

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire  
Ministère de l'enseignement supérieur  
et de la recherche scientifique  
Université Ibn Khaldoune –Tiaret  
Faculté de droit et des sciences politiques

**THESE**

Pour l'obtention du diplôme de doctorat en science

En droit privé

Spécialité : Criminologie et Science Pénitentiaires

**La lutte contre la corruption dans  
les contrats d'investissement**

Présenté et soutenu par :

DOULATE Serouri Benaouda

Sous la direction de :

Pr Abdelsadok Kheira

Devant le jury composé de :

Ouis Fethi	Professeur	Univ de Tiaret	Président
Abdelsadok kheira	Maître de conférences A	Univ de Tiaret	Rapporteur
Hassani Ali	Professeur	Univ de Tiaret	Examineur
Hamida feth eddine Mohamed	Maître de conférences A	Univ de Mostagenem	Examineur
Meflah Abdel Krim	Maître de conférences A	Univer de Relizane	Examineur
Boucharia Nassima	Maître de conférences A	Univer de Relizane	Examineur

Année :2022-2023

## **REMERCIEMENTS**

Je tiens tout particulièrement à remercier les personnes qui, par leur soutien, leur aide et leur gentillesse, m'ont permis de rédiger cette thèse. Madame ABDELSADOK KHEIRA qui a accepté de diriger cette thèse et a apporté un éclairage essentiel à mes recherches.

Je souhaite exprimer ma gratitude envers mon entourage qui, durant ces années, m'a encouragé et soutenu, ainsi que ma famille, mon frère Ali, mon épouse OUADAH LALIA et tous mes amis. Une pensée pour ma chère mère et mon cher père.

**À Mouna, Rayen, Rihem et Amir**

## **□ SOMMAIRE**

### **INTRODUCTION GÉNÉRALE**

#### **CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LA NATURE ET LES FONCTIONS DU RÉGIME CONTRACTUEL DES INVESTISSEMENTS**

##### **SECTION 1 : L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL**

##### **SECTION 2 : LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT UN INSTRUMENT JURIDIQUE HORS DU COMMUN**

#### **PREMIÈRE PARTIE : LA REMISE EN QUESTION DES MÉTHODES TRADITIONNELLES POUR UNE LUTTE EFFICACE CONTRE LA CORRUPTION**

##### **TITRE I : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT AU MOYEN DU DROIT PÉNAL ET DES MESURES PRÉVENTIVES**

##### **CHAPITRE 1 : L'APPROCHE CONTEMPORAINE DU DROIT PÉNAL TRANSNATIONAL EN MATIÈRE DE CORRUPTION**

##### **CHAPITRE 2 : LES MESURES PRÉVENTIVES**

##### **TITRE II : LE RECOURS AU DROIT CIVIL ET AU DROIT ADMINISTRATIF**

##### **CHAPITRE 1 : LES CONSÉQUENCES DE LA CORRUPTION SUR LES CONTRATS EN GÉNÉRAL**

##### **CHAPITRE 2 : LES DROITS DE LA VICTIME DES ACTES DE CORRUPTION**

#### **DEUXIÈME PARTIE : L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, UN ÉLÉMENT NOUVEAU DANS LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

##### **TITRE I : LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT AU SERVICE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

##### **CHAPITRE I : LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX : NORMES ET ARBITRAGE**

##### **CHAPITRE II : L'INTERACTION ENTRE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

##### **TITRE II : L'ARBITRAGE AU SERVICE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION L'ÉCHELLE INTERNATIONALE**

##### **CHAPITRE 1 : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET L'ÉMERGENCE D'UN ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL**

##### **CHAPITRE 2 : LA CONFORMITÉ DES SENTENCES ARBITRALES AVEC L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

### **CONCLUSION**

## ❑ PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<b>DOJ</b>	US Department of Justice
<i>Ibid</i>	Locution latine (ci-dessus)
<b>IACAC</b>	Convention interaméricaine contre la corruption
<b>CIRDI</b>	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques
<b>JORADP</b>	Journal officiel de la République Algérienne Démocrate et populaire
<b>SEC</b>	United States Securities and Exchange
<b>UK</b>	Le Royaume-Uni
<b>ONU</b>	Organisation des Nations unies
<b>CNUCC</b>	Convention des Nations Unies contre la corruption
<b>CNUCED</b>	Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée
<b>CNUDCI</b>	Commission des droits internationaux des Nations Unies
<b>US</b>	Les États-Unis
<b>Vol.</b>	Volume
<b>CCI</b>	Chambre de commerce internationale
<b>Para.</b>	Paragraphe
<b>TI</b>	Transparency International
<b>ABI</b>	Accord Bilatéral d'investissement
<b>FCPA</b>	Foreign Corrupt Practices Act
<b>ONG</b>	Organisation non gouvernementale
<b>UA</b>	Union africaine
<b>LPLCC</b>	La Loi relative a la prévention et la lutte contre la corruption
<b>CPJI</b>	La Cour Permanente De Justice Internationale
<b>CDI</b>	La Commission du droit International



## ❑ INTRODUCTION GÉNÉRALE

La corruption est une question complexe qui a des effets considérables sur la société. Aucune définition complète ne peut être donnée., car elle se manifeste sous diverses formes. Le mot « corruption » est dérivé du terme « *corrumpere* », veut dire « *briser* ». Il fait référence au fait de rechercher intentionnellement un avantage personnel ou de profiter de quelqu'un d'autre, au détriment du devoir officiel et des droits d'autrui. L'élément clé de la corruption est l'incitation offerte par une partie à une autre afin d'obtenir une faveur. Il est important de noter que la corruption implique l'abus d'un devoir envers le public ou un tiers.<sup>1</sup>

La corruption constitue une menace importante pour le commerce international, puisqu'elle entrave la concurrence loyale et exclut du marché la performance et la qualité. D'après une enquête de la Banque mondiale, les pots-de-vin versés chaque année sont estimés à 1 000 milliards de dollars, ce qui souligne l'ampleur du problème.<sup>2</sup> La corruption augmente de 10 % le coût global des affaires et de 25 % le coût des marchés publics dans les pays en développement. Cela représente une perte considérable de quelque 120 milliards d'euros, soit 1 % dans le PIB de l'UE, en raison de la corruption chaque année.<sup>3</sup>

Le Fonds monétaire international estime que les entreprises et les particuliers versent chaque année 1 500 milliards de dollars de pots-de-vin, ce qui représente environ 2 % du PIB mondial. Des enquêtes menées par la Banque mondiale révèlent qu'environ 20 % des entreprises de 139 pays ont déclaré avoir fait l'objet d'au moins une demande de pots-de-vin. Bien que la corruption puisse se produire dans n'importe quelle industrie, des secteurs tels que l'énergie, l'exploitation minière, la construction, la défense militaire, le pétrole, les télécommunications, la médecine et la pharmacie, les transports et le développement immobilier sont

---

<sup>1</sup> D. Bentley, « Corruption and misuse of public office,» International Affairs, Oxford University Press (OUP), May 1, 2018, vol. 94, no. 3, pp. 665-666.

<sup>2</sup> D. Kaufmann, Myths and Realities of Governance and Corruption, January 1, 2006, Disponible sur SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.829244>

<sup>3</sup> « La lutte contre la corruption dans l'Union européenne », COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN, COMMISSION EUROPÉENNE, Bruxelles, le 6.6.2011, COM(2011) 308 final, disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0308>

particulièrement vulnérables. La corruption peut se produire à tous les stades d'une transaction, depuis l'identification et le financement jusqu'à la planification, la conception, l'appel d'offres, l'exécution, l'exploitation et la maintenance. Elle est largement reconnue comme le plus grand obstacle au développement économique et social, portant préjudice à des sociétés sur les plans économique, social, politique et environnemental. Bien que la corruption soit perçue comme un avantage concurrentiel, des études empiriques démontrent l'impact négatif de la corruption dans le domaine commercial. Elle entraîne des inefficacités opérationnelles, exigeant plus d'employés pour accomplir la même quantité de travail et réduisant la productivité globale. Les entreprises opérant dans des régions corrompues présentent également des pratiques de gestion inefficaces, des marchés de produits plus petits, des perspectives d'exportation plus faibles et des niveaux d'innovation et d'investissement dans la recherche et le développement réduits. Les universitaires s'accordent sur les répercussions négatives de la corruption sur la croissance économique.<sup>1</sup>

Au cours des dernières décennies, la communauté internationale a déployé des efforts considérables pour s'attaquer au problème omniprésent de la corruption. Depuis le milieu des années 1990, ce problème a reçu la plus grande importance, ce qui a conduit à faire de la lutte contre la corruption un domaine distinct du droit. De nombreux règlements et lignes directrices ont émergé de ce mouvement, créant un cadre complexe en matière de lutte contre la corruption. Au cœur de ce système se trouvent des conventions internationales qui ont été ratifiées par de nombreuses nations industrielles influentes. Ces conventions sont renforcées par des lois nationales anti-corruption, telles que la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA)<sup>2</sup> et la loi britannique sur la corruption (UKBA).<sup>3</sup> De plus, des initiatives non gouvernementales émanant d'organisations telles que des ONG, des groupes professionnels et des sociétés multinationales ont contribué à ce paysage juridique en mettant en œuvre leurs

---

<sup>1</sup> R. BISMUTH, J. DUNIN-WASOWICZ et P. NICHOLS (éds.), *The transnationalization of anti-corruption law*, Transnational law and governance, Abingdon, Oxon ; New York, NY, Routledge, 2021, p. 337.

<sup>2</sup> M.A. LOSCO, « Streamlining the Corruption Defense: A Proposed Framework for Fcpa-Icsid Interaction », *Duke Law Journal*, 2014, vol. 63, n° 5, pp. 1201-1242, disponible sur <https://www.jstor.org/stable/23792718> (Consulté le 24 avril 2023).

<sup>3</sup> J. Hatchard, « Combating the Bribery of Foreign Public Officials: The Impact of the UK Bribery Act 2010, » *The Law and Development Review*, Walter de Gruyter GmbH, January 21, 2011, vol. 4, no. 3.

propres règles et codes de conduite. Le combat mené contre la corruption est un excellent outil de développement juridique transnational, où les réglementations internationales, nationales et non gouvernementales s'entrecroisent constamment pour renforcer la protection contre la corruption. Par conséquent, les conventions et législations mentionnées dans cette étude jouent un rôle crucial en matière de lutte contre la corruption au niveau international.<sup>1</sup>

Le combat mondial contre la corruption s'est accéléré avec l'émergence d'un régime transfrontalier de lutte contre la corruption. Ce régime vise à coordonner les efforts nationaux de répression et à encourager le développement d'une législation pénale nationale. Les organisations internationales ont contribué de manière décisive à faciliter cette croissance en mettant en œuvre des mesures de lutte contre la corruption. Ces organisations exigent des pays signataires qu'ils se dotent de lois pénales contre la corruption et qu'ils mettent en œuvre des mécanismes de lutte contre la corruption. Plusieurs accords clés, notamment la convention de l'OCDE, la convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et la CNUCC, ont contribué à l'élaboration de lois anti-corruption transnationales. Grâce à ces efforts collectifs, la plupart des pays disposent aujourd'hui de lois substantielles interdisant diverses activités de corruption.

De nombreux éléments suggèrent que des multinationales et d'autres entreprises sont impliquées dans des paiements de pots-de-vin à l'étranger. Ces facteurs justifient un renforcement de la lutte contre la corruption, qui devrait être le résultat d'initiatives et d'actions menées par les secteurs privé et public. Ce document porte sur la grande corruption, en particulier le paiement de pots-de-vin par des multinationales à des fonctionnaires de haut rang ou à des ministres. Il semble que l'accent mis sur la grande corruption conduira à des changements qui auront un impact considérable sur la petite corruption et le développement, en particulier dans les pays d'Afrique subsaharienne. Si l'on s'attaque à la corruption au sommet de l'État, les effets se répercuteront probablement aux niveaux inférieurs.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> A. POSADAS, « Combating Corruption Under International Law », *INTERNATIONAL LAW*, s.d.

<sup>2</sup> A. KULICK, *Global public interest in international investment law*, Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2012, p. 109.



Dans une économie mondialisée, les problèmes de corruption sont transnationaux.<sup>1</sup> Les réseaux de corruption sont souvent créés et entretenus avec le financement des investisseurs, des gouvernements et des entreprises étrangères. Bien que les multinationales soient des vecteurs de développement, elles sont aussi des pépinières de corruption.<sup>2</sup> Elles sont les principaux acteurs de l'offre de corruption, en versant des pots-de-vin. Elles sont impliquées dans les paiements de facilitation aux agents public afin de graisser les rouages pour l'obtention rapide de contrats ; bien que beaucoup de choses aient été écrites sur la question de savoir si elles « graissent » ou « sablent » les rouages. Ils versent également des commissions à des tiers/agents dans le cadre de l'obtention de contrats.

Malgré les efforts déployés par les gouvernements, les institutions internationales et les organisations commerciales pour combattre la corruption au moyen des conventions internationales, des codes de conduite et des programmes, la campagne mondiale de lutte contre la corruption peine à avoir un impact significatif dans de nombreux pays. Les niveaux de la corruption perçus restent alarmants, ce qui témoigne d'un manque de volonté politique réelle et d'un mépris pour le discours des hommes politiques, des responsables gouvernementaux et des chefs d'entreprise. L'un des défis auxquels la campagne est confrontée est l'absence d'une définition universellement reconnue de la corruption. Notamment, le trafic d'influence est loin de faire l'objet d'une condamnation universelle, ce qui pose un problème aux tribunaux arbitraux chargés de statuer sur les affaires de corruption.

Le droit pénal est traditionnellement utilisé comme principal outil de lutte contre la corruption. De nombreuses réglementations internationales exigent des États membres qu'ils punissent la corruption et les délits connexes. Au cours des dernières décennies, la préoccupation s'est déplacée du pays où la corruption a eu lieu vers le pays d'origine de l'auteur du pot-de-vin. Cette extension du champ d'application territorial vise à créer des conditions de concurrence équitable dans l'environnement commercial international. Toutefois, il est désormais clair que le droit pénal ne suffit pas pour lutter efficacement contre la corruption.

---

<sup>1</sup> T. TRINCHERA, « Confiscation and Asset Recovery: Better Tools to Fight Bribery and Corruption Crime », *Criminal Law Forum*, mars 2020, vol. 31, n° 1, pp. 49-79.

<sup>2</sup> A. D'SOUZA et D. KAUFMANN, « Who bribes in public contracting and why: worldwide evidence from firms », *Economics of Governance*, November 2013, vol. 14, n° 4, pp. 333-367.

D'autres branches du droit, telles que le droit fiscal, le droit du travail, les règles relatives aux marchés publics, la gouvernance d'entreprise et l'arbitrage, doivent également contribuer à cet effort. La question de la lutte contre la corruption est devenue un sujet important dans les différents domaines du droit, dans la mesure où ils jouent tous un rôle dans la réalisation de cet objectif commun.

Les contrats sont un aspect du droit qui a été négligé dans le cadre de la lutte contre la corruption. Les contrats jouent un rôle important dans diverses manifestations de la corruption, mais l'analyse juridique dans ce domaine n'a reçu que peu d'attention. Cela est surprenant compte tenu de la valeur économique des contrats commerciaux internationaux. De nombreux pays soulignent l'absence de jurisprudence sur les aspects civils des actes de corruption.

La problématique de la corruption et de son impact sur les contrats est principalement déterminée par le droit national des contrats de chaque pays. Il y a eu peu de tentatives pour normaliser ce domaine du droit au niveau international, la Convention civile du CoE et la CNUCC <sup>1</sup> constituant le seul ensemble de règles qui aborde spécifiquement les aspects contractuels de la corruption. Toutefois, ces règles fournissent un cadre général et laissent aux États membres une importante marge de manœuvre en matière de conformité, ce qui laisse de nombreuses questions importantes sans réponse.

Lorsque l'on analyse des contrats entachés de corruption, l'approche habituelle consiste à les considérer en vertu du droit général des contrats. Cela implique l'examen de concepts tels que l'illégalité, l'immoralité, la restitution. Cependant, il est important de noter que ces règles peuvent varier de manière significative d'un pays à l'autre, et que le domaine du droit en matière de corruption est souvent considéré comme complexe et imbriqué dans des considérations d'ordre public. Compte tenu de ces défis, il devient nécessaire de trouver des moyens pour surmonter les difficultés liées à la corruption.

Le rapport de Bonell et Meyer étudie les diverses méthodes utilisées par les tribunaux en ce qui concerne l'impact de la corruption sur les contrats commerciaux. Il met en évidence

---

<sup>1</sup> A. ARGANDOÑA, « The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies », *Journal of Business Ethics*, août 2007, vol. 74, n° 4, pp. 481-496.

deux approches principales sur l'utilisation de la réglementation de droit civil dans les affaires de corruption. La première perspective se concentre sur le point de vue de la victime, arguant que la réglementation de droit civil offre une meilleure protection aux victimes car le droit pénal ne prévoit pas d'indemnisation pour les pertes subies. La seconde perspective met l'accent sur la prévention de la corruption, suggérant que le droit civil peut cibler efficacement les actifs financiers de l'auteur de l'infraction, en les frappant potentiellement aussi durement qu'une sanction pénale. Dans l'ensemble, le rapport explore les avantages potentiels de l'utilisation de la réglementation de droit civil dans les cas de corruption.<sup>1</sup>

Les articles 34 et 35 de la convention CNUCC se concentrent sur les conséquences juridiques de la corruption, contrairement au chapitre III, principalement axé sur le droit pénal. L'article 35 traite spécifiquement de l'indemnisation des dommages, tandis que l'article 34 aborde la question de la validité des contrats et du retrait des concessions. En outre, l'article 34 mentionne la possibilité d'autres mesures correctives.

La CNUCC est considérée comme l'étalon-or des mesures anti-corruption. L'une de ses dispositions stipule que chaque État partie adopte les mesures nécessaires, conformément à son droit interne, pour que les entités ou les particuliers qui ont subi un préjudice à la suite d'un acte de corruption soient en mesure d'intenter une action en justice et d'obtenir réparation. Toutefois, cette disposition est relativement vague, car elle est soumise à la condition de respecter le droit national. Elle combine à la fois des exigences procédurales et matérielles. Il est important de noter que les rédacteurs de la CNUCC étaient des diplomates et non des juristes, ce qui peut expliquer l'approche adoptée. En outre, la disposition n'aborde pas des questions importantes telles que les intérêts juridiques éligibles à l'indemnisation, la définition du lien de causalité et le critère de culpabilité à appliquer. Alors que les conventions régionales plus anciennes peuvent avoir des normes plus claires, la CNUCC a un champ d'obligation plus large.

Ce travail présente la thèse selon laquelle l'élargissement du cadre conceptuel dans lequel s'inscrit la lutte contre la corruption pour mettre en évidence les transactions relevant du

---

<sup>1</sup> (*Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law 11*) Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer (eds.) - *The Impact of Corruption on International Commercial Co*, 2015.

droit privé qui accompagnent les échanges corrompus est la prochaine étape nécessaire dans la lutte contre la grande corruption. Il est possible que l'avenir de la lutte contre la corruption réside dans l'extension de ses limites au-delà du discours traditionnel du droit pénal sur l'auteur et la sanction, puisque la corruption a lieu dans le cadre de transactions. Cette évolution mettrait en évidence l'importance des contrats et de la responsabilité civile liée aux dommages causés par la corruption. En outre, elle mettrait en évidence le rôle des parties concernées dans le processus de sanction des actes de corruption.

Dans le domaine juridique, les cours, les tribunaux et les universitaires s'accordent généralement à dire que la corruption est universellement condamnée. Ce consensus est valable quelles que soient les circonstances spécifiques dans les différentes juridictions. La corruption est généralement reconnue comme étant de nature à contrecarrer l'ordre public, non seulement dans les différents pays, mais aussi à l'échelle mondiale. Cette reconnaissance s'étend également à l'ordre public transnational. La condamnation de la corruption s'appuie sur l'idée qu'elle porte atteinte à l'intégrité des institutions publiques et entrave le bon fonctionnement des sociétés.

La corruption demeure un problème majeur dans le cadre des investissements directs étrangers, en particulier dans les affaires impliquant un règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS). Les tribunaux arbitraux ont souvent été confrontés à des allégations de corruption dans l'investissement en question, ce qui a entraîné généralement le rejet de la demande de l'investisseur.

Dans les arbitrages internationaux d'investissement, les allégations de corruption sont devenues un outil puissant permettant aux États d'accueil de rejeter les demandes des investisseurs. Cela est particulièrement vrai lorsque des investisseurs étrangers ont obtenu des contrats gouvernementaux par des moyens corrompus. Les tribunaux d'arbitrage ont généralement accepté la corruption comme stratégie de défense pour les États d'accueil, même lorsque l'investisseur et l'État d'accueil sont tous deux impliqués dans des actes de corruption. Les États d'accueil s'appuient sur la doctrine des mains sales, qui inclut la corruption, bien qu'il ne soit pas encore certain que cette doctrine soit un principe général du droit international. Les États d'accueil soulèvent cette défense à différents stades de la procédure d'arbitrage, tels que la compétence, la recevabilité ou le fond. Toutefois, quelle que soit la manière dont l'allégation

de corruption est abordée, l'issue est généralement la même : le rejet de la demande de l'investisseur.

Lorsque l'on examine la corruption dans le contexte de l'arbitrage investisseurs-États (AIE), des affaires importantes telles que *World Duty Free c. Kenya* (2006) et *Metal-Tech c. Ouzbékistan* (2013), et Une autre affaire d'investissement récente, *Spentex c. Ouzbékistan* (2016), qui a suivi également une approche similaire à *World Duty Free* et *Metal-Tech*, lorsque le tribunal rejette l'intégralité des demandes de l'investisseur après avoir confirmé la présence de corruption. Ces affaires sont souvent discutées dans la littérature académique en raison des approches décisives et pourtant controversées des arbitres ils ont suscité de nombreux débats et analyses au sein de la communauté juridique.

Les allégations de corruption sont devenues un outil puissant permettant aux États d'accueil de rejeter les demandes des investisseurs. Cela est particulièrement vrai lorsque des investisseurs étrangers ont obtenu des contrats gouvernementaux par des moyens corrompus. Les tribunaux d'arbitrage ont généralement accepté la corruption comme stratégie de défense pour les États d'accueil, même lorsque l'investisseur et l'État d'accueil sont tous deux impliqués dans des actes de corruption. Les États d'accueil s'appuient sur la doctrine des mains sales, qui inclut la corruption, bien qu'il ne soit pas encore certain que cette doctrine soit un principe général du droit international. Les États d'accueil soulèvent cette défense à différents stades de la procédure d'arbitrage, tels que la compétence, la recevabilité ou le fond. Toutefois, quelle que soit la manière dont l'allégation de corruption est abordée, l'issue est généralement la même : le rejet de la demande de l'investisseur.

Dans le cadre des différends entre investisseurs et États, la corruption peut être avancée comme moyen de défense par l'État d'accueil ou comme fondement de la demande de l'investisseur. Alors que les États d'accueil utilisent souvent la corruption comme mécanisme de défense, il n'y a eu que cinq cas signalés où des investisseurs ont utilisé la corruption comme épée, soit comme une infraction autonome, soit comme un élément constitutif d'une infraction. Les investisseurs invoquent généralement des tentatives de corruption de la part d'agents publics du pays d'accueil., en violation des garanties des accords d'investissement telles que le

traitement juste et équitable (TFE) et la protection et la sécurité intégrales (PSI).<sup>1</sup> Par exemple, dans l'affaire EDF (Services) Limited c. Roumanie, l'investisseur a affirmé que le Premier ministre roumain de l'époque avait sollicité un pot-de-vin et que, lorsque l'investisseur a refusé de payer, la Roumanie a pris des mesures de représailles qui ont entraîné la perte totale des activités de l'investisseur. Bien que la demande de l'investisseur ait finalement échoué pour d'autres raisons, le tribunal a affirmé que les actes de corruption dans le contexte d'une demande d'un investisseur violent l'ordre public international et portent atteinte à la transparence et à la confiance légitime.<sup>2</sup>

La question de la faute de l'investisseur peut se poser en termes de compétence, de recevabilité et de fond. Dans une affaire célèbre impliquant la corruption, le tribunal World Duty Free a déterminé que le demandeur n'était pas légalement autorisé à poursuivre l'une de ses demandes dans la procédure sur la base de l'ordre public international. Toutefois, il n'a pas précisé si cette décision était fondée sur le fond ou sur la compétence. Les commentateurs ont donné deux interprétations de cette décision. La première suggère que le demandeur n'avait pas de cause légale d'action ou de demande, ce qui relèverait du fond. L'autre interprétation suggère que les demandes ont été jugées irrecevables en raison d'un défaut de compétence.

L'ordre public transnational est devenu une préoccupation importante pour les tribunaux de type investisseur-État lorsqu'ils examinent des affaires de corruption. Ce principe est souvent invoqué par les États hôtes pour étayer leurs allégations de corruption et demander le rejet des demandes de l'investisseur. Deux affaires importantes, World Duty Free et Spentex, se sont appuyées sur l'ordre public international pour soutenir les allégations de corruption des États défendeurs. L'affaire Spentex, bien que les informations disponibles soient limitées, indique que le tribunal considère les investissements obtenus par la corruption comme contraires à

---

<sup>1</sup> Voir : Rumeli V. Kazakhstan, affaire CIRDI n° ARB/05/16 (sentence datée du 29 juillet 2008) ; RSM V. Grenade, affaire CIRDI n° ARB/05/14 (décision datée du 7 décembre 2009) ; Methanex Corp. V. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (Award dated 3 August 2005) ; F-W Oil Interests V. Trinidad and Tobago ICSID Case No. ARB/01/14 (Award dated 3 March 2006) ; EDF (Services) Limited V. Romania ICSID Case No. ARB/05/13 (Award dated 8 October 2009).

<sup>2</sup> L'affaire EDF (Services) Limited c. Roumanie, sera traité dans la présente thèse.

l'ordre public international. En revanche, le tribunal World Duty Free a expliqué en détail pourquoi les demandes fondées sur des contrats corrompus ne peuvent être retenues.

La doctrine des « mains propres », également connue sous le nom de doctrine des « mains sales », est souvent citée dans les affaires impliquant des allégations de corruption de la part de l'État défendeur. Cette doctrine est invoquée par une partie pour faire valoir que les demandes du plaignant devraient être rejetées parce qu'elle s'est elle-même livrée à des actes illicites ou à une conduite inappropriée en rapport avec le litige. En affirmant que le plaignant a les « mains sales ».

La doctrine des « mains propres » a été utilisée dans plusieurs affaires d'arbitrage, souvent en liaison avec d'autres références juridiques. À titre d'exemple, dans l'affaire Metal-Tech c. Ouzbékistan (2013), le gouvernement ouzbek a invoqué à la fois la doctrine des « mains propres » et la clause de légalité pour justifier le rejet des demandes de l'investisseur. Des arguments similaires ont été soulevés dans des affaires d'arbitrage récentes, telles que Tethyan Copper c. République islamique (2017) et Glencore International c. Colombie (1) (2019). Dans ces affaires, les défendeurs ont soutenu que les actes de corruption présumés des demandeurs entachaient leurs demandes et les rendaient irrecevables, en invoquant la doctrine des « mains propres » comme un principe général.

Les concepts de charge de la preuve et de standard de preuve sont essentiels pour déterminer la responsabilité de prouver les allégations de corruption. La charge de la preuve détermine la partie qui doit prouver l'allégation, alors que le niveau de preuve fixe le degré de preuve requis pour justifier l'allégation. Il est généralement reconnu que chaque partie a la charge de prouver les faits invoqués, selon la maxime *actori incumbit onus probandi*. Ce principe est appliqué de manière cohérente dans les demandes d'investissement international, aucune juridiction n'a inversé la charge de la preuve au profit de l'autre partie. Toutefois, dans certaines circonstances, la charge de la preuve pourrait être renversée au profit de l'autre partie si des preuves *prima facie* sont présentées.

