminal Law : Reflections on the Duties of the Arbitrator », Arb. Int. 2006, vol. 22, p.95.

²¹² J-B. RACINE, « l'office du juge du contrôle de la sentence », p. 209

²¹³ Par exemple, Siemens a consacré plus de 1,5 million d'heures facturables à son enquête FCPA, qui s'est déroulée dans trente-quatre pays et a nécessité plus de 1 750 entretiens et plus de 800 réunions d'information. Mémoire de condamnation du DoJ, United States v. Siemens AG et al., n° 1:08-cr-00367-RJL (D.D.C. 12 déc. 2008), <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/12/19/siemens-sentencing-memo.pdf>; v. également le communiqué

Ces mesures correctives impliquent souvent l'imposition d'un moratoire sur les paiements aux agents ou aux consultants soupçonnés d'avoir commis des actes répréhensibles, jusqu'à ce que, au minimum, l'agent ou le consultant accepte de coopérer à une enquête diligente, notamment en acceptant d'être interrogés par un conseil externe de l'entreprise, et plus vraisemblablement, jusqu'à ce que les soupçons d'irrégularité de la transaction sous-jacente soient levés.²¹⁴

Certains agents ou consultants peuvent en effet coopérer dans ces efforts. D'autres agents ne feront pas ces efforts et engageront plutôt des procédures judiciaires pour se faire payer, le plus souvent en déclenchant des arbitrages internationaux. L'entreprise est alors placée dans une position difficile : si elle répond aux attentes des régulateurs et qu'elle arrête tous les paiements à son agent contractuel, elle s'expose à un arbitrage intenté par le consultant ou l'agent. D'autre part, si l'entreprise continue à payer son agent corrompu, elle s'expose à des poursuites pénales devant la justice étatique.

129. LA LITISPENDANCE. Une des premières questions qui se pose à un tribunal arbitral est celle de savoir s'il doit surseoir à statuer lorsque de tels faits lui sont présentés. Cette question a été résolue, l'adage « *le criminel tient le civil en l'état* » ne s'applique pas à l'arbitrage international²¹⁵ sur le fondement de l'autonomie de l'arbitrage, en vue également d'éviter des manipulations. En dehors des procédures collectives, il n'existe en effet aucune obligation de surseoir à statuer. La décision de surseoir à statuer ou non relève, dans la majorité des cas, de la faculté de l'arbitre. En revanche, la casuistique joue un rôle important et lorsqu'une investigation pénale est à un stade avancé, un tribunal arbitral aura tout intérêt à suspendre l'instance²¹⁶ afin de prendre en compte les résultats de l'enquête. Cette décision est à la discrétion de l'arbitre qui peut se poser

de presse, DoJ, Ralph Lauren Corporation Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay \$882,000 Monetary Penalty (22 avril 2013), <http://www.justice.gov/opa/pr/ralph-lauren-corporation-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay> (reconnaissant dans l'accord de règlement la « coopération étendue, approfondie et opportune de Ralph Lauren, y compris la divulgation volontaire de la mauvaise conduite, la mise à disposition volontaire d'employés pour des entretiens, [et] la divulgation volontaire de documents »)

²¹⁴ Lorsque Siemens a plaidé coupable aux allégations de FCPA en 2008, elle a accepté d'imposer « un moratoire sur la conclusion de nouveaux contrats de conseil aux entreprises ou sur le versement de paiements dans le cadre de contrats de conseil aux entreprises existants jusqu'à ce qu'une collecte et un examen complets de tous ces contrats soient entrepris ». Mémoire de condamnation du DoJ, *United States v. Siemens A.G.*, No. 1:08-cr-00367 (D.D.C. Dec. 12, 2008) ; v. également Sally Quillian, Deputy Attorney General, DoJ, Remarks at New York University School of Law Announcing New Policy on Individual Liability in Matters of Corporate Wrongdoing, (Sept. 10, 2015), <http://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-quillian-yates-delivers-remarks-new-york-university-school> (« À partir d'aujourd'hui, si une entreprise veut une quelconque contrepartie pour sa coopération, elle doit renoncer aux individus, peu importe où ils se trouvent au sein de l'entreprise. Et nous n'allons pas laisser les entreprises plaider l'ignorance. Si elles ne savent pas qui est responsable, elles devront le découvrir. Si elles veulent un quelconque crédit de coopération, elles devront enquêter et identifier les parties responsables, puis fournir toutes les preuves non confidentielles impliquant ces personnes. Individus »).

²¹⁵ CA Paris, 1er mars 2001 : Rev. Arb. 2001, p. 583, 4e esp., note J.-B. RACINE.

²¹⁶ Entretien téléphonique avec le Professeur Thomas CLAY, 6 juillet 2021.

cette question.²¹⁷ Lorsque l'arbitre s'interroge sur le délai de sursis, il devra également tenir compte de l'implication de la procédure sur le juge de l'annulation qui se prononcera avec des éléments dont les arbitres n'auraient pas nécessairement connaissance au moment de l'arbitrage et qui pourraient l'amener à se prononcer sur la question de conformité à l'ordre public international sans tenir compte des éléments pris en compte par les arbitres.

130. LES INSTANCES ARBITRALES EN COURS DURANT UNE ENQUETE PAR LES AUTORITES DE CONTROLE. Afin de saisir l'enjeu de l'incidence de procédures parallèles, nous avons fait le choix d'illustrer le propos par des exemples.

En 2007, un tribunal arbitral a accordé 217 millions de dollars à Siemens A.G. (« Siemens ») dans le cadre d'un arbitrage CIRDI que Siemens a intenté contre l'Argentine. Un an plus tard, Siemens a plaidé coupable d'infractions à la FCPA en rapport avec le contrat argentin et a versé 1,6 milliard de dollars aux autorités de régulation des États-Unis et de l'Allemagne. Par la suite, Siemens a renoncé à la sentence arbitrale contre l'Argentine.²¹⁸ L'arbitrage Siemens soulève la question de savoir si les tribunaux arbitraux devraient envisager de suspendre la procédure d'arbitrage si une enquête criminelle parallèle est en cours dans le pays d'origine du défendeur. En outre, un sursis permettrait également un développement plus complet des faits pour atteindre l'objectif plus important de dissuasion de la corruption, d'autant plus que les tribunaux ne s'engageront souvent pas eux-mêmes dans une enquête factuelle approfondie sur les pratiques potentiellement corrompues du consultant.

