ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

2, rue de Harlay
75001 PARIS
53.77.24.31

COLLOQUE

du 27 septembre 1995

à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

2, rue de Harlay
75001 PARIS
53.77.24.31

COLLOQUE

du 27 septembre 1995

à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

« L'ARBITRE ET LA CORRUPTION »

TEXTE DES EXPOSÉS

Pages

Introduction 5
de Monsieur le Président
Hubert FLAHAULT

Intervention 9
de Monsieur le Bâtonnier
F. MOLLET-VIEVILLE

Discours 15
de Monsieur le Doyen
Georges VEDEL

Conclusion 39
de Monsieur le Bâtonnier
F. MOLLET-VIEVILLE

INTRODUCTION

de Monsieur le Président Hubert FLAHAULT

Monsieur le Président,
Monsieur le Doyen,
Mesdames, Messieurs,

Ce n'est pas la première fois que la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris a le plaisir d'accueillir l'Association Française d'Arbitrage que vous présidez, Monsieur le Bâtonnier. Et, si mes souvenirs sont bons, on pourrait même parler d'anniversaire, puisqu'il y a déjà plus de 10 ans que notre hôtel consulaire a l'honneur de recevoir votre association à l'occasion de son assemblée annuelle.

Mais aujourd'hui, bien plus qu'hier, votre présence parmi nous est à bien des égards symbolique.

D'abord, permettez-moi encore une fois de vous en remercier, si notre Compagnie a pris l'initiative de créer un Centre de Médiation et d'Arbitrage, ce n'est pas un hasard. Ce Centre est, en effet, la conséquence directe de votre action en faveur de l'arbitrage et de l'intérêt que nous, consulaires, portons aujourd'hui à ces modes de règlement de litiges.

Ainsi, c'est en s'appuyant sur votre expérience, votre savoir-faire, votre notoriété et en partenariat avec vous, mais aussi avec le Tribunal de commerce de Paris, le Barreau de Paris et le Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale, que la C.C.I.P. est en mesure aujourd'hui d'offrir aux entreprises, et je pense bien sûr ici en priorité à ses 273 000 ressortissants, une médiation et un arbitrage à leur portée.

Familiariser avec la médiation les chefs d'entreprises, leurs responsables juridiques et techniques — et je serais même tenté de dire, susciter chez eux un réflexe « médiation » — telle est la démarche particulière à laquelle nous nous sommes attachés en premier lieu.

En outre et en second lieu, le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (C.M.A.P.) s'est donné pour vocation de diffuser plus largement une culture de l'arbitrage en particulier auprès des P.M.E., en mettant à leur disposition, une institution arbitrale que nous avons voulu accessible, simplifiée et adaptée à leurs besoins.

Le travail de mise en place de ce Centre a été considérable et il faut poursuivre notre effort pour que nos entreprises fussent-elles petites, moyennes ou grandes intègrent davantage ces modes de règlement de litiges.

Promouvoir l'arbitrage telle a été votre devise Monsieur le Bâtonnier, mais bien que, célébré, consacré dans le commerce international, malgré le talent de ceux qui l'exercent et le service qu'il rend à ceux qui y ont recours, il n'en demeure pas moins que l'arbitrage suscite, çà et là, parfois méfiance ; aussi, ne manque-t-il pas de détracteurs. Ne dit-on pas que les arbitres se comportent davantage comme mandataires de ceux qui les ont désignés, qu'en juges chargés de trancher les litiges dans le respect de l'éthique et de la morale dans la vie des affaires ? Une telle caricature est loin de la réalité et pour la rétablir, j'en viens tout naturellement au sujet qui nous préoccupe ce soir, Monsieur le Doyen Vedel, à savoir « L'arbitre et la corruption ».

Ce sujet n'est pas facile, il est pourtant brûlant ; le mal et les remèdes qu'il implique sont au centre de l'actualité. Ils appellent donc réflexion et action.

Certains remèdes ne datent pas d'aujourd'hui, ils ont été renforcés par d'autres. Nous avons actuellement un arsenal législatif étoffé. En portent notam-

ment témoignage, la loi du 3 janvier 1993 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché, la loi du 29 janvier 1993 dit loi Sapin relative à la « prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » et, tout dernièrement, la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public. Ces réformes sont importantes, mais elles sont et demeurent strictement hexagonales.

Or, les causes d'ordre économique de la corruption, l'âpreté de la concurrence internationale auxquelles sont confrontées nos entreprises, sont autant de facteurs qui font peser sur l'arbitre aujourd'hui de nouvelles responsabilités.

Nous n'ignorons pas, Monsieur le Doyen, que la conclusion des transactions internationales dépend parfois du versement d'importantes sommes d'argent, sous telle ou telle qualification à des personnes exerçant une influence déterminante sur le ou les signataires du marché (hommes politiques, intermédiaires, dirigeants sociaux, etc.).

Pour délicat, et sensible que ce sujet puisse paraître de prime abord, ce que vous direz ce soir Monsieur le Doyen, permettra de lever les hypothèques et d'écarter les incertitudes.

« Lorsqu'on veut changer les mœurs et les manières » écrivait Montesquieu, « il ne faut pas les changer par d'autres lois, cela paraît trop tyrannique : il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières ».

En cela l'attitude de l'arbitre à l'égard de la corruption est appelée à y contribuer.

Avant de conclure et de vous céder la parole, Monsieur le Bâtonnier et cher ami, laissez-moi vous dire à nouveau combien je suis heureux de vous accueillir parmi nous ce soir. L'arbitrage, en partenariat avec vous, j'en suis convaincu, a de beaux jours devant lui.

INTERVENTION

de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE

Monsieur le Président,
Monsieur le Doyen,
Mesdames, Messieurs,
mes chers Amis !

La présence de chacun d'entre vous qui participez à notre manifestation doit procéder de plusieurs motivations :

Un lieu où vous avez été conviés tout d'abord, car un déplacement lointain et dans un cadre banal pourrait être quelque peu dissuasif.

L'activité et les disciplines qui sont les vôtres : vous auriez renoncé à venir écouter une conférence traitant d'un problème qui vous fût totalement étranger.

La personnalité de l'orateur, sa réputation, son prestige qui sont particulièrement incitatifs à votre venue.

Et, enfin, le titre même de la conférence à laquelle vous êtes conviés lorsqu'il éveille la curiosité, surtout s'il apparaît quelque peu provocateur !

Le cumul heureux de ces différents facteurs a provoqué la venue d'une très nombreuse assistance.

C'est bien, tout d'abord, parce que le lieu de notre rencontre est au cœur de Paris, dans un cadre magnifique que nous vous devons effectivement pour la dixième fois, Monsieur le Président Flahault, comme nous devions cet accueil chaleureux de la part des Présidents de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, successivement nos amis Philippe Clément, Bernard Cambournac et, pour la première

fois, vous-même. Je tiens à vous remercier personnellement de nous avoir permis la tenue de cette manifestation ici même. Ainsi, mais pour la première fois, ceci me permet d'évoquer, comme vous venez de le faire, notre partenariat amical dans la création de la nouvelle activité de médiation et d'arbitrage dont vient de se doter la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et pour laquelle nous formons nos vœux de parfaite réussite.