Le principe selon lequel les États ne peuvent agir que par le biais de leurs agents et représentants a été établi par la CPJI dans l'avis consultatif sur les colons allemands en Pologne. Ce principe a ensuite été intégré dans les articles de la Commission du droit international (CDI)

sur la responsabilité des États. La question de savoir si un État peut être tenu responsable des actes de corruption de ses agents, même si ces actes ont été commis à des fins d'enrichissement personnel, a fait l'objet de débats.

La sentence *Spentex* (2016)<sup>1</sup> est une décision importante dans le champ de l'arbitrage d'investissement, car elle fournit des indications sur la manière dont les tribunaux devraient traiter la corruption. Elle souligne la nécessité de pénaliser et de sanctionner à la fois l'investisseur et l'État hôtes sont engagés dans des actes de corruption. Auparavant, les tribunaux n'étaient pas certains des sanctions qui pouvaient être imposées aux États d'accueil, ce qui entraînait un manque de clarté. Cette situation a donné lieu à des critiques selon lesquelles les États d'accueil n'étaient pas tenus pour internationalement responsables des actes de corruption impliquant leurs agents publics. La sentence *Spentex* vise à rectifier cette situation en veillant à ce que les deux parties soient tenues pour responsables de leurs actes.<sup>2</sup>

Les accords bilatéraux d'investissement (ABI) traditionnels ont toujours négligé la question de la corruption entre les investisseurs et les agents publics lors de l'établissement et de l'exploitation des investissements. Par conséquent, ces accords ne contiennent pas de dispositions spécialement conçues pour prévenir et éradiquer la corruption dans le contexte de l'investissement international. Cette omission peut être attribuée à l'objectif initial des ABI, qui était principalement axé sur la protection des intérêts des investisseurs étrangers et la promotion des flux des IDE. Lors de l'élaboration des générations précédentes des AII, les décideurs politiques se sont principalement attachés à garantir la protection des investisseurs étrangers en leur accordant de nombreux droits et en limitant les pouvoirs réglementaires des États d'accueil afin d'éviter toute ingérence indue dans ces droits. Au cours de cette période, des considérations telles que les mesures de lutte contre la corruption et d'autres aspects non liés à l'investissement ont rarement été prises en compte.

---

<sup>1</sup> Kathrin Betz, « Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence », CUP, 2017, p.128.

<sup>2</sup> L'affaire ARB/13/26 du CIRDI, sentence du 27 décembre 2016. Cette décision n'est pas encore publiée, elle sera traitée dans la présente thèse.



Entre 1995 et 2006, le nombre d'accords contenant des clauses d'exception a augmenté et presque tous les accords récemment signés en contiennent encore.<sup>1</sup> Les clauses ont occupé le devant de la scène dans les arbitrages qui ont suivi la crise financière en Argentine. Ces clauses n'avaient jamais fait l'objet d'un arbitrage avant la crise.<sup>2</sup> La convention CIRDI a alors été invoquée dans plus de 40 affaires impliquant ces clauses. Par ailleurs, deux procès qui viennent d'être engagés remettent en cause le pouvoir des États d'adopter des lois protégeant la santé publique.<sup>3</sup>

Dans les accords récents, Le Japon a inclus une disposition imposant aux États de mettre en place des dispositifs de prévention de la corruption. Cette disposition, connue sous le nom de « Mesures contre la corruption », stipule que chaque partie à l'accord doit s'efforcer avec diligence de prévenir et de lutter contre la corruption dans les domaines couverts par l'accord, conformément à ses propres lois et réglementations.

Toutefois, cette disposition ne mentionne pas explicitement les investisseurs ou leurs droits, ce qui crée une ambiguïté quant à la possibilité pour un investisseur de déposer une demande en vertu de cette disposition. Il est possible qu'un État viole cette disposition en ne mettant pas en œuvre des mesures de prévention de la corruption, ce qui pourrait nuire à un investisseur s'il est victime de corruption. Par exemple, si un investisseur se voit demander un pot-de-vin par un agent public corrompu afin d'obtenir un permis, l'investisseur peut demander une compensation à l'État pour les charges financières causées par les actes de l'agent. Ces charges peuvent inclure les coûts associés aux retards causés par l'agent ou les dépenses liées à une action en justice contre l'agent corrompu.

---

<sup>1</sup> CNUCED, Accords bilatéraux d'investissement 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking 81 (2007) [ciaprès « Tendances de la CNUCED »]. L'examen par l'auteur des ABI conclus depuis 2006 confirme la tendance observée par la CNUCED.

<sup>2</sup> P. Ranjan, « 'Necessary' in Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties: The Indian Contribution » SSRN Electronic Journal, Elsevier BV, 2020.

<sup>3</sup> Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay, affaire CIRDI n° ARB/10/7 ; Philip Morris Asia Limited c. Le Commonwealth d'Australie, CNUDCI, affaire CPA n° 2012-12.

En matière de contrats de corruption, les tribunaux ont, dans l'affaire Niko, se référant à la célèbre affaire n° 1110 de 1963 de la CCI, et ont décidé qu'un contrat dont les objectifs sont la corruption ou les pots-de-vin devrait être sans effet :

« La conclusion de cette analyse est que l'interdiction de la corruption prime sur le principe général de l'autonomie des parties dans l'ordre public international. Bien que les tribunaux arbitraux respectent généralement les contrats conclus par les parties, l'autonomie des parties n'est pas absolue. Dans les transactions internationales, la limite de l'autonomie des parties est l'ordre public international. Si un contrat contredit l'ordre public international, les arbitres ne peuvent pas l'appliquer. Cela souligne l'importance du respect des normes éthiques et de la prévention de la corruption dans les transactions commerciales internationales. »

« Les contrats impliquant la corruption d'agents publics ont été jugés invalides par les arbitres internationaux. Ce principe a été établi dans la célèbre affaire 1110 de la CCI de 1963, dans laquelle le juge Gunnar Lagergren a décidé qu'un contrat visant à corrompre des agents de l'État argentin ne pouvait pas être exécuté. Le juge Lagergren a fondé sa décision sur les principes généraux qui interdisent aux arbitres de connaître des litiges de cette nature. Il a également déclaré que les parties impliquées dans de tels contrats ont perdu leur droit de demander l'assistance du système juridique, que ce soit par l'intermédiaire des tribunaux nationaux ou des tribunaux arbitraux, pour résoudre leurs différends. »

Par ailleurs, dans les contrats obtenus par la corruption, la situation est différente. Dans l'affaire World Duty Free, l'investisseur avait fait valoir des droits fondés sur un contrat soumis au droit anglais (et kenyan). Le point central de la décision World Duty Free est le suivant :

« Ce Tribunal est convaincu que la corruption est contraire ... à l'ordre public transnational. Ainsi, les demandes fondées sur ... des contrats obtenus par la corruption ne peuvent être retenues par ce tribunal arbitral. »

Cette constatation est erronée. Les conventions internationales contre la corruption n'exigent pas des États signataires qu'ils adoptent des lois stipulant que les contrats obtenus par des moyens corrompus sont automatiquement nuls et sans effet.<sup>1</sup> Ces conventions offrent en fait une grande souplesse aux États contractants lorsqu'il s'agit d'aborder les conséquences de la corruption dans les contrats sur le plan du droit civil.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 34 de la CNUCC.

<sup>2</sup> Art. 8§1 de la Convention civil contre la corruption.

En termes de délimitation, notre étude se concentre sur une période allant de la célèbre affaire n° 1110 de 1963 de la CCI, afin de contextualiser notre analyse dans une perspective historique. En ce qui concerne l'étendue géographique, Notre étude porte sur l'ensemble de la communauté internationale, afin de tenir compte de la diversité des pratiques et des législations anticorruptions dans le monde.

La problématique met en avant l'interaction entre le droit civil et le droit administrative avec le droit pénal dans le cadre de la lutte contre la corruption et soulève des questions sur les limites et les possibilités offertes par le recours au droit civil et le droit administratif pour traiter les conséquences de la corruption. La place de l'arbitrage international dans la lutte contre la corruption. Enfin les obstacles liés à l'exécution des sentences arbitral en cas d'allégation de corruption. C'est dans ce contexte-là que nous posons les questions suivantes :

***« Comment le droit civil et le droit administrative peuvent-ils contribuer à la lutte contre la corruption en complément du droit pénal et quel est le rôle de l'arbitrage international ? ».***

Les techniques et les méthodes sont interdépendantes puisque les techniques sont considérées comme des moyens mis à la disposition des méthodes afin de répondre aux problèmes posés. De ce fait, pour cerner la réalité de notre tâche, nous avons exclusivement utilisé la technique documentaire qui, avec les méthodes, analytique, comparative et exégétique, nous ont permis d'atteindre les objectifs assignés à cette thèse.

Grâce à la technique documentaire, nous avons cherché dans différentes bibliothèques, les ouvrages utiles, dans les trois langues Françaises, Arabes, et anglaises. Cette recherche a largement utilisé les données électroniques disponibles sur les sites internet des organisations inter-gouvernementales où les États ont signé des textes internationaux pour lutter contre la corruption. Les sites de l'UNOCD et Transparency International ont été particulièrement utiles.

La méthode analytique, de son côté, nous a permis de mieux traiter les différentes données et informations que nous avons pu collecter avant de les compiler dans notre travail de recherche. Cependant, la méthode exégétique nous a été très importante toutes les fois que nous

nous trouvions devant les textes des lois, conventions internationales, et jurisprudences pour en sonder le fond et le contenu.

Enfin, la méthode comparative nous a été utile, pour comparer les conséquences de la corruption dans le droit civil et le droit administratif, dans les différents systèmes juridiques (Common Law, et Droit Continental).

Pour réaliser cette étude, deux axes repris dans deux parties constitueront l'ossature de cette thèse :

**PREMIÈRE PARTIE : LA REMISE EN QUESTION DES MÉTHODES TRADITIONNELLES POUR UNE LUTTE EFFICACE CONTRE LA CORRUPTION**

**DEUXIÈME PARTIE : L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, UN ÉLÉMENT NOUVEAU DANS LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION**

Toutefois, nous ne pensons pas pouvoir aborder utilement ces deux parties, sans présenter préalablement dans un chapitre préliminaire intitulé : « *La nature et les fonctions du régime contractuel des investissements* » quelques observations sommaires sur le régime contractuel dans le cadre de l'investissement. Nous aborderons, en premiers lieu « *l'investissement international* » dans les accords bilatéraux de l'investissement, droit national de l'investissement, et les contrats investisseur-État, en second lieu, nous aborderont « *les contrats d'investissement un instrument juridique hors du commun* », le contrat d'État, les PPP partenariats public-privé (PPP), les marchés publics internationaux.

## ❑ CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LA NATURE ET LES FONCTIONS DU RÉGIME CONTRACTUEL DES INVESTISSEMENTS

Le concept dans lequel s'inscrit l'investissement revêt une grande importance dans le domaine du droit et de l'économie. Au fond, l'investissement désigne l'allocation de ressources par un individu ou une entité dans l'intention de générer un profit ou d'obtenir un rendement. Le terme « investissement » trouve son origine dans le mot latin « *investire* », qui se traduit par « *habiller* ». Ce lien linguistique souligne l'idée qu'un investisseur « habille » essentiellement une entreprise avec du capital par le biais de l'acte d'investissement. D'un point de vue économique, l'investissement s'oppose à la consommation, car il représente une forme d'épargne. Avec l'avènement de la mondialisation, le nombre d'investisseurs étrangers a considérablement augmenté, ce qui a donné naissance à un univers vaste et diversifié d'investisseurs potentiels. Ce bassin en expansion se compose de millions de personnes, d'entreprises et d'organisations, chacune ayant son propre capital substantiel en jeu. Par conséquent, les lois régissant l'investissement international ont un impact profond sur ces entités. Il est essentiel de reconnaître que l'investissement joue un rôle central dans l'économie. Les investissements à grande échelle sont généralement régis par des contrats complexes conclus directement entre les investisseurs étrangers et les gouvernements des pays d'accueil. Parallèlement aux accords internationaux d'investissement et aux lois nationales spéciales en matière d'investissement, ces « *contrats investisseur-État* » ou « *contrats d'investissement* » contribuent également de manière importante à la protection des investissements étrangers.

Dans ce chapitre, nous examinerons en détail les deux aspects clés du régime contractuel des investissements, en commençant par la notion de l'investissement international (section 1), et la nature juridique spécial des contrats d'investissement (section 2).

### ❑ SECTION 1 : L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

La section 1, intitulée « L'investissement international », se propose d'explorer en profondeur le concept d'investissement international. Cette section est structurée en plusieurs sous-sections qui abordent différents aspects de l'investissement international.

La première sous-section examine la notion d'investissement, y compris sa définition, sa validité et ses différentes formes. Elle explore également les formes d'investissement au niveau national et international, y compris les investissements directs étrangers (IDE) et les

investissements de portefeuille étrangers (§3). La deuxième sous-section se penche sur le cadre juridique de l'investissement international. Elle examine le cadre juridique national, contractuel et international, y compris les contrats investisseur-État, la loi sur les investissements nationaux et les accords internationaux en matière d'investissement (§2.). Enfin, la troisième sous-section se concentre sur l'investisseur étranger, tant en tant que personne physique que morale. Cette section offre une vue d'ensemble complète et détaillée de l'investissement international, fournissant une compréhension approfondie de ce domaine complexe et multidimensionnel (§3).

### □ §.1 La notion d'investissement

La sous-section intitulée « La notion d'investissement » se propose d'explorer le concept d'investissement dans un contexte international. Elle commence par définir ce qu'est un investissement, en mettant en lumière les critères qui le caractérisent. Elle examine ensuite la validité des investissements, en discutant des conditions nécessaires pour qu'un investissement soit considéré comme valide. Cette sous-section aborde également les différentes formes d'investissement. Elle distingue entre les formes d'investissement national, qui comprennent les droits de propriété et les droits contractuels résultant d'investissements, les éléments de contrôle des investissements et les formes juridiques des entreprises, et les formes d'investissement international, qui comprennent les investissements directs étrangers (IDE) et les investissements de portefeuille étrangers. En somme, cette sous-section offre une compréhension approfondie de la notion d'investissement, en mettant en évidence ses différentes facettes et en soulignant son importance dans le contexte international.

#### □ A. La définition de l'investissement

L'investissement, dans son essence, se réfère à l'allocation de ressources par des individus ou des entités dans l'intention de générer des profits ou d'obtenir des bénéfices. Le terme « investissement » trouve ses racines dans le mot latin *investire*, qui se traduit par « habiller ». Cette étymologie suggère que les investisseurs apportent essentiellement un soutien financier aux entreprises, les « habillant » métaphoriquement de capital. D'un point de vue économique, l'investissement sert de contrepoids à la consommation, puisqu'il s'agit d'épargner

plutôt que de dépenser. Il joue un rôle crucial en stimulant la croissance économique et en facilitant la production de biens essentiels <sup>1</sup>

Le concept d'investissement, d'un point de vue juridique, est un concept relativement nouveau qui n'a pas été clairement défini en termes substantiels. Si de nombreux accords d'investissement fournissent une liste d'exemples de ce qui peut être considéré comme un investissement, cette liste n'est généralement pas exhaustive et ne vise pas à fournir une définition générale du concept. <sup>2</sup>

La notion d' « investissement » dans un contexte juridique est devenue étroitement associée aux accords d'investissement, en particulier à la Convention de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI) de 1965. Avant cela, le droit coutumier et les accords internationaux antérieurs faisaient référence à la protection des « biens » appartenant à des étrangers en vertu du droit international. Comme il n'existe pas de définition juridique universellement acceptée de l'investissement, il est important de tenir compte du contexte historique pour interpréter le concept et déterminer le rôle du droit interne dans son interprétation juridique. <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> J.W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment*, Oxford University Press, February 14, 2013, p.3.

<sup>2</sup> « ... Le demandeur soutient que l'entreprise de M. Mitchell, ainsi que ses actifs et ses perspectives commerciales, remplissent les critères pour être considérés comme un investissement en vertu de l'Accord bilatéral d'investissement (ABI). Cette conclusion est étayée par l'article 1, lettre (c) : « Au sens du présent accord, on entend par (c) Le terme « investissement » désigne tout type d'investissement, détenu ou contrôlé directement ou indirectement, y compris les actions, les dettes et les contrats de service et d'investissement : (i) les biens corporels et incorporels, y compris tous les droits de propriété, tels que les privilèges, les hypothèques, les gages et les sûretés réelles ; (ii) une société ou des actions ou autres intérêts dans une société ou des intérêts dans les actifs de celle-ci ; ( iii ) une créance financière ou une créance de performance ayant une valeur économique et associée à un investissement ; ( iv ) les droits de propriété intellectuelle et industrielle, y compris les droits relatifs aux droits d'auteur, aux brevets, aux marques, aux noms commerciaux, aux dessins et modèles industriels, aux secrets commerciaux et au savoir-faire, ainsi qu'au fonds de commerce ; (v) les licences et permis délivrés en vertu de la loi, y compris ceux délivrés pour la fabrication et la vente de produits ; (vi) tout droit conféré par la loi ou un contrat, y compris les droits de rechercher ou d'utiliser des ressources naturelles, et les droits de fabriquer, d'utiliser et de vendre des produits ; et (vii) les rendements qui sont réinvestis, dans, Patrick H. Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/99/7) p.7, disponible sur :

[http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/C183/DC2812\\_en.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/C183/DC2812_en.pdf)

<sup>3</sup> M. Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, Kluwer Law International B.V., April 24, 2016, p.28.

Le projet de convention Abs-Shawcross de 1959<sup>1</sup> sur les investissements étrangers visait à établir un ensemble de règles pour le traitement des investissements étrangers. La convention proposait que toutes les parties concernées accordent un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres pays participants. En outre, elle soulignait l'importance d'honorer tout engagement pris en relation avec des investissements effectués par des ressortissants d'autres parties. La convention stipule également qu'aucune partie ne doit prendre de mesures visant à priver les ressortissants d'une autre partie de leurs biens, à moins que ces mesures ne soient prises dans le cadre d'une procédure légale régulière et qu'elles ne soient pas discriminatoires ou contraires à des engagements antérieurs. En outre, elle souligne la nécessité d'une procédure judiciaire juste et équitable pour les ressortissants d'une autre partie.<sup>2</sup>

Le texte du projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, daté du 12 octobre 1967,<sup>3</sup> ne développait pas de manière significative le concept d'« investissement » par rapport au projet Abs-Shawcross. Le projet de l'OCDE fait principalement référence à la « propriété » et ne mentionne qu'une seule fois l'« investissement en capital ». La disposition relative au respect des engagements ne mentionnait pas spécifiquement l'« investissement ». Toutefois, les notes et commentaires relatifs à l'article 1 précisent que le projet de convention vise à protéger tout type de biens. Le commentaire explique en outre que les règles de la Convention, y compris l'article 1, s'appliquent aux biens au sens le plus large, ce qui englobe les investissements et les autres formes de biens. Cette même précision est également apportée en ce qui concerne l'article 2 sur le respect des engagements et l'article 3 sur la prise de possession.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Projet De Convention Sur Les Investissements A L'etranger (Projet De Convention Abs-Shawcross), disponible sur : <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>

<sup>2</sup> M. Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, op. cit. p.29.

<sup>3</sup> Voir le projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du conseil de l'OCDE relative au projet de convention, disponible sur : <https://www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/44853865.pdf>

<sup>4</sup> *Ibid.*



Le premier accord bilatéral d'investissement (ABI) moderne conclu entre l'Allemagne et le Pakistan <sup>1</sup> en 1959 a introduit une nouvelle approche à plusieurs égards. L'une des caractéristiques notables était la protection explicite des investissements réalisés par des ressortissants ou des entreprises de l'une ou l'autre partie. La définition du terme « investissement » figurant dans l'article 8 <sup>2</sup> englobe diverses formes de capitaux introduits sur le territoire de l'autre partie.

Le terme « investissement » revêt une grande importance dans le cadre de la convention CIRDI. L'article 25(1) aborde particulièrement cette question, en stipulant que :

*« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. »*

La compétence du Centre s'applique aux différends juridiques découlant d'investissements entre un État contractant (ou l'une de ses entités ou agences constitutives, telles que désignées par l'État) et un ressortissant d'un autre État contractant. Pour qu'un différend relève de la compétence du Centre, les deux parties doivent consentir par écrit à soumettre le différend au Centre. Une fois le consentement donné, aucune des parties ne peut

---

<sup>1</sup> Accord sur la promotion et la protection des investissements entre le Pakistan et l'Allemagne, No. 6575, Signé à Bonn, le 25 novembre 1959, disponible sur : <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-French.pdf>

<sup>2</sup> « 1. a) Par « investissement » il faut entendre le capital — devises, marchandises, droits de propriété, brevets et connaissances techniques — introduit dans le territoire de l'autre Partie pour y être investi sous diverses formes. Le mot « investissement englobe aussi le produit des dits « investissements » employé dans ces investissements. V) Toute participation, toute société ou tout actif de nature analogue découlant de l'utilisation des avoirs susmentionnés sera assimilé à un « investissement ». 2. Par « produit » il faut entendre les sommes provenant des investissements tels que bénéfices ou intérêts pour une période déterminée. 3. Par « ressortissant » il faut entendre : a) En ce qui concerne la République fédérale d'Allemagne, tout Allemand au sens de la foi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne ; b) En ce qui concerne le Pakistan, toute personne qui, au regard de la législation du Pakistan, a la nationalité pakistanaise. 4. Par « société » il faut entendre : a) En ce qui concerne la République fédérale d'Allemagne, toute personne morale, toute société commerciale ou toute autre société ou association dotée ou non de la personnalité juridique dont le siège se trouve sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne et dont le statut est régi par la législation de ce pays, que la responsabilité des actionnaires, des associés ou des membres soit limitée ou illimitée et que l'activité de la société soit à but lucratif ou non ; b) En ce qui concerne le Pakistan, toute personne morale, toute société ou association enregistrée sur le territoire du Pakistan et dont le statut est régi par la législation de ce pays. »

le retirer unilatéralement. Cette disposition garantit que les litiges relevant de la compétence du CIRDI

#### □ B. La validité des investissements

L'affaire Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines <sup>1</sup> concernait un investissement réalisé par le demandeur, Fraport AG, une société leader dans le secteur des aéroports, dans une société appelée PIATCO, constituée aux Philippines. PIATCO détenait les droits de concession pour la construction et l'exploitation d'un nouvel aéroport international de passagers à Manille. Le défendeur, les Philippines, a allégué que Fraport avait réalisé l'investissement en violation de la législation philippine relative à la propriété et au contrôle étrangers. La question principale dans cette affaire était de savoir si Fraport avait contourné les restrictions à la propriété étrangère par le biais d'accords d'actionnaires et d'une propriété indirecte. Le défendeur a également allégué la fraude et la corruption de la part des actionnaires de PIATCO et des fonctionnaires philippins.

Le tribunal a estimé que Fraport avait sciemment violé les lois sur la propriété étrangère et avait conçu son investissement de manière à dissimuler son contrôle illégal aux autorités philippines. Le tribunal a interprété l'accord bilatéral d'investissement (ABI) <sup>2</sup> entre l'Allemagne et les Philippines comme exigeant que les investissements répondent aux exigences légales de l'État d'accueil afin d'être qualifiés d'« investissement » en vertu de l'accord. L'affaire met en évidence l'importance de la légalité des investissements et du respect des lois et réglementations de l'État d'accueil. Elle rappelle également la nécessité de la transparence et du respect des exigences légales dans les transactions économiques internationales.<sup>3</sup>

La légalité d'un investissement ne peut être déterminée que par le tribunal en matière d'investissement, car il s'agit d'un facteur crucial pour établir la compétence du tribunal. Le tribunal a en outre précisé que, conformément au droit international, il est tenu de prendre en compte les lois nationales applicables :

---

<sup>1</sup> Voir l'affaire Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25. Disponible sur: <https://www.italaw.com/cases/456>

<sup>2</sup> Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la République des Philippines pour la promotion et la protection réciproque des investissements, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6126.pdf>

<sup>3</sup> Case No. ARB/03/25

« The Tribunal cannot agree, as a matter of law, with the Claimant's contention that '[e]ven if there could be said to be an issue as to whether the Philippine laws were complied with [ . . . ], it could be of only municipal, not international legal significance'. This interpretation, if accepted, would deprive a significant part of the ordinary words of a treaty of any meaning and effect. The BIT is, to be sure, an international instrument, but its articles 1 and 2 and Article 2 of the Protocol effect a renvoi to national law, a mechanism which is hardly unusual in treaties and, indeed, occurs in the Washington Convention. A failure to comply with the national law to which a treaty refers will have an international legal effect. »<sup>1</sup>

Le tribunal Fraport est parvenu à une conclusion concernant l'interprétation des investissements réalisés conformément aux lois de l'État d'accueil. Le tribunal suggère une approche plus libérale et favorable à l'investisseur, en prenant en considération le concept de bonne foi. Cependant, dans le cas spécifique examiné, le demandeur ne peut bénéficier de la présomption en faveur de l'investisseur en raison de son manque de bonne foi. La violation des lois locales a joué un rôle crucial dans le succès de l'investissement, Fraport ayant sciemment et intentionnellement contourné les lois en vigueur.<sup>2</sup>

Le tribunal Fraport est parvenu à une conclusion concernant l'interprétation de la question de savoir si un investissement est effectué conformément aux lois de l'État d'accueil. Le tribunal suggère qu'une approche plus libérale et généreuse devrait être adoptée à l'égard de l'investisseur, en considérant le concept de bonne foi. Cependant, dans ce cas particulier, le demandeur ne peut bénéficier de la présomption en faveur de l'investisseur en raison de son manque de bonne foi et de la violation intentionnelle des lois nationales, qui ont joué un rôle crucial dans le succès de l'investissement. Par conséquent, l'achat d'actions dans le projet Terminal 3 ne relève pas de la catégorie des investissements couverts par l'accord bilatéral d'investissement. Par conséquent, le tribunal a déterminé qu'il n'était pas compétent pour connaître de la demande relative au traité (treaty claim).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Case No. ARB/03/25

<sup>2</sup> Case No. ARB/03/25.

<sup>3</sup> Voir aussi, FRAPORT AG FRANKFURT AIRPORT SERVICES WORLDWIDE v. REPUBLIC OF THE PHILIPPINES, ICSID Case No. ARB/03/25, Annulment Proceeding, disponible sur: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf>

Dans l'affaire *Inceysa Vallisoletana c. République d'El Salvador*,<sup>1</sup> tribunal a pris une décision concernant sa compétence sur la base de la légalité de l'investissement du demandeur en vertu du droit salvadorien. Le tribunal a déterminé qu'il n'était pas compétent parce que l'investissement était considéré comme illégal et ne relevait donc pas du champ d'application du consentement à la compétence du CIRDI exprimé par l'Espagne et le Salvador dans leur accord bilatéral d'investissement (ABI).