Cela dit, l'un des objectifs de l'arbitrage étant l'efficacité, les tribunaux s'attachent de plus en plus à résoudre les litiges sans perte de temps.

Pour illustrer ce point, dans un arbitrage de 2012 intenté en Suisse en vertu du droit suisse par un consultant pour le paiement d'honoraires impayés, la société défenderesse a demandé une suspension de la procédure d'arbitrage au motif qu'elle s'exposerait à une responsabilité pénale en vertu du FCPA et de UKBA parce que des enquêtes criminelles avaient été ouvertes par le

²¹⁷ Parmi les critères qui peuvent permettre à l'arbitre de trancher se posent notamment la question de prévisibilité du sursis, les conséquences du celui-ci, notamment sur les droits des parties, l'accès au juge et le caractère nécessaire et utile de l'issue de la procédure pénale sur l'arbitrage.

²¹⁸ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, award, (Jan. 17, 2007); see also Press Release, SEC, *SEC Charges Seven Former Siemens Executives with Bribing Leaders in Argentina* (Dec. 13, 2011), <https://www.sec.gov/news/press/2011/2011-263.htm> (discussing Siemens waiver of its arbitral award).

DoJ et le SFO britannique concernant des projets potentiellement corrompus auxquels le consultant avait participé. Le tribunal a refusé de suspendre la procédure, en soulignant que le DoJ n'avait pas indiqué de calendrier probable pour la fin de l'enquête et que l'intérêt du consultant à obtenir une sentence l'emportait sur l'intérêt de la société à suspendre ses obligations contractuelles jusqu'à la fin d'une enquête dont la date d'achèvement est inconnue.

Dans le même ordre d'idées, les arbitres pourraient également chercher à maintenir l'enquête criminelle séparée et indépendante de la procédure arbitrale. Par conséquent, l'arrêt des poursuites demeure une mesure extraordinaire dans les procédures d'arbitrage, même lorsque des allégations de corruption ou de pots-de-vin ont déjà fait surface.

131. L'ARBITRAGE ET LES PROCEDURES NEGOCIEES²¹⁹. En matière de *Compliance* anti-corruption, les procédures négociées sont de plus en plus nombreuses afin d'encourager les entreprises à s'autodénoncer et permettre une coopération entre acteurs publics et privés. Ainsi, une entreprise qui découvre des faits de corruption aura tout intérêt à définir une stratégie globale, tant vis-à-vis des autorités de poursuite que de ses agents avant d'agir, dans la mesure où il existe une interconnexion entre ces procédés et que les procédures négociées comprennent de leur côté des crédits de coopération.

Trois cas de figure permettant de découvrir des violations de programme de conformité se distinguent : (i) la découverte de faits de corruption à la suite d'une enquête interne qui peut déclencher un arbitrage ; (ii) lorsqu'un arbitrage est en cours sans enquête interne préalable²²⁰ et (iii) lorsqu'une enquête interne est en cours en parallèle des échanges avec des autorités de poursuite.

Découvrir ces faits devrait conduire une entreprise disposant d'un programme de conformité robuste à mettre un moratoire sur ces relations dans la mesure où un événement vient modifier la relation de connaissance de la contrepartie. Le cas échéant, l'inaction de l'entreprise pourrait être considérée comme une ignorance délibérée de faits²²¹. Si l'entreprise démontre qu'elle ou ses filiales n'ont pas été complices des faits découverts, l'entreprise peut choisir de coopérer et

²¹⁹ En France, il s'agit de la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP) inspiré du « *deferred prosecution agreement* » existant depuis de nombreuses années en droit américain. Ces procédures permettent de mettre fin à une enquête pénale ou de soupçons d'atteintes à la probité en contrepartie de reconnaissance et de prise de certaines obligations. (Parmi les CJIP récentes, on peut compter celle conclues par la Société Générale en juin 2018 rendue définitive en 2021 et Airbus en janvier 2020).

²²⁰ Il s'agit d'un cas de figure qui arrive plus souvent au sein d'entreprises de culture anglo-saxonne où une entreprise s'auto-évalue, même si les incitations par l'AFSA en France vont également dans ce sens.

²²¹ Et non une « simple négligence » ou « mere foolishness » qui ne peuvent fonder la responsabilité de l'entreprise tant qu'il est démontré qu'il ne s'agit pas d'un « head in the sand problem » qui serait sanctionné au titre de « willful blindness » « conscious disregard » ou « deliberate ignorance ».

s'autodénoncer.²²² Toutefois, et contrairement aux États-Unis où l'absence de coopération est également prise en compte par les autorités²²³, la solution française ne prend pas en compte ces éléments, mais la recherche d'efficacité et d'efficience et les avantages offerts par ces solutions — si les faits découverts le justifient — motivent à considérer fortement les solutions négociées.

132. L'ÉTANCHEITE DES DEUX PROCEDURES. Il n'y a pas de concurrence entre l'arbitre et l'autorité de *Compliance*. Tandis que l'un poursuit une finalité civile, l'autre poursuit une finalité d'éthique des affaires voire répressive. Ces derniers statuent sur des faits identiques, mais la finalité poursuivie est différente et les sanctions sont différentes. Néanmoins, les aspects civils considérés par l'arbitre sont fortement teintés d'ordre public, nous l'avons démontré.

Cette étanchéité n'est pas absolue et les arbitres, comme les autorités publiques pourraient être amenés à coopérer notamment à travers la communication de certaines pièces et preuves. « C'est à ce stade que se dessine la ligne d'arrivée du marathon de conformité auquel s'est livrée l'entreprise. En somme, il s'agit pour cette entreprise de décider si *in fine* les autorités pourraient se fonder sur la sentence arbitrale pour l'épargner. »²²⁴ L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales est reconnue par l'article III de la Convention de New York et inscrite aux articles 1476 et 1500 du Code de procédure civile.²²⁵ Pourtant, l'autorité « de la chose arbitrée »²²⁶, nous l'avons vu, ne vise que la partie arbitrale, à savoir les conséquences civiles issues des violations des règles de la *Compliance*. Une décision pénale contraire peut donc être prononcée.