L'assemblée générale de l'A.F.A. vient de se tenir voici moins d'une heure, à quelques pas d'ici, et je suis heureux de vous dire que l'activité de notre Association continue à être appréciée par ceux qui nous confient d'importants arbitrages. Il est manifeste que nous recueillons le fruit de nos actions et recevons les preuves de la confiance qui nous est faite depuis notre création en 1975. Nous fêtons, en effet, aujourd'hui même notre vingtième anniversaire avec la bénédiction de celui à qui nous devons tout, notre regretté président honoraire Jean Robert, qui continue à veiller sur nous et dont la présence spirituelle représente une des meilleures garanties de notre pérennité.

« L'arbitrage et la corruption ». Ce n'est pas « L'arbitre ou la corruption » et encore moins « La corruption de l'arbitre » ! Non.

Le sujet choisi va évoquer l'attitude d'un arbitre qui aura à connaître d'une convention se révélant contraire à l'ordre public français lorsqu'elle fera apparaître une corruption incriminée et réprimée par l'article 179 du code pénal. Cette attitude sera-t-elle différente en matière internationale, à l'occasion d'une convention mettant en cause un Français qui aurait corrompu un étranger dans le pays où le contrat a été signé et dont les dispositions pénales peuvent ne pas être identiques ? L'arbitre n'est ni un procureur, ni un juge d'instruction, ni un délateur. Dès lors, devra-t-il se déclarer incompétent, prononcer une sentence en motivant son refus d'arbitrer ou

décider de s'en tenir au seul examen des dispositions contractuelles litigieuses en prononçant une sentence restant étrangère à toute autre considération ?

Quels sont les critères de l'ordre public national ou international ? Pourrait-on estimer qu'une convention se révélant contraire à l'ordre public fût réputée nulle et, partant, que la sentence prononcée fût vouée à une annulation prévue par les articles 1484.1, 1502.1 et 1502.5 du code de procédure civile ?

Le cas n'est pas rarissime et la doctrine, comme la jurisprudence arbitrale se sont exprimées parfois d'une façon divergente, voire contradictoire dans la mesure où le droit français, comme l'a écrit le Professeur Oppetit, témoigne d'une certaine ambiguïté à l'égard de la corruption dans le commerce international.

Un observateur qualifié de la vie administratrive financière, Eric Peuchot, a remarqué que la pratique administrative, les hésitations du juge devant les carences de la loi et les incertitudes du législateur se rejoignent pour refuser de transformer en préoccupations morales certaines coutumes qui, en fin de compte, assouplissent la vertu du service public.

En évoquant l'usage, la pratique, la coutume, assisterait-on, avec la généralisation de la corruption, à la manifestation la plus universelle, à défaut d'être la plus recommandable, de la *lex mercatoria ?*

Voici, me semble-t-il, quelles sont les interrogations qui naissent à l'énoncé du sujet qu'a bien voulu choisir Monsieur le Doyen Georges Vedel. Mais nous savons que nous pouvons lui faire confiance pour susciter très certainement d'autres réflexions.

Vous citiez Montesquieu, Monsieur le Président Flahault, je vais le citer aussi. Montesquieu disait qu'il y avait deux genres de corruption : l'un lorsque le peuple n'observe point les lois, l'autre lorsqu'il est corrompu par elles. Les lois doivent-elles être moralisatrices ou se modeler

sur l'évolution des mœurs ? Nous le saurons mieux dans quelques instants.

Je ne vous présenterai pas le Doyen Georges Vedel. Beaucoup l'ont eu comme maître, tous l'ont entendu, lu et admiré en de multiples occasions. Un très grand nombre d'instances françaises et étrangères ont fait appel à lui, à sa science, à sa perspicacité et à sa grande expérience du droit, des traités et de la Constitution. N'oublions pas qu'il fût, entre autres, le vigilant conseil juridique de la délégation française pour la négociation du Traité de Rome. Voici dix ans, l'ensemble de son œuvre lui valut le grand prix de l'Académie des Sciences Morales et Politiques et, plus récemment, nous étions côte à côte au Palais Royal et nous furent « sages » pendant plusieurs années.

Vous connaissez tous le Doyen Georges Vedel, mais celui-ci étant pour moi un ami de toujours, je me permettrai de vous livrer, avant que nous l'écoutions, quelques souvenirs personnels.

Si Henri Vedel, Officier de carrière, voulut que son fils Georges naquît à Auch, il ne s'agissait là que d'un simple hasard mais qui peut-être fut de nature à motiver certains aspects de la vie du Doyen. Prédisposition à l'amphithéâtre à l'image de celui qui borde la rive gauche du Gers, appréciation de l'Armagnac et du foie gras qui sont d'incomparables spécialités locales, exemple de vertu et de courage de l'Amiral Villaret-de-Joyeuse, lui-même né à Auch et qui fut membre du Conseil des Cinq Cents.

L'atavisme familial et l'exemple local prédisposèrent-ils le Doyen Vedel à l'existence prestigieuse qui fut la sienne en sa qualité de professeur, de doyen et de membre du Conseil Constitutionnel ?

Saviez-vous que le fait d'avoir demandé à un candidat de monter sur un tabouret pour lui démontrer qu'il avait confondu les abscisses et les ordonnées dans l'élaboration de statistiques concernant le nom-

bre de vélomoteurs en circulation à différentes heures de la journée, comme le fait que la question posée visant un sondage d'opinion sur la réservation des places d'un compartiment côté couloir ou côté fenêtre, amenant le Doyen à demander comment on pouvait raisonnablement se débarrasser de parasites gênants, firent que le Doyen Vedel eut, un temps, la réputation de coller un candidat lorsqu'il l'obligeait à monter sur un tabouret ou qu'il constatait son ignorance de l'emploi d'un insecticide !

La ferme autorité du Doyen Vedel était légendaire. Mais une seule fois, c'était au lendemain de 1968, sa fille Christine, au demeurant son excellente étudiante, qui avait quelque peu chahuté, fut rappelée à l'ordre par son père lorsqu'il enseignait le droit constitutionnel à l'université de Sceaux. L'incident fut unique !

Sachez aussi qu'un harem particulièrement affectueux entoura toujours le Doyen ; son attentive épouse et ses trois charmantes filles surent créer et maintenir une ambiance familiale aussi remarquable qu'indispensable pour celui dont l'activité inlassable lui permettait cependant de retrouver les siens et de bénéficier auprès d'eux de la détente et de l'affection qui sont les palliatifs heureux d'un labeur incessant. La famille du Doyen Vedel en donna toujours et continue à en apporter la parfaite démonstration.

Ainsi, à la fois, votre venue dans ce lieu prestigieux, la reconnaissance que nous en devons au Président Hubert Flahault, la présence nombreuse qui démontre l'intérêt que vous portez à l'arbitrage, comme la personnalité de notre orateur, jointes à la curiosité qu'a suscité le sujet qu'il a choisi, sont autant de raisons qui me permettent, maintenant, de satisfaire votre impatience en demandant à Monsieur le Doyen Georges Vedel de bien vouloir prendre la parole.