Le demandeur, Inceysa, a fait valoir que le tribunal ne devait prendre en considération que la définition du terme « investissement » dans l'accord bilatéral d'investissement, qui n'exigeait pas explicitement que l'investissement soit licite. Toutefois, le tribunal s'est appuyé sur d'autres articles de l'accord bilatéral (articles II et III) et sur les travaux préparatoires de l'accord bilatéral pour établir l'intention des États contractants. Il a été établi qu'un investissement réalisé en violation des lois du Salvador n'était pas protégé par l'accord bilatéral d'investissement et ne relevait donc pas de la compétence du tribunal.<sup>2</sup>

Dans l'affaire *Inceysa Vallisoletana c. République du Salvador*, le tribunal a déterminé qu'il n'était pas compétent pour connaître du litige car l'investissement réalisé par le demandeur était illégal en vertu des lois du Salvador. Cela signifie que l'investissement n'entraîne pas dans le champ d'application du consentement à la compétence exprimé par l'Espagne et le Salvador dans leur accord bilatéral d'investissement (ABI). Le demandeur a fait valoir que le tribunal ne devait tenir compte que de la définition du terme « investissement » dans l'accord bilatéral d'investissement, qui n'exigeait pas que l'investissement soit licite. Toutefois, le tribunal s'est appuyé sur d'autres articles de l'accord et sur les travaux préparatoires du traité pour établir que l'intention des États contractants était d'exclure de la protection de l'accord les investissements réalisés en violation de la loi salvadorienne.<sup>3</sup>

Dans l'affaire *World Duty Free Company Ltd contre la République du Kenya*, le tribunal est parvenu à des conclusions similaires à celles du tribunal *Inceysa Vallisoletana*. Le litige

---

<sup>1</sup> *Inceysa Vallisoletana, S.L. (Claimant) v. Republic of El Salvador (Respondent)* ICSID Case No. ARB/03126, disponible sur : [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf)

<sup>2</sup> Case No. ARB/03126

<sup>3</sup> Case No. ARB/03126

portait sur un contrat de construction, d'entretien et d'exploitation de complexes hors taxes aux aéroports internationaux de Nairobi et de Mombasa. Le contrat comprenait une clause d'arbitrage qui permettait de consentir à la compétence du CIRDI. Bien que le contrat ne mentionne pas explicitement d'exigence de légalité, une question s'est posée concernant la légalité du contrat, étant donné qu'il avait été obtenu par la corruption du président du Kenya de l'époque. Le tribunal a déterminé que le montant payé par le demandeur était effectivement un pot-de-vin pour obtenir le contrat et que, par conséquent, une demande fondée sur un contrat obtenu par la corruption ne pouvait pas être maintenue. Le tribunal est parvenu à cette décision en examinant si la corruption était contraire à l'ordre public international, anglais et kenyan. <sup>1</sup>

La question de la détermination de la légalité d'un investissement dans des affaires telles que Fraport, World Duty Free et Inceysa Vallisoletana implique l'interaction entre le droit national et le droit international. Dans l'affaire Fraport, la légalité de l'investissement a été évaluée sur la base du droit national, avec une référence au droit international. En revanche, dans les affaires World Duty Free et Inceysa Vallisoletana, la légalité de l'investissement a été déterminée uniquement sur la base du droit national, mais a été testée au regard des principes généraux du droit international. <sup>2</sup>

### ❑ C. Les différentes formes d'investissement

Dans le domaine des investissements internationaux, la diversité des formes d'investissement est un sujet d'une importance capitale. Cette section se propose d'explorer en profondeur les différentes formes d'investissement, en mettant l'accent sur leur nature, leurs caractéristiques et leur impact sur l'économie mondiale.

Nous commencerons par examiner les formes d'investissement au niveau national, y compris les droits de propriété et les droits contractuels résultant d'investissements, les éléments de contrôle des investissements et les formes juridiques des entreprises. Cette analyse nous permettra de comprendre comment les investissements sont structurés et gérés au niveau national et comment ils contribuent à l'économie du pays. Ensuite, nous nous pencherons sur

---

<sup>1</sup> World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf>

<sup>2</sup> M. Sasson, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration, Kluwer Law International B.V., April 24, 2016, p.46.

les formes d'investissement international. Nous discuterons des investissements directs étrangers (IDE) et des investissements de portefeuille étrangers, en mettant en lumière leurs avantages et leurs inconvénients, ainsi que leur rôle dans l'économie mondiale.

En somme, cette section offre une vue d'ensemble complète et détaillée des différentes formes d'investissement, fournissant aux lecteurs une compréhension approfondie de ce domaine complexe et multidimensionnel. Elle constitue une base solide pour toute personne souhaitant approfondir ses connaissances en matière d'investissements internationaux.

#### □ **I. Les formes d'investissement national**

Dans le cadre de notre exploration des investissements au niveau national, cette section se concentre sur les différentes formes que peuvent prendre ces investissements. Trois aspects principaux sont abordés : Les droits de propriété et les droits contractuels résultant d'investissements : Cette partie examine comment les investissements, en tant que transactions économiques, peuvent donner lieu à des droits de propriété et des droits contractuels. Elle explore les implications juridiques et économiques de ces droits. Les éléments de contrôle des investissements : Cette partie se penche sur les mécanismes de contrôle des investissements. Elle discute de la manière dont les investissements sont réglementés et contrôlés au niveau national pour assurer une gestion efficace et équitable des ressources. Les formes juridiques des entreprises : Cette partie explore les différentes structures juridiques que peuvent prendre les entreprises dans le cadre des investissements nationaux. Elle examine les implications de ces différentes structures pour la gestion et le contrôle des investissements.

En somme, cette section offre une vue d'ensemble complète et détaillée des formes d'investissement national, fournissant aux lecteurs une compréhension approfondie de ce domaine complexe.

#### □ **a. Droits de propriété et droits contractuels résultant d'investissements**

Lorsqu'un investisseur réalise un investissement dans une entreprise, il acquiert des droits de propriété et des droits contractuels spécifiques. Ces droits peuvent être classés en deux grandes catégories : les capitaux propres et les dettes. Les investissements en fonds propres, tels que les actions ou les droits de propriété sur un actif fixe, confèrent à l'investisseur la propriété de l'entreprise. Cette propriété lui permet de partager les bénéfices, de participer à la

gestion à des degrés différents et de conserver l'intérêt de la propriété jusqu'à ce qu'elle soit transférée à une autre partie. En revanche, les investissements par emprunt, tels que les prêts ou les obligations, confèrent à l'investisseur une créance à rembourser plutôt qu'un droit de propriété sur les actifs. Ces investissements donnent à l'investisseur le droit de recevoir des paiements fixes de capital et d'intérêts conformément à un contrat d'investissement, avec une date d'échéance spécifiée pour le paiement intégral. En cas de faillite ou de liquidation, les détenteurs de créances ont la priorité sur les détenteurs d'actions, ce qui signifie qu'ils sont payés en premier sur les actifs restants de l'entreprise. Cette hiérarchie garantit que les détenteurs de dettes sont privilégiés dans la récupération de leur investissement. <sup>1</sup>

Divers facteurs influencent la décision de savoir si un investissement dans une entreprise donnée doit prendre la forme d'une dette ou d'un capital, ainsi que les droits et obligations spécifiques associés à chaque type d'investissement. Ces facteurs comprennent le cadre juridique applicable, les taux d'intérêt anticipés, les objectifs financiers et les intentions des parties concernées, l'évaluation des risques encourus, les revenus prévus de l'entreprise et de nombreuses autres considérations. En règle générale, les investissements dans les entreprises impliquent une combinaison de capitaux propres et de dettes, ce que les analystes financiers appellent communément la structure du capital de l'entreprise. <sup>2</sup>

□ **b. Les éléments de contrôle des investissements**

Lorsqu'on envisage un investissement, il est essentiel d'examiner l'étendue des droits légaux de l'investisseur à contrôler l'entreprise ou les actifs en question. Dans ce contexte, le terme « contrôle » désigne la capacité de l'investisseur à déterminer les actions et les politiques de l'entreprise. Il est possible qu'un investisseur détienne une participation dans une entreprise et qu'il en tire certains avantages financiers, mais qu'il n'en ait pas le contrôle en raison de la taille de sa participation. Par exemple, l'achat de 100 actions de Microsoft Corporation ou de Barclays PLC confère une participation dans ces entreprises, mais elle n'est pas suffisamment importante pour influencer leurs politiques et leurs actions. À l'inverse, si deux entreprises apportent chacune 50 % des fonds propres pour former une entreprise commune et qu'elles

---

<sup>1</sup> J.W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment*, Oxford University Press, February 14, 2013, p.5.

<sup>2</sup> *Ibid.*

désignent toutes deux des membres du conseil d'administration de l'entreprise, elles possèdent une participation qui leur permet de participer au contrôle de l'entreprise. <sup>1</sup>

La question du contrôle dans l'investissement est importante à la fois pour les investisseurs et pour les gouvernements. Pour les investisseurs, le contrôle leur permet d'influencer les actions et les politiques de l'entreprise, ce qui leur permet de poursuivre des stratégies qui leur sont profitables. Il leur offre également une protection contre les actions potentiellement négatives d'autres investisseurs et créanciers. Les gouvernements sont également préoccupés par les actions des entreprises sur leur territoire et peuvent exiger une approbation ou même interdire le contrôle étranger dans certains cas. La distinction entre investissement direct et investissement de portefeuille est cruciale pour déterminer le contrôle. L'investissement direct implique la création ou l'achat d'une entreprise permanente, dont l'investisseur participe au contrôle et à la gestion. Les investissements de portefeuille, quant à eux, ne confèrent aucun droit de participation au contrôle. Les gouvernements et les organisations internationales classent généralement les prises de participation de 10 % ou plus dans la catégorie des investissements directs. Le Fonds monétaire international définit l'investissement direct comme des capitaux propres ou des bénéfices non distribués entre des entreprises affiliées, dont l'une détient une participation avec droit de vote de 10 % ou plus dans l'autre. La principale différence entre ces catégories est le droit de l'investisseur d'exercer un contrôle, un investissement direct conférant généralement un droit de vote de 10 % ou plus. <sup>2</sup>

#### □ c. Les formes juridiques des entreprises

Dans le contexte des investissements, une manière de les classer est de se baser sur la forme juridique de l'entreprise dans laquelle l'investissement est effectué. Cette distinction est importante car elle détermine si l'actif ou l'entreprise est détenu directement par l'investisseur ou par une entité juridique distincte dans laquelle l'investisseur détient une participation. Si l'actif est détenu directement par une société qui a investi, on considère qu'il s'agit d'une succursale de cet investisseur. L'actif ou l'entreprise peut également être détenu par une entité juridique distincte, dont toutes les actions sont détenues par l'investisseur, ce qui en fait une

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*



filiale. La décision d'investir en tant que succursale ou filiale dépend de divers facteurs, tels que la facilité de gestion et la protection de la responsabilité. Toutefois, le choix peut également être influencé par la législation du pays d'accueil, qui peut exiger que l'investissement direct prenne la forme d'une filiale. La forme juridique de l'entreprise peut avoir des conséquences juridiques importantes et peut également déterminer la participation d'autres investisseurs et la possibilité de devenir une société cotée en bourse. Les différents systèmes juridiques proposent diverses formes d'entreprises : entreprise individuelle, société de personnes, société en commandite, société à participation restreinte, société cotée en bourse et société d'État. Chaque forme possède des caractéristiques juridiques distinctes et est soumise à des exigences légales différentes.<sup>1</sup>

## □ II. Les formes d'investissement international

Ce titre propose d'explorer les différentes manières dont les investissements peuvent être structurés au niveau international. Elle aborde deux aspects principaux : Les investissements directs étrangers (IDE) : Ces investissements se produisent lorsqu'une entreprise étrangère exerce un contrôle direct sur une entreprise dans le pays hôte. Ces investissements sont généralement réalisés dans le but de créer une entreprise durable et ont un impact significatif sur l'économie du pays hôte. Les investissements de portefeuille étrangers : Ces investissements se produisent lorsqu'une entreprise étrangère détient des actions ou des obligations d'une entreprise dans le pays hôte, mais sans exercer de contrôle direct. Ces investissements sont généralement réalisés dans le but de diversifier le portefeuille d'investissement et de réduire les risques.

Chaque forme d'investissement a ses propres caractéristiques, avantages et inconvénients, et peut être plus appropriée en fonction du contexte économique, politique et juridique spécifique. Cette section offre une vue d'ensemble complète et détaillée des formes d'investissement international, fournissant aux lecteurs une compréhension approfondie de ce domaine complexe.

---

<sup>1</sup> *Ibid.* p.7.

□ **a. Les investissements directs étrangers (IDE)**

L'investissement direct étranger (IDE) désigne l'investissement réalisé par un investisseur d'un pays dans une entreprise située dans un autre pays. Cet investissement implique une participation au capital ou à la propriété de plus de 10 %. Les IDE sont devenus un aspect important de l'économie mondiale, avec des flux entrants atteignant 1,24 trillion de dollars en 2010. Les pays développés ont reçu 602 milliards de dollars de ces investissements, tandis que les pays en développement en ont reçu 574 milliards. Il est important de noter que les IDE ne se limitent pas aux investissements des multinationales dans les pays en développement, car la plupart des investissements internationaux se font entre pays développés. En outre, certains pays en développement deviennent des sources d'IDE tant pour les pays développés que pour les pays en développement. Les IDE jouent un rôle crucial dans l'intégration des économies nationales et la mondialisation. Cependant, ils soulèvent également des inquiétudes quant à l'influence des investisseurs étrangers sur la politique intérieure, les économies locales, la sécurité nationale et la culture indigène. Les IDE vont au-delà du transfert d'argent ou d'actifs et visent à créer une capacité de production. Cela implique le transfert de savoir-faire, de compétences et de capacités de gestion, ainsi que de ressources financières et de technologies. Par conséquent, un IDE typique implique un ensemble complet de ressources, telles que l'argent, l'équipement, les compétences humaines, la technologie et le savoir-faire. <sup>1</sup>

□ **b. Les investissements de portefeuille étrangers**

L'investissement de portefeuille étranger est un investissement réalisé par un résident d'un pays dans une entreprise basée dans un autre pays, généralement par l'achat d'actions ne dépassant pas 10 % de l'ensemble des droits de vote de cette entreprise. Contrairement à l'investissement direct étranger, qui permet à l'investisseur de prendre le contrôle de l'entreprise, l'investissement de portefeuille n'accorde pas ce contrôle. Ces dernières années, l'achat d'actions par des résidents d'un pays dans des entreprises d'un autre pays a considérablement augmenté, la valeur totale de ces investissements atteignant des milliers de milliards de dollars américains et continuant à croître rapidement. Plusieurs facteurs ont contribué à cette tendance, notamment le développement des marchés boursiers dans le monde entier, les progrès technologiques

---

<sup>1</sup> J.W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment*, Oxford University Press, February 14, 2013, p.15.

facilitant les investissements transfrontaliers, l'assouplissement des restrictions légales sur les investissements étrangers et l'amélioration de la connaissance et de l'information sur les marchés boursiers et les entreprises étrangères. En outre, les investisseurs institutionnels tels que les fonds communs de placement, les fonds de pension et les fonds de dotation ont reconnu l'importance de l'exposition aux marchés étrangers pour améliorer leurs rendements. <sup>1</sup>

**□ D. Le cadre juridique de l'investissement international : Le cadre juridique national, contractuel, et international**

Dans un monde de plus en plus globalisé, le cadre juridique de l'investissement international est devenu un domaine d'une complexité et d'une évolution constantes. Il est composé de trois niveaux principaux : le cadre juridique national, contractuel et international. Le cadre juridique national se réfère aux lois et réglementations spécifiques à un pays qui régissent les investissements dans ce pays. Par exemple, en Algérie, les investisseurs bénéficient de mesures de protection des droits de propriété qui sont conformes aux normes élevées de protection modernes. Le cadre juridique contractuel concerne les contrats entre les investisseurs et l'État hôte, qui définissent les termes et conditions de l'investissement. Ces contrats peuvent inclure des clauses sur la protection des investissements, le règlement des différends, etc. Enfin, le cadre juridique international se réfère aux accords internationaux sur l'investissement qui renforcent les efforts nationaux de libéralisation et améliorent la sécurité juridique des investissements. Ces accords peuvent être bilatéraux (entre deux pays) ou multilatéraux (entre plusieurs pays).

**□ I. Les contrats investisseur-État**

En matière d'investissements internationaux, les règles juridiques établies par les législations nationales ne sont pas les seuls facteurs déterminants. Les dispositions d'un ou de plusieurs contrats jouent également un rôle important. Ces contrats, dont l'application est régie par les lois nationales en vigueur, réglementent divers aspects importants de l'investissement, notamment son organisation, sa structure, son fonctionnement, ainsi que les droits et obligations des investisseurs. Ils constituent le cadre juridique contractuel de l'investissement et sont contraignants pour toutes les parties concernées. La compréhension et l'évaluation d'un

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

investissement nécessitent un examen et une analyse approfondis de son cadre contractuel. Contrairement aux éléments du cadre juridique national, les dispositions du cadre contractuel sont largement déterminées par les négociations entre les parties. Le caractère exécutoire des contrats et la capacité des parties à établir leurs propres règles pour l'investissement dépendent du droit national. Ce concept, connu sous le nom d' « autonomie des parties », est une considération fondamentale pour les investisseurs et leurs avocats lorsqu'ils planifient un investissement. Les gouvernements d'accueil doivent également examiner dans quelle mesure les investisseurs étrangers peuvent élaborer leurs propres règles d'investissement par le biais de l'autonomie des parties, car il s'agit d'une question importante de politique publique. Les investisseurs doivent déterminer quels aspects de leur investissement seront soumis à l'ordre public et régis par le cadre juridique national, et quels aspects seront soumis à l'ordre privé dans le cadre juridique contractuel. Les gouvernements peuvent choisir d'intervenir dans l'économie en faisant passer certaines transactions économiques du cadre contractuel au cadre législatif, tandis que les pays visant à libéraliser leur économie accordent souvent plus de liberté aux contrats pour ordonner les transactions économiques et d'investissement. <sup>1</sup>

#### □ II. La loi sur les investissements nationaux

La présence de plus de 200 cadres nationaux pour l'investissement étranger, sans compter les systèmes juridiques infranationaux, met en évidence la diversité et la complexité des réglementations dans ce domaine. Bien que chaque cadre national soit unique, ils partagent des caractéristiques communes. Ces cadres permettent aux États d'exprimer et de mettre en œuvre leurs politiques à l'égard des capitaux étrangers. En général, les cadres nationaux visent à la fois à encourager et à contrôler les investissements étrangers, bien qu'à des degrés divers. Pour encourager l'investissement, ils peuvent accorder aux investisseurs étrangers une plus grande liberté et leur fournir des incitations. À l'inverse, ils imposent également des règles et des restrictions pour contrôler les investissements étrangers. La plupart des systèmes juridiques nationaux intègrent des éléments d'encouragement et de contrôle des investissements. Par exemple, la législation d'un pays d'accueil peut offrir des exonérations fiscales et des facteurs de production subventionnés pour inciter à l'investissement, mais aussi exiger que le

---

<sup>1</sup> *Ibid.* p.36.

gouvernement approuve les projets d'investissement étrangers et restreindre certains secteurs ou la participation étrangère au capital. L'équilibre entre l'encouragement et le contrôle des investissements diffère d'un pays à l'autre, certains cadres étant très encourageants et d'autres très restrictifs. <sup>1</sup> L'initiative *Investing Across Borders* de la Banque mondiale évalue la mesure dans laquelle les cadres juridiques nationaux encouragent ou contrôlent les investissements étrangers et a constaté des variations significatives entre les pays. :

*« Les pays dotés de réglementations médiocres et de procédures inefficaces pour les entreprises étrangères reçoivent moins d'IDE et ont des stocks d'IDE accumulés plus faibles.... D'après les résultats de l'IAB, les pays tendent à attirer davantage d'IDE s'ils autorisent la propriété étrangère d'entreprises dans divers secteurs, si les procédures de création d'entreprise, d'acquisition de terrains et d'arbitrage commercial sont efficaces et transparentes, et si des lois strictes protègent les intérêts des investisseurs. »*

### □ III. Les accords internationaux en matière d'investissement

Le cadre juridique international de l'investissement se compose du droit international et des institutions juridiques internationales. Traditionnellement, le droit international régit les relations entre les États, les règles s'appliquant directement aux États souverains et non aux individus ou aux organisations privées. Toutefois, à l'époque contemporaine, les acteurs non étatiques jouent un rôle de plus en plus important dans le droit international. Le droit international comprend désormais des règles et des principes qui traitent de la conduite des États, des organisations internationales et de leurs relations avec les individus et les personnes morales. Le droit international influence la législation nationale relative aux transactions commerciales internationales, car de nombreuses réglementations nationales sont dérivées de traités internationaux ou liées à ceux-ci. En outre, certaines règles du droit international s'appliquent directement aux particuliers et aux entreprises, leur offrant un moyen de recours international lorsqu'un État ne respecte pas ces règles. Par exemple, les traités bilatéraux d'investissement garantissent aux investisseurs étrangers un niveau de protection spécifique et la possibilité de recourir à l'arbitrage international. En outre, le droit international crée des organisations et des institutions internationales, telles que le Centre international pour le

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

règlement des différends relatifs aux investissements, qui jouent un rôle important dans divers aspects de l'investissement international. <sup>1</sup>

### □ §.2 L'investisseur étranger

Il existe deux types d'investisseurs : les personnes physiques et les personnes morales. Pour les personnes physiques, les accords d'investissement fondent généralement la nationalité exclusivement sur le droit de l'État dont la nationalité est revendiquée. Certains accords d'investissement introduisent également d'autres critères, tels que l'obligation de résidence ou de domicile. Les questions relatives à la nationalité des personnes morales sont plus complexes. Les entreprises d'aujourd'hui opèrent d'une manière qui peut rendre très difficile la détermination de la nationalité. Les tribunaux ont généralement adopté le critère de la constitution ou du siège plutôt que celui du contrôle pour déterminer la nationalité d'une personne morale, à moins que le critère du contrôle ne soit prévu dans l'accord. En conséquence, la pratique générale dans les accords d'investissement est de définir spécifiquement les critères objectifs qui font d'une personne morale un ressortissant, ou un investisseur, d'une Partie, aux fins de l'accord. Lorsque les critères objectifs utilisés peuvent inclure des investisseurs auxquels une partie ne souhaite pas étendre la protection de l'accord, certains accords comprennent des clauses de « refus d'avantages » permettant d'exclure les investisseurs de certaines catégories.

### □ A. Personne physique

En droit international, la nationalité d'un investisseur est généralement déterminée par le droit national de l'État dont il prétend être citoyen. Toutefois, certains accords d'investissement peuvent introduire des critères supplémentaires tels que des exigences en matière de résidence ou de domicile. La convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) stipule que la nationalité doit être établie à deux dates clés : la date de consentement à l'arbitrage et la date d'enregistrement. Il est important de noter que la Convention ne couvre pas les doubles nationaux si l'une de leurs nationalités est celle de l'État contractant. Actuellement, la jurisprudence sur la nationalité des personnes physiques est limitée.

---

<sup>1</sup> Ibid.

Dans le contexte de la protection diplomatique, la question de savoir si un État peut refuser de reconnaître la nationalité d'un demandeur a fait l'objet de discussions. Le droit d'accorder et de retirer la nationalité est considéré comme une question souveraine. La pratique du droit international sur les questions de nationalité a principalement évolué dans le cadre de la protection diplomatique.

Dans l'affaire Nottebohm,<sup>1</sup> la Cour internationale de justice (CIJ) a établi qu'un État a le pouvoir de déterminer s'il doit ou non accorder la nationalité à un individu sur la base de ses propres lois. Toutefois, la CIJ a souligné l'importance d'un lien authentique entre l'État et l'individu qui demande la nationalité :

*« Le concept de nationalité est un lien juridique fondé sur un attachement social, qui comprend un véritable lien d'existence, d'intérêts et de sentiments. Il implique également des droits et des devoirs réciproques. La nationalité peut être considérée comme l'expression juridique du fait qu'un individu est plus étroitement lié à la population de l'État qui lui accorde la nationalité qu'à celle de tout autre État. Lorsqu'un État confère la nationalité, il donne à cet État le droit d'assurer la protection de ses ressortissants par rapport à d'autres États. Par essence, la nationalité est un moyen de traduire en termes juridiques le lien d'un individu avec l'État qui lui a accordé la nationalité. »<sup>2</sup>*

Les considérations de l'arrêt Nottebohm, qui impliquent la démonstration d'une nationalité effective par l'attachement à un État, sont difficiles à appliquer dans le monde moderne d'aujourd'hui. Le rapport de la Commission du droit international sur la protection diplomatique reconnaît les limites de l'arrêt Nottebohm, en particulier dans le contexte des relations économiques moderne :

*« Il convient de garder à l'esprit que si la condition de lien substantiel proposée par Nottebohm était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique. En effet, dans le monde actuel de la mondialisation économique et des migrations, des millions de personnes ont quitté leur État de nationalité et ont fait leur vie dans des États dont elles n'ont jamais acquis la*

---

<sup>1</sup> « Le cas de M. Nottebohm concerne un ressortissant allemand qui vivait au Guatemala depuis 1905. En 1939, il a obtenu la nationalité liechtensteinoise afin de bénéficier du statut d'État neutre. Cependant, lorsqu'il a tenté d'utiliser sa nationalité liechtensteinoise pour demander une protection diplomatique contre le Guatemala, le tribunal a jugé qu'il ne pouvait pas faire valoir cette nationalité puisqu'il était installé au Guatemala depuis 34 ans. », Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), disponible sur : <https://www.icj-cij.org/case/18>

AFFAIRE NOTTEBOHM (LIECHTENSTEIN C. GUATEMALA) DEUXIÈME PHASE ARRÊT DU 6 AVRIL 1955, disponible sur : <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>.

<sup>2</sup> L'AFFAIRE NOTTEBOHM (LIECHTENSTEIN C. GUATEMALA) DEUXIÈME PHASE ARRÊT DU 6 AVRIL 1955, disponible sur : <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

*nationalité ou ont acquis la nationalité par naissance ou par ascendance dans des États avec lesquels elles n'ont qu'un lien ténu* ». <sup>1</sup>

Dans le domaine du droit international coutumier, il est reconnu qu'un État a le pouvoir d'exercer la protection diplomatique au nom de l'un de ses citoyens dans le cadre d'une plainte contre un autre État. Cette règle s'applique même si le citoyen possède une double nationalité, y compris celle de l'État accusé, tant que la nationalité principale et effective de l'individu s'aligne sur celle de l'État exerçant la protection diplomatique. Cette évolution du droit coutumier marque une rupture avec le principe antérieur de non-responsabilité.

Le tribunal chargé des litiges entre l'Iran et les États-Unis <sup>2</sup> a été confronté à la difficulté de déterminer la nationalité dominante et effective des demandeurs ayant la double nationalité américano-iranienne. Cette question était cruciale pour décider s'ils pouvaient déposer une demande devant le Tribunal. Dans l'affaire *Esphahanian c. Bank Tejarat*, la deuxième chambre a conclu que le demandeur pouvait effectivement saisir le tribunal. La Chambre a déterminé que la nationalité dominante et effective du demandeur était celle des États-Unis, et que les fonds en question étaient principalement liés à sa nationalité américaine plutôt qu'à sa nationalité iranienne. Toutefois, il est important de noter que dans cette affaire, un double national a porté sa propre plainte devant le tribunal international contre l'un des États dont il possédait la nationalité. <sup>3</sup>

Dans le contexte des accords bilatéraux d'investissement (ABI), la définition du terme « ressortissant » peut varier. Certains ABI adoptent une définition unique du terme « ressortissant » qui s'applique aux deux parties concernées. D'autre part, certains accords bilatéraux d'investissement proposent deux définitions distinctes, une pour chaque partie contractante.

---

<sup>1</sup> Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), No. 10 (A/61/10), disponible sur: [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a\\_61\\_10.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf)

<sup>2</sup> R.H. Berglin, « The Iranian Forum Clause decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), January 1, 1987, vol. 3, no. 1, pp. 46-71.

<sup>3</sup> B. Stern, « Les problèmes de nationalité des personnes physiques et de contrôle des personnes morales devant le Tribunal des différends irano-américains » *Annuaire français de droit international*, PERSEE Program, 1984, vol. 30, no. 1, pp. 425-445.



L'accord bilatéral d'investissement Finlande-Égypte prévoit que le terme « ressortissant » signifie : a) en ce qui concerne la Finlande, une personne physique qui est un citoyen de la Finlande selon la loi finlandaise ; b) en ce qui concerne l'Égypte, une personne qui est un citoyen égyptien au sens de la loi égyptienne.<sup>1</sup>

La définition du terme « ressortissant » dans les accords d'investissement varie en fonction de l'accord concerné. Dans l'accord bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Uruguay,<sup>2</sup> le terme « ressortissant » est défini comme une personne physique qui est un ressortissant des États-Unis ou qui possède la citoyenneté de l'Uruguay. Certains accords, comme l'accord bilatéral d'investissement entre le Canada et l'Argentine<sup>3</sup> inclut également la résidence permanente comme critère de définition d'un investisseur. Le traité sur la charte de l'énergie couvre à la fois les citoyens/nationaux et les résidents permanents. L'ALENA<sup>4</sup> définit un ressortissant comme une personne physique qui est un citoyen ou un résident permanent d'une partie.