LE RISQUE DE PERDRE UN ARBITRAGE. Lorsqu'une entreprise décide de s'autodénoncer à une autorité de poursuite, elle doit tout de même prendre des actions vis-à-vis de ses cocontractants qui peuvent déclencher un arbitrage pour faire valoir leurs droits. Cette situation constitue le point focal des tensions entre deux procédures parallèles puisque l'une, la procédure pénale, peut directement influencer le sort de l'arbitrage. Dans le cadre d'une procédure négociée et afin de bénéficier des crédits de coopération, les entreprises coordonnent leurs actions, y compris la production de pièces avec l'autorité de poursuite. Il arrive pourtant que ce dernier refuse la production de certaines pièces, notamment des éléments issus d'enquêtes

²²² Malgré une réticence encore visible de la culture *Compliance* en France sur l'autodénonciation.

²²³ Conduisant encore plus souvent à une solution négociée.

²²⁴ T. de SAINT VIANCE, « *L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis* », op. cit. n°44.

²²⁵ Tout comme l'article 35 de la loi-type de la CNUDCI.

²²⁶ I. VEILLARD, « Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée, Étude critique à la lumière des développements récents de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Revue critique de droit international privé* 2012, n° 1, p. 15 à 43.

internes de l'entreprise, qui pourtant permettraient à l'entreprise d'obtenir gain de cause en défense en arbitrage. C'est dans ce cas un arbitrage perdu d'avance pour l'entreprise.

Il convient cependant de rappeler que cette décision sera marquée dans une stratégie globale, qui comme nous le rappelions, se fera sur une approche par les risques et par la prise en compte des bénéfices et des risques.

*

Deuxième chapitre. L'impact d'une sur-compliance sur l'activité arbitrale

Jusqu'ici, les développements ont porté sur les liens qui existent entre l'arbitrage et la *Compliance* dans le cadre d'un différend au sens procédural. Pourtant, les liens entre les deux domaines ne s'arrêtent pas à ce stade. L'activité arbitrale est fortement impactée par la mise en application des mesures de la *Compliance* par les différents acteurs de l'arbitrage. Cette application crée un risque de déni de justice (Section 1) qui nécessite des mesures concrètes afin d'y apporter une solution (Section 2).

Section 1. Le risque de violation des principes fondateurs du procès et de droits fondamentaux par la mise en œuvre des mesures de la *Compliance*

133. « ACCES AU DROIT, ACCES A LA JUSTICE »²²⁷. Les règles de droit n'ont de valeur que par leur concrétisation, « qui rend les personnes effectivement titulaires de prérogatives juridiques »²²⁸. La protection juridique effective dépend par conséquent de l'accès à la justice. « L'accès à la justice permet à toute personne, qui y a un intérêt légitime et qui présente la qualité éventuellement requise, d'accéder à une juridiction pour que celle-ci statue sur sa prétention. L'accès à la justice est donc la condition antérieure au droit d'action et à la demande en justice. Le Conseil constitutionnel a depuis longtemps donné à l'accès à la justice valeur constitutionnelle²²⁹, accès qui appartient pleinement au droit processuel²³⁰. »²³¹

Consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, le droit à un tribunal se traduit, selon la juridiction européenne, par un (i) droit d'accès au juge qui doit (ii) présenter des qualités d'indépendance et d'impartialité.²³²

Ce droit s'accompagne d'un droit à l'arbitre, jusqu'alors fondé sur la force obligatoire de la convention d'arbitrage, devenu, au même titre que le droit au juge, un droit fondamental²³³ ; son appartenance à l'ordre public transnational formellement reconnue²³⁴.

²²⁷ Y. DESDEVISES, « Accès au droit, accès à la justice », in L. CADIEF (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1-6.

²²⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice et au Droit », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, 9^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, n° 524 et s.

²²⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Domat », 2008, n° 43.

²³⁰ S. GUINCHARD, et alii, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 6^e éd., Dalloz, 2003, n° 509 et s.

²³¹ R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*. Op. cit. n°228

²³² Bien que cet article ne s'applique pas directement à l'arbitrage, v. l'arrêt Cubic, Cass. 1^{re} civ., 20 février 2001, Gaz. Pal., du 13 décembre 2001, no 347, p. 29, note M.-L. NIBOYET ; Rev. arb. 2001. 511, note Th. CLAY ; RCDIP 2002. 124, note Ch. SERAGLINI ; v. également S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, 2^e éd., D. 2003, nos 241 et s.

²³³ Gaz. Pal. 28 mai 2005, p. 37.

²³⁴ Cass. civ.1^{re}, 1^{er} févr. 2005, no 01-13742.

La concrétisation du droit d'accès à la justice développe encore d'autres conséquences, qui se répercutent sur ce droit au jugement. Non seulement la jurisprudence assimile le retard déraisonnable d'une procédure à une dénégation du droit d'accès à la justice, mêlant désormais prohibition du déni de justice²³⁵ et exigence du temps raisonnable, mais encore elle a interprété le droit à un jugement comme le droit à une concrétisation pleine et entière de la prérogative de la personne. Ainsi, c'est au nom de l'accès à la justice, en tant que celui-ci doit être « concret et effectif », que la Cour européenne des droits de l'Homme a sanctionné l'impossibilité d'agir dans les tribunaux de la part d'un hémophile contaminé, sous prétexte qu'il avait déjà reçu une indemnisation légalement distribuée, alors que son dommage pouvait encore justifier un recours au juge²³⁶.

La Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du Droit a caractérisé le déni de Justice par la circonstance que les juges ont refusé de répondre aux requêtes ou ont négligé de juger les affaires en état et en tour d'être jugées.

En matière d'arbitrage, la Cour d'appel de Paris²³⁷ reconnaît que l'impossibilité d'accéder à l'arbitrage constitue bien un déni de justice même s'il est vrai que la situation de déni de justice créée par l'application des mesures de *Compliance* n'a pas la même nature que la désignation d'un arbitre par exemple.

134. L'ARBITRAGE FREINE PAR LA COMPLIANCE. Au début de cette étude, nous évoquions la *Compliance* du défendeur et celle du demandeur. À ces deux, il convient d'ajouter la *Compliance* des autres acteurs de l'arbitrage parmi lesquels on compte les institutions d'arbitrage, les cabinets d'avocats et les institutions bancaires. Ils sont eux-mêmes soumis à des normes exigeantes de la *Compliance* afin de garantir la bonne mise en œuvre des lois et réglementations en vigueur en matière de *Compliance*.