DISCOURS

de Monsieur le Doyen Georges VEDEL

Lorsque le Bâtonnier Mollet-Vieville me fit le redoutable honneur de m'appeler à vous entretenir dans le cadre de cette prestigieuse et traditionnelle manifestation, je fus en butte à deux incertitudes. La première était celle du sujet à traiter et elle était elle-même double : la qualité et le talent de ceux qui m'avaient précédé à cette place et que je n'étais pas sûr d'égaler m'intimidaient ; quelques-uns des thèmes qu'ils avaient abordés m'auraient convenu, mais trop tard. Finalement, après consultation de mon éminent collègue Philippe Fouchard, je décidai que la corruption me fournirait une excellente occasion sinon de vous apprendre quelque chose, du moins de m'instruire.

Le second problème était enfin, le sujet choisi, de l'exprimer dans un titre. J'ai fait remarquer à notre Président et ami que la formule « L'arbitre et la corruption » pouvait faire croire à quelques esprits mal tournés que j'allais — *horresco referens* — parler de la corruption de l'arbitre. Il me répondit que de deux choses l'une : ou bien — et c'était hautement probable — le risque d'une mauvaise interprétation était nul et le titre était bon ; ou bien il se réalisait, ce qui me vaudrait quelques auditeurs de plus et le titre n'en serait que meilleur.

Par loyauté pourtant envers ceux qui auraient misé sur la deuxième branche de mon dilemme, je dis tout de suite — afin qu'ils puissent quitter la salle dès maintenant — que je ne parlerai pas de la corruption de l'arbitre.

D'abord parce qu'en fait, le sujet est inexistant.

Ensuite parce qu'en droit il ne l'est pas moins. Revenant d'un office religieux le Président Coolidge informa sa femme que le prêche du pasteur avait porté sur le péché. « Et qu'a-t-il dit ? » interrogea l'épouse. « Il est contre » résuma le Président. Je ferai une réponse aussi brève et aussi évidente à qui me demanderait d'exposer l'état du droit de l'arbitrage sur la corruption de l'arbitre.

A vrai dire, le problème sérieux qui serait l'écho du faux problème que je viens d'évoquer serait celui de l'indépendance de l'arbitre. Ce qui met le plus gravement celle-ci en péril, ce n'est pas la corruption de l'arbitre par des avantages financiers mais la crainte révérencielle que, dans les litiges mettant en cause un Etat autoritaire, celui-ci fait peser sur l'arbitre qu'il a désigné et qui est souvent l'un de ses fonctionnaires. Le mal porte d'ailleurs en lui-même son remède qui rend inutile la récusation par l'autre partie : le président du tribunal arbitral a vite fait de mesurer que l'arbitre « sous contrôle » n'apportera pas grand-chose de valable au délibéré.

Ces précautions sans doute inutiles prises, venons en au vrai, au seul sujet : la corruption devant l'arbitre. De façon très générale et donc encore très vague, il s'agit de savoir si et comment l'arbitre peut rencontrer dans le litige qui lui est soumis des faits de corruption pouvant avoir des conséquences sur la sentence qu'il doit rendre ; quelle règle de droit il doit appliquer ; quels sont les pouvoirs que lui confèrent sa position d'arbitre et les termes de la convention d'arbitrage.

Avant l'occasion que j'ai imprudemment saisie et qui m'amène devant vous aujourd'hui, le problème de la corruption devant l'arbitre était pour moi une *terra incognita* pour la bonne raison que je ne l'avais pas rencontré dans la pratique. Sans doute en certains cas, les termes de tel ou tel contrat figurant au dos-

sier pouvaient piquer la curiosité mais aucune des parties n'encourageait l'arbitre à satisfaire celle-ci et il y aurait eu un manifeste excès de pouvoir à superposer, sur de vagues soupçons, au litige défini par les intéressés un procès qui n'avait pas de demandeur.

La lecture de la jurisprudence arbitrale révélait d'ailleurs peu d'espèces ayant trait à la corruption devant l'arbitre. Il semble que la première sentence publiée abordant de front notre sujet date de 1963 et à ce jour elle n'a été suivie que de bien peu d'autres concernant directement la matière, à peu près une dizaine. Un auteur aussi sûr et aussi expérimenté que Monsieur Yves Derains faisait en 1992 une remarque. Celle-ci concerne le fait que le petit nombre de sentences publiées ne doit pas faire croire qu'en pratique très peu de litiges soient relatifs à des conventions prévoyant une commission au profit d'un intermédiaire chargé d'aider à la conclusion d'un contrat international, le plus souvent entre un entrepreneur ou fournisseur et une administration de nationalité différente. Au contraire, nombre de sentences se rapportent à de telles contestations nées du refus de payer la commission. Mais le litige procède toujours au premier chef de l'inexécution totale ou partielle, réelle ou prétendue, des obligations à la charge du commissionnaire. Pour citer notre auteur :

« En effet, dans la pratique, on constate qu'il est tout à fait exceptionnel qu'une entreprise se refuse à payer une commission si l'agent a exécuté sa mission. En fait, sous l'éclairage de l'illicéité, c'est un problème d'inexécution qui est soulevé. Les entreprises paient toujours les commissions lorsque l'agent remplit sa mission ».

Il est vrai d'ailleurs que, dans certaines des sentences publiées on voit apparaître l'allégation d'illicéité comme subsidiaire ; parfois elle n'est qu'à demi formulée et plus comme ce que l'on pourrait appeler

un argument d'ambiance que comme une prétention juridique.

En revanche et fort heureusement pour moi, la doctrine est plus expressive que la jurisprudence. Nombre d'auteurs de haute qualité ont traité de la position de l'arbitre en présence des problèmes posés par la corruption soit directement soit à propos de leurs tenants et aboutissants : l'ordre public international et la place qu'il fait à la morale ; l'autonomie de la convention d'arbitrage ; la mission de l'arbitre ; le régime de la preuve ; les sources du droit arbitral.

Je dois une seconde fois remercier le savant collègue que j'ai nommé plus haut et qui m'a guidé dans le dédale de la bibliographie. Je dois également demander pardon aux auteurs de ne pouvoir, faute de temps, rendre compte de la richesse de leurs réflexions et peut-être quelquefois d'avoir trahi leur subtilité.

Au moment d'entrer dans le vif du sujet, il est nécessaire de se demander ce qu'est la corruption au regard du droit de l'arbitrage. La réponse ne manque pas de complexité.

Observons d'abord que la plupart des législations nationales comportent des dispositions pénales définissant et punissant des faits de corruption sans préjudice des règles de droit civil et de droit commercial. L'arbitre qui se trouve en position d'appliquer un droit national déterminé aura donc, si par ailleurs sa mission et les pouvoirs qu'elle implique le nécessitent, un secours facile pour définir ce qui est ou n'est pas corruption.

