

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique

Lawfare Law Review

**Nº 1.
Juillet 2020**

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**



**DYNAMIQUES
DU DROIT**
UMR 5815



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N° 1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélie BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDRE, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participés Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [tœtatê̄s]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

20. L'affaire Alstom, la suite? Les « pratiques coutumières » de corruption et l'ordre public international (Paris, 28 mai 2019, n°16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Lt d c /A BL*). L'affaire Alstom a défrayé la chronique française et internationale : une amende considérable, un « monitoring » ruineux, et la cession, aujourd'hui très controversée, de la branche « énergie » d'Alstom à l'entreprise américaine *General Electric*, sur un fond de complot juridico-financier américain, etc. Il reste que si « l'affaire Alsthom », décidée outre-atlantique, dans des conditions curieuses, pour le moins, justifie un débat, les faits eux-mêmes ne sont guère discutables, à une époque où, en France, la justice ne dispose pas des outils juridiques permettant de traiter l'affaire en France, comme cela a été le cas de l'affaire Airbus, depuis la loi Sapin II de 2016.

Dès lors, d'éventuels effets incidents peuvent faire l'objet d'un traitement judiciaire, par exemple par voie d'arbitrage. La plupart des pactes de corruption, en effet, se fondent sur des contrats conclus avec des intermédiaires ou des « consultants », promettant des rémunérations en échange des « efforts » produits pour obtenir les marchés convoités par le mandant.

Ainsi une autre affaire Alstom, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris, le 28 mai 2019¹. En l'espèce, Altom Transport et une filiale anglaise, Alstom Network UK ont conclu avec la société Alexandre Brothers Limited (ABL), située à Hong-Kong, trois contrats de consultant pour obtenir des contrats de fourniture de matériel ferroviaire en Chine, des TGV et des rames de métro, entre 2004 et 2009, opération réussie, Alstom ayant obtenu ces marchés, et ayant payé les premiers termes des deux premiers contrats à ABL. Les contrats contenaient une convention d'arbitrage, l'application de la loi suisse et le siège de l'arbitrage à Genève, et ABL avait, en 2013 déclenché un arbitrage, sous l'égide la CCI, pour obtenir les sommes dues, soit près de trois millions d'euros et des dommages et intérêts. Une sentence rendue le 29 janvier 2016 condamnait Alstom à payer le solde des deux premiers contrats, soit un millions et demi d'euro environ, parce qu'une enquête avait été ouverte au Royaume-Uni par le *Serious Fraud Office* l'équivalent du PNF français. Les sociétés

¹ Paris , 28 mai 2019, n°16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Lt d c /A BL*, Rev. arb. 2019, p. 850, note E. Gaillard, Gaz. Pal. Gaz. Pal. 2 juill. 2019, p. 22, note D. Bensaude.

Alstom condamnées engageaient alors un recours en annulation contre la sentence devant le tribunal fédéral suisse, recours rejeté par un jugement du 3 novembre 2016. Dans le même temps, ABL avait obtenu l'exequatur en France de la sentence, par une ordonnance du TGI de Paris du 30 mars 2016, contre lequel Alstom interjetait appel, invoquant la violation du principe de contradiction et, surtout, la violation de l'ordre public international, dans la mesure où les condamnation aboutissaient à violer les règles d'éthique et de conformité contre les pratiques de corruption, en donnant corps à un pacte de corruption, quand bien même les faits de corruption n'étaient pas précisément démontrés. Alstom considérait en effet que l'introduction dans ses contrats de règles tirées de son programme de conformité, « compliance », de prévention de la corruption, ne correspondait pas à une logique de protection de ses intérêts privés, mais à la promotion d'un intérêt public de prévention de la corruption dans le commerce international, alors qu'elle ignorait que ABL réalisaient de telles pratiques, tandis que, à l'issue d'un arrêt du 10 avril 2018² par lequel la Cour d'appel de Paris avait imposé la production de pièces par Alstom, il existait, de son point de vue des « indices graves, précis et concordants » rendant vraisemblable le fait que BL se soit livré à des pratiques de corruption d'agents publics chinois, à son insu.

Pour la Cour d'appel de Paris, l'annulation de la sentence sur le fondement de la violation de l'ordre public international n'est pas justifiée par le seul fait que des stipulations contractuelles de prévention de la corruption fussent insérées dans les contrats : c'est, ici, régler la question de l'intérêt privé, qui, effectivement est inutile en soi.

Elle rappelle en effet que « Le juge de l'exequatur n'est pas juge du contrat mais de l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique national. Son contrôle n'a donc 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* et, en l'espèce, que la sentence ne prononce pas une condamnation à payer des sommes destinées au financement ou à la rémunération d'une activité de corruption ou de trafic d'influence ».