135. LES MECANISMES DE LA COMPLIANCE A L'ORIGINE DE LA PERTURBATION. Dans ce cadre, une solide connaissance du client (*Know Your Customer (KYC)*) et un filtrage des opérations

²³⁵ Notion affirmée en jurisprudence interne TGI Paris 5 nov. 1997, D. 1998.9 et s., confirmé par Paris 20 janv. 1999, D. 1999. IR 125. Sur le lien, v. L. FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger. Marigès* René CHAPUS, Dalloz, 2002, p. 513-521. La Cour de cassation semble également admettre qu'un délai anormal de procédure peut constituer un déni de justice (Civ. 1^{er}, 24 mai 2004, note O. Renard-Payen, JCP Adm. 2004.1496.1033).

²³⁶ CEDH 4 déc. 1995, BELLET, D. 1996.357, note Collin; ICP 1996. II. 22648, note M. HARICHAUX. V. aussi CEDH 30 oct. 1998, FE, IDI 1999. 235, obs. P. TAVERNIER.

²³⁷ C. Paris, 29 mars 2001, Rev. arb. 2002. 427, note approb. Ph. FOUCHARD ; RTD com. 2001. 651, obs. approb. E. LOQUIN ; JDI 2002. 498, note crit. D. COHEN

efficace (*Know Your Transactions (KYT)*) deviennent nécessaires et les acteurs de l'arbitrage se dotent d'outils de plus en plus performants. Cette connaissance et ces outils apparaissent dès lors comme un filet de sécurité, empêchant toute entrée en relation avec une personne faisant l'objet de mesures de sanctions, mais encore de voir transiter de manière directe ou indirecte des fonds en provenance ou au profit d'une personne sanctionnée ; ou d'agir en tant qu'intermédiaire financier pour toute transaction commerciale, autrement prohibée par les lois et réglementations en vigueur en matière de sanctions internationales.²³⁸

136. L'OMNIPRESENCE DES SANCTIONS PAR LES AUTORITES. Une des clés d'efficacité des mesures de *Compliance* réside dans la sanction de la violation de ces règles. Ainsi, en matière de violation de sanctions internationales, les autorités de régulation et de contrôle n'hésitent pas à mettre en garde les parties²³⁹.

DES SANCTIONS RECORDS CREATRICES DE PRECEDENT. La Banque française BNP Paribas s'est vu infliger une amende de 9 milliards de dollars²⁴⁰ pour avoir violé « *International Emergency Economic Powers Act* »²⁴¹ en facilitant des transactions avec le Soudan, l'Iran et le Cuba.

Ces précédents – dont le montant record permet de dissuader les autres acteurs – créent un climat de défiance des acteurs et les oblige à des diligences plus que raisonnables, au point que certains de ces acteurs, par excès de diligence, tombent dans ce que nous appelons la « sur-compliance » c'est-à-dire exagération démesurée d'application de la *Compliance*, qui devient contre-productive. Certains acteurs vont jusqu'à définir des politiques — explicitement ou implicitement — de zéro activité lorsqu'une nationalité est en jeu.²⁴²

137. UN « DENI D'ACCES AU FOR ARBITRAL ».²⁴³ Un des premiers cas de mise en application de la *Compliance* concerne les institutions d'arbitrage. Des vérifications strictes par les institutions

²³⁸ Y. KHALIFA, « Venezuela et sanctions internationales : une crise dans la crise ? », <https://www.bllconsulting.com/venezuela-et-sanctions-internationales-une-crise-dans-la-crise/>

²³⁹ A titre d'exemple, le régulateur financier Suisse, la FINMA (*Financial Market Supervisory Authority*) a rappelé à l'ordre en février 2020 la banque suisse Julius Baer en raison de graves manquements qui se sont produits entre 2009 et 2018 en matière de lutte anti-blanchiment d'argent et de cas présumés de corruption en partie avec PDVS au Venezuela.

²⁴⁰ Le Monde avec AFP, « La BNP Paribas formellement condamnée à une amende record aux États-Unis », https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/05/01/la-bnp-paribas-formellement-condamnee-a-une-amende-record-aux-etats-unis_4626207_3234.html.

²⁴¹ Loi fédérale américaine de 1977 autorisant le président des États-Unis à restreindre les relations commerciales avec certains pays.

²⁴² C'est le cas de TotalEnergies qui a une politique directe de non-commerce avec l'Iran, pays sous sanctions économiques. D'autres acteurs, dont la banque BNP Paribas, refusent ou ferment systématiquement des comptes appartenant à des personnes physiques de nationalité iranienne pour cette même raison et c'est précisément ce genre de situations qui caractérisent la sur-compliance, faisant disparaître toute éthique dans la vie des affaires.

²⁴³ Ou « droit d'accès à la justice », selon la jurisprudence Pirelli de la Cour de cassation (v. Civ. 1re, 28 mars 2013, n° 11-27.770, Pirelli & C. SPA (Sté) c/ Licensing Projects SL (Sté), D. 2013. 929, obs. T. CLAY).

d'arbitrage précèdent les arbitrages avant de pouvoir procéder au règlement du litige. En raison d'existence de comptes en dollar américain, mais également du rôle et de la place de ces institutions, le strict respect des mesures de *Compliance*, en particulier en matière de sanctions est importante.

Dans une « note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conformité CCI »²⁴⁴, la CCI indique que « des mesures administratives peuvent être prises » notamment lorsqu'une des parties à une procédure DRS est visée par un régime de sanctions. Les vérifications de conformité CCI sont effectuées à « toutes les étapes pertinentes de la procédure, y compris, sans toutefois s'y limiter, la demande d'arbitrage, la réponse à la demande, la réplique à cette réponse, la constitution du tribunal arbitral, l'acte de mission, la sentence et les paiements »²⁴⁵.

Ainsi, lorsque les clients sont de nationalité d'un pays sous sanctions, ces vérifications peuvent s'allonger et prendre un délai de quelques mois, avant même que le dossier puisse être traité. Ce constat est d'une part en contradiction avec l'esprit même de l'arbitrage qui promeut la célérité et d'autre part, source de difficulté et de prévisibilité pour les parties.²⁴⁶

Au-delà de ces vérifications, il arrive également des cas où le déni est plus flagrant. Tel est le cas lorsque l'institution d'arbitrage n'accepte pas la demande d'arbitrage d'un client malgré une clause compromissoire dans le contrat. C'est également le cas lorsque l'institution refuse de prendre un chèque de paiement provenant d'un client émanant d'un pays sous sanction.