Il en sera notamment ainsi pour les arbitrages de caractère interne et c'est sans doute l'une des raisons pour laquelle l'essentiel de notre sujet concerne les arbitrages internationaux. Il est de fait que, au moins en ce qui concerne la France, il n'existe pas à ma connaissance de décisions publiées concernant des arbitrages internes dans lesquels des problèmes de corruption auraient interféré. On peut expliquer ceci par

l'évidence des règles à appliquer. Mais bien d'autres explications sont possibles et notamment qu'il serait imprudent pour le corrupteur, pour son commissionnaire et pour le corrompu de formaliser l'opération de corruption par un contrat que la proximité rend inutile et que la répression pénale éventuelle rend dangereuse, alors que, comme je le dirai tout à l'heure, celle-ci ne s'exerce pas très efficacement lorsque le circuit de corruption court à travers les frontières.

C'est donc sur le terrain de l'arbitrage commercial international que s'est développée une jurisprudence en matière de corruption et c'est sur le même terrain que l'on peut rechercher une définition de la corruption. A vrai dire celle-ci tient moins dans des formules doctrinales que par un examen cas par cas dans lequel l'arbitre est surtout préoccupé par des problèmes concrets et notamment celui de la preuve des faits et par celui de la frontière entre le démarchage licite et la corruption illicite. On les retrouvera. Pour l'instant citons à titre d'exemple les termes dans lesquels une sentence arbitrale de 1983 caractérise les faits la conduisant à refuser une demande en paiement de commissions stipulées par contrat :

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

Il faut pourtant dire que la solution frappe par sa rigueur puisqu'elle considère qu'est entachée de corruption l'action d'un intermédiaire qui tendrait à obtenir, moyennant finances, il est vrai, le respect des procédures légales de passation d'un marché public.

En 1963 dans la célèbre sentence de l'arbitre Lagergren, l'expression peu juridique mais parlante de (bribes) « pots-de-vin » avait été employée.

Si maintenant l'on essaie de prendre une vue d'ensemble malheureusement très résumée de la jurisprudence et de la doctrine sur la corruption devant l'arbitre on peut le faire en deux volets contrastés.

Le premier concerne le fond du droit et porte essentiellement sur l'existence et la nature des règles de droit sur lesquelles peut s'appuyer l'arbitre pour sanctionner des faits de corruption. Le second concerne ce que l'on pourrait appeler le contentieux de la corruption c'est-à-dire la mise en œuvre des règles précédemment dégagées.

Le contraste entre l'un et l'autre est saisissant. Alors que l'arbitre peut s'appuyer, au moins selon la tendance dominante, sur une sorte de panoplie de règles prohibant la corruption, il va, au contraire, pour constater la corruption et la sanctionner, se heurter à une série d'obstacles ayant principalement leur origine dans le statut même de l'arbitre très différent de celui du juge d'État.

On ne peut s'empêcher de faire un rapprochement inattendu avec le droit administratif français dans la matière de la nullité des contrats. Le droit administratif possède une théorie très riche concernant les causes de nullité et cependant les cas de déclaration de nullité d'un contrat par le juge administratif étaient rares, du moins avant des lois récentes, pour des raisons tenant essentiellement à des obstacles de procédure contentieuse mettant en cause la compétence et l'étendue des pouvoirs du juge.

De même, l'on va voir que, si en matière de contrats internationaux, l'illicéité de principe des contrats entachés de corruption est acquise, l'effet de la prohibition en résultant est atténué.

Plaçons-nous successivement à chacun de ces points de vue.

*
**

Demandons-nous d'abord sur quelles règles de droit applicables par lui peut s'appuyer l'arbitre pour considérer la corruption comme illicite.

Il peut tout d'abord évidemment se référer à la loi du contrat à propos duquel il est saisi. Dans l'arsenal législatif étatique considéré il va trouver soit des dispositions spécifiques soit au moins des principes tels que celui de la bonne foi, du respect des bonnes mœurs, soit les uns et les autres.

Pourtant, si curieux que cela puisse paraître, il risque d'être privé de cette ressource pour diverses raisons.

La première est peut-être la plus étonnante mais a été mise en évidence par le Professeur Oppetit. C'est que l'illicéité de la corruption dans certains droits ne produit que des effets limités. Tous les États n'ont pas à cet égard, il s'en faut, une législation aussi rigoureuse que celle dont les États-Unis se sont dotés en 1977. Pour prendre un exemple, si les textes répressifs français n'interdisent pas la poursuite d'un Français qui aurait corrompu un fonctionnaire étranger à l'occasion de la conclusion d'un contrat international, cette poursuite n'est possible que si et dans la mesure où dans le pays dans lequel l'infraction a été consommée existent des textes parallèles. Le droit anglais est encore plus restrictif.

Mais faut-il aller plus loin ? L'éminent auteur que je viens de citer fait état de ce que l'administration fiscale française (et elle n'est pas la seule) admet comme charges déductibles les commissions occultes versées à l'étranger par des entreprises exportatrices françaises et de l'existence de ce qu'un autre auteur appelle « Le régime fiscal des pots-de-vin versés par les entreprises françaises pour l'obtention des

marchés à l'exportation ». Et cette pratique a reçu l'aval officiel du gouvernement et n'a pas été censurée par le Conseil d'État. Il est vrai que l'on est dans le domaine du droit fiscal, qui (on le sait depuis les conclusions du Commissaire du Gouvernement Corneille voici plus d'un demi-siècle) dans son réalisme et se prétendant autonome ne se préoccupe que de trouver la matière imposable et de la taxer là où elle se trouve et sans se préoccuper de son origine.

Poursuivons cette revue des moyens par lesquels les parties à un contrat international peuvent se soustraire aux risques de voir leur convention entachée de corruption. Ils peuvent choisir une loi aussi bienveillante que possible et on va voir que cette loi n'a pas toujours à être cherchée très loin. Mais pourraient-ils choisir une loi en faisant exception des dispositions de celle-ci qui rendraient leur convention nulle ? La réponse exigerait une bonne soirée de discussion.

Pour faire bref, disons qu'elle conduirait sans doute à distinguer selon la nature des contraintes que les contractants entendent éluder et l'ordre public auquel elles appartiennent (interne, international public au sens classique du droit international privé, ou ordre public réellement international selon une terminologie que l'on retrouvera). Après quoi il faudrait choisir l'une des théories relatives à la portée du choix de la loi applicable : objectiviste, pleinement subjectiviste ou modérément subjectiviste.

Mais il peut tout simplement se faire qu'il existe des lois qui, sans être totalement indulgentes à la corruption, lui donnent une acception si étroite que leur accueil est confortable.

Tous les auteurs citent l'interprétation du code civil suisse donnée en 1973 par le Tribunal fédéral qui considéra que le détenteur de fonds destinés à être remis à des tiers pour les corrompre et n'ayant pas donné à ces fonds la destination prévue ne pouvait

faire échec à la demande de restitution présentée par son mandant en alléguant le caractère illicite de la convention et le principe « In pari turpitudine... ».

Mais la position la plus restrictive en ce qui concerne la chasse à la corruption, pourtant ouverte et proclamée par maints organismes internationaux et notamment par des institutions d'arbitrage, a sans doute été exprimée par le même tribunal fédéral dans un passé récent dans l'affaire dite Hilmarton.