² Paris, 10 avril 2018, *Société Alstom Transport SA et autres c/ BL.*, Rev. arb., 2018.574, note E. Gaillard; RTD com., 2019.42, note E. Loquin; D., 2018.1934, obs. L. d'Avout; D., 2018.2448, obs. Th. Clay; K. Mehtiyeva, Chronique de coopération judiciaire, JDI, 2019.581.

En revanche, la question de l'intérêt public, mieux de l'ordre public international, qui prohibe les faits de corruption d'agents publics, méritait attention, sur le point de savoir, non point si une condamnation pénale eût été méritée, mais si l'intégration de la sentence dans l'ordre juridique français aboutissait à valider un pacte de corruption, en permettant d'ouvrir des droits au paiement de sommes illicites, peu important alors la bonne ou la mauvaise foi des parties, notamment celle d'Alstom. Or la sentence arbitrale avait considéré que, du point de vue du droit suisse, les contrats n'étaient pas illicites, dans la mesure où les contrats n'avaient pour objet de procéder à des actes de corruption. Si, pourtant, la sentence observe que ABL avait été choisie en raison de sa proximité avec des décideurs chinois,, mais que le droit suisse ne considère pas que ce type de contrats doivent être interdits en soi, sauf à prouver que des faits de corruption ont eu lieu. Or, quand bien même le niveau de preuve puisse être abaissé en raison de la difficulté probatoire liée à ce type de faits, ABL s'était soumise à des audits et n'avait pas cherché à dissimuler ses activités, tandis qu'Alstom s'en tenait à de simples présomptions fondées sur des indices (la détention de documents confidentiels par ABL, le fait que Alstom ait été choisi sans être le mieux-disant, le fait que AMB ait acquis des biens coûteux qui ne se retrouvaient pas dans ses actifs, qu'elle n'avait pas d'activité antérieure, ni même de locaux professionnels, etc.).

Réalisant une analyse minutieuse, une véritable enquête, la Cour en déduit qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments des indices graves, précis et concordants de ce que les sommes versées par Alstom à ABL finançaient rémunéraient des activités de corruption d'agents publics », outre le fait que le ministre des chemins de fer chinois a été condamné à la prison à vie pour corruption et que, de l'aveu même d'Alstom, « elle était coutumière des pratiques de corruption d'agents publics étrangers, notamment par l'intermédiaire de prétenus consultants, *ainsi qu'elle l'a reconnu aux termes d'accords de 2013 et 2014 avec le Ministère américain de la Justice (...)* », l'ensemble aboutissant à rejeter la demande d'exequatur et le remboursement des sommes transférées par voie de saisie-attribution.

On observera en premier que, dans son observation générale, la Cour d'appel de Paris reprend la formule selon laquelle la violation de l'ordre public international s'effectue sur la base d'une « violation manifeste, effective et concrète », écartant donc l'adjectif « flagrant » qui laissait entendre que seules les violations qui « crèvent les yeux » méritaient contrôle (cf. infra, n° 21). Par ailleurs, la cour d'appel observe que ces violations méritent sanction lorsqu'elles heurtent nos « convictions fondamentales », ici la prohibition de la corruption, en tant que l'effet

d'une sentence aboutirait à ce résultat. Ce qui importe donc, c'est qu'une sentence donnant corps à un pacte corruptif puisse prétendre intégrer l'ordre juridique français, c'est-à-dire qu'une partie puisse en retirer un profit³. Par ailleurs, la cour d'appel n'hésite pas à forcer son office, en utilisant des éléments de preuve tirés de ceux présentés par les parties au soutien de leurs demandes devant le tribunal arbitral ou apparue postérieurement, voire extérieures au débat arbitral, comme ici, la reconnaissance par Alstom de sa « pratique coutumière » passée du recours à des pactes corruptifs. Cet aspect est intéressant, et divise d'ailleurs, dans la mesure où ces éléments pourraient être considérés comme aboutissant à une forme de révision au fond de la sentence ; dans le même temps, le contrôle de la violation de l'ordre public, qu'il s'agisse du juge de la validité de la sentence ou celui de son exécution, aboutit, par nature, à une révision au fond, puisqu'il s'agit de saisir des éléments qui, par hypothèses, n'ont pas été pris en compte par les arbitres. L'arrêt s'inscrit ainsi dans le mouvement de renforcement du contrôle de l'ordre public international, au stade de la validité ou de l'exécution, mouvement heureux, sauf à priver d'effet réel tout contrôle, sinon celui des fraudes qui « crèvent les yeux ».