Dans ces cas, c'est l'accès au droit du justiciable qui est fortement impacté et il paraît beaucoup plus difficile de concrétiser des droits. Néanmoins, nous soutenons que ces mesures étant fondamentalement contreproductives et à l'encontre des objectifs de la *Compliance*, il convient de trouver des solutions afin de rendre ces droits réels, solutions qui seront développées dans un paragraphe ultérieur.

138. L'ABSENCE DE REPRESENTATION DES PARTIES. Une autre facette de problème est la nécessité du respect du droit de la défense face aux mesures de *Compliance*. Les institutions comme les cabinets d'avocats doivent s'assurer du strict respect de la règle OFAC des 50%, c'est-à-dire qu'aucun ressortissant (personne physique ou morale) des États-Unis,

²⁴⁴ Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conformité CCI, Cour internationale d'arbitrage, 29 septembre 2017.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Ce problème s'était notamment posé avec la CCI à la suite des arbitrages ayant lieu suite au rétablissement des sanctions américaines à l'encontre de l'Iran.

indépendamment de sa localisation géographique, ne peut participer à des opérations avec toute personne faisant l'objet de sanctions, y compris des entités détenues à 50% ou plus par ces mêmes personnes sanctionnées. Or, il se trouve que les cabinets d'avocats en tant que personne morale et les avocats en tant que personne physique entrent dans cette catégorie.²⁴⁷ Tandis que certains sont obligés, d'autres choisissent de refuser des clients ou de ne plus assurer la défense lorsque la personne se trouve sanctionnée. Dans le cadre de l'affaire PDVSA de Venezuela, de nouvelles sanctions des États-Unis ont été imposées à la société dont les intérêts étaient défendus par un cabinet d'avocats américain qui s'est retiré du dossier. Pourtant, un arbitrage avait été initié. L'affaire est suspendue depuis plus de deux ans et demi en raison d'absence de représentation du client vénézuélien. Dans d'autres cas, les parties peuvent se trouver dans l'impossibilité de soumettre leur mémoire sans l'autorisation de l'OFAC. Ce sont de réelles questions d'accès à la justice, de procès équitable et de représentation du justiciable que cette mise en œuvre de la *Compliance* pose.

Il y a une question de déni de justice et derrière cette question, il y a le réel souci d'affectation du procès et du droit de la défense d'une des parties qui se trouvent impactées.

139. LE RISQUE DE DENI DE JUSTICE DU FAIT DES INSTITUTIONS BANCAIRES. La mise en œuvre de l'arbitrage implique d'importantes transactions bancaires, qu'il s'agisse du paiement des frais liés à la tenue de l'arbitrage (institution, avocats, expertise, etc.) ou à l'exécution de la sentence. Les institutions bancaires, nous l'avons mentionné, sont soumises à de nombreuses réglementations *Compliance*. Il arrive pourtant souvent que ces dernières fassent de la sur-compliance et refusent des transferts d'argent. Il peut s'agir du paiement de l'institution d'arbitrage ou des honoraires d'avocats, mettant en cause encore une fois le droit effectif d'accès à la justice. Certes, l'accès à la justice arbitrale n'est pas refusé directement, mais de fait, les parties se trouvent privées de leur accès au tribunal et le droit se trouve violé.

140. LE RISQUE DE DENI DE JUSTICE AU MOMENT DE L'EXECUTION DE LA SENTENCE. L'arbitrage et particulièrement l'arbitrage d'investissement peut se trouver freiné par des mesures prises à l'encontre de certains individus. Les sanctions imposées par les différentes autorités rendent difficile l'exécution de la sentence d'investissement rendue à l'encontre d'un État et en cela, les affaires impliquant le Venezuela illustrent bien cette perturbation.

²⁴⁷ Il convient néanmoins de nuancer ce propos en évoquant le fait que de nombreuses licences émises par les autorités américaines autorisent cette activité pour des raisons d'accès à la justice. La mise en pratique n'est toutefois pas assurée.

141. L'arbitrage peut se retrouver freiné, voire limité par certaines mesures de *Compliance*, il participe avant tout de façon importante à la *Compliance*, en offrant un contrôle *ex post* de la légalité des investissements et de la conformité à certaines exigences sociales et il participera en décidant de ne pas protéger les investissements, qui ne respectent pas.

*

Section 2. La nécessité de concrétiser le droit d'accès effectif à la Justice

142. Il existe de nombreux cas d'application des mesures de *Compliance* où l'arbitre se trouve confronté à des situations de blocage. C'est un réel point de tension entre les deux domaines auquel il convient d'apporter des solutions.

143. LA NECESSITE DU RESPECT DE LA VOLONTE DES PARTIES POUR LA RESOLUTION DE LEUR LITIGE. Au préalable, un point simple pourtant essentiel doit être rappelé : celui de la volonté des parties. Ces dernières ont convenu de porter leur affaire devant l'arbitre. Il revient alors d'assurer que la volonté des parties est respectée. Il ne s'agit donc pas de trouver des solutions alternatives à l'arbitrage, mais de voir comment il est possible de rendre réel l'accès à l'arbitre.

En effet, un des « principes de l'arbitrage international »²⁴⁸ est le principe qui découle de l'adage *pacta sunt servanda*. De cela résulte le droit pour chaque partie de « contraindre son adversaire à soumettre à l'arbitrage, et exclusivement à l'arbitrage, les litiges visés par la clause compromissoire ; et en cas de besoin, le juge d'appui intervient. »²⁴⁹

144. LE RECOURS AU JUGE D'APPUI. L'article 1454 du code de procédure civile²⁵⁰ dispose que : « Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui. ».

La Première Chambre de la Cour de cassation a jugé à l'occasion de l'affaire NIOC²⁵¹ que « l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa

²⁴⁸ Cass. civ.1re, 1er févr. 2005, no 01-13742.

²⁴⁹ Gaz. Pal. 28 mai 2005, p. 37.

²⁵⁰ Issu du Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2.

²⁵¹ Cass. civ.1re, 1er févr. 2005, no 01-13742.

prétention » et d'exercer ainsi un droit qui relevait de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international, constituait un déni de justice qui justifiait la compétence internationale du juge français. Le décret du 12 janvier 2011 donne expressément compétence au Président du Tribunal judiciaire de Paris si l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice.

Pour apprécier le déni de justice²⁵², le tribunal s'était appuyé notamment sur le fait qu'il y avait une (i) impossibilité qui était (ii) générale et durable et (iii) qu'il y avait un lien, même ténu avec la France²⁵³ dont une des parties pouvait utilement se prévaloir pour assurer la réalisation de leur commune volonté de recourir à l'arbitrage.