Une société française (O.T.V.) pour obtenir un marché en Algérie avait en 1980 fait appel à la Société Hilmarton qui recevait, selon le protocole d'accord « une mission de conseil économique et fiscal ainsi que la coordination dans le domaine administratif entre les participants à l'exécution du projet ». Les honoraires de Hilmarton étaient fixés à 4 % du projet. La convention d'arbitrage stipulait que la loi suisse était la *lex contractus* et que l'arbitrage aurait lieu à Genève. Après conclusion du marché la société mandante ne procéda qu'à un paiement partiel des honoraires convenus, au motif que Hilmarton n'avait que partiellement rempli ses obligations et que ses carences avaient obligé son mandant à des dépenses qui auraient dû être exposées par le commissionnaire.

L'arbitre se livra à une investigation de fait très minutieuse de laquelle il ressortait que l'activité de Hilmarton avait certainement été « proche de celle d'un service de renseignements commerciaux à caractère plus ou moins confidentiel », ce qui n'est pas illicite, mais qu'elle avait aussi consisté à « exercer une influence auprès des autorités algériennes afin que le dossier d'O.V.T. soit, contre rémunération, préféré à celui des autres concurrents ». En soi, constate l'arbitre, cette activité ne paraît pas contraire à la loi suisse par référence au régime du courtage et à la loyauté commerciale. Le versement de pots-de-vin en revanche est, en droit suisse, illicite comme contraire aux « bonnes mœurs » (art. 20 al. 1 CO).

Notons en passant cette définition du pot-de-vin : « toute offre ou demande portant sur l'octroi d'un avantage caché matériel et indû à l'employé d'un tiers dans le but d'influencer ce tiers en faveur du donateur ». Mais, malgré de forts soupçons, il n'était pas indiscutablement établi que des pots-de-vin eussent été versés.

L'affaire aurait été simple si l'on en était resté là. Mais le défendeur alléguait que l'activité de Hilmarton avait sans contestation possible contrevenu à la loi algérienne en vigueur au moment des faits et qui prohibait toute intervention, même non intéressée, d'intermédiaires dans la conclusion de marchés publics. En tant que loi de police étrangère à la *lex contractus* la loi algérienne ne pouvait selon une opinion dominante servir de base à l'annulation du contrat. Mais l'arbitre, sans doute troublé par son intime conviction sur les dessous du dossier, fit valoir que l'infraction à la loi algérienne pouvait correspondre à un manquement à la loi suisse car au moins dans certains pays vulnérables et dans certaines circonstances le démarchage auprès des fonctionnaires ou responsables d'entreprises publiques était contraire aux bonnes mœurs selon le code civil suisse. Très courageusement l'arbitre s'exerça à une démonstration en ce sens malgré une jurisprudence antérieure du tribunal fédéral en faisant valoir que la loi algérienne n'a pas pour objectif de servir le seul intérêt de l'Etat algérien mais aussi celui de garantir des pratiques commerciales saines et loyales et de lutter contre la corruption et donc que sa méconnaissance n'est pas seulement celle d'une loi de police, d'ailleurs de droit public, mais des bonnes mœurs selon le droit suisse. Au surplus, l'arbitre relève que la méconnaissance n'est pas moins évidente au regard de l'ordre public transnational. En foi de quoi il déclara le contrat nul et rejeta la demande d'Hilmarton.

Saisie d'une action en annulation de la sentence, la Cour de Genève fit droit à cette demande. A son tour le tribunal fédéral approuva cette annulation par

un arrêt qui a été largement commenté. La doctrine française s'est montrée très critique envers cet arrêt. Il lui est reproché d'abord d'avoir débordé le contrôle normalement ouvert à la juridiction d'État sur la sentence arbitrale et d'avoir en fait révisé celle-ci. Ensuite d'avoir délibérément omis certains éléments de fait retenus par l'arbitre. Mais ce sont surtout les motifs de droit qui ont été contestés. En effet, si le tribunal fédéral admet que l'infraction à une loi étrangère, inopérante en elle-même, puisse être appréhendée par la loi suisse comme contraire aux bonnes mœurs, il repousse en termes véhéments la thèse selon laquelle la législation algérienne, tournée vers le monopole par l'État du commerce extérieur, puisse correspondre à des objectifs reconnus par le droit suisse. Non seulement l'infraction à la loi algérienne ne heurte pas l'ordre public suisse mais la teneur de la loi algérienne est contraire au droit suisse tourné vers la liberté contractuelle. Au surplus, compte tenu de ce que le versement de pots- de-vin n'a pas été établi, on est en présence d'une activité tout à fait licite dans le droit et la pratique suisses : « la négociation, par des intermédiaires de contrats avec l'administration sans qu'interviennent des manœuvres douteuses ». Moyennant quoi la sentence arbitrale, comme l'a déjà jugé la Cour de Genève est « manifestement insoutenable dans la mesure où elle viole à l'évidence le droit suisse ».

A la suite de l'annulation de la sentence, un second arbitrage aboutit à une solution contraire à celle-ci mais conforme aux décisions des deux juridictions d'Etat et donc constatant la validité du contrat litigieux.

Comme *obiter dictum* rappelons que l'affaire Hilmarton, déjà remarquable sous l'aspect que l'on vient de décrire, est à l'origine d'un imbroglio juridique non encore dénoué : la sentence de 1988 annulant la convention a obtenu l'exequatur en France et le pourvoi contre cette décision a été rejeté par la Cour de Cassation. Mais la seconde sentence

arbitrale de sens contraire à la première reconnaissant la validité de la convention et condamnant le mandant à payer Hilmarton vient d'obtenir également l'*exequatur* de la Cour de Versailles.

On devine la complexité et la difficulté du rébus juridique résultant de cette cascade de décisions et qui met en cause les rapports entre le juge de l'annulation et le juge de l'exequatur lorsqu'ils ne relèvent pas du même ordre juridique étatique ainsi que, en droit français, l'autorité de chose jugée, le règlement des décisions de justice inconciliables, etc. Mais ceci est une autre histoire...

Pour être complet il faudrait faire place à une ouverture proposée par le Professeur Pierre Mayer qui, après avoir constaté l'insuffisance fréquente des ressources qu'offre la *lex contractus,* préconise, malgré les fortes réticences de la doctrine et de la pratique, notamment en Angleterre, l'appel à l'application des « lois de police » d'ailleurs suggérée sinon consacrée par la Convention de Rome du 19 janvier 1980. Selon cet auteur, une méthode rationnelle permettrait de trouver dans les lois de police de l'importateur ou de l'exportateur des armes efficaces pour lutter contre la corruption sans recourir à des sources autres que des lois étatiques, sources toujours incertaines et peut-être arbitraires.

Et cependant, une bonne partie des auteurs et des arbitres estime qu'il est possible de recourir à des règles indépendantes à la fois de la volonté des parties et des législations nationales.