En vertu de l'article 25(1) de la convention CIRDI, la compétence du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) s'applique à tout différend juridique découlant directement d'un investissement entre un État contractant et un ressortissant d'un autre État contractant. Cette disposition établit l'étendue de l'autorité du Centre dans la résolution des litiges liés à l'investissement. :

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au

---

<sup>1</sup> Egypt - Finland BIT (2004), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1068/download>

<sup>2</sup> TREATY BETWEEN THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY CONCERNING THE ENCOURAGEMENT AND RECIPROCAL PROTECTION OF INVESTMENT, disponible sur: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2380/download>

<sup>3</sup> Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, disponible sur: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/77/download>

<sup>4</sup> Accord de libre-échange nord-américain (ALENA- NAFTA), disponible sur : <https://www.senat.fr/ga/ga-12/GA-121.pdf>

Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. »<sup>1</sup>

Conformément aux dispositions de la convention CIRDI, les demandeurs sont tenus de prouver leur nationalité en tant que citoyen d'un État contractant à deux reprises. La date à laquelle les parties ont consenti à la compétence du CIRDI et la date d'enregistrement de la demande d'arbitrage.

#### □ B. Personne moral

La question de la nationalité des personnes morales, telles que les sociétés, peut s'avérer complexe et difficile. Les sociétés opérant dans plusieurs pays et ayant plusieurs niveaux d'actionnaires, il devient de plus en plus difficile d'établir la nationalité d'une société. Traditionnellement, la nationalité d'une société était déterminée par les lois du pays dans lequel elle était établie et par son centre d'opérations. Toutefois, cette situation est aujourd'hui plus rare que normale. Les tribunaux ont généralement évité de se pencher sur l'enquête de fond concernant le contrôle d'une société et se sont plutôt appuyés sur le critère de la constitution ou du siège pour déterminer la nationalité.<sup>2</sup>

Les accords d'investissement définissent souvent des critères spécifiques pour déterminer la nationalité d'une personne morale dans le cadre de l'accord, plutôt que de s'appuyer uniquement sur le terme « nationalité » et sur le droit international. Certains accords contiennent même des clauses qui permettent d'exclure certaines catégories d'investisseurs. Dans les situations où les investisseurs demandent l'intervention du gouvernement avant que les demandes d'arbitrage ne soient présentées, les gouvernements peuvent utiliser des critères différents et plus souples pour déterminer la nationalité d'un investisseur. La Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) prévoit des règles sur la nationalité des demandes, et les accords d'investissement peuvent spécifier des exigences supplémentaires pour les demandeurs. Une autre question connexe est

---

<sup>1</sup> CONVENTION ET REGLEMENTS DU CIRDI, CIRDI/15 Avril 2006, disponible sur : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>

<sup>2</sup> OECD, *International Investment Law : Understanding Concepts and Tracking Innovations : A Companion Volume to International Investment Perspectives*, s.l., OECD, 14 mars 2008, p. 18, disponible sur [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/international-investment-law-understanding-concepts-and-tracking-innovations\\_9789264042032-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/international-investment-law-understanding-concepts-and-tracking-innovations_9789264042032-en) (Consulté le 3 janvier 2023).

celle de savoir dans quelle mesure les actionnaires peuvent intenter une action en réparation du préjudice subi par la société, qui a évolué depuis l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire de la Barcelona Traction. <sup>1</sup>

La question du lien requis entre une personne morale cherchant à bénéficier d'une protection en vertu d'un accord d'investissement et l'État contractant peut varier d'un accord à l'autre. Toutefois, les accords bilatéraux d'investissement s'appuient généralement sur plusieurs critères pour établir la nationalité des personnes morales. Ces critères comprennent le lieu de constitution conformément à la législation du pays, le lieu d'incorporation ou le lieu où se trouve le siège social, le pays du siège ou le lieu d'administration et, parfois, le pays de contrôle. Pour être couverte par la plupart des accords d'investissement, une société doit satisfaire à au moins deux de ces critères. L'approche la plus couramment utilisée combine le lieu d'incorporation ou de constitution avec le siège, bien que l'on puisse également trouver des combinaisons d'incorporation ou de constitution avec le contrôle, ainsi que les trois critères. <sup>2</sup>

## **❑ SECTION 2 LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT UN INSTRUMENT JURIDIQUE HORS DU COMMUN**

Les contrats d'investissement sont un instrument juridique hors du commun qui joue un rôle crucial dans le domaine de l'investissement international. Ils servent de lien entre les investisseurs et l'État hôte, définissant les termes et conditions de l'investissement. Ces contrats peuvent inclure des clauses sur la protection des investissements, le règlement des différends, et bien d'autres aspects pertinents. Ils sont conçus pour fournir une sécurité juridique aux investisseurs tout en garantissant que l'État hôte bénéficie également de l'investissement. Cependant, ce qui rend ces contrats vraiment uniques, c'est leur capacité à s'adapter et à évoluer en fonction des besoins changeants des investisseurs et des États. Ils peuvent être modifiés ou renégociés pour répondre à de nouvelles circonstances ou défis, ce qui en fait un outil juridique flexible et dynamique dans le monde de l'investissement international.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 19.

Dans les sections suivantes, nous explorerons plus en détail les différentes facettes de ces contrats d'investissement.

#### ❑ §.1 La notion de « contrat d'État » <sup>1</sup>

La notion de « contrat d'État » est un concept juridique qui fait référence à un contrat conclu par l'État avec une personne privée étrangère pour une opération économique internationale. Cela peut souvent concerner un investissement, mais pas nécessairement.

Le « contrat d'État », un concept juridique essentiel dans le domaine de l'investissement international. Nous commencerons par définir le contrat d'État et examinerons ensuite la théorie de l'internationalisation. Nous passerons ensuite en revue les formes classiques et modernes des contrats d'État. Les formes classiques comprennent des contrats tels que les contrats de concession, tandis que les formes modernes englobent une variété de contrats, y compris mais sans s'y limiter, les contrats de partage de production (Production Sharing Agreements), les contrats de gestion, les contrats d'assistance technique, les contrats de service, et les contrats clés en main (Turnkey Contracts). Nous examinerons également les contrats de Coentreprise (Joint-Venture Agreements), les contrats de licence et de transfert de technologie, ainsi que divers types de contrats BOT (Build, Operate and Transfer) et leurs variantes. Enfin, nous aborderons le sujet des fusions et acquisitions (F&A), un aspect important du paysage des investissements internationaux. Chaque sujet sera abordé en détail pour fournir une

---

<sup>1</sup> Mostefa Trari-Tani Professeur à la faculté de droit, Université d'Oran, Algérie : « ...du fait de la libéralisation qui a touché la quasi-totalité du commerce extérieur des États, le nombre des contrats d'États a aujourd'hui beaucoup reculé dans la pratique. Ces contrats persistent, cependant, dans domaines liés à l'exercice par les États de leur souveraineté : achats d'armes, constructions d'ambassades, etc., ou bien conformément à leur vocation à servir l'intérêt général : emprunts publics auprès des institutions financières internationales, etc. Ils continuent d'exister davantage avec les pays qui ne peuvent pas, ou ne veulent pas, opérer leur mue dans le sens d'une ouverture franche au marché mondial. C'est à l'occasion de contrats conclus avec certains de ces pays que des mesures ont été prises, certes, par les Nations Unies, mais généralement sur instigation des États-Unis, pour des raisons de politique américaine. On peut citer dans ce sens les mesures d'embargo, de gel d'avoir et de boycott, prises en application des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies, telles que les résolutions nos 661-90, 670-90 et 687-91 à l'encontre de l'Irak, suite à l'invasion du Koweït le 2 août 1990, la résolution contre la Serbie et le Monténégro, et les résolutions n° 748 du 31 mars 1992 et n° 883 du 11 novembre 1993 contre la Libye. » in TRARI-TANI Mostefa, « L'ordre public transnational devant l'arbitre international », *Arab Law Q.*, 25, 2011, p. 11.

compréhension complète des différents aspects des contrats d'État dans le contexte des investissements internationaux.

#### □ A. La définition

Les contrats entre les États d'accueil et les investisseurs étrangers sont généralement qualifiés de « contrats d'État » définit cette notion comme un contrat conclu entre un État ou une entité d'un État et un ressortissant étranger ou une personne morale de nationalité étrangère. Cette définition générale comprend l'élément Transnational, mais ne tient pas compte d'autres éléments fondamentaux pour la détermination de la notion de « contrat d'État ». Une autre définition plus détaillée décrit un contrat d'État « comme un contrat conclu entre un État ou une entité étatique investie d'un contrôle monopolistique sur un secteur de l'économie d'un État et une entité étrangère entrant dans cet État avec l'intention d'établir une relation commerciale à long terme avec l'État ou l'entité étatique dans ce secteur économique ».

La relation d'investissement international met face-à-face l'État-hôte de l'investissement et l'investisseur, personne physique ou morale ressortissante d'un autre État. Dans ce type de rapports, non seulement l'arbitrage joue un rôle croissant, mais aussi, du fait de l'interprétation extensive de la notion d'investissement, les frontières sont de plus en plus floues entre l'arbitrage en matière d'investissement et l'arbitrage commercial international qui a déjà connu des situations similaires avec les « contrats d'État ». <sup>1</sup>

Une grande partie de l'investissement direct étranger dans les pays en développement passe par des contrats d'État. La CNUCED signale que les contrats d'État ont eu un impact significatif sur le processus d'investissement direct étranger, en particulier dans les pays en développement qui dépendent de l'exploitation des ressources naturelles pour leur développement économique. Souvent, l'accès au secteur pétrolier est limité aux entités étatiques, ou par le biais d'un accord contractuel avec l'entité étatique concernée. <sup>2</sup>

En plus des accords d'investissement, il est courant pour un investisseur étranger de conclure un contrat avec l'État hôte ou l'une de ses entités, sous la forme d'un contrat de

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>2</sup> CHAISSE Julien, CHOUKROUNE Leïla et JUSOH Sufian (dir.), *Handbook of International Investment Law and Policy* [en ligne], Springer Singapore, 2021, p. 400.

concession pour l'exploration ou l'extraction de ressources naturelles ou l'accès au marché national de l'énergie. Les contrats impliquant des transactions transfrontalières ont tendance à inclure des clauses d'arbitrage international, dont beaucoup contiennent un libellé indiquant que tous les types de litiges sont couverts par le champ d'application de la clause. Ces clauses peuvent prévoir un arbitrage CIRDI ou un arbitrage sous les auspices d'institutions administratives telles que la Cour permanente d'arbitrage (« CPA »), la Chambre de commerce internationale (« CCI »), le Centre international pour le règlement des différends (« CIRDI ») et l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (« SCC »), pour n'en citer que quelques-unes. Environ 16% des affaires CIRDI depuis 1966 ont été fondées sur des contrats entre l'État et l'investisseur.<sup>1</sup>

Traditionnellement, les États d'accueil ont insisté pour soumettre leurs contrats d'État avec les investisseurs étrangers à la sécurité connue de leur propre législation nationale, ne voulant pas renoncer au contrôle des investissements stratégiques sur leur territoire. Toutefois, cela exposait les investissements étrangers aux risques de nationalisation et d'ingérence gouvernementale indue, sans pour autant offrir une voie neutre et crédible pour résoudre les différends en matière d'investissement. Cela a rendu les investissements étrangers plus coûteux, en particulier dans les juridictions où les risques souverains sont traditionnellement élevés. Paradoxalement, ce sont ces juridictions qui ont le plus besoin d'investissements étrangers.<sup>2</sup>

Grâce à un processus de négociation intense, en particulier dans les cas où il n'existe pas d'accord d'investissement entre l'État investisseur et l'État d'accueil, les parties concernées se sont efforcées de remédier à l'absence de protection en soumettant les contrats d'État au droit international ou à des systèmes juridiques nationaux impartiaux. Pour ce faire, elles ont souvent opté pour la procédure délocalisée proposée par le CIRDI ou choisi une juridiction neutre comme siège du règlement des différends. Le phénomène qui implique un compromis négocié par un investisseur-État permettant à un investisseur étranger de soumettre le contrat d'État au droit international ou à un système juridique neutre est reconnu comme l'« internationalisation

---

<sup>1</sup> CHAISSE Julien, CHOUKROUNE Leïla et JUSOH Sufian (dir.), *Handbook of International Investment Law and Policy* [en ligne], Springer Singapore, 2021, p. 921.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 401.

des contrats d'État ». Le professeur Sornarajah a approfondi ce sujet à travers une série de travaux exhaustifs qui se sont ainsi imposés comme la première source de connaissances en la matière. Les contrats d'État ont généralement leur propre droit applicable, ainsi que leur propre mécanisme de résolution des litiges.<sup>1</sup> Un accord contractuel établi entre l'État et un particulier étranger pour une transaction économique internationale, impliquant généralement un investissement, mais pas exclusivement.<sup>2</sup>

Les contrats d'État prennent généralement la forme de contrats d'investissement ; il est toutefois essentiel de noter que tous les contrats d'investissement ne relèvent pas nécessairement des contrats de l'État. En outre, il convient de reconnaître que les contrats d'État peuvent également se manifester dans d'autres domaines, notamment les contrats de prêt internationaux<sup>3</sup> (l'article de Mann<sup>4</sup>, qui semble avoir inventé l'expression « contrats d'État », portait sur les emprunts internationaux). Il est bien établi qu'un contrat avec l'État n'est pas toujours considéré comme un contrat d'investissement, mais qu'il englobe tout accord entre l'État et toute autre partie telle que définie par le droit international. Ce paramètre juridique permet de différencier les contrats conclus par des entreprises étrangères avec l'État. Ces contrats peuvent s'inscrire dans le cadre juridique de l'État contractant, ce qui inclut les contrats administratifs ou les contrats de droit privé ordinaires, ou en dehors de ce cadre, ce que l'on appelle communément les contrats d'État.<sup>5</sup>

S'il était naguère possible de regarder le contrat d'État comme un monde clos, comme un instrument autonome définissant à lui seul tous les droits et obligations des parties (ce qui a conduit à la théorie du contrat sans loi), tel n'est plus le cas aujourd'hui, notamment pour le contrat d'investissement. La plupart du temps, celui-ci apparaît en effet comme un simple maillon d'une opération d'investissement plus ou moins complexe, comprenant des actes

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 409.

<sup>2</sup> Leben, Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements (Volume 302) », in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, p.212. [https://doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrdc\\_a9789004140219\\_02](https://doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_a9789004140219_02).

<sup>3</sup> Leben, Charles. *The Advancement of International Law. French Studies in International Law Ser.* Hart Publishing, 2010, p. 5 et s.

<sup>4</sup> F.A. Mann, « The Law Governing State Contracts », *British Yearbook of International Law*, 1944, p.11.

<sup>5</sup> *Ibid.*

juridiques de natures différentes- tant et si bien que les droits et obligations des cocontractants se trouvent définis non pas seulement dans l'instrument contractuel proprement dit, mais aussi dans des actes juridiques de natures diverses qui l'encadrent et le soutiennent. Dans la terminologie du droit administratif français, on dirait que le contrat n'est pas « détachable » de l'« opération » plus vaste qui le dépasse et dans laquelle il s'intègre. <sup>1</sup>, parmi les actes auxquels le contrat se rattache ainsi d'une manière indissociable figurent, à côté d'actes de caractère interne (telles les législations nationales relatives aux investissements), de accords internationaux, qui constituent le support de rapports internationaux dont le contrat lui-même n'est plus qu'une simple composante. <sup>2</sup>

En règle générale, le droit national du pays hôte était considéré comme applicable aux contrats de l'État. Cependant, une tendance significative est apparue dans les années 1950, notamment en ce qui concerne les contrats pétroliers, selon laquelle ces contrats étaient considérés comme faisant partie intégrante du processus d'« internationalisation » et considérés comme des « accords de développement économique », répondant à des normes juridiques internationales. Selon la perspective conventionnelle, le droit national de chaque pays hôte régit les conditions de validité d'un contrat d'État, y compris des questions telles que la capacité des parties et le processus de conclusion du contrat. Il est reconnu que, même dans des régimes soumis aux accords internationaux d'investissement, dans le cas où contrat, en vertu duquel un investissement étranger, est illégal et nul conformément au droit national, il ne reste aucun moyen d'invoquer un tel accord (AII) pour protéger l'investissement. <sup>3</sup>

Le concept d'internationalisation des contrats part du principe que les obligations contractuelles peuvent être situées dans un cadre externe. Ce cadre est généralement identifié comme le droit commercial international, les principes juridiques généraux, là *l'ex mercatoria* ou même le droit international. Il est suggéré que des clauses spécifiques puissent être utilisées pour internationaliser efficacement un contrat pour des objectifs particuliers, notamment ceux

---

<sup>1</sup> P. Weil, « *Droit international et contrats d'État* », in « *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter* », 1981. - 1 vol. (XXXII-582 p.- [1] f. de pl.). - ISBN 2-233-00091-9 ; p. 549-582

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Voir le rapport de la CNUCED sur les contrats d'État : [https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411_fr.pdf).



relatifs à la résiliation et à la résolution des différends.<sup>1</sup> Le principe est qu'un contrat ne peut être qualifié comme un contrat administratif que si une personne publique fait partie de celui-ci. Mais les contrats conclus avec une personne publique ne sont pas toujours des contrats administratifs.<sup>2</sup> Les contrats administratifs, donc, se reconnaissent à certaines caractéristiques particulières. Ils sont qualifiés soit par le critère organique (la présence d'une personne morale de nature publique), soit par l'existence d'une clause inégalitaire, soit par leur objet. Dans les régimes juridiques qui connaissent un tel type de contrat, tel que le régime juridique français, Algérien ou égyptien, l'État, sous certaines conditions, possède un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale plus étendu que s'il s'agissait de simples contrats de droit privé.

Le contrat d'État, étant ainsi perçu, dans une première approche, comme contrat entre un État et une personne privée, se pose immédiatement la question du contrat administratif. Cependant, pour une majorité de la doctrine, le contrat d'État n'est pas un contrat administratif et la notion a été inventée précisément pour rendre compte d'un type de relation contractuelle qui présente des traits qui lui sont propres. Sans entrer dans le détail des discussions, ce qui distingue essentiellement les deux types de contrats est que le contrat administratif se caractérise par la prééminence reconnue à la partie étatique, alors que les contrats dans lesquels la doctrine reconnaît des contrats d'État, sont marqués par le refus de cette prééminence ou, du moins, par son atténuation. La partie étatique ne bénéficie pas de privèges exorbitants, au contraire, des clauses contractuelles cherchent à assurer la l'égalité juridique entre l'État et la personne privée afin de mettre celle-ci à l'abri des revirements de celui-là. On peut citer parmi ces clauses les clauses compromissaires qui font échapper les différends éventuels aux tribunaux de l'État, les clauses de stabilisation qui font échapper le contrat aux changements de législation de la partie étatique, les clauses de droit applicable qui font échapper le contrat au droit de l'État cocontractant, et qui renvoient dans certains cas au droit international (sous une forme ou une autre) ou aux principes généraux de droit.

---

<sup>1</sup> Voir le rapport de la CNUCED sur les contrats d'État : [https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411_fr.pdf).

<sup>2</sup> René CHADUS, « Droit Administratif Général », Montchrestien, Tome 1, 13e édition, 1998, p. 522 et s

Les clauses que l'on vient de citer, comme typiques des contrats d'État, selon la doctrine, ne se rencontrent pas en fait dans tous les contrats conclus entre un État et des personnes privées étrangères. En particulier, on ne les rencontre pas dans les contrats commerciaux ordinaires comme les contrats de vente de marchandises. Certes ceux-ci peuvent comporter des clauses compromissaires mais les autres éléments spécifiques d'un contrat d'État, et tout spécialement, les clauses de stabilisation et de droit applicable renvoyant, sous une forme ou une autre, au droit international ou aux principes généraux de droit, sont absents. C'est pourquoi, une majorité d'auteurs excluent de la catégorie des contrats d'État les contrats commerciaux ordinaires conclus par les États. Cela ne signifie pas que ces contrats ne soulèvent aucune des questions que l'on rencontre dans les contrats d'État : les problèmes posés par les immunités souveraines des États, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de l'exécution des sentences arbitrales, sont les mêmes. Il n'en reste pas moins que ces contrats obéissent, plus ou moins, aux mêmes règles que des contrats commerciaux entre partenaires privés.

Cela rappelle également les efforts déployés par le passé par les pays en développement pour faire valoir que les contrats d'investissement étrangers sont soumis au droit public. L'argument selon lequel le contrat d'investissement étranger était un contrat administratif a été rejeté parce qu'il s'agissait d'une particularité du droit français, qui ne s'applique pas au droit anglais.<sup>1</sup>

#### ❑ C. La théorie de l'internationalisation

La théorie de l'internationalisation des contrats d'État trouve son ennemi juré dans la théorie des « contrats administratifs transnationaux ». Les concessions pétrolières étaient des contrats administratifs, qui permettent aux gouvernements de modifier ou de résilier unilatéralement les accords. L'application du droit administratif à une concession pétrolière a été débattue dans l'affaire Arabie Saoudite contre ARAMCO.<sup>2</sup> Le gouvernement de l'Arabie Saoudite s'est appuyé sur le droit administratif français pour affirmer qu'il avait le droit de modifier une concession pétrolière par des règlements administratifs. Le tribunal a rejeté cette approche car il n'y avait aucune raison d'appliquer le droit français à un litige entre une société

---

<sup>1</sup> M. SORNARAJAH, *Resistance and change in the international law on foreign investment*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015, p. 51.

<sup>2</sup> Saudi Arabia v Arabian American Oil Co (ARAMCO), Decision (23 August 1958) (1963) 27 ILR 117.

américaine et le gouvernement de l'Arabie saoudite. En outre, le tribunal a fait valoir qu'une concession pétrolière n'est pas une concession de service public puisque le public n'est pas un client du concessionnaire et que la concession n'implique aucun usager ni aucune redevance payée par le public. <sup>1</sup>

Ce même argument a été soulevé par la Libye dans l'affaire qui a donné lieu à la sentence Texaco. Cependant, comme il a été noté précédemment, l'arbitre a refusé d'accepter les arguments du Gouvernement libyen et a élaboré les fondements de la théorie de l'internationalisation. Néanmoins, l'arbitre s'est penché sur les arguments soulevés par le gouvernement libyen et a refusé d'appliquer le droit administratif pour les motifs suivants : (i) La concession ne répondait pas aux exigences du droit libyen en matière de contrat administratif en raison d'une clause de stabilisation convenue. (ii) La clause de stabilisation privait l'autorité publique du pouvoir de modifier ou d'abroger unilatéralement le contrat. (iii) Les contrats administratifs ne sont pas largement et fermement reconnus dans les principaux systèmes juridiques du monde au point d'être qualifiés de principe général du droit et, par conséquent, ils ne relevaient pas de la clause de droit applicable de la concession appliquant les principes communs au droit libyen et au droit international. <sup>2</sup>

Ce dernier argument mérite d'être développé. L'arbitre Dupuy a conclu que le contenu et la nature des contrats administratifs <sup>3</sup> ne devaient pas être considérés comme des principes généraux de droit. Toutefois, il n'a pas procédé à une analyse approfondie du contenu et de la nature de ces contrats, ni des principes de droit public qui peuvent inspirer les contrats administratifs et qui pourraient être considérés comme des principes reconnus par le droit international. <sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Caron, D. D., Schill, S. W., Smutny, A. C. and Triantafilou, E. E. *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p.91.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Dans le cadre des contrats administratifs, les autorités publiques sont habilitées à modifier les droits et obligations de la partie privée, voire à résilier le contrat lorsque les intérêts essentiels de l'État l'exigent. Ces pouvoirs sont conférés par la loi, voire par la Constitution, au pouvoir administratif, et il est donc discutable qu'un dispositif contractuel puisse l'emporter sur ces dispositions.

<sup>4</sup> Caron, D. D., Schill, S. W., Smutny, A. C. and Triantafilou, E. E, *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, op. cit.

Néanmoins, le tribunal dans l'affaire AMINOIL <sup>1</sup>a examiné attentivement le contenu des contrats administratifs et a déterminé que ces accords étaient régis par deux règles spéciales : (i) L'autorité publique est habilitée à modifier les obligations assumées par les parties privées, mais n'est pas autorisée à modifier les clauses financières du contrat ni à perturber l'équilibre général des droits et obligations des parties (« équilibre économique des contrats d'État »). (ii) L'autorité publique peut résilier le contrat lorsque des nécessités essentielles concernant l'État l'exigent. <sup>2</sup>

En vertu du principe de l'équilibre économique des contrats d'État, les parties ont le droit de maintenir, pendant l'exécution du contrat, l'équilibre financier et économique initial. Ceci a pour but de préserver l'équilibre des droits et des obligations des parties contractantes, tels que ces droits et obligations ont été établis au départ. Lorsque le contrat devient plus lourd pour l'une des parties, celle-ci est en droit de demander la révision des clauses économiques et financières afin de rétablir l'équilibre initial. Ainsi, les tribunaux internationaux ont considéré que le principe de l'équilibre économique des contrats d'État est une règle limitée aux contrats administratifs. <sup>3</sup>

En outre, le tribunal dans l'affaire Aminoil a estimé que la théorie des contrats administratifs transnationaux ne pouvait pas justifier une expropriation. Cette théorie est inconnue du droit international et ne peut donc pas être considérée comme un principe de droit commun au droit libyen et au droit international. Le tribunal a également observé que le pouvoir du gouvernement de prendre des mesures pour modifier un contrat dans le cadre du droit administratif français (« facultés exceptionnelles ») est prévu, de manière tacite, par les parties contractantes. <sup>4</sup>

Les décisions des tribunaux internationaux n'ont pas reconnu que le principe de l'équilibre économique des contrats d'État existe au-delà du droit administratif. Depuis que les

---

<sup>1</sup> Government of the State of Kuwait v American Independent Oil Co (AMINOIL), Ad-Hoc-Award (24 March 1982) (1982) 21 ILM 976, 1036

<sup>2</sup> *Ibid.* p.91

<sup>3</sup> Caron, D. D., Schill, S. W., Smutny, A. C. and Triantafilou, E. E, Practising Virtue: Inside International Arbitration, op. cit., p.93.

<sup>4</sup> *Ibid.* p.93.

tribunaux français ont développé ce principe dans l'arrêt *Cie. Générale Française des Tramways* en 1910, les tribunaux français ont développé ce principe, mais il n'a pas été soutenu en dehors des systèmes de droit administratif nationaux. Bien que le principe soit reconnu en Espagne, en Argentine, au Brésil, en Colombie et dans la plupart des autres pays de droit civil, les décisions internationales n'ont pas abordé ses effets en tant qu'institution juridique indépendante d'un système de droit interne donné.

Par conséquent, le principe de l'équilibre économique des contrats d'État est lié au devenir des systèmes nationaux de droit administratif. Cependant, il existe d'autres institutions juridiques en dehors du domaine du droit administratif qui garantissent la prévisibilité et la stabilité des compromis contractuels de l'État.

À cet égard, les décisions des tribunaux internationaux ont analysé l'équilibre des contrats à travers le prisme des clauses de stabilisation. La clause de stabilisation - qui est apparue dans les contrats pétroliers - est un dispositif contractuel mis au point pour isoler un contrat des changements dans la législation qui l'entoure. Il s'agit essentiellement d'une clause utilisée dans les contrats d'État à long terme vulnérables au risque politique ou réglementaire. Ce dispositif contractuel vise à refuser l'effet rétroactif d'une nouvelle législation sur les contrats d'État existants et à affirmer le respect des droits acquis en vertu de ces accords ou d'une législation antérieure.