En la matière, le recours à un juge d'appui pourrait être utile. Ce juge étatique pourrait intervenir afin de résoudre les différents problèmes évoqués lors du premier chapitre. Ainsi, ce dernier pourrait enjoindre à une institution d'arbitrage d'accepter et procéder au traitement d'une affaire par exemple ou rejuger une affaire. Il pourrait également intervenir afin d'ordonner des mesures de nature à rendre le paiement et les transferts d'argent réel. En revanche, nous l'évoquions, ce dernier ne saurait apporter une appréciation sur le fond du dossier – sauf accord des parties de recourir au juge étatique – sans contrevenir à la volonté des parties.

145. L'ADAPTATION DES REGLEMENTS D'ARBITRAGE. Au-delà de l'intervention du juge étatique et au regard de l'avènement des situations de déni de justice, une autre proposition serait d'inclure des solutions prévues au sein des règlements d'arbitrage des institutions, de manière à ce que les parties puissent consentir en connaissance de cause et que la solution soit plus précise en amont. Cette solution a le mérite de ne pas faire intervenir un juge étatique pour se prononcer sur le sort de l'affaire sauf si ce dernier est saisi afin de se prononcer sur le fond de l'affaire.

146. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE. Le juge étatique, pourrait intervenir comme juge d'appui. Il peut également intervenir en cas de recours contre une sentence arbitrale et vérifier notamment, comme cela a été soulevé, la conformité à l'ordre public international.

²⁵² Le déni de justice était constitué en l'espèce de l'impossibilité pour une partie d'obtenir l'assistance d'un juge étranger dans la constitution du tribunal arbitral.

²⁵³ Par le choix des parties du président de la CCI de Paris pour une désignation éventuelle d'un troisième arbitre.

Dans une affaire récente²⁵⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la question de déni de justice arbitrale confronté aux mesures d'embargos. Elle énonce : « N'est pas contraire à l'ordre public international ni ne consacre un déni de justice, la sentence arbitrale proclamant l'irrecevabilité des demandes d'un État à raison d'un embargo édicté par le Conseil de Sécurité des Nations unies et mises en œuvre par des règlements de l'Union européenne, dès lors que l'État a pu en discuter contradictoirement la portée. ». En l'espèce, il s'agissait d'une inexécution contractuelle survenue à l'occasion de sanctions onusiennes puis européennes²⁵⁵ après l'invasion du Koweït par l'Irak. L'arbitrage portait sur une demande dont il était allégué qu'elle était soumise à une mesure d'embargo. Le ministère de la justice irakien prétendant que sa réclamation concernait une inexécution contractuelle antérieure à l'embargo, soutenait que ses demandes n'entraient pas dans le champ d'application de la règle d'irrecevabilité, prétention qui avait été refusée par les arbitres.²⁵⁶ La Cour de cassation – comme la cour d'appel – raisonne en deux temps. « Dans un premier temps, elle reprend l'analyse du tribunal arbitral quant au champ d'application des mesures d'embargo. Dans un second temps, elle constate que les parties ont été mises en mesure de discuter de la portée de ces sanctions devant le tribunal arbitral. Elle en déduit que la décision n'est pas contraire à l'ordre public international ni entachée de déni de justice. »²⁵⁷ Ce raisonnement de la Cour de cassation nous paraît critiquable. Certes, elle développe un raisonnement qui est valable juridiquement. Il n'en reste pas moins que de manière pratique, l'accès du justiciable est restreint et ce dernier ne peut discuter réellement sur le fond de sa prétention.

LE CONTROLE A L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL. Le contrôle à l'ordre public international en matière de lutte contre la corruption, est une tendance globale des juridictions et intervient précisément à l'aune de la montée en puissance des mesures de la *Compliance*. La poursuite des objectifs de la *Compliance* nécessite l'intervention du juge²⁵⁸ au point que Thomas Clay qualifie l'arrêt Belokon précité de « point de rupture épistémologique » relatif à l'étendue du contrôle du juge.

²⁵⁴ civ. 1re, 15 janv. 2020, n° 18-18.088.

²⁵⁵ Les résolutions 661 (1990) et 687 (1991) avaient enjoint aux États membres de mettre fin à toute relation commerciale de leurs nationaux avec l'Irak et de ne faire droit à aucune de ses réclamations, même pour les contrats antérieurs, telles que mises en œuvre par le Conseil de l'Union européenne par règlements nos 3541/92 et 1210/2003.

²⁵⁶ Le recours invoquait la contrariété de la sentence à l'ordre public international et un déni de justice, recours qui a été rejeté.

²⁵⁷ J. JOURDAN-MARQUES. D. actu. 27 févr. 2020, obs.

²⁵⁸ Notamment à l'occasion de l'affaire Belokon précitée. V. aussi CA Paris, 16 janv. 2018, n° 16/05996, D. 2018. 2448, obs. T. CLAY.

Le débat sur l'étendue du contrôle minimaliste ou maximaliste du juge persiste. Il nous semble néanmoins – et c'est une première fois que nous suggérons une réelle distinction selon le type de *Compliance* en jeu – que le juge doit réellement adapter son contrôle en fonction du type dans la mesure où les objectifs poursuivis peuvent grandement diverger.²⁵⁹ D'ailleurs, certains commentateurs²⁶⁰ n'ont pas manqué de reprocher l'ambiguïté de la Cour de cassation quant à l'intensité du contrôle effectué. Le juge de l'annulation a-t-il bien fait davantage que se borner à rappeler les termes de l'analyse du tribunal arbitral et l'existence d'un débat contradictoire quant à la portée des mesures d'embargo ? L'arrêt précité ne répond pas directement à la question de savoir si une mesure d'embargo pouvait justifier la privation par une partie de son droit d'accès à la justice. Certes, lorsque ces mesures proviennent de l'ONU, une conciliation entre l'impératif de sécurité et de paix et une atteinte illégitime et disproportionnée au droit à un procès équitable est nécessaire. Néanmoins, la réponse à la question de déni de justice n'est pas claire et fait l'objet de débat.