Nous débouchons ici sur un paysage juridique d'une impressionnante dimension et d'une extrême complexité et sur des problèmes très pratiques et concrets et, en même temps, touchant aux plus hautes spéculations de la philosophie et de la théorie du droit. En effet, c'est à propos de nombreux problèmes et non pas seulement celui de la corruption que se pose la question générale de savoir si et comment il peut exister des règles de droit transnatio-

nales ou internationales, donc sans référence à une loi nationale déterminée, mais qui ne résulteraient pas davantage de conventions internationales entre États ou de la coutume internationale au sens qu'a ce mot en droit international public c'est-à-dire d'une pratique entre autorités étatiques et ayant celles-ci pour destinataires.

Le problème se pose à propos de diverses conceptions qui d'ailleurs se chevauchent : la *lex mercatoria* répondrait à ces caractères ; en un certain sens l'admission de la morale comme source du droit est une tentative dans le même sens, comme l'appel aux principes généraux du droit reconnus par la communauté de ce que l'on appelait autrefois les nations civilisées ou, suivant une appellation plus savante « la règle matérielle d'application immédiate ».

A propos de la corruption, c'est plutôt à l'ordre public transnational ou international que l'on fait appel. Il ne s'agit pas de l'ordre public étatique interne au sens du mot. Il ne s'agit pas de l'ordre public international au sens qu'a ce terme en droit international privé qui vise en réalité un ordre public étatique puisqu'il oppose au jeu normal des règles de compétence et de conflit applicables au contentieux des relations internationales des principes jugés inviolables selon le droit de l'État se réclamant de cet ordre public. Il s'agit d'un ordre public « réellement » international selon l'expression des auteurs en ce sens qu'il serait composé d'un corps de règles ne relevant d'aucune souveraineté étatique, valable en tous lieux, applicable en tant que tel dans les arbitrages internationaux à titre supplétif et pouvant même primer les autres sources du droit dont dispose l'arbitre, y compris le contrat qu'il doit interpréter et appliquer. Selon l'inventaire dressé en 1986 par Pierre Lalive, ce corpus serait déjà, sous des dénominations diverses, impressionnant. C'est à lui que des sentences arbitrales diverses mais solidement motivées font appel pour tenir en échec des dispositions

contractuelles prévoyant ou autorisant des pratiques de corruption, de pots-de-vin, de contrats fictifs dissimulant des opérations frauduleuses, etc.

Sur cette notion de l'ordre public « transnational » ou « réellement international » la doctrine paraît partagée. Tout un courant se refuse à admettre qu'une règle de droit international au sens plein du mot puisse naître soit de la convergence des législations nationales, soit de celle des aspirations ou des besoins du commerce international sans rattachement direct à ce que l'on pourrait appeler un acte de puissance publique national ou international.

On fait aussi valoir que : ou bien l'arbitre invoquera l'ordre public international pour disposer d'une règle que lui aurait proposée une autre source du droit à sa disposition ou bien il inventera pour les besoins de la cause une règle qui n'a d'autre fondement que son jugement personnel. Enfin, l'arbitre n'obéit-il pas à une tendance qu'un auteur comme Pierre Mayer juge fâcheuse et qui est, au-delà de la mission très précise d'interprétation et d'application du contrat qui lui est soumis, de se faire protecteur d'un ordre public dont la garde incombe plus normalement au juge d'État au stade du contrôle ou de l'*exequatur* de la sentence ?

Naturellement, on avance des réponses à cette objection et notamment qu'il doit exister au moins une règle indépendante des ordres étatiques ou du droit international public, à savoir la force supra-étatique ou trans-étatique de la convention d'arbitrage elle-même. A l'autre bout du mode de raisonnement on ferait valoir qu'il existe des théories du droit admettant des sources extra-étatiques, etc. Mais comme à ces réponses l'autre école aurait des répliques à proposer, il est impossible *hic et nunc* et peut-être même ailleurs et plus tard de vider ce débat.

Toujours est-il que la pratique arbitrale connue comporte un nombre non négligeable de sentences s'appuyant, avec un vocabulaire varié, sur ce que en 1963 l'arbitre Lagergren appelait « l'international public policy » pour sanctionner des contrats entachés de corruption. Il est vrai que beaucoup de ces sentences ne font appel que de façon surabondante à cette source du droit pour faire valoir qu'elle corrobore les prohibitions résultant d'une loi nationale.

Cette pratique arbitrale serait-elle approuvée, combattue ou modérée par les juridictions étatiques appelées selon telle ou telle modalité à en connaître ? On a peu d'éléments jusqu'ici. On peut prédire un accueil peu chaleureux en Suisse d'après le précédent Hilmarton ou plutôt d'après l'état d'esprit qu'il reflète. L'accueil pourrait être nettement meilleur dans les pays de common-law. Quant à la Cour Suprême française, si, à ma connaissance, on ne peut citer d'arrêt décisif, il existe un environnement qui n'est pas défavorable, notamment par l'appel de plus en plus fréquent à des principes généraux du droit. Mais ne nous hasardons pas à des prédictions : la prévision judiciaire est l'une des branches les plus difficiles de l'art divinatoire.

Il est évidemment impossible de passer en revue le contenu des sentences dont nous disposons. Notons toutefois — car c'est important — les sentences admettant la régularité des contrats confiant à un professionnel compétent la constitution et la présentation des dossiers pouvant conduire à la conclusion d'un marché ainsi que les démarches destinées à mettre en valeur le dossier. La pratique du pot-de-vin (la « bribery ») est en revanche considérée évidemment comme entachée de corruption. Certaines sentences s'efforcent de faire la ventilation entre ces activités, l'une licite, l'autre illicite. Parfois le cas est plus compliqué : en principe la législation nationale relative au contrôle des changes n'est pas protégée par l'ordre public « réellement » international, mais

la concertation entre des ressortissants soumis au contrôle des changes et des entreprises étrangères pour monter un ensemble contractuel fictif destiné à tourner la législation est entaché de nullité. C'est du moins ce que décide une sentence rendue en 1983.

*
**

Ainsi l'arbitre a à sa disposition une vaste panoplie de règles de droit anti-corruption de nature et de provenance diverses.

Mais toute arme possède un mode d'emploi. Or, il arrive que celui-ci déçoive quelquefois les espoirs mis dans l'arme elle-même. Et précisément, comme on l'avait énoncé tout à l'heure, les règles du contentieux arbitral vont sérieusement limiter l'emploi et la portée des règles de fond. C'est ce que je voudrais maintenant montrer brièvement.

Il faudrait tout d'abord observer les difficultés que présente devant l'arbitre la preuve des faits. Non pas que l'arbitre soit nécessairement peu curieux ou trop discret. L'on trouve au contraire dans certaines sentences arbitrales des développements très poussés desquels il résulte que l'arbitre a non seulement minutieusement analysé le dossier mais a sagacement interrogé les parties et les témoins. Bien plus, on trouve dans certaines décisions le reflet de la connaissance personnelle qu'a l'arbitre des pratiques dans tel ou tel pays et, à la limite, une certaine présomption dans le sens de la corruption.

Les difficultés de la preuve sont ailleurs.