En ce qui concerne le droit international, les clauses de stabilisation ont été considérées comme un dispositif utilisé pour l'internationalisation des contrats d'État. Ainsi, les contrats contenant une clause de stabilisation ont un caractère international et, par conséquent, les obligations prévues dans ces contrats deviennent des obligations juridiques internationales.<sup>1</sup>

De nombreux contrats d'investissement - également appelés concessions, contrats d'État ou contrats de gouvernement d'accueil - conclus entre un gouvernement d'accueil et un investisseur étranger dans le cadre de projets d'infrastructure contiennent une clause de stabilisation qui vise à protéger les investisseurs étrangers de toute modification du régime

---

<sup>1</sup> Caron, D. D., Schill, S. W., Smutny, A. C. and Triantafylou, E. E., *Practising Virtue : Inside International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p.94.

juridique du pays d'accueil après la réalisation de l'investissement.<sup>1</sup> Les contrats d'investissement, en particulier ceux relatifs aux projets d'infrastructure, offrent souvent aux investisseurs des niveaux de protection bien plus élevés que les contrats commerciaux classiques, puisqu'ils les mettent à l'abri des futures réformes de la législation nationale du pays d'accueil.<sup>2</sup>

Au moins théoriquement, le seuil le plus élevé est celui posé par l'exception d'ordre public de l'État du for, correctement appliquée. La littérature internationale a développé un consensus, qui se reflète dans de nombreuses codifications récentes, selon lequel une application correcte de cette exception doit se fonder sur les éléments suivants :

- (1) L'ordre public, dans ce contexte, envisage une politique publique solidement ancrée. Certaines codifications expriment cette notion en se référant aux « principes fondamentaux », aux « valeurs fondamentales », aux « principes de base de l'organisation sociale fixés par la Constitution » ou aux « principes du système social et gouvernemental de [l'État du for] et de son droit, dont le respect doit être exigé sans exception ».
- (2) Dans ce contexte, l'ordre public fait référence à l'ordre public « international » ou « externe » plutôt qu'à l'ordre public « interne » du forum. L'idée est que les contrats multiétatiques ont droit à un traitement plus tolérant que les contrats nationaux. Les codes du Pérou, du Portugal et de l'Uruguay expriment ce concept en se référant spécifiquement à l'ordre public « international » de l'État du for, le code québécois se réfère à l'ordre public « au sens des relations internationales », et les codes tunisien et roumain se réfèrent à l'ordre public « au sens du droit international privé ».

Les accords bilatéraux en matière d'investissement peuvent être conclus soit entre l'investisseur et l'État d'accueil, soit entre deux États. Les premiers sont appelés « contrats investisseur-État ». Ces contrats ne se limitent pas aux questions de protection des

---

<sup>1</sup> Subedi, S. P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, 2008., p141.

<sup>2</sup> *Ibid.* p.171.

investissements, mais comportent généralement des clauses sur ces questions. Il est évident que tous les contrats entre investisseurs et États ne sont pas considérés comme faisant partie du droit international. Cependant, par l'utilisation de clauses de choix de la loi et de stabilisation, on a tenté d'« internationaliser » les contrats investisseur-État. La question de savoir si une internationalisation des contrats investisseur-État est réellement possible en vertu du droit international n'est pas encore résolue. <sup>1</sup>

Les investissements directs étrangers <sup>2</sup> sont juridiquement protégés au niveau national (domestique) et au niveau international. La protection de l'IDE en droit international comprend le droit international coutumier, les traités multilatéraux et les accords bilatéraux. Les accords bilatéraux peuvent être conclus directement entre un investisseur et un État (contrats investisseur-État) et entre deux États (par exemple par le biais de traités bilatéraux d'investissement, ABI). La multitude d'instruments et de traités relatifs à la protection des IDE est remarquable. <sup>3</sup>

#### □ D. Les formes classiques et modernes des contrats d'État

Les contrats d'État sont des contrats qui sont principalement définis par la nature juridique des parties impliquées et l'objet du contrat. Dans le contexte des contrats entre les États d'accueil et les investisseurs étrangers, des développements importants ont eu lieu au cours des dernières décennies en ce qui concerne les caractéristiques de ces contrats.

#### □ I. Les formes classiques

Le principe fondamental des contrats d'État traditionnels consistait à donner à l'investisseur étranger le droit d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles. L'entreprise étrangère se voyait accorder le droit exclusif de le faire sans aucune interférence de la part du pays d'accueil. Les contrats typiques de cette époque étaient ce que l'on appelle les concessions. Bien qu'il ait été développé dans le secteur pétrolier, le même type de contrat a été appliqué dans tous les domaines des ressources naturelles. La forme classique des concessions attribuait

---

<sup>1</sup> Sasse, J. P., *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, 2011, p. 45.

<sup>2</sup> « un résumé concis mais raisonnablement complet du cadre juridique international de l'investissement étranger, parce qu'il y a tellement de règles internationales qui ont un impact évident sur l'investissement étranger, couvrant des domaines tels que la fiscalité, la propriété intellectuelle, le commerce des services, l'antitrust, les relations de travail et la responsabilité sociale des entreprises ».

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 45.

à l'entreprise étrangère un territoire généralement immense dans lequel l'exploitation des ressources naturelles était laissée à l'entière discrétion de l'entreprise. Il n'existait pas d'obligations contractuelles d'exploiter dans certains délais ou d'exploiter d'une certaine manière.

La propriété de la matière exploitée revenait à la société étrangère directement par le biais de l'exploitation. Ces contrats avaient souvent une durée pouvant aller jusqu'à cent ans. De plus, la société étrangère assumait des fonctions quasi souveraines dans la zone concédée, par exemple la mise en place et l'entretien d'une infrastructure, la construction d'hôpitaux et d'écoles ou la construction et l'administration de ports. De toute évidence, le rôle de l'entreprise étrangère correspondait à celui d'un État hôte dans le domaine duquel le pays d'accueil avait pratiquement délégué sa souveraineté. En contrepartie, l'entreprise étrangère devait des redevances au pays d'accueil qui étaient fixées de manière absolue ou en fonction de la quantité de ressources extraites.

La concession des gisements d'or d'Ashanti, conclue au Ghana, est un exemple de contrat de prospection minière d'une durée de 100 ans à compter de la date de signature de ce contrat. Les mines de rubis du Myanmar (Birmanie) ont fait l'objet de concessions similaires. Des contrats similaires ont été conclus dans l'ensemble du monde en développement. Ils ont été conclus dans un contexte de pouvoir de négociation déséquilibré, les dirigeants des États n'ayant pas le pouvoir de résister aux conditions qui leur étaient imposées ou n'ayant pas l'expertise ou le désir de négocier pour obtenir de meilleures conditions. Les habitants de l'État étaient rarement les bénéficiaires de ces transactions. <sup>1</sup>

Les contrats de concession n'ont pas été limités au secteur pétrolier, mais ont également été utilisés dans d'autres secteurs des ressources minérales. <sup>2</sup>

La validité de tels contrats conclus sous la contrainte ou avec des gouvernements non représentatifs est douteuse dans le droit international moderne. <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> M. SORNARAJAH, « The International Law on Foreign Investment, THIRD EDITION », s.d., p. 39.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*



## □ II. Les formes modernes

La montée en puissance des États indépendants et la redistribution du pouvoir international qui s'en est suivie ont conduit à l'émergence de 26 nouvelles formes d'accords d'investissement étranger. Cette évolution est due à la sophistication croissante des gouvernements des États hôtes et de leurs juristes, ainsi qu'à une prise de conscience de l'importance économique des ressources naturelles. Le changement de pouvoir est devenu particulièrement évident après la crise pétrolière de 1973, qui a révélé la dépendance des grandes puissances à l'égard des pays exportateurs de pétrole. Ces nouveaux types de contrats présentent plusieurs caractéristiques communes : des réglementations plus diversifiées et plus spécifiques, un éventail plus large d'opérations économiques couvertes et un équilibre contractuel plus équilibré. Pour l'essentiel, ces contrats accordent désormais la propriété des ressources naturelles et le contrôle des opérations soit à l'État d'accueil, soit à un ressortissant de l'État d'accueil. En outre, les parties concernées ont changé, les contrats étant de plus en plus souvent conclus avec des entités infra-étatiques ou des agences gouvernementales, plutôt qu'exclusivement avec le gouvernement. En conséquence, les contrats d'État modernes peuvent être classés en plusieurs catégories de base. <sup>1</sup>

### □ a. Les contrats de concession modernes

Bien que les éléments essentiels restent les mêmes - l'État hôte transfère les droits d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles et reçoit un paiement déterminé - l'équilibre contractuel est beaucoup plus équilibré. Le contrôle gouvernemental sur les activités de la société s'est renforcé et peut même prendre la forme d'une imposition directe. La propriété des matières extraites reste en grande partie entre les mains de l'État hôte. Les délais convenus sont plus courts, le territoire cédé est plus petit et les revenus de l'État d'accueil sont plus importants et diversifiés. Les redevances traditionnelles sont remplacées par un système de taxes, de partage de la production et de droits de concession dépendant des revenus. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> J.O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, BRILL, December 10, 2010, p.20.

<sup>2</sup> *Ibid.*

□ **b. Les contrats de partage de production (Production Sharing Agreements)**

Le contrat de partage de la production (CPP) est principalement utilisé dans l'industrie pétrolière et peut être considéré comme un successeur légitime des contrats de concession traditionnels. Ces contrats reposent sur l'idée que la société étrangère qui entreprend des activités d'exploration et d'exploitation sera récompensée, mais qu'en fin de compte, le contrôle des ressources sera transféré à l'État hôte. Cette approche reflète la capacité croissante des pays en développement à affirmer leur souveraineté sur leurs ressources naturelles. Le processus de ces contrats consiste généralement à attribuer un champ pétrolifère potentiel à l'entreprise étrangère, qui mène alors des activités d'exploration et d'exploitation à ses propres risques. Le droit d'exploitation est accordé jusqu'à ce que les coûts d'exploration soient récupérés, après quoi un pourcentage décroissant des bénéfices est attribué à l'entreprise. Enfin, à l'expiration de la période convenue, l'État hôte prend le contrôle total de l'exploitation et de l'acquisition des ressources. <sup>1</sup>

□ **c. Les contrats de gestion/Contrats d'assistance technique/Contrats de service**

Ce type de contrat, communément appelé contrat de service, se caractérise par le manque d'expertise ou de compétences de la partie nationale pour gérer efficacement le projet une fois qu'il est achevé. Dans ce type d'accord, la propriété du projet revient généralement à la partie nationale, mais l'entreprise étrangère conserve le contrôle opérationnel. Il est important de noter que l'entreprise étrangère ne détient aucun droit de concession, mais agit plutôt comme un entrepreneur engagé. Pour l'essentiel, ces contrats exigent de l'entrepreneur étranger qu'il livre toute la production à l'État ou à une agence d'État. Le remboursement de l'entreprise peut prendre la forme d'une ressource naturelle découverte ou d'un paiement monétaire. Il convient de mentionner que les contrats de service sont désormais utilisés non seulement dans le secteur des ressources naturelles, mais aussi dans celui de l'énergie. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Ibid.* p.21.

<sup>2</sup> *Ibid.* p.22.

□ **d. Les contrats clés en main (Turnkey Contracts)**

Le contrat clé en main est un accord juridique qui régit la production d'une installation par une entreprise étrangère. En général, ces contrats sont associés à de grands projets pour lesquels le pays d'accueil manque d'expertise. Selon les termes du contrat, l'entreprise étrangère est responsable de la gestion indépendante de l'ensemble du processus de construction jusqu'à ce que l'installation soit entièrement construite et opérationnelle. Il est courant qu'un accord d'assistance technique soit conclu à l'issue de la construction, en remplacement du contrat clé en main. Le paiement peut être effectué sous la forme d'une participation à la production. <sup>1</sup>

□ **e. Les contrats de Coentreprise (Joint-Venture Agreements)**

Une entreprise commune est une association de personnes ou d'entités qui entreprennent conjointement une transaction particulière en vue d'un profit mutuel. Une société de personnes est définie comme l'association de deux personnes ou plus en vue d'exploiter, en tant que copropriétaires, une entreprise à des fins lucratives. Elle peut être structurée comme une société de personnes ou, ce qui est de plus en plus courant, comme une société à responsabilité limitée (SARL). Une société de personnes est considérée comme une entité transparente et n'est donc pas soumise à l'impôt ; les associés sont redevables de l'impôt sur le revenu à titre individuel. Les différents éléments de revenu, de gain, de perte, de déduction et de crédit de la société de personnes sont transmis aux associés individuels et figurent sur leur déclaration d'impôt sur le revenu. <sup>2</sup>

□ **f. Les contrats de licence et de transfert de technologie**

Ce type d'accord régit le transfert de technologies dans le pays d'accueil par le biais de permissions accordées par les détenteurs de droits protégés pour leur exploitation. Bien que ces contrats soient régulièrement de simples accords auxiliaires, ils peuvent également exister de manière indépendante. <sup>3</sup>

□ **g. Les BOT (Build, Operate and Transfer)**

Le BOT (Build, Operate, Transfer) est un mécanisme de financement de projet dans lequel le gouvernement d'un État accorde un projet spécifique à des investisseurs qui sont

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Sanders, M.I., *Joint Ventures Involving Tax-Exempt Organizations*, John Wiley & Sons, 2013, p.2.

<sup>3</sup> J.O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, *op. cit.* p.23.

autorisés à l'exploiter et à le gérer pendant une certaine période. Le projet est ensuite transféré au gouvernement à titre gratuit ou convenu à l'avance lors des négociations. Le BOT est également décrit comme un accord contractuel dans le cadre duquel le secteur privé construit une installation de base dans l'État, y compris la conception, le financement et l'exploitation du processus de construction. <sup>1</sup>

Les projets BOT sont souvent financés par le secteur privé et restent la propriété du gouvernement, qui habilite le promoteur du projet à obtenir un retour sur investissement et à lui restituer le projet à la fin de la période de concession. Il peut également s'agir d'une mission confiée par le gouvernement ou une société administrative à une autre société contractante en vue de créer un service public, la gestion étant toujours la tâche principale de la société. <sup>2</sup> Le contrat BOT est conclu exclusivement par le gouvernement et la société assignée, cette dernière sous-traitant avec des entrepreneurs. La fonction du contrat BOT est de financer des projets coûteux, de réduire les dépenses et les charges pour le gouvernement, de diviser les risques entre les parties et d'utiliser la coopération et le travail d'équipe pour une gestion efficace.

Le système BOT (Building Owners'), né aux États-Unis pendant la révolution industrielle, a beaucoup évolué en Europe, notamment en Grande-Bretagne, où les entrepreneurs ont joué un rôle crucial dans les programmes d'infrastructure. La première phase de « l'économie libre » a commencé au XIXe siècle, avec de petits projets financés par des individus et des institutions familiales sans l'aide financière des banques. La deuxième phase a commencé au milieu du XIXe siècle et a duré jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, lorsque les gouvernements ont nationalisé les projets d'infrastructure et fourni des services de base au public moyennant des redevances spécifiques pour les ressources économiques de l'État. Au cours de cette période, le contrat BOT est devenu une méthode pratique pour mettre en œuvre des programmes de réforme économique et acquérir des projets sans emprunter ni augmenter les dépenses publiques. Le gouvernement américain applique toujours le système BOT pour développer les infrastructures, en particulier les routes et les ponts, et a vu des exemples de

---

<sup>1</sup> A.M. NOOR, S.M. YUNUS et M.N. HARON, « Build, Operate and Transfer (bot) Contract and Its Models from a Sharī'ah Perspective », *Arab Law Quarterly*, novembre 2014, vol. 28, n° 4, pp. 366-391.

<sup>2</sup> *Ibid.*

réussite tels que le projet de tunnel sous-marin reliant l'Angleterre et la France, les projets d'approvisionnement en eau potable en Malaisie, en Chine et en Afrique, et l'utilisation du contrat par le gouvernement mexicain pour les installations publiques et le développement de l'économie.<sup>1</sup>

□ **i. Autres contrats (modèles) similaires à contrat BOT**

□ **1. Les contrats BOOT (Build, Own, Operate and Transfer)**

Le contrat BOOT (Build, Own, Ownership, Operate and Transfer) est un contrat dans lequel le gouvernement accorde la propriété à une société de projet pendant une période de concession. La société chargée du projet est responsable du financement, de la construction, de l'investissement, de l'exploitation et de l'entretien. Le gouvernement perçoit des bénéfices provenant des redevances de service public, qui sont convenues à l'avance avec la société de projet. Le reste des recettes est utilisé pour réaliser des bénéfices. À la fin de la période de concession, la propriété et l'exploitation reviennent au gouvernement. Contrairement au BOOT, la société chargée du projet dans le cadre du BOT n'est pas propriétaire du projet, de l'équipement, des machines, des dispositifs ou du terrain, mais plutôt le droit de les exploiter.<sup>2</sup>

Le BOT est une combinaison d'un contrat clé en main et d'un accord de gestion. Ces contrats sont souvent cités en exemple comme de nouvelles formes d'investissement. Cependant, la question de savoir si le BOT est un investissement ou non ne doit pas être considérée dans l'abstrait mais à la lumière des différents mécanismes conçus pour protéger les investissements. Chaque système a ses propres critères de qualification et c'est au regard des exigences de chaque système que la qualification doit être faite. La question de la qualification des BOT n'a d'intérêt que dans la mesure où elle a des conséquences juridiques et donne lieu à un régime propre. Les accords de protection des investissements, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, fournissent un cadre favorable aux investissements étrangers en offrant des garanties de fond et de procédure. Ces garanties comprennent le traitement juste et équitable, la non-discrimination, l'interdiction de l'expropriation et des mesures d'effet équivalent, ainsi

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

que la liberté des transferts. Une innovation clé de ces accords est l'établissement d'un arbitrage unilatéral transnational pour résoudre les différends liés aux investissements.<sup>1</sup>

□ **2. Les contrats BOO (Build, Own and Operate)**

Le contrat BOO (Build, Own and Operate) est une forme de privatisation qui implique la construction, la gestion et la propriété d'un projet. Il diffère des contrats précédents en termes de transfert de propriété. La société chargée du projet n'est pas tenue de transférer la propriété au gouvernement à la fin de la période définie, mais la propriété est transférée aux actionnaires de la société. La décision de la société de vendre le projet au gouvernement est facultative. Le contrat BOO engage le gouvernement et les investisseurs dans un accord permettant à l'entreprise de posséder et de contrôler le projet à un moment donné. L'État rémunère les capitaux propres du propriétaire sur la base de l'évaluation des actifs et des passifs du projet à la fin de la période définie. Le contrat BOO n'est pas reconnu par le gouvernement, sauf dans certains cas.

□ **3. Les contrats BLT (Build, Lease and Transfer)<sup>2</sup>**

Le nom du contrat BLT est un acronyme des termes « construction », « location » et « transfert ». Dans le cadre de ce contrat, un maître d'ouvrage ou une société chargée du projet conçoit et construit un projet, qui concerne souvent des bâtiments gouvernementaux ou des installations publiques comme des aéroports, des ports ou des centrales électriques. Une fois la construction terminée, le projet est loué au gouvernement pour une durée et un montant déterminé afin de récupérer le coût de la construction. À la fin de la période de location, la propriété du projet est transférée au gouvernement et devient sa propriété exclusive.

□ **4. Les contrats BTO (Build, Transfer and Operate)**

Le contrat de construction, de transfert et d'exploitation (BTO) exprime les termes de construction, de transfert de propriété et d'exploitation d'un projet. Au sens strict, il s'agit d'un contrat entre un gouvernement et une entreprise privée ou un investisseur pour la construction

---

<sup>1</sup> BEN HAMIDA (W.), « les contrats BOT à l'heure du Droit international des investissements », Martinus Nijhoff, s.l, 2007, p.294.

<sup>2</sup> « La propriété du terrain et du projet n'est pas du tout retirée au gouvernement puisqu'elle est initialement attribuée à l'État depuis le début du projet jusqu'à la fin de celui-ci. Le maître d'ouvrage n'a pas le droit de contrôler, d'exploiter ou d'obtenir quelque chose en échange du projet. Ceci est dû au fait que l'Etat ne souhaite pas entrer dans la société chargée du projet en relation directe avec les utilisateurs publics et que la pratique des maîtres d'ouvrage consiste à louer le droit d'exploiter le projet. »

d'un projet ou d'un service public. Une fois achevé, le projet est transféré au gouvernement qui l'exploite et le gère à des fins lucratives. En d'autres termes, une entreprise privée construit une installation conformément aux spécifications convenues par l'organisme public ou le gouvernement, puis transfère l'installation au gouvernement. Le gouvernement peut alors assumer la responsabilité de l'exploitation de l'installation. Par conséquent, les modèles BTO et BOT sont similaires, sauf que le transfert au propriétaire public a lieu une fois la construction achevée et non à la fin de la période de concession comme dans le contrat BOT.

□ **5. Les contrats DBFO (Design, Build, Finance and Operate)**

Le contrat DBFO est un contrat dans lequel une société chargée du projet est responsable de la conception, de la construction, de la gestion et du financement du projet. Le gouvernement ou l'État aide généralement les investisseurs à trouver des financements auprès de banques locales ou internationales. La société chargée du projet exploite le projet conformément aux règles et réglementations gouvernementales. Ce contrat n'est souvent appliqué que lorsque les projets nécessitent un financement substantiel dépassant le budget de l'État. Les contrats DBFO et BOT sont similaires, à l'exception de l'obligation de financer la réalisation des travaux pendant l'exploitation.

□ **6. Les contrats MOOT (Modernize, Own, Operate and Transfer)**

Le contrat MOOT correspond aux termes « Moderniser », « Posséder », « Exploiter » et « Transférer ». Il s'agit d'un accord contractuel entre une agence publique fédérale, étatique ou locale et une entité du secteur privé. Dans le cadre de cet accord, le secteur privé développe ou modernise un projet ou une installation déjà existante, plutôt que de construire un projet à partir de zéro. Les obligations de l'entreprise sont ainsi réduites puisque l'accent est mis uniquement sur la modernisation et le développement pendant une période définie. Pendant cette période, l'entreprise perçoit des bénéfices qui lui permettent de payer les coûts d'exploitation. Le contrat MOOT est similaire au contrat BOT, à l'exception de l'aspect de la modernisation d'un projet existant, qui n'est pas inclus dans le contrat BOT. Dans la structure BOT, le gouvernement exige que l'entreprise construise ou améliore un projet qui n'existe pas encore.

□ **7. Les contrats BOR (Build, Operate and Renewal)**

Le contrat de « construction », « exploitation » et « renouvellement » (BOR) est un accord conclu entre deux parties, le gouvernement et la société chargée du projet ou l'investisseur. Dans le cadre de ce contrat, l'investisseur se charge de la construction et de l'exploitation d'un projet pour une période déterminée. Il en résulte souvent un maintien des avantages, une augmentation du nombre de personnes s'occupant du projet ainsi que des redevances perçues lors du renouvellement de la concession, ce qui permet à l'entreprise de prolonger la période convenue.

□ **8. Les contrats LROT (Lease, Renewal, Operate and Transfer)**

Le contrat LROT est un acronyme pour les termes « location », « renouvellement », « exploitation » et « transfert ». Il s'agit d'un partenariat utilisé lorsqu'un gouvernement est déjà propriétaire d'une installation qui doit être modernisée. Le partenaire privé paie un loyer au gouvernement et accepte de rénover l'installation. En échange, le partenaire du secteur privé obtient une concession pour exploiter l'installation pendant une période déterminée et percevoir une redevance pour les services rendus. Il est à noter que le secteur privé n'est propriétaire de l'installation à aucun moment, mais qu'il a le droit de la rénover et de l'exploiter jusqu'à la fin de la période de concession.

□ **9. Les contrats BFT (Build, Finance and Transfer)**

Un contrat de construction, de financement et de transfert (BFT) est un modèle dans lequel un secteur privé ou un investisseur construit et finance un projet de manière indépendante, le gouvernement effectuant des paiements échelonnés avant que l'installation ne soit transférée. Ce modèle peut ne pas servir à lever des fonds auprès du secteur privé et à effectuer des paiements à partir des recettes du projet, car le gouvernement supporte les coûts sans tenir compte des bénéfices générés. Il ressemble aux marchés publics ordinaires, où les paiements sont effectués sur une base différée. L'incertitude liée à l'obtention d'un bénéfice autogénéré peut entraîner des coûts supplémentaires pour le gouvernement. En outre, il se peut que le gouvernement ne reçoive rien en retour, comme un loyer pour le site de construction.

□ **10. Les contrats LTT (Lease, Training and Transfer)**

Le contrat LTT est un programme du secteur privé dans le cadre duquel le secteur privé finance un projet d'installation ou d'infrastructure, assure la formation du personnel et loue le



projet au gouvernement pour une période déterminée avant de le transférer au secteur public. Ce contrat diffère du contrat BOT, car la société chargée du projet est propriétaire du projet, le loue au gouvernement, puis le lui transfère à nouveau, contrairement au contrat BOT où le gouvernement est propriétaire du projet.

□ **11. Les contrats BT (Build and Transfer)**

Le contrat de construction et de transfert est une structure de financement dans laquelle le gouvernement et le secteur privé collaborent à la construction d'un projet d'infrastructure. Il implique l'expansion, la mise à niveau et la modernisation d'un projet existant. Après la construction, le projet est transféré au gouvernement, qui demande aux investisseurs de mettre en œuvre un autre projet afin de récupérer leur capital d'investissement et de réaliser des bénéfices. Ce contrat diffère du contrat (BOT) car il n'exige pas d'engagement d'exploitation de la part du secteur privé. Le gouvernement finance la construction afin de récupérer les dépenses et de réaliser des bénéfices. Comme le contrat BOT.

□ **j. Fusions et acquisitions (F&A)**

Les fusions et acquisitions (F&A) désignent la fusion d'entreprises ou de leurs principaux actifs par le biais de transactions financières entre entreprises.<sup>1</sup> Les fusions et les acquisitions sont similaires mais présentent quelques différences majeures. Les fusions combinent deux entreprises distinctes en une seule nouvelle entité juridique, tandis que les acquisitions n'entraînent pas la création d'une nouvelle entreprise. Au contraire, l'entreprise achetée est entièrement absorbée par l'entreprise acquéreuse.<sup>2</sup> Les opérations de fusion et d'acquisition varient en termes de complexité et de sophistication de l'opération juridique mise en œuvre pour les réaliser. Les fusions-acquisitions sont également utilisées dans un grand nombre de secteurs pour permettre une croissance stratégique des entreprises.<sup>3</sup> Les fusions et

---

<sup>1</sup> ADAM HAYES, « Types of Mergers and Acquisitions, Investopedia », March 25 2023, disponible sur [Mergers and Acquisitions \(M&A\): Types, Structures, Valuations \(investopedia.com\)](https://www.investopedia.com/terms/m/mergers-and-acquisitions-types-structures-valuations/)

<sup>2</sup> « Merge and acquire businesses », US Small Business Administration, May 26, 2023, disponible sur : [Merge and acquire businesses | U.S. Small Business Administration \(sba.gov\)](https://www.sba.gov/mergers-and-acquire-businesses)

<sup>3</sup> «mergers & acquisitions», LII Legal information Institute, Cornell Law School, July of 202, disponible sur : [mergers & acquisitions | Wex | US Law | LII / Legal Information Institute \(cornell.edu\)](https://www.lii.org/us/law/cornell/law-library/mergers-acquisitions)

acquisitions sont devenues une forme majeure d'investissement international et sont appelées à devenir la forme la plus importante d'investissement étranger. <sup>1</sup>

#### ❑ **§.2 Les M.P.I (Marchés publics internationaux)**

Les marchés publics internationaux (M.P.I) sont des contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur public et une entreprise privée pour répondre à des besoins en matière de travaux, fournitures ou services. Ces acquisitions se font majoritairement par voie d'appels d'offres.

Ces marchés sont souvent financés par une banque de développement comme la Banque mondiale, la Banque africaine de développement, l'Union européenne, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), la Banque européenne d'investissement (BEI), l'Agence française de développement, la Banque asiatique de développement, l'Agence japonaise de coopération internationale JICA, etc. Les M.P.I présentent de nombreux avantages pour une entreprise, un cabinet d'ingénierie, un consultant, car ils constituent un des vecteurs de développement à l'international. Ils offrent des volumes d'achats importants et réguliers, des paiements garantis et sécurisés en cas de financement par les bailleurs de fonds, et permettent d'accéder à de nouveaux marchés.