147. LA NECESSITE DE PRENDRE EN COMPTE LE PROCESSUS ARBITRAL DANS SON ENSEMBLE.

Dans l'arrêt précité, la Cour de cassation considère que la partie qui invoque le déni de justice n'avait pas été privée de son droit d'accès au juge dès lors qu'elle avait pu débattre contradictoirement en fait et en droit du champ d'application des mesures d'embargo devant les arbitres. C'est précisément dans ce cas qu'il est nécessaire d'avoir à l'esprit l'ensemble du processus arbitral et nous irons même jusqu'à dire qu'il est nécessaire d'avoir au centre le justiciable. Certes, la solution retenue se justifie sur le plan juridique, mais d'un point de vue pragmatique, le résultat est sans appel : le justiciable se trouve dans une situation de déni de justice. C'est la raison pour laquelle il peut être utile que le juge étatique étende son contrôle à l'ordre public et que le droit d'accès à une justice en fasse partie de cet ordre public protégé.

*

²⁵⁹ Particulièrement en matière de sanctions internationales et embargos où des objectifs politiques se mêlent à des objectifs de sécurité et de stabilité.

²⁶⁰ D. actu. 27 févr. 2020, obs. J. JOURDAN-MARQUES.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES, TRAITES, DICTIONNAIRES ET THESES

- M. AUDIT, S. BOLLEE, P. CALLE**, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, L.G.D.J, Précis Domat, p. 723
- M. de BOISSESON**, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, 2de éd. 1990.
- C. CASTRES SAINT-MARTIN**, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2016, Paris, préf. Bertrand ANCEL.
- D. COHEN**, *Arbitrage et société*, préface de B. OPPETIT, LGDJ, coll. Bibl. dr. Privé, T. 229, 1993.
- G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, 12e édition, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », 2018.
- R. DAVID**, *L'arbitrage dans le commerce international*, éd. Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1982.
- Y. DESDEVISES**, « Accès au droit, accès à la justice », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.
- P. Fouchard, E. GAILLARD, B. GOLDMAN**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1^{re} éd. 1996.
- A. FETTWEIS, A. KOHL et G. DE LEVAL**, *Droit judiciaire privé*, 5e éd., Liège. 1980.
- M. de FONTMICHEL**, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013.
- C. JARROSSON**, *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ, coll. Bibl. De dr. privé, 1987.
- P, -E. LITRE**, *Dictionnaire de la langue française*, T. II, éd. Du Cap, Monte-Carlo, 1962.
- E. LOQUIN**, *L'amiable compositeur en droit comparé et international*, Paris, Librairies Techniques, 1980.
- P. MAYER**, « L'étendue du contrôle par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police » dans *Liber Amicorum Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459-477.
- H. MOTULSKY**, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*.
- B. OPPETIT**, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998.
- J. ROBERT**, *Arbitrage civil et commercial. Droit interne et droit international privé*, 4e éd., Paris, 1967.
- P. ROBERT**, *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, sous la direction de A. REY et J. REY-DEbove, éd. 2005.
- M. RUBINO-SAMMARTANO**, *Arbitrage international - Droit et pratique*. Pack en 2 volumes : Tome 1, Partie générale ; Tome 2, Partie générale (suite) et partie spéciale.
- M SCHWEBEL**. *Clean Hands, principe*. Max PLANCK Encyclopedia of public international law, March 2013.
- C. SERAGLINI**, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préface de P. MAYER, Dalloz, Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 10, 2001.

ARTICLES, NOTES ET OBSERVATIONS

M. AUDIT, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Rev. arb.*, 2015, n°4, p. 1001 – 1035.

H. BARBIER et **A. FESSAS**, *JDI* n° 4, Oct. 2020, chron..

G. BERTROU et **D. BAYANDIN**, « arbitrage et conformité : dans quelles circonstances les tribunaux arbitraux peuvent et doivent-ils ordonner la divulgation par les parties de leurs bénéficiaires économiques effectifs ? », 2021, *Revue de l'arbitrage*, Issue 2, pp. 373 et s.

G. BECKER, « Crime and Punishment: an Economic Approach », *Journal of Political Economy* 76, p. 169 (1968).

S. BOLLÉE, *Rev. Crit. DIP* 2006. 104, note.

S. BOLLEE, « L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international », *Rev. arb.*, 2016, n°3, p. 675-705.

N. BONUCCI, **P. BOUCHEZ**, **L. GHOZI**, **N. FAGUER**, « Lutte contre la corruption et relations contractuelles : au-delà des mots, des conséquences juridiques », *Paul Hastings*.

F. BUISSON, **B. De JUVIGNY** « La coopération internationale entre régulateurs de marchés financiers », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, vol. février 2015, n°1, 2015, p. 43-47.

D. CHILSTEIN, « droit pénal et arbitrage », *Rev. Arb.* 2009, p.1.

Y. DERAINS, « Analyse de sentences arbitrales » dans *Les commissions illicites*, Paris, Publication CCI 1992.

P. DUMBERRY, « State of Confusion: The Doctrine of “Clean Hands” In Investment Arbitration after the Yukos Award », 17 *Journal of World Investments and Trade* (2016), pp. 229-259.

M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1871.

E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », 2017, *Revue de l'arbitrage*.

E. GAILLARD, « Droit applicable au fond du litige », *J.-CI. Dr. int.*, Fasc. 586-9-1, 1991, n°43.

J.-Y. GARAUD, « L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions », *Rev. arb.* 2019.183.

A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire*, vol. numéro 165, n° 1, 2019, p. 109-114.

F. GÉLINAS, « Arbitration and the Challenge of Globalization », *J, Intl Arb.*, 2000 n°4 p,117.

F. GUY-TREBULLE, « Entreprise et développement durable (1re partie) », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 46, 12 Novembre 2015.

J. JOURDAN-MARQUES, *D. actu.* 27 févr. 2020.

R. KREINDLER et **D. BAIZEAU**, « Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration », *ICC Dossiers* Volume 13, Oct. 2015, p. 192.

Y. KHALIFA, « Venezuela et sanctions internationales : une crise dans la crise ? », <https://www.blconsulting.com/venezuela-et-sanctions-internationales-une-crise-dans-la-crise>

E. LOQUIN, « À propos de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard : Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2009, n°2, p. 317 à 325.

P. MAYER, « L'étendue du contrôle par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police » dans *Liber Amicorum Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459-477.

A. MOURRE, « Arbitration and Criminal Law : Reflections on the Duties of the Arbitrator », *Arb. Int.* 2006, vol. 22, p.95.

J-B. RACINE, « l'office du juge du contrôle de la sentence », p. 209.