La première est que ce n'est qu'exceptionnellement que l'arbitre peut compter, dans le travail de dépistage de la corruption, sur la collaboration de l'une des parties. Même si les parties ont entendu lui soumettre un litige relatif au paiement d'honoraires ou de commissions dus par un entrepreneur ou un fournisseur à un intermédiaire qui lui a apporté ses services pour la conclusion d'un contrat international,

non seulement le dossier renfermant les stipulations écrites est évidemment innocent, mais le mandant qui conteste sa dette est muet ou évasif sur la validité du contrat. Et d'ailleurs la preuve à rechercher est moins celle de stipulations contractuelles que celle des activités réelles de l'intermédiaire qu'elles ont couvertes.

La seconde difficulté est que, sauf exception, la conclusion des contrats internationaux exige le plus souvent, pour ne pas dire toujours quand il s'agit de contrats importants avec des Etats ou des entreprises publiques, l'intervention d'intermédiaires chargés de missions évidemment licites : information sur l'encadrement juridique et financier, aide à la constitution et à la présentation des dossiers d'offres, suivi de la procédure d'adjudication, ce qui comporte non seulement des écritures mais des conversations et des contacts personnels. La qualification de la convention entre celui que l'on peut appeler l'exportateur et l'intermédiaire peut être rangée sous telle ou telle rubrique selon les cas et le droit applicable : mandat, courtage, sponsorship. Peu importe. Le problème est de savoir à partir de quel moment en fait l'intermédiaire a, avec sinon la bénédiction du moins avec l'absolution de l'exportateur, dépassé son rôle licite. Avec d'ailleurs cette difficulté supplémentaire de tracer les frontières de celui-ci. Le pot-de-vin classique est certainement au-delà mais d'autres formes plus subtiles sont appréciées différemment selon les cas.

Pour pallier ces difficultés et aussi d'ailleurs quelques-unes des autres, plus juridiques, Yves Derains recommande aux arbitres de privilégier la discussion sur l'exécution ou l'inexécution de la mission officielle et donc innocente confiée à l'intermédiaire. S'il apparaît que les diligences irréprochables dont il fait état ont été d'une importance telle qu'elles justifient son intégrale rémunération selon ce qui est convenu, c'est sans doute qu'elles ont été l'essentiel de son activité. Si elles apparaissent insignifiantes ou

secondaires, c'est que probablement elles n'étaient que la couverture d'activités plus réelles et plus douteuses. Mais en ce cas l'intermédiaire n'aura que le choix de révéler ces dernières, ce qui sera rare, ou de supporter les conséquences de ce que son activité officielle a été si réduite qu'il n'a pas mérité ou seulement en partie sa rémunération.

Pourtant les problèmes essentiels du point de vue qui nous occupe tiennent à la nature même de l'arbitrage. On peut se demander dans quelle mesure l'arbitre qui rencontre d'une façon ou d'une autre l'allégation ou le soupçon de corruption peut s'en préoccuper dans le cadre de la mission que lui ont confiée les parties. Bien plus, la convention d'arbitrage de laquelle il tire sa compétence, peut limiter ou du moins prétendre limiter notamment par le choix de la loi applicable, le recours à telle ou telle des sources du droit anticorruption dont on a décrit la panoplie plus haut. Enfin, on peut soutenir que les conséquences que l'arbitre doit tirer de la constatation de pratiques de corruption varient suivant les conditions dans lesquelles il est saisi.

Prenons le cas le plus simple : l'arbitre est saisi directement par les parties de l'application d'un contrat prévoyant la rémunération d'un intermédiaire. Supposons que la contestation de la part du débiteur éventuel porte, au moins de façon subsidiaire, sur la validité de ce contrat. Tout peut paraître simple en ce qui concerne les pouvoirs de l'arbitre. Encore faudra-t-il savoir si, pour apprécier le grief de corruption qui entacherait le contrat, l'arbitre peut s'en tenir à la *lex contractus* ou s'il peut faire intervenir d'autres sources, par exemple les lois de police de l'une des parties ou une source autonome : ordre public international, *lex mercatoria,* appel à la morale. On ne peut pas dire que la doctrine et la jurisprudence arbitrale fournissent une réponse univoque.

Mais il se peut aussi que les parties aient, dans leur convention d'arbitrage, passé sous silence toute contestation sur la validité du contrat dont se prévaut l'intermédiaire. En ce cas l'arbitre, si du moins le vice de corruption ressort des stipulations mêmes qu'il est chargé d'interpréter et d'appliquer ou de documents produits imprudemment par les parties, l'arbitre, dis-je, peut-il prendre en considération le vice de corruption ? La réponse est très généralement affirmative, mais elle est fondée sur des raisonnements qui ne sont pas les mêmes selon les espèces et selon les arbitres. En gros la *lex contractus* désignée par les parties comporte généralement des règles que l'arbitre doit appliquer d'office et qui lui commandent d'invalider le contrat. Et si l'on objectait que le choix par les parties d'une loi que doit appliquer l'arbitre exclut les dispositions de la loi qui rendraient le contrat invalide, il serait répondu que, si cette exclusion est possible pour certaines dispositions impératives mais ne touchant pas nécessairement à l'ordre public *stricto sensu,* elle n'est pas admissible pour ce qui touche à l'ordre public véritable. Tout contrat simplement illicite n'est pas nécessairement vicié pour l'arbitre international, mais le contrat qui cumule l'illicéité et la méconnaissance de l'ordre public ne peut échapper à sa censure. A défaut d'une *lex contractus* choisie par les parties la panoplie des sources du droit en la matière telles qu'on les a évoquées plus haut peut être utilisée. Mais il va de soi que ce pouvoir et même ce devoir de l'arbitre de ne pas faire produire effet à un contrat évidemment entaché de corruption ne saurait justifier que l'arbitre appelé à interpréter et à appliquer un contrat dont les parties ne contestent pas la validité entreprenne systématiquement des investigations tendant à mettre en lumière des faits de corruption même si ceux-ci ne sont pas invraisemblables.

On pourrait imaginer aussi que le problème de la corruption soit posé non par l'exportateur qui

conteste les droits de l'intermédiaire mais par l'importateur qui se plaindrait que, dans son ensemble ou dans certaines de ses clauses, le contrat de fourniture ou de travaux qu'il a souscrit lui a été soutiré en corrompant ses fonctionnaires ou ses agents.

Mais ce cas de figure met plutôt en question un vice du consentement et se rattacherait à un corps de règles dont la corruption provoquerait la mise en jeu sans en altérer la spécificité. Ce corps de règles qui tend à assurer l'authenticité de l'échange de volontés qui est à la base du contrat litigieux doit trouver par nature un accueil très favorable des instances arbitrales car son respect seul garantit l'autonomie de la volonté qui joue un rôle primordial tant dans l'institution même de l'arbitrage que dans le droit des contrats internationaux.

Il serait vain de prolonger un exposé déjà trop long par une série de questions dont beaucoup sont d'ailleurs sans réponse unanime et qui, toutes, concernent la nature et la source de la règle de droit que l'arbitre entend opposer à la corruption : par exemple — et ceci varie avec les espèces et avec les termes de la convention d'arbitrage — le cumul ou le non-cumul des règles nationales et des règles de l'ordre public réellement international, la force respective des conventions et des règles de droit objectif, la distinction déjà évoquée des contrats simplement illicites et des contrats contraires à un ordre public (et lequel).