Après avoir définie les M.P.I (A), Nous explorerons plus en détail les différents aspects des M.P.I dans le contexte des investissements internationaux (B), les dispositions relatives au marché publics dans les accords d'investissement (C) et 'arbitrabilité des litiges nés dans le cadre de marchés publics internationaux (D).

#### ❑ **A. La définition des marchés publics internationaux**

Pour la réalisation de projets d'infrastructure publique à grande échelle, les États ont souvent recours à des formes de partenariat public-privé (PPP), généralement par l'attribution d'un contrat à l'issue d'une procédure de passation de marché public. Les types de contrats les plus courants dans le cadre d'un PPP sont notamment les contrats de conception-construction-finance-exploitation (DBFO), de construction-transfert-exploitation (BTO), de construction-exploitation-transfert (BOT) et de construction-propriété-exploitation (BOO). Par ailleurs, les

---

<sup>1</sup> W. Shan, *The Legal Framework of EU-China Investment Relations*, Bloomsbury Publishing, October 21, 2005, p.45.

principes des marchés publics gagnent en pertinence pour l'attribution de contrats de services ou de concessions, par exemple dans le secteur de l'exploitation des matières premières.

Afin de se préparer à un appel d'offres concernant, par exemple, la construction d'infrastructures publiques ou d'installations d'approvisionnement en énergie, les investisseurs doivent généralement suivre un long processus. Les dépenses préalables à l'attribution du marché comprennent l'évaluation des risques, les négociations, les études de faisabilité et la préparation d'un appel d'offres pour la procédure de marché public proprement dite. En effet, les soumissionnaires engagent des dépenses importantes avant même l'attribution du contrat, en particulier pour la décision interne de participer ou non à la procédure de passation du marché public, puis pour la préparation de l'offre.

Les activités et les coûts de la phase de pré-attribution augmentent proportionnellement à la complexité et à l'ampleur du projet de marché public concerné, notamment en ce qui concerne les projets d'infrastructure publique à grande échelle, l'exploitation des matières premières et la construction d'installations d'extraction ou d'approvisionnement en énergie. Par conséquent, un investisseur doit également calculer les dépenses en fonction de la durée de la procédure d'appel d'offres et de développement, y compris les coûts de son personnel de développement et des conseillers externes. Par exemple, les dépenses préalables à l'attribution du marché pour les négociations d'un contrat BOT non conclu dans l'arbitrage *Mihaly c. Sri Lanka* s'élevaient à près de 6 millions de dollars américains.

Par conséquent, il existe différents scénarios dans lesquels les plaintes relatives aux traités d'investissement peuvent être soulevées en ce qui concerne les procédures nationales de passation de marchés. Premièrement, les droits d'un opérateur économique étranger qui s'est vu attribuer le contrat peuvent être violés soit dans le cadre de la procédure de passation de marché, soit ultérieurement, au cours de l'exécution du projet. Deuxièmement, au cours de la procédure d'attribution, une violation des droits de l'investisseur étranger peut se produire, notamment par l'application de critères d'attribution discriminatoires ou non transparents entraînant le rejet de l'offre de l'étranger. Là encore, une distinction peut être faite entre les cas où l'investisseur étranger était déjà conscient à l'avance du comportement discriminatoire dans la procédure d'attribution et les cas où il n'était pas évident que l'État d'accueil préférerait les opérateurs

économiques nationaux et appliquerait d'autres critères discriminatoires ou non transparents dans la procédure d'attribution.

#### **□ B. La notion d'investissement dans le contexte des marchés publics**

Le terme «investissement» est déterminant à la fois pour la compétence du tribunal arbitral et pour l'applicabilité des normes de protection. En ce qui concerne l'applicabilité des AII dans le contexte des marchés publics, la question clé est de savoir si la simple participation (et probablement infructueuse) à un processus de marché public peut déjà être considérée comme un investissement. La notion d'investissement est évidemment essentielle et la littérature académique ainsi que l'arbitrage d'investissement ont essayé de trouver une définition satisfaisante depuis un certain temps. Cependant, la pratique des accords et la jurisprudence arbitrale ne parviennent pas à une interprétation commune.

Dans le cas de la Convention CIRDI, des difficultés importantes découlent du fait que l'article 25(1) de la Convention ne fournit pas de définition. Il se contente de limiter la compétence du Centre «à tout différend juridique découlant directement d'un investissement», sans aucune précision. Dans les AII, différentes approches de la définition de l'investissement ont évolué, soit en fournissant une large définition basée sur les actifs, soit en proposant un concept plutôt restrictif basé sur une liste fermée. Selon l'article 1(6) du Traité sur la Charte de l'énergie, l'investissement «désigne tout type d'actif détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur». Il s'agit donc d'une notion très large. Dans le même ordre d'idées, le modèle allemand de ABI de 2009 stipule à l'article 1(1) que le terme «comprend tous les types d'actifs qui sont directement ou indirectement investis par les investisseurs».

Toutefois, cette définition large dans certains accords est limitée par d'autres exigences, comme dans le modèle de ABI des États-Unis de 2012, qui stipule dans son article 1 que le terme investissement «désigne tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle, directement ou indirectement, qui présente les caractéristiques d'un investissement, y compris des caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'espoir d'un gain ou d'un profit, ou la prise en charge d'un risque». L'article 1139 de l'ALENA et l'article 14.1 de l'USMCA adoptent une approche encore plus restrictive en dressant une liste exhaustive des

formes possibles d'investissement et en en excluant plusieurs autres de manière explicite. La même approche a été mise en œuvre dans l'article 1 du modèle canadien de l'ABI de 2004.

En ce qui concerne la notion d'investissement au sens de l'article 25(1) de la Convention CIRDI, le tribunal dans l'affaire *Salini c. Maroc* a déclaré que «[l]a doctrine considère généralement que l'investissement implique : des apports, une certaine durée d'exécution du contrat et une participation aux risques de l'opération [...]. À la lecture du préambule de la Convention, on peut ajouter comme condition supplémentaire la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement ». Ces cinq critères de ce que l'on appelle le test Salini avaient déjà été définis par le tribunal arbitral dans l'affaire *Fedax c. Venezuela*. Cependant, le test Salini n'est pas appliqué de la même manière par tous les tribunaux CIRDI, qui considèrent parfois que les cinq critères sont insuffisants ou inutiles. Certains tribunaux n'ont ainsi jugé pertinents que les critères de la durée, du profit et de l'existence d'un risque, tandis que d'autres ont exigé des conditions supplémentaires. Il est cependant largement admis que non seulement le consentement des parties, mais aussi au moins certains des critères objectifs mentionnés doivent être pris en compte pour évaluer l'existence d'un investissement au sens de l'article 25(1) de la Convention CIRDI.

#### **□ C. Les dispositions explicites de l'accord international sur les marchés publics**

Les AII peuvent contenir des dispositions spécifiques sur les marchés publics et l'applicabilité des normes de protection ou du mécanisme ISDS sur les mesures étatiques pendant et avant la décision d'attribution. Traditionnellement, les AII n'excluent pas les marchés publics de leur champ d'application. Toutefois, certains traités récemment conclus prévoient des dérogations spécifiques. Par exemple, l'accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour, l'AECG et l'ALENA contiennent tous des dispositions qui excluent certains aspects des marchés publics de leur champ d'application. Le nouvel accord États-Unis-Mexique-Canada (USMCA) et l'accord de libre-échange UE-Mexique (ALE) prévoient également des exemptions comparables. Une clause distincte sur l'interrelation entre la protection des investissements et le chapitre sur les marchés publics figure dans l'accord UE-Vietnam sur la protection des investissements, qui n'a pas encore été ratifié et qui stipule que certaines dispositions ne limitent pas les obligations des parties conformément au chapitre sur les

marchés publics et n'imposent aucune obligation supplémentaire en matière de marchés publics. En outre, les mesures étatiques conformes aux dispositions sur les marchés publics de l'ALE UE-Vietnam ne sont pas considérées comme une violation de certaines dispositions relatives au traitement des investissements. Les accords susmentionnés reflètent donc déjà une sensibilité accrue des signataires de traités à l'interrelation entre le droit international de l'investissement et le droit et les procédures en matière de marchés publics. Toutefois, en l'absence de dérogations spécifiques, les actes de l'État relatifs aux marchés publics sont susceptibles de relever du champ d'application de la plupart des AII en vigueur. En outre, on peut affirmer que l'ISDS en général semble possible et est accepté en cas de violation des principes de passation des marchés.

#### **□ D. L'arbitrabilité des litiges nés dans le cadre de marchés publics international<sup>1</sup>**

En France, la doctrine qui interdisait l'arbitrage dans les litiges administratifs a longtemps prévalu. Cependant, depuis 1957, les tribunaux ordinaires français ont accepté l'arbitrage dans les contrats administratifs lorsque des parties internationales sont impliquées. Ce pas a été franchi pour la première fois par la Cour d'appel de Paris, qui s'est prononcée en faveur de l'arbitrage dans les contrats administratifs impliquant des parties internationales. Le juge français a repris cette règle dans de nombreuses autres affaires. Néanmoins, la juridiction administrative française, à savoir le Conseil d'État, a continué à rejeter cette idée jusqu'en 1993, date à laquelle il a déclaré accepter l'arbitrage en ce qui concerne les autorités publiques industrielles et commerciales. Enfin, le législateur français a rassemblé ces dispositions dans un article de la loi n° 387/2000 sur le contentieux administratif, promulguée le 4 mai 2000.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> « Selon l'article 89 de la Loi n° 23-12 du 5 août 2023 fixant les règles générales relatives aux marchés publics, le recours à une instance arbitrale internationale pour régler les litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers est soumis à l'accord préalable pris en réunion du Gouvernement, sur proposition du ministre concerné. Dans le cas des marchés publics conclus par le Parlement par ses deux chambres, le recours à une instance arbitrale internationale est soumis à l'accord préalable de leurs bureaux. Cela signifie que pour les marchés publics internationaux, l'arbitrage ne peut être utilisé pour résoudre les litiges que si l'accord préalable du Gouvernement ou des bureaux du Parlement est obtenu. »

<sup>2</sup> Alhamidah, Khalifah. « Administrative Contracts and Arbitration, in Light of the Kuwaiti Law of Judicial Arbitration No. 11 of 1995. » Arab Law Quarterly 21, no. 1 (2007): p-p 35–63. <https://doi.org/10.1163/026805507x197839>.

En Égypte, il y a eu des désaccords entre les tribunaux et les juristes sur la question de l'arbitrage dans les litiges administratifs. Même avec l'intervention législative de la loi n° 27 de 1994, organisant l'arbitrage, les arguments ont continué, soulignant que l'acceptation de la clause arbitrale dans les contrats administratifs devrait être expressément énoncée par le législateur. Cela a conduit le législateur égyptien à promulguer la loi n° 9 de 1997, dans laquelle un paragraphe a été ajouté à la loi précédente et l'arbitrage est devenu expressément acceptable dans les contrats administratifs. La Cour d'appel du Caire a accepté l'arbitrage dans les contrats administratifs dans sa décision du 19 mars 1997. Le conflit portait sur une affaire portée devant la Cour par la Commission suprême égyptienne pour l'archéologie, qui avait fait appel d'une décision d'arbitrage rendue en faveur d'une société anglaise. La Cour a jugé que l'arbitrage était acceptable dans ce cas et que sa décision était conforme à la loi n° 27 de 1994.<sup>1</sup>

Le législateur italien a réformé la loi qui règle l'arbitrage en matière de travaux publics et en a élargi son champ d'application. La nouvelle réglementation, articles 209 et 210 du décret législatif n° 50 du 18 avril 2016 (Code des marchés publics), concerne non seulement les travaux publics, mais plus généralement les marchés publics de travaux, de services et de fournitures. En Italie, l'arbitrabilité de ces litiges est presque une constante parmi les lois en la matière qui se sont succédé depuis la loi du 20 mars 1865, texte unique des lois sur les travaux publics.<sup>2</sup>

### ❑ §.3 Les Partenariat-public-privé (PPP)<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Alhamidah, Khalifah. « Administrative Contracts and Arbitration, in Light of the Kuwaiti Law of Judicial Arbitration No. 11 of 1995. » Arab Law Quarterly 21, no. 1 (2007): p-p 35–63. <https://doi.org/10.1163/026805507x197839>.

<sup>2</sup> Voir , le site web L'arbitrage en matière de marchés publics en Italie | La base Lextenso (labase-lextenso.fr) (consulté le 02/11/2022)

<sup>3</sup> L'infrastructure Publique Et Du Secteur Privé : Les infrastructures publiques peuvent être définies comme des installations nécessaires au fonctionnement de l'économie et de la société. Un moyen pour soutenir l'activité économique et sociale d'une nation. Elles comprennent les installations auxiliaires à ces fonctions, telles que les bureaux ou les logements du secteur public. D'une manière générale, les infrastructures publiques peuvent être divisées en : - les infrastructures «économiques», telles que les installations de transport et les réseaux de services publics (eau, égouts, électricité, etc.), c'est-à-dire les infrastructures considérées comme essentielles à l'activité économique quotidienne ; et - les infrastructures «sociales», telles que les écoles, les hôpitaux, les bibliothèques, les prisons, etc. Une distinction peut également être faite entre les infrastructures «dures», qu'elles soient économiques ou sociales, impliquant principalement la fourniture de bâtiments ou d'autres installations physiques, et les infrastructures «douces», impliquant la fourniture de services, soit pour les infrastructures économiques (par exemple, le nettoyage des rues), soit pour les infrastructures sociales (par exemple, l'éducation et la formation, les

Les Partenariats Public-Privé (PPP) sont des contrats conclus entre un organisme public (État, collectivité locale, établissements publics, notamment les hôpitaux) et uns ou plusieurs acteurs privés pour réaliser un projet lié à l'intérêt général. Les PPP présentent de nombreux avantages pour une entreprise car ils constituent un des vecteurs de développement à l'international. Ils offrent des volumes d'achats importants et réguliers, des paiements garantis et sécurisés en cas de financement par les bailleurs de fonds, et permettent d'accéder à de nouveaux marchés. Notre étude se concentrera sur l'analyse des infrastructures publiques et du secteur privé (A), la définition des contrats publics privé (B).

#### □ A. Les infrastructures publiques et du secteur privé

Les infrastructures publiques peuvent être définies comme des installations essentielles au fonctionnement de l'économie et de la société. Elles ne constituent pas un objectif en soi, mais servent plutôt à soutenir l'activité économique et sociale d'une nation, y compris les installations complémentaires à ces fonctions, telles que les bureaux du secteur public ou d'autres logements. En général, les infrastructures publiques peuvent être classées en plusieurs catégories :

- Les infrastructures « économiques », telles que les installations de transport et les réseaux de services publics (eau, assainissement, électricité, etc.), qui sont considérées comme essentielles à l'activité économique quotidienne.
- Les infrastructures sociales, y compris les écoles, les hôpitaux, les bibliothèques et les prisons, sont considérées comme essentielles au fonctionnement de la société.

#### □ B. La définition des PPP

Le terme «partenariat public-privé» (PPP) est apparu aux États-Unis au début du XXe siècle, d'abord pour désigner la mise en œuvre conjointe de programmes éducatifs par les secteurs public et privé, puis, dans les années 1950, pour désigner des approches similaires dans le secteur des services publics. Dans les années 1960, le terme s'est généralisé en référence aux co-entreprise public-privé pour la rénovation urbaine. Les PPP tels que définis ici comportent des éléments clés tels qu'un contrat à long terme entre une partie du secteur public et une partie

---

services sociaux). In, Yescombe, E. R., and Edward Farquharson. Public-Private Partnerships for Infrastructure: Principles of Policy and Finance. Butterworth-Heinemann, 2018. p.7.



du secteur privé, la conception, la construction et l'exploitation d'une infrastructure publique par la partie du secteur privé, l'utilisation de capitaux privés pour financer la totalité ou une partie substantielle de la construction de l'installation, des paiements pendant la durée du contrat de PPP à la partie du secteur privé pour l'utilisation de l'installation, effectués soit par la partie du secteur public, soit par le grand public en tant qu'utilisateur de l'installation, soit par les deux, et une certaine forme de partage des risques entre les parties du secteur public et du secteur privé. L'acquisition ou la gestion par le secteur privé d'une infrastructure publique existante sans aucun nouvel investissement majeur ou mise à niveau (investissement réhabilitation/d'extension) <sup>1</sup> ne sont pas considérées comme des PPP. Parallèlement, la prestation de services par le secteur privé qui n'implique pas un investissement important en actifs immobilisés entre dans la catégorie de l'« outsourcing »<sup>2</sup> plutôt que dans celle des PPP. La partie publique d'un contrat de PPP peut être un ministère du gouvernement central, un État ou une administration régionale, une administration locale, une administration publique ou une autre entité du secteur public.<sup>3</sup>

Un partenariat public-privé (PPP) est un accord contractuel de long terme entre une autorité publique et un partenaire privé dans le cadre duquel, en règle générale, ce partenaire finance et assure des services publics à partir d'un équipement (par exemple une infrastructure de transport ou de production d'énergie, ou encore un hôpital ou un établissement scolaire). Le

---

<sup>1</sup> Voir La Loi n° 22-18 du 25 Dhou El Hidja 1443 correspondant au 24 juillet 2022 relative à l'investissement : **Art 5 §3** : « Investissement d'extension : Tout investissement réalisé en vue de l'augmentation des capacités de production de biens et/ou de services, par l'acquisition de nouveaux moyens de production qui se rajoutent à ceux existants. L'acquisition d'équipements complémentaires annexes et/ou connexes ne confère pas à l'investissement le caractère d'extension. Il en est de même de l'acquisition d'équipements de renouvellement ou de remplacement à l'identique de ceux existants. »

**Art 5 §4** : « Investissement de réhabilitation : Tout investissement réalisé, consistant en des opérations d'acquisition de biens et/ou de services, destinées à la mise en conformité de matériels et d'équipements existants pour pallier l'obsolescence technologique ou l'usure temporelle qui les affectent pour accroître la productivité ou reprendre une activité à l'arrêt depuis, au moins, trois (3) ans. »

<sup>2</sup> Outsourcing, externalisation, la sous-traitance ou l'impartition (Québec) : « Elle consiste très souvent en la sous-traitance des activités jugées non essentielles et non stratégiques : pour une entreprise, il s'agit de celles qui sont les moins productrices de revenus. Il s'agit d'un outil de gestion stratégique qui se traduit par la restructuration d'une entreprise au sein de sa sphère d'activités : ses compétences de base et son cœur de métier. »,

<https://fr.wikipedia.org/wiki/Externalisation>. (Consulté le 15/03/2023)

<sup>3</sup> Yescombe, E. R., and Edward Farquharson. *op. cit.* p. 12.

partenaire privé peut se voir confier la conception, la construction, le financement, l'exploitation ou la gestion de l'actif et la fourniture du service correspondant pour une période prédéterminée ; il est rémunéré au moyen de versements unitaires fixes ou de redevances réglées par les usagers. Les PPP représentent moins de 15 % des dépenses d'investissement annuelles des administrations centrales, et leur degré d'utilisation varie beaucoup selon les pays : le Royaume-Uni compte le plus de projets de cet ordre (648), devant la Corée (567) et l'Australie (127). Les administrations publiques peuvent envisager la solution du PPP parce que, comparativement à des formes plus traditionnelles de passation de marchés publics d'infrastructures, cette formule peut leur permettre de mieux tirer parti de l'expertise du secteur privé pour combiner la conception et l'exploitation d'un équipement, ce qui permet d'assurer le service correspondant de façon plus efficiente.<sup>1</sup>

Les PPP sont des contrats publics. À ce titre, les principes fondamentaux qui régissent la passation des marchés<sup>2</sup> publics «traditionnels» s'appliquent également à la passation des contrats de PPP. Il s'agit notamment des appels d'offres concurrentiels, ainsi que de la nécessité de transparence et de non-discrimination tout au long de l'appel d'offres.<sup>3</sup>

La partie<sup>4</sup> privée d'un partenariat public-privé (PPP) est généralement une société à finalité spécifique créée par des investisseurs du secteur privé dans le but d'exécuter le contrat de PPP. Les entités du secteur privé qui préparent l'offre de PPP et deviennent les principaux investisseurs dans la société de projet sont appelées les (« sponsors »). La relation entre les

---

<sup>1</sup> Les partenariats public-privé, OCDE, 2015, p.106. Disponible sur : [https://www.oecd-ilibrary.org/content/component/gov\\_glance-2013-30-fr](https://www.oecd-ilibrary.org/content/component/gov_glance-2013-30-fr)

<sup>2</sup> Sont exclues du champ des PPP :

- Les contrats globaux tels que le contrat Design & Build ou Design, Build & Operate pour la construction de bâtiments publics ou d'infrastructures publiques sont payés à l'avance par les autorités publiques. Ces contrats relèvent des marchés publics. Il convient de noter que l'ajout d'un contrat de service standard, tel que la gestion des installations, ne transforme pas automatiquement le projet en un partenariat public-privé (PPP).

- Un outil financier qui permet à l'autorité publique de différer les coûts de la construction et de l'exploitation d'un bâtiment public ou d'une infrastructure publique lorsque les ressources budgétaires ne sont pas disponibles (avec quelques exceptions en fonction des facteurs externes). [https://unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2018/PPP/Forum/Documents/Contribution\\_to\\_PfPPP\\_definitive.pdf](https://unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2018/PPP/Forum/Documents/Contribution_to_PfPPP_definitive.pdf).

<sup>3</sup> [https://unece.org/DAM/ceci/documents/2017/PPP/WP/ECE\\_CECI\\_WP\\_PPP\\_2017\\_04-e.pdf](https://unece.org/DAM/ceci/documents/2017/PPP/WP/ECE_CECI_WP_PPP_2017_04-e.pdf).

<sup>4</sup> « Il convient de noter que la relation entre ces deux parties n'est pas un partenariat au sens juridique du terme, mais qu'elle est de nature contractuelle, puisqu'elle repose sur les termes du contrat de PPP. Dans ce contexte, le terme « partenariat » est en grande partie un slogan politique. »

parties publiques et privées dans les PPP n'est pas un partenariat au sens juridique du terme, mais une relation contractuelle, basée sur les termes d'un contrat de PPP. Il existe un certain nombre de noms alternatifs pour les PPP, tels que P3, Private Finance Initiative (PFI), Private Participation in Infrastructure (PPI), purchasing power parity <sup>1</sup> (P-P Partnership), et Public-Private Partnerships for Infrastructure (PPPI). Les gouvernements peuvent utiliser d'autres termes pour désigner des parties particulières de leurs propres programmes de PPP ou des types de PPP. Dans certains pays, le terme « PPP » est défini de manière plus étroite comme les accords dans lesquels le secteur public est l'entité qui paie principalement le service et le terme « concession »<sup>2</sup> est utilisé pour décrire les accords de type PPP dans lesquels le grand public, en tant qu'utilisateur, paie le service. Les PPP sont souvent confondus avec les privatisations. Les deux différences les plus fondamentales sont peut-être que, contrairement à une privatisation, la propriété de l'actif n'est pas transférée au secteur privé et que l'autorité contractante reste responsable en dernier ressort de la prestation publique du service fourni par le PPP. Les gouvernements qui lancent un programme de PPP doivent communiquer clairement cette différence, faute de quoi la confusion et l'opposition risquent de se manifester ultérieurement.<sup>3</sup>

Un PPP est donc une alternative à la passation du marché public, qui utilise des fonds issus de recettes publiques ou d'emprunts publics. Dans le cadre d'un marché public typique (connu sous le nom de « conception-soumission-construction »), l'autorité publique définit les spécifications et la conception de l'installation, lance un appel d'offres sur la base de cette conception détaillée et paie pour la construction de l'installation par un opérateur économique du secteur privé. L'autorité publique doit financer l'intégralité du coût de la construction, y compris les éventuels surcoûts. L'exploitation et l'entretien de l'installation sont entièrement pris en charge par l'autorité publique, et opérateur économique n'assume aucune responsabilité

---

<sup>1</sup> ... consiste à comparer les taux de change pour refléter les coûts réels des biens et des services dans les différents pays

<sup>2</sup> Exemple de l'Algérie et la France.

<sup>3</sup> Yescombe, E. R., and Edward Farquharson. *op. cit.* p.11

quant à la performance à long terme de l'installation après l'expiration de la période de garantie (relativement courte) de la construction. <sup>1</sup>

Dans le cadre d'un partenariat public-privé (PPP), l'autorité publique définit ses besoins en termes de services que l'établissement est censé fournir, sans préciser comment ces services doivent être fournis. Le partenaire privé est alors responsable de la conception, du financement, de la construction et de l'exploitation de l'installation pour répondre à ces exigences à long terme. La société chargée du projet reçoit des paiements, appelés frais de service, pendant toute la durée du contrat de PPP, qui sont destinés à couvrir les coûts de financement et à fournir des bénéfices aux investisseurs. Ces frais de service peuvent être réduits si l'installation ne répond pas aux exigences spécifiées, et il n'y a généralement pas de provision supplémentaire pour les dépassements de coûts pendant la construction ou l'exploitation de l'installation. <sup>2</sup>

#### □ C. Structures

Les Partenariats Public-Privé (PPP) sont des contrats complexes qui nécessitent une structure soigneusement planifiée, Les premiers sont les concession (I), les seconds sont les franchises et affermage (II), troisièmement les contrats d'achat d'électricité (IV), et les contrats BOT (V).

#### □ I. Les concessions

L'idée d'utiliser des capitaux privés pour fournir des installations publiques, connue sous le nom de partenariat public-privé (PPP), n'est pas nouvelle. En Grande-Bretagne, au XVIIIe et au début du XIXe siècle, des groupes de notables locaux ont formé des « turnpike trusts » chargés d'emprunter de l'argent à des investisseurs privés pour réparer les routes et de rembourser la dette en imposant des péages. Ainsi, la plupart des ponts de Londres ont été financés par des trusts jusqu'au milieu du XIXe siècle, de même que le pont de Brooklyn à New York, construit à la fin du XIXe siècle grâce à des capitaux privés. En France, la construction de canalisations avec des capitaux privés a commencé au 17e siècle. <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Yescombe, E. R., and Edward Farquharson. *Public-Private Partnerships for Infrastructure: Principles of Policy and Finance*. Butterworth-Heinemann, 2018. p.

<sup>2</sup> Yescombe, E. R., and Edward Farquharson. *Public-Private Partnerships for Infrastructure: Principles of Policy and Finance*. Butterworth-Heinemann, 2018. p.

<sup>3</sup> Yescombe, E. R., and Edward Farquharson. *Public-Private Partnerships for Infrastructure: Principles of Policy and Finance*. Butterworth-Heinemann, 2018. p.

Ce type de PPP est connu sous le nom de Concession, dans laquelle une partie du secteur privé (le Concessionnaire) est autorisée à faire payer au grand public des frais de service pour l'utilisation de l'installation. Le péage permet de rembourser au concessionnaire le coût de la construction et de l'exploitation de l'installation, qui revient généralement sous le contrôle du secteur public à la fin de la période de concession. Les concessions ont été utilisées dans de nombreux pays au XIXe siècle et au début du XXe siècle pour construire des installations telles que des chemins de fer, des réseaux d'approvisionnement en eau et de traitement des eaux usées.<sup>1</sup>

Le rôle du secteur public dans les concessions est d'établir le cadre dans lequel le concessionnaire opère, de choisir un concessionnaire et de réglementer les exigences détaillées pour la construction et l'exploitation de l'installation par le biais d'un accord de concession signé entre l'autorité publique et le concessionnaire. <sup>2</sup>

#### □ II. Les franchises et l'affermage

La franchise, ou «affermage», est une forme de concession. Il s'agit du droit d'exploiter un ouvrage déjà construit, ce qui le rapproche de la concession, mais sans la phase initiale de construction. Le franchisé (équivalent du concessionnaire) verse une somme forfaitaire à l'autorité contractante en contrepartie de ce droit, ou paie une part des recettes. Le terme «farming», dans son sens anglais le plus ancien, est similaire au terme français, mais il est largement tombé en oubli dans ce sens. Le terme «bail» est également utilisé, mais il peut être trompeur en raison de ses autres significations. Dans la terminologie de l'Union européenne, une franchise est appelée «concession de services», tandis qu'une concession impliquant la construction d'une nouvelle infrastructure est appelée «concession de travaux».