Le seuil de contrôle élevé qui en résulte l'est d'autant plus que la Cour écarte la question de l'éventuelle (ou actuelle) mauvaise foi du demandeur au rejet de l'exequatur (ou du demandeur à l'annulation d'une sentence). C'est une question usuelle, par exemple, devant le juge civil auquel l'annulation d'un contrat pour contrariété à l'ordre public concurrentiel est demandée par la partie qui en est à l'origine. La question plus générale est donc la portée de l'adage, souvent galvaudé et élargi selon lequel « nul ne peut alléguer de sa propre turpitude ». Ici, le pacte de corruption est d'intérêt commun en quelque sorte, et même doublement. Le mandant à intérêt à obtenir le marché, le mandataire de même pour obtenir la rémunération promise, et la partie corrompue est très souvent à l'origine de la demande de pots-de-vin, face au mandataire qui, par son truchement, est en mesure d'obtenir l'influence promise. Le pacte de corruption est alors comme une sorte d'enchères illicite, dont fait les frais,

³ Paris, 21 février 2017, *République du Kirghizistan c/ Monsieur Valeriy Belokon*, JDI, 2017.1361, note E. Gaillard; *Rev. arb.*, 2017.915, note M. Audit et S. Bollée; *Bull. ASA*, 2017.552, note L.-C. Delanoy; *RDC*, 2017.304, note X. Boucoba et Y.-M. Sérinet; *D.*, 2017.2559, obs. Th. Clay; *RTD com.*, 2019. 42, note E. Loquin, Cass. civ. 1re, 13 septembre 2017, *Société Ancienne maison Marcel c/ société Indagro*, JDI, 2019.1361, note E. Gaillard; Procédures, nov. 2017, comm. 268, obs. L. Weiller; *JCP E.*, 2018, 1188, obs. Ch. Seraglini; *JCP E.*, 2018, 1282, obs. C. Nourissat; *ASA Bull.*, 2018.31,obs. A.-M. Lacoste.

au final, à la fois les parties écartées et le mandant, qui obtient, certes, le marché, mais doit payer les rémunérations de corruption. Les choix sont alors complexes : faut-il tenir compte du pacte de corruption pour faire obstacle au paiement des rémunérations, favorisant le mandant (et le corrompu), ou, inversement, ignorer la question de la validité du contrat d'intermédiaire, et laisser les autorités de l'Etat d'accueil s'occuper de la question, y compris en annulant le marché, favorisant alors l'intermédiaire. A bien des égards, ce raisonnement consequentialiste est balayé par la Cour au profit d'une analyse purement objective, sinon idéaliste : c'est bien le pacte corruptif qui est sanctionné au nom de la promotion de l'ordre public international, avec les conséquences nécessaires qui en découlent : le contrat d'intermédiaire ne peut recevoir une application, en France, sous couvert d'*exequatur* d'une sentence lui conférant un titre⁴. Dont acte donc, même ces « convictions fondamentales » forgeant les nouvelles frontières de l'ordre public international sont finalement récentes et justifient un zèle de néo-converti. Oppetit, par exemple, proposait une grille d'analyse, en 1987⁵ bien plus tolérante à l'égard de pratiques « ordinaires », sinon coutumières, contre la nouvelle « morale » qui prévaut désormais. A supposer d'ailleurs que ce soit bien de « morale » dont il s'agit, et non d'un changement de paradigme, en ce sens que désormais, c'est, bien plus que des pots-de-vin, l'avance technologique et la maîtrise de l'information qui permettent aux plus grandes entreprises d'obtenir les marchés les plus importants, au point, parfois, de recourir à des méthodes plus discrètes, y compris par le biais d'« agences » de collection de renseignements.

Enfin, la méthode utilisée, celles « indices, graves, et concordants » permet ici, une évaluation poussée, et redoutable, des documents présentés, étant entendu que, par hypothèse, la preuve irréfutable de la corruption est pratiquement impossible, et le sera de plus en plus. Les indices ne reposent pas sur la nature du contrat, sauf à condamner tout usage des contrats de consultant, de mandat, d'agent commercial, etc., mais sur leur exécution, s'agissant, en l'espèce, de la disproportion entre les services rendus et les rémunérations accordées, la faiblesse des moyens, humains et matériels, utilisés, l'existence d'acquisitions d'œuvres d'art ou de meubles coûteux mystérieusement absents des inventaires, de l'obtention

⁴ Cf. E. Gaillard, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », Rev. arb., 2017.805.

⁵ B. Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », JDI 1987, p. 5.

de documents confidentiels faisant état de l'évolution des dossiers d'appels d'offres (on parlerait, en droit de la concurrence, d'échanges d'informations et, en droit financier, de « délit d'initié »), et enfin, ce qui est plus nouveau, le fait que l'une des parties aient été coutumière de ces pratiques, ce qui aurait pu conduire, au même titre que celui de la surveillance des opérations de blanchiment, à quelque prudence de la part des arbitres.

D. Mainguy

**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N°1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [tœtatê̄s]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