D. SORVATZIOTI et A. MANSON, « Burden of Proof and L'intime conviction: Is the Continental Criminal Trial Moving to the Common law? », *Canadian Criminal Law Review*, 2019.

DISPOSITIONS LEGISLATIVES, RAPPORTS D'INFORMATION ET SOURCES PRIVEES

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, *JORF* n°0287 du 10 décembre 2016.

ICC Rules on Combating Corruption de 2011.

Principes d'UNIDROIT, 2016.

OCDE, *Promoting Compliance with Competition Law*, p. 49.

Assemblée générale des Nations unies. (1948). Déclaration universelle des droits de l'Homme (217 [III] A).

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

Indice 2021 de perception de la corruption mis en place par Transparency International.

Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Convention internationale de Merida des Nations Unies contre la Corruption.

Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer", qui ont été élaborés par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises.

Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties de 2010 de la ICC.

ICC Arbitration Rules, Art. 25.

T. de SAINT VIANCE, « L'arbitrage comme moyen d'évitement du droit anti-corruption en France et aux États-Unis », Mémoire de fin d'études, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

R. Ovide Siou, « les difficultés rencontrées par les entreprises dans la mise en œuvre de la *Compliance* », Mémoire de recherche, Université Paris Dauphine – PSL.

Le guide pratique anticorruption élaboré par le MEDEF à la suite de la loi Sapin II.

SENTENCES ARBITRALES ET DECISIONS JUDICIAIRES

CIRDI :

Urbaser S.A. et Consortium de l'Eau de Bilbao Bizkaia, Consortium de l'eau de Bilbao en Biscaye v. La république argentine, Affaire CIRDI n °. ARB / 07/26.

Fraport A.G. Frankfurt Airport Ampal-American Israel Corp et autres d République arabe d'Égypte, aff. CIRDI no ARB/12/11 Services Worldwide d République des Philippines, aff. CIRDI no ARB/11/12.

Vladislav Kim et autres République d'Ouzbékistan, aff. CIRDI no ARB/13/6.

Getma International et autres d République de Guinée, aff. CIRDI ARB/11/29.

Bear Creek Mining Corporation. v. Republic of Perú, Affaire CIRDI n °. ARB/14/21.

CIRDI, World Duty Free Company c. Kenya, n° ABR/00/7, sentence, 4 octobre 2006.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, award.

CCI :

La sentence CCI n° 8891.

La sentence CCI n° 12990.

Cour d'appel de Paris :

CA Paris, 1^{er} mars 2001.

CA Paris, 21 février 2017 n° 15/01650, aff. Belokon.

CA Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442.

CA Paris, 16 janv. 2018, n° 16/05996.

CA Paris, 10 avril 2018, n°16/11182 Alstom.

CA Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182.

CA Paris, 3 juin 2020, n° n° 19/03758.

CA Paris, 15 septembre 2020, n°19/09058 Airbus Helicopters.

CA Paris, 17 nov. 2020, n° 18/07347 et n° 18/02568.

Cour de cassation :

Cass. civ.1re, 1er févr. 2005, n° 01-13742.

Autres :

United States v. Siemens A.G., N°. 1:08-cr-00367

ENSEIGNEMENTS MAGISTRAUX, CONFERENCES ET DOCUMENTS AUDIOVISUELS

Colloque Arbitrage & Compliance, Juin 2019.

M. SAPIN, 6ème édition des Rencontres de l'arbitrage et du contentieux, « Arbitrage et compliance : les impacts de la corruption dans l'arbitrage », jan. 2020.

Colloque Compliance & Arbitrage, Mars 2021.

Cours de M. le Professeur Thomas CLAY donné aux étudiants de la Licence droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne durant l'année 2018-2019.

Cours de M. le Professeur Sylvain BOLEE donné aux étudiants du Master 1 Droit des Affaires, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne durant l'année 2019-2020.

Cours de M. Paul FIORELLI donné aux étudiants du Master 2, Droit et Ethique des Affaires durant l'année 2020-2021.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE. L'IMPLICATION DE L'ARBITRE DANS LA DEFENSE DES POLITIQUES ETATIQUES ET INTERNATIONALES DE L'ETHIQUE DES AFFAIRES	8
PREMIER CHAPITRE. LES SOURCES DU CONTENTIEUX DE LA <i>COMPLIANCE</i>	8
SECTION 1. LA MISE EN ŒUVRE EFFECTIVE DE MESURES INTERNES AU SEIN DES ENTREPRISES.....	8
Paragraphe 1. La mise en place d'un programme de conformité	8
Paragraphe 2. Le risque d'arbitrage par la mise en œuvre du programme de conformité	11
SECTION 2. LA TRADUCTION DES MESURES DE LA <i>COMPLIANCE</i> PAR LE BIAIS DE LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE.....	15
Paragraphe 1. Les clauses contractuelles.....	15
Paragraphe 2. Les traités d'investissement.....	23
DEUXIEME CHAPITRE. LE CONTROLE DES MESURES DE CONFORMITE PAR L'ARBITRE	31
SECTION 1. L'ARBITRE, JUGE ET TIERS DE CONFIANCE EN CHARGE DE CONTROLES DE LA <i>COMPLIANCE</i>	31
SECTION 2. LA PARTICIPATION DE L'ARBITRAGE AU RENOUVELLEMENT DES PRATIQUES DE LA VIE DES AFFAIRES.....	36
DEUXIEME PARTIE. L'IMPLICATION DE L'ACTIVITE ARBITRALE FACE AUX POLITIQUES DE LA <i>COMPLIANCE</i>.....	44
PREMIER CHAPITRE. L'IMPACT DE LA <i>COMPLIANCE</i> SUR L'ACTIVITE ARBITRALE.....	44
SECTION 1. LE RENOUVELLEMENT DE LA PRATIQUE ARBITRALE.....	44
SECTION 2. LA PERTURBATION DE L'ACTIVITE ARBITRALE PAR L'INCIDENCE DES PROCEDURES PARALLELES	56
DEUXIEME CHAPITRE. L'IMPACT D'UNE SUR-COMPLIANCE SUR L'ACTIVITE ARBITRALE	62
SECTION 1. LE RISQUE DE VIOLATION DES PRINCIPES FONDATEURS DU PROCES ET DE DROITS FONDAMENTAUX PAR LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES DE LA <i>COMPLIANCE</i>	62
SECTION 2. LA NECESSITE DE CONCRETISER LE DROIT D'ACCES EFFECTIF A LA JUSTICE.....	67