Une franchise n'est pas considérée comme un PPP, car elle n'implique pas la réalisation ou la modernisation d'une infrastructure, mais seulement son exploitation. Cependant, la nature contractuelle et financière est similaire à un certain nombre de points. De nouveaux types de franchises ont également vu le jour, comme dans le secteur ferroviaire britannique.

---

<sup>1</sup> Yescombe, E. R., and Edward Farquharson. *Public-Private Partnerships for Infrastructure: Principles of Policy and Finance*. Butterworth-Heinemann, 2018. p.65.

<sup>2</sup> *Ibid.*

### □ **III. Contrats d'achat d'électricité (Power-Purchase Agreements)**

Les contrats d'achat d'électricité (PPA) ont été développés aux États-Unis dans les années 1980 et ont servi de modèle aux contrats modernes de PPP. Les PPA ont vu le jour après l'adoption en 1978 de la loi PURPA (Private Utility Regulatory Policies Act), qui encourageait la construction de centrales de cogénération dont l'électricité pouvait être vendue à des compagnies d'électricité réglementées. L'engagement à long terme des services publics d'acheter de l'électricité dans le cadre d'un AAE a permis de lever des fonds pour la centrale de cogénération, en utilisant les AAE comme garantie. Les AAE sont apparus en Europe au début des années 1990 avec la privatisation du secteur britannique de l'électricité, encourageant une séparation entre les entreprises du secteur privé impliquées dans la production d'électricité et celles impliquées dans la distribution, et le développement de projets énergétiques indépendants vendant leur production d'électricité aux entreprises de distribution, augmentant ainsi la concurrence dans la production d'électricité. Dans le cadre d'un AAE, les investisseurs perçoivent un tarif réparti entre une redevance de disponibilité pour la mise à disposition de leur centrale pour fournir de l'électricité à la compagnie d'électricité, couvrant les dépenses d'investissement et les dépenses d'exploitation fixes, et une redevance d'utilisation pour le coût marginal de la production d'électricité en fonction des besoins de la compagnie d'électricité, couvrant principalement les coûts du combustible (exemple le gaz naturel).

### □ **IV. Les contrats BOT**

Le contrat d'achat d'électricité (PPA) a d'abord été conçu comme un contrat de construction, d'exploitation et d'entretien (BOO) entre des parties du secteur privé, dans lequel la propriété de la centrale électrique reste entre les mains des investisseurs à la fin de la durée du contrat. Cependant, il est rapidement apparu qu'une structure similaire pouvait être utilisée pour développer des projets du secteur public. Le concept de contrat «construction-exploitation-transfert» (BOT) a d'abord été développé en Turquie pour la production d'électricité, les principales différences étant que le preneur (acheteur) de l'électricité serait une entité du secteur public et qu'à la fin du contrat, la propriété de la centrale électrique pourrait passer de ses investisseurs au preneur, et donc au secteur public.

Il n'y avait qu'un pas entre le modèle BOT et le contrat «construction-transfert-exploitation» (BTO), dans lequel la propriété est transférée à l'autorité contractante à

l'achèvement de la construction, et le contrat «conception-construction-financement-exploitation» (DBFO), dans lequel la propriété légale de l'installation reste entre les mains de l'autorité contractante pendant toute la durée du contrat. L'intérêt du secteur privé dans le projet repose uniquement sur les droits contractuels d'exploiter l'installation et de percevoir des revenus du fournisseur, plutôt que sur la propriété des actifs physiques. Dans les pays en développement, les contrats BOT, BTO et DBFO ont permis aux compagnies d'électricité étatiques à court de liquidités de financer des investissements dans des installations plus efficaces sans renoncer au contrôle de la production, de la livraison ou du coût de l'électricité pour les consommateurs. En d'autres termes, le secteur privé fournit le service au nom du secteur public, mais sous le contrôle de ce dernier.

Le contrat d'achat d'électricité (PPA) a d'abord été conçu comme un contrat de construction, d'exploitation et d'entretien (BOO) entre des parties du secteur privé, dans lequel la propriété de la centrale électrique reste entre les mains des investisseurs à la fin de la durée du contrat. Cependant, il est rapidement apparu qu'une structure similaire pouvait être utilisée pour développer des projets du secteur public. Le concept de contrat «construction-exploitation-transfert» (BOT) a d'abord été développé en Turquie pour la production d'électricité.

Le contrat d'achat d'électricité (CAE) a d'abord été conçu comme un contrat de construction, d'exploitation et d'entretien (BOO) entre des parties du secteur privé, dans lequel la propriété de la centrale électrique reste entre les mains des investisseurs à la fin de la durée du contrat. Cependant, il est rapidement apparu qu'une structure similaire pouvait être utilisée pour développer des projets du secteur public. Le concept de contrat «construction-exploitation-transfert» (BOT) a d'abord été développé en Turquie pour la production d'électricité, les principales différences étant que le client (acheteur) de l'électricité serait une entité du secteur public que la propriété de la centrale électrique pourrait passer de ses investisseurs au client, et donc au secteur public, à la fin du contrat.

Il n'y avait qu'un pas entre le modèle BOT et le contrat «construction-transfert-exploitation» (BTO), dans lequel la propriété est transférée à l'autorité contractante à l'achèvement de la construction, et le contrat «conception-construction-financement-exploitation» (DBFO), dans lequel la propriété légale de l'installation reste entre les mains de

l'autorité contractante pendant toute la durée du contrat. L'intérêt du secteur privé dans le projet repose uniquement sur les droits contractuels d'exploiter l'installation et de percevoir des revenus du producteur, plutôt que sur la propriété des actifs physiques. Dans les pays en développement, les contrats BOT, BTO et DBFO ont permis aux compagnies d'électricité étatiques confrontées à des contraintes financières de réaliser des investissements dans des installations plus efficaces sans pour autant renoncer au contrôle de la production, de la livraison ou du coût de l'électricité pour les consommateurs. En d'autres termes, le secteur privé assure le service pour le compte du secteur public, tout en étant contrôlé par ce dernier.

#### ❑ §.4 L'arbitrage dans les contrats administratifs

La reconnaissance croissante de la médiation et de l'arbitrage dans les contrats administratifs constitue un changement important par rapport au point de vue précédemment rejeté. En Amérique latine, l'acceptation de l'arbitrage comme mécanisme de résolution des litiges a considérablement renforcé la position des contractants privés. Cette évolution est due au rôle dominant de l'État dans de nombreux pays et à la position bien établie des tribunaux administratifs au sein de la structure politique. L'arbitrage est également envisagé comme un mécanisme alternatif en matière de fiscalité. L'acceptation croissante de l'arbitrage dans les contrats administratifs a un impact positif sur les relations entre les contractants privés et l'État.<sup>1</sup>

La Convention du CIRDI a permis de résoudre 180 différends en matière d'investissement, et 121 autres affaires sont encore en cours. La plupart de ces différends peuvent être regroupés en sept catégories : concessions de services d'eau potable, construction d'autoroutes, exploitation de pipelines de gaz, exploration et exploitation pétrolières, contrats d'achat d'électricité, services de télécommunication et contrats de construction d'aéroports. Les affaires du CIRDI portent également sur des litiges découlant de l'exercice par l'État hôte de son pouvoir réglementaire, dans des secteurs tels que la banque, le ciment, le textile, l'automobile, les jeux de hasard, le crédit-bail et la production de pétrole à partir de fleurs. Ces différends découlent de relations juridiques, qui relèvent généralement du droit administratif. Les litiges contractuels concernent des contrats entre l'État d'accueil et une partie privée, tandis

---

<sup>1</sup> P.H.F. BEKKER *et al.* (éds.), *Making transnational law work in the global economy: essays in honour of Detlev Vagts*, Cambridge [U.K.] ; New York, N.Y., Cambridge University Press, 2010, p. 389.



que les litiges relatifs au pouvoir réglementaire concernent des décisions administratives affectant les activités d'un investisseur dans le pays d'accueil. Ces litiges sont également une caractéristique du droit administratif, avec l'exercice approprié du pouvoir réglementaire et les voies de recours offertes aux personnes lésées. Ces litiges portent souvent sur des questions de droit administratif et de constitutionnalité.

Les relations contractuelles avec les États ne sont pas faciles, en particulier dans les nations où les gouvernements, pour des raisons historiques, jouent un rôle prépondérant dans leur structure politique et sociale. Le pouvoir dont font preuve ces États, à la fois en termes de ressources financières et de capacités politiques,<sup>1</sup> les transforme en un partenaire contractuel très particulier. Dans le domaine des contrats administratifs, la principale préoccupation mise en avant au cours des dernières décennies ont été de renforcer la position du contractant privé vis-à-vis de l'État contractant.<sup>2</sup> Ces efforts ont contribué de manière significative à renverser l'image parfois associée au concept de contrat administratif comme un type d'accord dans lequel un contractant privé est démuné de toute protection juridique de la part de son homologue contractant.<sup>3</sup>

#### ❑ §.5 Le droit applicable aux contrats d'investissement

Selon un principe classique du droit international, tous les contrats sont entièrement des instruments d'un ordre juridique national. Néanmoins, un contrat entre une partie privée et un État étranger, comme tout contrat entre des parties privées, générerait des droits et des obligations uniquement en vertu du droit national choisi par les parties. Aujourd'hui, ce principe n'est plus exact.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>« La capacité politique est la faculté de mobiliser les ressources nécessaires pour effectuer des choix collectifs pertinents et de fixer des orientations stratégiques pour l'allocation de ressources rares à des fins publiques », dans, KEATING Michael, « Capacité politique », dans : Romain Pasquier éd., *Dictionnaire des politiques territoriales*. Paris, Presses de Sciences Po, « Références », 2020, p. 63-67

<sup>2</sup> « Le concept de «contrat administratif» est controversé, mais il peut être distingué des contrats de droit privé lorsque l'État ou l'une de ses entités est la partie contractante, que l'objet est lié à la prestation d'un service public et que le contrat contient des clauses exorbitantes. Ces clauses confèrent à l'entité contractante des prérogatives telles que la modification du champ d'application, la résiliation du contrat, des amendes, des interprétations contraignantes et la prolongation de la durée du contrat. Le contractant conserve le droit de contester ces décisions devant un tribunal ou un tribunal d'arbitrage. »

<sup>3</sup> P.H.F. BEKKER *et al.* (éds.), *Making transnational law work in the global economy*, *op. cit.*, p. 384.

<sup>4</sup> Arato, Julian. « The Logic of Contract in the World of Investment Treaties » 58, n° 2 (1 novembre 2016), p.354

Dans le domaine des contrats internationaux, la situation devient nettement plus complexe et multiforme à de nombreux égards.<sup>1</sup> Tout d'abord, il faut reconnaître que les contrats d'investissement ne sont pas toujours négociés selon le droit du pays d'accueil. Souvent, les parties négocient le droit applicable à l'accord en incluant une clause de « choix de la loi applicable ». Le choix de la loi par les parties détermine, à un niveau fondamental, quelle loi nationale régit leur contrat. Deuxièmement, ces contrats peuvent relever d'un accord international qui impose ses propres règles par défaut, comme c'est le cas des contrats de vente internationale qui relèvent de la CVIM (CISG), qui compte quatre-vingt-quatre parties. Cet accord multilatéral établit clairement ses propres clauses contractuelles types, qui l'emportent sur toute clause par défaut ou impérative contraire à la loi nationale du pays concerné. Les accords d'investissement posent un problème complexe. Si un accord d'investissement concerne des contrats entre un investisseur étranger et l'État, il constitue un ensemble supplémentaire de règles de base. Comme les contrats de vente internationale, ces contrats d'investissement peuvent être complétés par des clauses impératives et obligatoires provenant de deux systèmes juridiques - la législation nationale choisie pour le contrat et l'accord d'investissement international applicable. Le défi réside dans le fait que l'interaction entre les accords d'investissement, le droit national des contrats et les clauses contractuelles expresses n'est pas tout à fait claire.<sup>2</sup>

Les négociations concernant le choix de la loi applicable avec une entité étatique risquent d'être particulièrement délicates. Il est très improbable que l'État partie accepte de se soumettre à la loi d'un État étranger et exercera des pressions importantes pour que le contrat soit régi par « sa » propre loi. Dans le cas du contrat pakistanais (contrat entre le fournisseur étranger d'installations et d'équipements chimiques et un acheteur pakistanais), les parties avaient prévu que le contrat serait régi par le droit anglais. Toutefois, au dernier moment, il est

---

<sup>1</sup> « Le droit applicable dans les contrats d'investissement est un sujet complexe. Selon l'article 54 du code civil Algérien (inspiré de l'article 1101 du code civil Français), le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cependant, le contrat d'État, qui est conclu par une personne publique (État) et une autre privée, n'est pas spécifiquement mentionné dans le code civil », Les Clauses Protectrices Du Contrat D'investissement, disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/les-clauses-protectrices-contrat-investissement,39333.html>

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 364.

apparu que l'autorisation de procéder à des échanges de devises concernant des paiements liés au contrat ne serait autorisée que si l'accord était soumis à la loi pakistanaise.<sup>1</sup> De même, la partie privée n'est souvent pas disposée à se conformer à la législation nationale de l'autre État contractant. Elles peuvent être modifiées par la législation de l'État ou par un décret royal qui affecte les droits et les obligations découlant du contrat. Dans le pire des cas, cela peut entraîner la nationalisation ou l'expropriation des intérêts de l'investisseur dans le contrat.<sup>2</sup>

Deux choix principaux s'offrent aux parties privées pour se prémunir contre une telle éventualité. Premièrement, les parties concernées peuvent choisir de « geler » le droit de l'État contractant (ou une partie pertinente de ce droit) au moment de la signature du contrat, pour la durée de celui-ci. Les clauses qui visent à produire ce résultat sont communément appelées « clauses de stabilisation » et seront généralement reconnues par beaucoup. Deuxièmement, la partie privée peut accepter que la loi de l'État contractant régisse le contrat, mais uniquement dans la mesure où elle s'accorde avec sa propre loi nationale ou avec un système de droit ou un ensemble de principes juridiques plus largement acceptés (tels que le droit international public) ou de manière à reconnaître les usages et coutumes du commerce international ou d'un secteur d'activité particulier.<sup>3</sup>

L'un des premiers problèmes que les arbitres ont dû résoudre dans les affaires impliquant des sociétés concessionnaires et des pays d'accueil est la détermination de la loi applicable au contrat. Il s'agit d'un problème classique de droit international privé, c'est-à-dire un problème de droit national.<sup>4</sup> Un contrat international, qui fait référence à un contrat dont les éléments sont associés à plusieurs lois nationales, relève du droit national conformément au droit international privé. Cette affirmation a été corroborée par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'affaire concernant le paiement de divers prêts serbes émis en France. Le CPJI a déclaré que « tout contrat qui n'est pas un contrat entre États en tant que

---

<sup>1</sup> T. Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, January 1, 2005, p.102.

<sup>2</sup> Rawding, Nigel. « Protecting Investments Under State Contracts: Some Legal And Ethical Issues » 11, n° 4 (1 décembre 1995), p.347. <https://doi.org/10.1093/ARBITRATION/11.4.341>.

<sup>3</sup> *Ibid.* p.347

<sup>4</sup> Leben, Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements (Volume 302) », in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. p.220

sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale ». Des déclarations similaires figurent dans le droit interne. Par exemple, en France, la Cour de cassation a affirmé en 1950 dans un arrêt des Messageries Maritimes que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État ».<sup>1</sup>

Le droit applicable, étant donné le principe fondamental de l'autonomie des parties dans l'arbitrage international,<sup>2</sup> les arbitres cherchent avant tout à déterminer si les parties ont elles-mêmes choisi le droit régissant leur litige. Ce n'est qu'en l'absence d'un tel choix que les arbitres doivent déterminer le droit qui s'appliquera au litige. Plusieurs ABI contiennent des clauses composites de choix de la loi, incluant généralement les règles de l'Accord, le droit de l'État d'accueil et le droit international coutumier. Par exemple, le modèle de l'ABI des États-Unis (2004) prévoit que dans certains cas, « le tribunal tranchera les questions en litige conformément au présent Accord et aux règles applicables du droit international ». De même, l'article 1131 de l'ALENA stipule qu'« un tribunal établi en vertu de la présente section tranchera les questions en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international ».<sup>3</sup>

Le principe de l'autonomie des parties reflète la dimension privée des règles de conflit de lois en ce qu'il permet aux parties de convenir du ou des systèmes juridiques en fonction desquels leur comportement sera évalué en cas de litige. Ce principe est préconisé principalement parce qu'il renforce la sécurité juridique. La Cour suprême des États-Unis a déclaré dans l'affaire *Scherk v Alberto-Culver Co.* (1974) que l'autonomie des parties est « une condition préalable presque indispensable à la réalisation de l'ordre et de la prévisibilité essentiels à toute transaction commerciale ». En effet, les règles de conflit de lois de pratiquement toutes les lois d'arbitrage nationales respectent le principe de l'autonomie des parties, du moins dans les affaires de nature transnationale. Ainsi, la loi type de la CNUDCI, qui a été adoptée dans plus de soixante juridictions, prévoit que « [l]e tribunal arbitral tranche

---

<sup>1</sup> *Ibid.* p.221

<sup>2</sup> Stefan Riegler, Dalibor Valinčić and Borna Dejanović, *Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, Wolf Theiss, 14 January 2022, disponible sur : <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/applicable-law-in-investment-treaty-arbitration>

<sup>3</sup> Vadi, Valentina., *Public Health in International Investment Law and Arbitration*. Routledge, 2013, p.167.

le litige conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du litige [...] ». Ce principe est également universellement prévu dans les règlements d'arbitrage auxquels les parties peuvent se référer. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI stipule ce qui suit : « Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant applicables au fond du litige [...] ». On peut donc s'attendre, et on le verra, à ce que les tribunaux territorialisés tiennent compte du choix de la loi par les parties lorsqu'ils statuent sur le fond du litige.<sup>1</sup>

Dans l'affaire *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) et California Asiatic Oil Company (Calasiatic) contre le gouvernement de la République arabe libyenne (1977)*, le tribunal a répondu comme suit à la question de savoir si les parties avaient le droit de choisir le droit ou le système de droit qui devait régir leur contrat :

*« La réponse à cette question ne fait aucun doute : tous les systèmes juridiques, quels qu'ils soient, appliquent le principe de l'autonomie de la volonté des parties aux contrats internationaux. Sur le fond, tous les systèmes juridiques confirment ce principe qui apparaît donc comme universellement admis, même s'il n'a pas toujours le même sens ni la même portée [...]. »<sup>2</sup>*

On peut s'attendre à la même pratique de la part des tribunaux internationalisés. Comme le prévoit la Convention du CIRDI : « Le Tribunal statue sur un différend conformément aux règles de droit dont les parties peuvent convenir ». La Déclaration sur le règlement des différends entre l'Iran et les Etats-Unis ne fait pas explicitement référence au principe de l'autonomie de la volonté des parties. Il est toutefois suggéré que la référence, dans l'article V, aux « règles droit applicable » et aux « dispositions contractuelles » permet de déduire que le tribunal devrait tenir compte des accords de choix de la loi conclus par les parties au différend, surtout si l'on considère que le principe de l'autonomie des parties a été déclaré constituer un principe général du droit international. Ce respect de la règle de l'autonomie des parties a reçu un certain degré de soutien de la part du tribunal et des spécialistes du droit. Comme il a été dit dans l'affaire *Anaconda-Iran, Inc. c. Iran (1986)*, « [l]e Tribunal est bien entendu tenu de prendre

---

<sup>1</sup> Kjos, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, 2013, p.68.

<sup>2</sup> *Ibid*, p.68.

sérieusement en considération les règles contractuelles pertinentes en matière de choix de la droit applicable ».<sup>1</sup>

Souvent, les parties à un différend en matière d'investissement ne peuvent pas être considérées comme s'étant mises d'accord sur l'application d'un droit particulier. Dans ces cas, les tribunaux arbitraux sont guidés par les règles de choix du droit énoncées dans les lois nationales d'arbitrage, les règles d'arbitrage, la Déclaration sur le règlement des différends entre l'Iran et les Etats-Unis, ou la Convention CIRDI.<sup>2</sup>

La Convention CIRDI<sup>3</sup> fournit un cadre procédural pour le règlement des différends en matière d'investissement ; elle ne contient pas de règles matérielles sur le droit étranger des investissements. Au cours des négociations, certains représentants des États ont suggéré d'inclure de telles règles. Toutefois, cette idée a été écartée, en partie en raison de divergences d'opinion sur leur contenu. Au lieu de cela, les arbitres doivent sélectionner les normes applicables conformément à l'article 42 de la Convention. La rédaction de ce qui allait devenir la deuxième phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI concernant la loi à appliquer en l'absence d'accord entre les parties n'a pas été sans controverse, et le sens exact de cette disposition est encore débattu aujourd'hui.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Kjos, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, op. cit. p.69.

<sup>2</sup> *Ibid*, p.80.

<sup>3</sup> Sasson M., *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, January 1, 2017, p.196.

<sup>4</sup> *Ibid*, p.87.

## ❑ PREMIÈRE PARTIE : LA REMISE EN QUESTION DES MÉTHODES TRADITIONNELLES POUR UNE LUTTE EFFICACE CONTRE LA CORRUPTION

Dans le contexte économique mondial actuel, la corruption est un fléau qui entrave le développement et la croissance. Elle est particulièrement préjudiciable dans le domaine des contrats d'investissement, où elle peut fausser la concurrence, entraver le développement économique et éroder la confiance dans les institutions publiques. Le (Titre I) de ce travail se concentre sur la lutte contre la corruption dans les contrats d'investissement au moyen du droit pénal et des mesures préventives. Le (Chapitre 1) explore l'approche contemporaine du droit pénal transnational en matière de corruption. Il examine comment les juridictions du monde entier ont adopté des lois pénales pour lutter contre la corruption, en mettant l'accent sur les conventions internationales et les initiatives transnationales. Le (Chapitre 2) se penche sur les mesures préventives contre la corruption. Il souligne l'importance de ces mesures pour dissuader et prévenir la corruption, en examinant des exemples de bonnes pratiques et en proposant des recommandations pour leur mise en œuvre efficace.

Ensemble, ces chapitres offrent une analyse approfondie de la manière dont le droit pénal et les mesures préventives peuvent être utilisés pour lutter contre la corruption dans les contrats d'investissement. Ils soulignent l'importance d'une approche globale et coordonnée pour faire face à ce problème complexe et persistant.

## ❑ **TITRE I : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT AU MOYEN DU DROIT PÉNAL ET DES MESURES PRÉVENTIVES**

La corruption est un mal qui sape la confiance dans les marchés financiers, compromet l'équité des transactions commerciales et entrave le développement économique. Au cœur de cette problématique complexe se trouve la nécessité de mettre en place des mécanismes efficaces pour lutter contre la corruption dans le cadre des contrats d'investissement. Ce titre se consacre à explorer les différentes facettes de cette lutte en combinant le droit pénal transnational et les mesures préventives. En deux chapitres distincts, nous examinerons de manière approfondie ces approches complémentaires. Dans ce premier chapitre, nous plongeons au cœur de l'approche contemporaine du droit pénal transnational en matière de corruption. Nous analyserons comment le droit pénal s'est adapté pour faire face à la corruption à l'échelle internationale. En nous basant sur les instruments internationaux et les mécanismes de poursuite, nous étudierons comment la communauté internationale coordonne ses efforts pour traquer et punir les actes de corruption qui traversent les frontières. Nous examinerons également les défis et les opportunités que présente cette approche moderne dans un monde de plus en plus interconnecté sur le plan économique (chapitre 1). Le deuxième chapitre de ce titre se tourne vers les mesures préventives essentielles pour réduire les risques de corruption dans les contrats d'investissement. Nous explorerons en profondeur ces stratégies et ces mesures préventives qui visent à maintenir l'intégrité des transactions dès les premières étapes de leur conception. Nous aborderons également les codes de conduite, les bonnes pratiques et les dispositifs de surveillance qui jouent un rôle crucial dans la création d'un environnement favorable aux investissements éthiques et transparents (Chapitre 2).



## ❑ CHAPITRE 1 : L'APPROCHE CONTEMPORAINE DU DROIT PÉNAL TRANSNATIONAL EN MATIÈRE DE CORRUPTION

La corruption est sanctionnée par le droit pénal dans la plupart des pays, si ce n'est dans tous. Pourtant, de nombreuses conventions internationales reconnaissent que la corruption est un phénomène répandu dans le commerce et l'investissement internationaux. Les instruments les plus importants sont la Convention des Nations unies contre la corruption, la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires de la Communauté européenne ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, la Convention interaméricaine contre la corruption, la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et la Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption.

Le droit pénal transnational a connu des évolutions significatives ces dernières années. Face à la nature transfrontalière de la corruption, les États et les organisations internationales ont cherché à renforcer la coopération internationale et à harmoniser leurs législations afin de lutter plus efficacement contre ce phénomène.

Plusieurs instruments juridiques internationaux ont été adoptés pour faciliter la coopération dans la lutte contre la corruption. Parmi les plus importants figurent la Convention des Nations unies contre la corruption (CNUCC) et la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Ces conventions encouragent les États à criminaliser la corruption, à coopérer dans les enquêtes et les poursuites, et à confisquer les produits de la corruption.

Au niveau national, de nombreux pays ont renforcé leur législation pour combattre la corruption transnationale. Ils ont étendu leur juridiction pour poursuivre les auteurs de ce délit et ont introduit des mécanismes de coopération internationale tels que l'extradition et l'entraide judiciaire. Certains pays ont également établi des unités spécialisées dans la lutte contre la corruption transnationale.

Les entreprises sont aussi de plus en plus soumises à des obligations légales en matière de lutte contre la corruption. De nombreux pays ont adopté des lois sur la responsabilité pénale des personnes morales, ce qui signifie que les entreprises peuvent être poursuivies et

condamnées pour des actes de corruption commis par leurs employés. Ces lois obligent les entreprises à mettre en place des programmes de conformité et de lutte contre la corruption.

Ce chapitre retrace l'influence politique et juridique de la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (Foreign Corrupt Practices Act - FCPA) sur le droit international de la lutte contre la corruption. Il affirme que la FCPA a influencé les définitions mondiales de la corruption et l'application de la législation anti-corruption, et qu'elle a façonné les débats internationaux sur la lutte contre la corruption depuis le milieu des années 1970 (section 1). La corruption est généralement considérée comme une infraction pénale, et les lois sur la corruption visent à criminaliser et à punir les actes de corruption, qu'ils soient commis par des agents publics ou des acteurs privés (section 2).

#### **□ Section 1 : Les instruments internationaux en matière de lutte contre la corruption**

Les pots-de-vin et la corruption sont illégaux dans la plupart des pays, et des lois sont en place pour faire respecter et décourager de telles activités. Ces lois prévoient souvent des sanctions pénales et civiles, ainsi que des mesures réglementaires. Si les lois anti-corruption s'appliquent généralement aux transactions effectuées dans la juridiction d'un pays, certains pays ont adopté une législation ayant une portée extraterritoriale. Cela signifie que ces lois interdisent également les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers dans le cadre de transactions internationales. Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) aux États-Unis et le Bribery Act au Royaume-Uni sont des exemples notables de ces lois. La FCPA, promulguée en 1977, vise spécifiquement les paiements effectués à des fonctionnaires de gouvernements étrangers dans le but d'obtenir ou de conserver des marchés. Elle interdit aux particuliers et aux entreprises d'offrir, de promettre ou de fournir quoi que ce soit de valeur à des agents publics étrangers dans le but d'obtenir un avantage indu. La loi exige également que les sociétés cotées aux États-Unis tiennent des registres précis de leurs transactions et disposent de contrôles comptables internes adéquats. Le champ d'application de la FCPA est large et s'étend au-delà des frontières américaines. L'américanisation de la lutte contre la corruption internationale son point départ été la FCPA (§1). L'influence de la FCPA sur les instruments internationaux relative à la lutte contre la corruption (§2). La prise en considération de la lutte contre la corruption en droit national (§3).