On s'en tiendra à une question : celle du pouvoir d'annulation de l'arbitre. Dans la sentence Largergren de 1963 déjà évoquée, l'arbitre ayant constaté que le contrat qu'il devait interpréter et appliquer était entaché de corruption n'en déduisit pas l'annulation de celui-ci. Il se déclara incompétent et parut ainsi fonder sa décision sur la non arbitrabilité ou même contester l'autonomie de la clause compromissoire. Cette conclusion fut vivement critiquée en doctrine et par la

suite il semble bien que les arbitres, en présence de contrats présentant un vice comparable à celui relevé en 1963, aient affirmé non leur incompétence mais leur pouvoir d'annuler le contrat litigieux entre l'exportateur et son intermédiaire ou plus exactement d'en constater et d'en déclarer la nullité et en tout cas d'en refuser l'application.

Il semble qu'un examen approfondi de la sentence Lagergren ait conduit à plus de compréhension de la décision d'incompétence de l'arbitre. En effet, dans l'affaire de 1963 aucune des parties n'avait allégué que le contrat fût invalide ni aidé l'arbitre à s'en convaincre. L'arbitre n'avait pas reçu des parties le pouvoir d'annuler le contrat. Bien au contraire. Mais il ne lui était pas davantage possible d'ordonner l'exécution d'un contrat clairement contraire à l'ordre public tant national qu'international. La déclaration d'incompétence était donc logique. Ce qui est vrai, c'est qu'elle ne saurait être étendue au cas où l'arbitre a reçu explicitement ou implicitement des parties par la convention d'arbitrage ou toute manifestation de volonté équivalente (acte de mission, conclusions contradictoires, etc.) le soin de statuer fût-ce à titre subsidiaire sur la validité du contrat. En ce cas, qui est celui de la plupart des décisions citées pour contredire la jurisprudence Lagergren, l'arbitre ne peut hésiter sur son pouvoir et son devoir de déclarer, le cas échéant, le contrat entaché de nullité. C'est par référence à la mission de l'arbitre et non à l'arbitrabilité du litige ou à l'autonomie de la clause compromissoire que la sentence de 1963 doit être comprise et mise en harmonie avec la jurisprudence plus récente.

*
**

Si l'on considère le flot des questions difficiles et controversées que nous avons rencontrées et celui, invisible mais menaçant, de toutes celles que j'ai dû passer sous silence, il est temps de prononcer, avec Virgile, *« Sat prata biberunt »*.

Aurais-je donc artificiellement gonflé un sujet qui, quel que soit son intérêt, n'est tout de même qu'un chapitre entre autres et non le plus important, il s'en faut, de la pratique internationale de l'arbitrage ? Je ne le crois pas. Au contraire, je crains que son apparent volume tienne à ce qu'il n'a pas d'existence propre. La corruption n'est pas pour l'arbitre une matière appelant un droit spécifique. Elle est, avec beaucoup d'autres mauvaises manières des hommes, comme la drogue, la prostitution, les trafics d'armes, l'occasion de poser à l'arbitre international le problème de sa mission, circonscrite à la fois par la convention qui l'investit et par le monopole étatique de la contrainte organisée qui lui échappe.

Certes, comme tout juge, il est un serviteur du droit. Mais de quel droit ? Et qu'est-ce que le droit ? Existe-t-il d'autres sources du droit que la puissance publique agissant soit dans le cadre national soit dans celui des conventions ou des organisations internationales ? Une société internationale sans chef individuel ou collectif comme l'est celle du marché international peut-elle sécréter elle-même un droit autonome non proclamé mais présent et que l'arbitre peut invoquer comme tel ? Et de quelles composantes serait fait ce droit : les usages, les besoins du commerce international, certaines valeurs de civilisation, les droits de l'homme, la morale ?

Si chaque arbitrage international ne pose pas de telles questions et heureusement, celles-ci le sous-tendent pourtant et, quand elles font surface, évoquent une gigantesque problématique à tous les niveaux : celui de la technique de l'arbitrage proprement dite, celui des conflits ou des concours des règles de droit, celui du fondement des ordres juridiques. Qui plus est, toutes ces données sont à la fois incertaines ou inachevées, entraînées dans la marche du siècle rapide avec ses arrière-gardes, son gros de la troupe et ses commandos d'éclaireurs. Chacun de nous, arbitrés et arbitres, y trouve sa place et son

rôle. D'aventure il contribue même sans le vouloir à construire un avenir. Deux citations pour enfin terminer, l'une de scepticisme, l'autre de sagesse. La première : « Les hommes font l'histoire mais ils ne savent pas l'histoire qu'ils font ». La seconde : « C'est bien peu, dit Candide ; c'est beaucoup dit Martin ».

CONCLUSION

de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE

Merci, cher Doyen et ami, pour votre remarquable conférence. Certes, si nous pouvions supposer que la question était simple, vous nous avez démontré avec maestria que la réponse était certainement plus complexe. Vous nous avez donné un bien beau sujet de réflexion, nous qui nous intéressons à l'arbitrage, qu'il soit national ou international. Que de chemins jusqu'ici inexplorés nous apparaissent grâce à l'importante étude dont vous avez bien voulu nous faire connaître les étapes et la conclusion.

Je connais une comparaison que vous aimez faire. Vous dites que toute activité humaine mettant en présence plusieurs personnes intéresse toujours quelqu'un et vous citez, en particulier, la conversation, l'amour ou la torture. Vous ajoutez qu'une seule n'intéresse personne, c'est l'examen car, d'après vous, ni l'examinateur, ni le candidat ne serait véritablement intéressé au sens large du terme, dès lors que cette épreuve ennuie l'un et désarçonne l'autre.

Vous venez de démontrer que la conversation que vous aviez bien voulu avoir avec nous n'était ni un examen, encore moins une torture et qu'ainsi, grâce à vous, votre venue et votre propos se sont bien inscrits dans une recherche qui, pour notre plus grand plaisir, a retenu l'intérêt de tous, ce dont nous vous remercions du fond du cœur.

Mais, comme pour les choses qui enchantent, l'heure passe trop vite avec vous et je pense qu'arrivés à ce point du cadran, le fait que parfois vous veuillez bien répondre à certaines questions qui vous

sont posées doit se convertir aujourd'hui en des conversations éventuelles et particulières qui pourront avoir lieu tout près d'ici. Nous traverserons le jardin et irons près d'un buffet, dans le cadre merveilleux de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Je tiens à remercier mon ami Bernard Cambournac qui est venu, pour quelques instants, reprendre la Présidence, et nous poursuivrons nos entretiens autour d'un verre de l'amitié non sans lui avoir dit un très grand merci au nom de l'A.F.A. et au nom de chacun d'entre nous.

La séance est levée.

Imprimerie Bialec S.A., 54000 Nancy - D.L. n° 43868 - 2e trimestre 1996