□ **§1. Le point de départ : La loi de 1977 sur les pratiques de corruption à l'étranger**

La FCPA est une loi emblématique qui a marqué le début de la lutte contre la corruption à l'échelle internationale. Dans cette sous-section, nous plongerons dans les origines et les caractéristiques uniques de la FCPA, en mettant en évidence son contexte d'adoption aux États-Unis d'Amérique. Nous examinerons les interdictions prévues par la FCPA, notamment les dispositions relatives à la lutte contre la corruption et celles concernant les livres et registres. En outre, nous analyserons les sanctions sévères imposées par la FCPA, qui représentent un coût significatif pour les entreprises et les individus. Enfin, nous aborderons les critiques qui ont émergé concernant la politique américaine anti-corruption, ainsi que les cas récents liés à la FCPA. Dans cette sous-section, nous allons examiner Le FCPA. Nous commencerons par étudier La FCPA : une loi créée de manière unique dans le contexte économique des États-Unis d'Amérique (A), avant de nous pencher sur Les interdictions prévues par le FCPA (B), Les sanctions prévues par le FCPA représentent un coût important pour les entreprises et les particuliers (C), Les critiques de la politique Américaine anti-corruption (D), et Les cas récents concernant le FCPA (E).

□ **A. La FCPA : une loi créée de manière unique dans le contexte économique des États-Unis d'Amérique**

Premier document juridique de l'histoire de l'humanité à déclarer que la corruption transnationale est un acte immoral et une infraction pénale, le FCPA était novateur et révolutionnaire. Toutefois, comme aucun autre pays n'a suivi l'approche américaine, l'interdiction de la corruption transnationale par la FCPA a réduit la compétitivité des entreprises américaines sur les marchés internationaux, comme le prétendaient les milieux d'affaires américains, et a donc été critiquée par ces mêmes milieux d'affaires et par certains universitaires en raison de son grave impact secondaire sur les activités américaines à l'étranger. Par conséquent, avant que la FCPA ne soit étendue à d'autres pays dans les années 1990, une justification académique de la FCPA ou toute critique de l'approche de la FCPA ne pouvait manquer d'expliquer ce paradoxe d'intérêt contenu dans la FCPA.

La corruption transnationale a été officiellement criminalisée en 1977, marquant ainsi un tournant important dans l'histoire juridique des États-Unis. Le statut juridique de la corruption transnationale est passé de « légal » avant les années 195

0 à « incertain » au début des années 1970, pour finalement devenir criminel en 1977. Ce changement a été influencé par l'abolition de la déductibilité fiscale en 1958 et la promulgation de la FCPA. Aux États-Unis, la corruption transnationale était auparavant déductible fiscalement en tant que dépense professionnelle, à titre d'incitation offerte par les États régulateurs. Le code fiscal américain de 1939 a confirmé cette déductibilité, comme le stipule la section 23 (a) (1),<sup>1</sup> qui autorise les déductions pour ce type de corruption. Cette disposition est restée en vigueur en vertu de la section 162(a) de l'« Internal Revenue » Code de 1954.

La corruption transnationale aux États-Unis est reconnue depuis la guerre froide, les entreprises américaines corrompant des fonctionnaires étrangers pour obtenir des contrats publics rentables. Ces paiements étaient souvent considérés comme des conditions indispensables au commerce extérieur, les contrats étant souvent attribués au plus offrant. Bien que les pots-de-vin versés en violation des lois nationales ou fédérales ne soient pas déductibles du revenu à des fins fiscales, les pots-de-vin versés à des fonctionnaires étrangers étaient déductibles, indépendamment de leur illégalité au regard du droit étranger, et donc subventionnés par le gouvernement des États-Unis.<sup>2</sup>

Le contexte politico-économique de l'époque a joué un rôle clé dans la genèse de cette loi. Le scandale du Watergate, qui a conduit à la démission du président Nixon en août 1974, a révélé que des entreprises américaines finançaient des campagnes politiques aux États-Unis et à l'étranger. Deux affaires ont particulièrement retenu l'attention : le cas de Lockheed Aircraft et le Bananagate.<sup>3</sup>

Le scandale du Watergate, impliquant l'utilisation abusive de l'argent des entreprises pour financer la campagne de Nixon en 1972, a conduit la Securities and Exchange Commission

---

<sup>1</sup> « All the ordinary and necessary expenses paid or incurred during the taxable year in carrying on any trade or business, including ... rentals or other pay- ments required to be made as a condition to the continued use or posses- sion, for purposes of the trade or business, of property to which the taxpayer has not taken or is not taking title or in which he has no equity. »

<sup>2</sup> CARRINGTON Paul D., « Law and Transnational Corruption », *Law Contemp. Probl.*, 70, Duke University School of Law, 2007,

<sup>3</sup> *Le droit, nouvelle arme de guerre économique: comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Arles, Actes Sud, 2019.

(SEC) à enquêter sur les dépenses déclarées en vue d'en tirer un avantage illicite. La SEC a découvert l'utilisation généralisée de fausses méthodes comptables pour dissimuler les pots-de-vin versés à des fonctionnaires étrangers. La SEC a ouvert des enquêtes et demandé des injonctions pour obliger les entreprises à divulguer des rapports financiers complets aux investisseurs.

La loi interdit aux entreprises et à leurs agents d'effectuer des paiements ou de faire des cadeaux à des fonctionnaires étrangers. Le rapport de 1976 de la SEC sur les paiements et pratiques douteux et illégaux des entreprises a révélé des cas de corruption antérieurs et a donné une impulsion à la FCPA. Ce rapport a révélé la pratique répandue de la corruption commerciale d'agents publics étrangers et a analysé 89 cas de paiements douteux. Plus de trois cents entreprises américaines ont été mises en cause.<sup>1</sup> La FCPA a été créée en réponse à la crise intérieure de l'après-Watergate, au cours de laquelle les Américains ont perdu confiance dans leurs dirigeants politiques et économiques. La législation visait à garantir la bonne conduite des affaires aux États-Unis. Elle visait principalement les entreprises et les particuliers exerçant des activités aux États-Unis ou par leur intermédiaire, étant donné que le Watergate était un problème national et que la solution passait avant tout par la politique nationale, en punissant les acteurs nationaux.<sup>2</sup>

Toutefois le scandale de Watergate n'est pas le seul événement. En effet, il y a eu un autre événement. En 1971, le Congrès a accordé à Lockheed Corporation<sup>3</sup> une garantie de prêt fédérale de 250 millions de dollars pour éviter la faillite. Cependant, les autorités ont découvert

---

<sup>1</sup>ROSST Lauren Ann, « USING FOREIGN RELATIONS LAW TO LIMIT EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT », *Duke Univ. Sch. Law*, Vol. 62, No. 2, 2012.

<sup>2</sup> A.B. Spalding, « Unwitting Sanctions: Understanding Anti-Bribery Legislation as Economic Sanctions against Emerging Markets », *SSRN Electronic Journal*, Elsevier BV, 2009.

<sup>3</sup> « Les scandales de Lockheed viennent de la découverte d'une série de pots-de-vin et de rétrocommissions versées par des responsables de Lockheed entre la fin des années 1950 et le début des années 1970. Au cours de l'hiver 1975-76, la commission Church du Sénat parvint à établir que des membres du directoire de Lockheed avaient effectivement versé des commissions à des représentants des gouvernements alliés pour obtenir des contrats de vente d'avions militaires. En 1976, la presse divulgua que Lockheed avait versé 22 000 000 de \$ en pots-de-vin à des responsables étrangers<sup>14</sup> pour ce qu'on a appelé à l'époque le « marché du siècle », à savoir la négociation de la vente de plusieurs appareils dont le Starfighter F-104 aux autres pays de l'OTAN. Au terme de l'enquête, il s'avère que Lockheed avait versé 38 000 000 de \$ en pots-de-vin ». Source : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Lockheed>.

que Lockheed avait versé de nombreux pots-de-vin à des gouvernements étrangers pour obtenir des contrats. Au moment où les auditions du Congrès ont commencé, Lockheed avait révélé au gouvernement américain qu'elle avait versé des pots-de-vin de plusieurs millions de dollars à divers pays développés et en voie de développement, en particulier les Pays-Bas, le Japon et l'Italie. Parmi les scandales révélés figure le versement d'un million de dollars par la Lockheed Aircraft Corporation au prince Bernhard des Pays-Bas pour garantir la vente d'avions militaires.<sup>1</sup> Ces pots-de-vin ont provoqué des scandales dans ces pays, les mettant dans l'embarras ainsi que les États-Unis. Cet événement a fait naître le besoin d'une législation internationale anti-corruption.<sup>2</sup>

Après le Watergate, plus de 50 entreprises américaines ont révélé des paiements politiques inappropriés à la SEC, et 35 ont demandé des conseils ou ont fait l'objet d'une enquête. Le président Ford a nommé Elliott Richardson à la présidence d'un groupe de travail sur les paiements douteux des entreprises à l'étranger, qui a finalement abouti à la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (Foreign Corrupt Practices Act). Le Congrès a adopté la loi anticorruption la plus stricte au monde, qui avait 20 ans d'avance sur son temps, en s'attaquant au problème des paiements douteux effectués par les entreprises à l'étranger.<sup>3</sup>

La FCPA, adoptée en 1977, a été critiquée<sup>4</sup> pour son caractère trop large et trop vague, qui réduisait la capacité des entreprises américaines à être compétitives à l'étranger. Plusieurs tentatives de révision ont été faites, notamment celles introduites au Congrès en 1980, 1981, 1983, 1985 et 1987. Les amendements de 1988 ont été intégrés à l'Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988, signé par le président Reagan. Les amendements de 1988 à la loi de 1977 sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) ont apporté quatre changements significatifs, en particulier dans les dispositions relatives aux paiements à l'étranger. Les

---

<sup>1</sup> CARRINGTON Paul D., « Law and Transnational Corruption », *Law Contemp. Probl.*, 70, Duke University School of Law, 2007.

<sup>2</sup> A.B. Spalding, « Unwitting Sanctions: Understanding Anti-Bribery Legislation as Economic Sanctions against Emerging Markets », *SSRN Electronic Journal*, Elsevier BV, 2009.

<sup>3</sup> CLEVELAND Margot, FAVO Christopher M., FRECKA Thomas J. *et al.*, « Trends in the International Fight Against Bribery and Corruption », *J. Bus. Ethics*, 90, 2009.

<sup>4</sup> J.L. GRAHAM, « The Foreign Corrupt Practices Act: A New Perspective », *Journal of International Business Studies*, septembre 1984, vol. 15, n° 3, pp. 107-121.

amendements ont modifié la définition des « paiements corrompus » en remplaçant la personne à laquelle le paiement a été effectué par le but dans lequel il a été effectué. La loi FCPA initiale autorisait les paiements à des agents gouvernementaux dont les fonctions étaient essentiellement ministérielles ou administratives. Les amendements ont élargi l'exception pour autoriser les paiements à tout fonctionnaire étranger s'ils constituent un « paiement facilitant ou accélérant » des actions gouvernementales de routine. <sup>1</sup>

. Le ministère américain de la justice (DOJ) et la commission des opérations de bourse (SEC) sont responsables de la mise en œuvre de la loi sur la concurrence loyale et la lutte contre la corruption (FCPA) pour les entreprises cotées en bourse (NY Stock Exchange, Nasdaq) aux États-Unis. Le DOJ veille à l'application des dispositions pénales, tandis que la SEC s'occupe de l'application des dispositions civiles. <sup>2</sup>

□ **B. Les interdictions prévues par le FCPA**

□ **I. Les dispositions relatives à la lutte contre la corruption**

L'idée d'une loi pénale ayant une compétence extraterritoriale n'est pas nouvelle. Toutefois, la FCPA a connu un grand succès depuis son adoption par le Congrès en 1977, en particulier après ses amendements ultérieurs. Le Congrès a promulgué la FCPA après avoir découvert que plusieurs centaines de sociétés avaient effectué des « paiements douteux totalisant plus de 300 millions de dollars à des agents publics étrangers en échange d'un large éventail d'actions au nom des sociétés ». La loi a deux objectifs : interdire la corruption de agents publics étrangers et établir certaines exigences comptables. Le ministère de la Justice et la Securities (DOJ) et l'Exchange Commission (SEC) veillent tous deux à l'application de la loi. <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> « The Price of International Business Morality: Twenty Years Under the Foreign Corrupt Practices Act », 2020.

<sup>2</sup> « La FCPA encadre la corruption sous deux angles : en interdisant la corruption des agents public étrangers et en obligeant les sociétés dont les actions sont enregistrées conformément à la loi sur les bourses de valeurs de 1934 (Exchange Act) à mettre en œuvre des normes de tenue de registres et des contrôles internes. Le DOJ applique les dispositions anti-corruption aux entreprises nationales, aux ressortissants étrangers et aux sociétés étrangères. La SEC applique les dispositions comptables et les dispositions anti-corruption concernant les opérateurs. », dans, GIUDICE Lauren, « REGULATING CORRUPTION : ANALYZING UNCERTAINTY IN CURRENT FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT ENFORCEMENT », BOSTON Univ. LAW Rev, 91.

<sup>3</sup> Evyenia Zaferis, Proposal for a Treaty to Apply the Foreign Corrupt Practices Act Solution to the Corporate Criminal Problem in Private Military and Security Companies, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 243 (2018).

Les dispositions anti-corruption interdisent : (a) « l'utilisation des moyens de communication ou de tout autre instrument du commerce interétatique à des fins de corruption en vue d'offrir, de payer, de promettre de payer ou d'autoriser le paiement d'une somme d'argent, ou d'offrir, de donner, de promettre de donner ou d'autoriser la remise d'un objet de valeur » non seulement à un agent public étranger ou à un parti politique étranger, mais également à :

- (A)(i) influencer un acte ou une décision de cet agent public étranger, de ce parti politique, de ce responsable de parti ou de ce candidat en sa qualité officielle, (ii) inciter cet agent public étranger, ce parti politique, ce responsable de parti ou ce candidat à accomplir ou à omettre d'accomplir un acte en violation des obligations légales de cet agent public étranger, de ce parti politique, de ce responsable de parti ou de ce candidat, ou (iii) obtenir un quelconque avantage indu ; où
- (B) Inciter cet agent public étranger, ce parti politique, ce responsable de parti ou ce candidat à utiliser son influence auprès d'un gouvernement étranger ou d'un de ses instruments pour influencer un acte ou une décision de ce gouvernement ou de cet instrument, afin d'aider cette entreprise nationale à obtenir ou à conserver des affaires pour ou avec une personne, ou à orienter des affaires vers une autre personne.<sup>1</sup>

Le contenu de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) est complet et vise à prévenir et à sanctionner les comportements répréhensibles. On dit souvent que la criminalisation de la corruption d'entreprises étrangères agit comme un mécanisme préventif d'auto-renforcement. Le succès de la FCPA repose sur sa composante d'auto-divulgence. Le concept d'application «douce» fait référence à la capacité d'une loi à encourager le contrôle autonome et le respect des règles plus efficacement que l'application «dure» seule.<sup>2</sup>

Si les codes de conduite et de respect des règles, tels que le document de Montreux et l'ICoC,<sup>3</sup> sont théoriquement valables, ils doivent être associés à un mécanisme d'application formel et juridiquement contraignant pour être efficaces dans la pratique. La FCPA est un modèle qui permet d'atteindre ces deux objectifs. La tendance récente est de poursuivre non

---

<sup>1</sup> M.N. DARROUGH, « The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience », *Journal of Business Ethics*, mai 2010, vol. 93, n° 2, pp. 255-276, disponible sur <http://link.springer.com/10.1007/s10551-009-0219-5> (Consulté le 3 mars 2023).

<sup>2</sup> Rachel Brewster, ENFORCING THE FCPA : INTERNATIONAL RESONANCE AND DOMESTIC STRATEGY, *Virginia Law Review*, December 2017, Vol. 103, No. 8 (December 2017), pp. 1611- 1682

<sup>3</sup> The International Code of Conduct for Private Security Service Providers (ICoC), disponible sur: <https://icoca.ch/the-code/>



seulement les personnes morales, mais aussi les personnes physiques pour des infractions à la FCPA. Cette approche, qui inclut la perspective de peines d'emprisonnement importantes, envoie un message clair aux dirigeants d'entreprise, aux membres du conseil d'administration et aux agents commerciaux : ils seront tenus personnellement responsables des violations du FCPA. Ce même principe devrait s'appliquer aux dirigeants des entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP).<sup>1</sup>

□ **II. Les dispositions relatives aux livres et registres**

La FCPA vise à prévenir la pratique de la corruption contraire à l'éthique en réglementant, la comptabilité et le contrôle. Elle ne s'applique qu'aux sociétés émettrices qui doivent s'enregistrer auprès de la SEC et qui doivent s'assurer que les filiales étrangères actionnaires respectent les dispositions relatives à la tenue des livres comptables. Les sociétés concernées doivent également s'efforcer de bonne foi d'inciter les entreprises détenant 50 % ou moins de leurs actions à se conformer aux dispositions relatives à la comptabilité. Ces dispositions s'appliquent à toutes les transactions effectuées par la société émettrice, indépendamment du fait qu'elle exerce ou non des activités à l'étranger ou que la transaction soit considérée comme un pot-de-vin.<sup>2</sup>

Le FCPA exige des entreprises concernées qu'elles « établissent et conservent des livres, des registres et des comptes qui, de manière raisonnablement détaillée, reflètent de manière précise et juste les transactions et la disposition des actifs des entreprises ». En outre, les entités concernées doivent :

(B) concevoir et maintenir un système de contrôle comptable interne suffisant pour fournir des garanties raisonnables que :

(i) les transactions sont exécutées dans le cadre de la direction générale ; (ii) les transactions sont enregistrées selon ce qui est nécessaire (I) afin de permettre la préparation des états financiers conformément aux principes comptables généralement acceptés (GAAP) ou à

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> M. Cleveland, C. M. Favo, T. J. Frecka and C. L. Owens, *Journal of Business Ethics*, 2009, Vol. 90, Supplement 2: SIXTH ANNUAL ETHICAL DIMENSIONS IN BUSINESS: REFLECTIONS FROM THE BUSINESS ACADEMIC COMMUNITY (2009), pp. 199-244.

tout autre critère applicable à ces états, et (II) afin de conserver la comptabilité des actifs ; (iii) l'accès aux actifs n'est permis que conformément à l'autorisation générale ou spécifique de la direction ; et (iv) l'accès à l'information n'est pas limité à l'utilisation de l'information. (iv) la comptabilité enregistrée pour les actifs est comparée aux actifs existants à des intervalles raisonnables et des mesures appropriées sont prises en cas d'écart. <sup>1</sup>

Les termes « assurances raisonnables » et « détails raisonnables » sont également définis par le FCPA comme le niveau de détail et le degré d'assurance nécessaires à des fonctionnaires prudents dans la conduite de leurs propres affaires.

Les exigences comptables de la FCPA engagent la responsabilité pénale, mais uniquement en cas de violation délibérée. Plus précisément, une personne qui contourne ou omet sciemment de mettre en œuvre un système de contrôle comptable interne ou falsifie sciemment tout livre, registre ou compte décrit dans la FCPA est pénalement responsable.

#### □ **D. Les critiques de la politique Américaine anti-corruption**

Depuis les années 2000, les États-Unis ont étendu leur politique juridique étrangère à la lutte contre la corruption et à la défense des intérêts américains, rendant difficile la distinction entre les efforts déployés pour la moralisation des relations économiques internationales et les sanctions utilisées comme une arme économique et diplomatique puissante, dont l'efficacité et les limites au niveau international sont illustrées par l'exemple de l'Iran. Le droit en tant qu'instrument économique et politique : ce phénomène n'est pas nouveau et n'est certainement pas réservé aux États-Unis. La mondialisation des échanges, l'internationalisation des entreprises, la volonté de lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent : les États-Unis cherche à imposer sa souveraineté à l'intérieur et à l'extérieur de ses frontières. Or, depuis les années 2000 jusqu'à aujourd'hui, les États-Unis ont développé une « politique juridique étrangère » sans précédent, basée sur des réglementations et des législations. De nombreuses entreprises étrangères ont été poursuivies pour avoir violé les dispositions américaines,

---

<sup>1</sup> 15 U.S. Code § 78m, disponible sur <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78>

notamment en matière de lutte contre la corruption et de sanctions économiques, ou se sont vu interdire d'opérer dans des pays ciblés par les États-Unis.<sup>1</sup>

Depuis sa création en 1970, la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA) a été contestée par les grandes entreprises américaines en raison de son impact sur les marchés d'exportation (énergie, défense, télécommunications, pharmaceutique, etc.). D'autres grandes puissances économiques, dont l'Europe, n'ont pas adopté de mesures similaires et les entreprises continuent de faire appel à des consultants dans les pays où la corruption est répandue. La France a même mis en place un système de déclaration officielle (déclaration de pots-de-vin) permettant aux entreprises de les déduire de l'impôt sur les sociétés. En revanche, les autorités américaines, qui ne sont pas suicidaires et ne veulent pas pénaliser leur propre industrie d'exportation, n'ont pas participé à la mise en œuvre du FCPA. Entre 1977 et 2001, le Département of Justice (DOJ) n'a sanctionné qu'une vingtaine d'entreprises, souvent de second rang, à raison d'une par an.<sup>2</sup>

Le FCPA, une loi américaine de vingt pages, punit la corruption d'agents publics étrangers. Il interdit à toute entité ayant des liens avec les États-Unis, y compris les transactions en dollars ou l'utilisation de moyens de communication basés aux États-Unis, de faire des paiements frauduleux ou des dons à des agents publics étrangers dans le but d'influencer leurs actions.<sup>3</sup> En 1998, le Congrès américain a modifié la loi FCPA pour lui donner une portée extraterritoriale, permettant ainsi de poursuivre les sociétés étrangères. Cette modification a transformé une loi qui aurait pu affaiblir l'industrie américaine en un outil d'ingérence et de guerre économique.<sup>4</sup> Cette loi est par nature extraterritoriale et peut s'appliquer indépendamment du lieu où les faits se sont produits. Par exemple, en 2011, la SEC et le DOJ ont infligé une amende de plusieurs millions de dollars à la société de télécommunication hongroise, Magyar Telekom, pour des faits de corruption concernant des marchés en Macédoine

---

<sup>1</sup> M. Leblanc-Wohrer, « Le droit, arme économique et géopolitique des États-Unis, » Politique étrangère, CAIRN, 2019, vol. Hivr, no. 4, p. 3.

<sup>2</sup> *Le piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, Paris, JC Lattès, 2019.

<sup>3</sup> *Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Arles, Actes Sud, 2019.

<sup>4</sup> *Le piège américain, op. cit.*

et au Monténégro. Les dirigeants de cette entreprise ont été poursuivis parce qu'ils ont discuté de la corruption dans un courriel qui a transité par un serveur basé aux États-Unis. <sup>1</sup>

Depuis le milieu des années 2000, le DOJ et la SEC ont constamment testé les limites de cette extraterritorialité, allant jusqu'à juger des médecins étrangers comme « agents publics » afin d'entamer des poursuites contre des sociétés pharmaceutiques internationales. En 2016, le total des amendes payées par les entreprises au titre du FCPA a atteint 2,7 milliards de dollars, une augmentation significative rendue possible par le Patriot Act de 2003, qui a permis aux agences américaines de surveiller massivement les entreprises étrangères et leurs employés. <sup>2</sup>

Cependant, l'extraterritorialité des lois américaines pose des questions sur le respect de la souveraineté des États et la légitimité des poursuites américaines lorsque le lien avec les États-Unis est ténu. Malgré cela, les États et les entreprises étrangères restent souvent impuissants face à la puissance du droit américain. Le renforcement récent des législations nationales et la coopération internationale pourraient offrir une solution, notamment dans le domaine de la lutte contre la corruption. <sup>3</sup>

La justice américaine utilise également l'accusation de « fraude comptable » pour enquêter sur les sociétés étrangères. Cette accusation permet d'examiner les comptes consolidés de la société mère et d'obtenir une vue détaillée de toutes ses filiales. Plus il y a d'infractions, plus l'amende risque d'être élevée pour l'entreprise sanctionnée. <sup>4</sup>

#### □ E. Les cas récents concernant le FCPA

##### □ I. Siemens AG

Siemens AG et trois de ses filiales ont plaidé coupable de violations de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) aux États-Unis. Siemens AG a plaidé coupable à deux chefs d'accusation de violations criminelles des contrôles internes et des dispositions relatives aux livres et registres de la FCPA. Siemens Argentina a plaidé coupable à un chef

---

<sup>1</sup> *Le droit, nouvelle arme de guerre économique, op. cit.*

<sup>2</sup> *Le piège américain, op. cit.*

<sup>3</sup> M. LEBLANC-WOHRER, « Le droit, arme économique et géopolitique des États-Unis », *Politique étrangère*, 2019, n° 4, p. 37, disponible sur <http://www.cairn.info/revue-politique-etrangere-2019-4-page-37.htm?ref=doi> (Consulté le 3 mars 2023).

<sup>4</sup> *Le droit, nouvelle arme de guerre économique, op. cit.*

d'accusation de conspiration en vue de violer les dispositions de la FCPA relatives aux livres et aux registres. Siemens Bangladesh Limited et Siemens Venezuela ont chacune plaidé coupable à une accusation séparée de conspiration en vue de violer les dispositions anti-corruption et les dispositions relatives aux livres et registres. Dans le cadre de ces accords, Siemens AG a accepté de payer une amende de 448,5 millions de dollars, tandis que Siemens Argentine, Bangladesh et Venezuela ont accepté de payer chacun une amende de 500 000 dollars. L'entreprise s'est engagée dans des efforts systématiques de falsification de ses livres et registres depuis le milieu des années 1990 et a effectué des paiements d'un montant total d'environ 1,36 milliard de dollars depuis son entrée à la Bourse de New York en 2001 jusqu'en 2007.<sup>1</sup>

Entre 2000 et 2002, quatre filiales de Siemens AG, Siemens France, Siemens Turquie, Osram Middle East FZE et Gas Turbine Technologies S.p.A., ont obtenu 42 contrats d'une valeur de plus de 80 millions de dollars avec le gouvernement irakien dans le cadre du programme « Pétrole contre nourriture » des Nations unies. Ces contrats ont été attribués grâce à des pots-de-vin versés au gouvernement irakien, pour un montant total de 1 736 076 dollars. Les contrats ont été gonflés d'environ 10 % avant d'être soumis à l'approbation des Nations unies. Des paiements simultanés ont été effectués à divers fonctionnaires argentins en échange d'un traitement commercial favorable dans le cadre d'un projet de carte d'identité nationale d'un milliard de dollars. À partir du 12 mars 2001, Siemens Argentine a versé environ 31 263 000 dollars en paiements corrompus à divers fonctionnaires argentins par l'intermédiaire de prétendus consultants et d'autres entités intermédiaires. Ces paiements ont été abusivement qualifiés de paiements légitimes pour des honoraires de consultants ou des frais juridiques.<sup>2</sup>

Siemens Venezuela a admis avoir effectué et fait effectuer des paiements corrompus d'un montant d'au moins 18 782 965 dollars à des fonctionnaires vénézuéliens en échange d'un traitement commercial favorable dans le cadre de deux grands projets de transports en commun métropolitains appelés Metro Valencia et Metro Maracaibo. Certains de ces paiements ont été effectués sur des comptes bancaires américains contrôlés par les prétendus consultants commerciaux. Siemens Bangladesh a admis qu'entre mai 2001 et août 2006, elle a fait effectuer

---

<sup>1</sup> D. Smith, *Fraud and Corruption*, Springer Nature, October 11, 2022, p.15.

<sup>2</sup> *Ibid.*

des paiements frauduleux d'un montant d'au moins 5 319 839 dollars à divers fonctionnaires bangladais, par l'intermédiaire de prétendus consultants commerciaux, en échange d'un traitement de faveur au cours de la procédure d'appel d'offres relative à un projet de téléphonie mobile. Au moins un paiement à chacun de ces prétendus consultants a été effectué à partir d'un compte bancaire américain.<sup>1</sup>

L'ancien directeur technique de Siemens AG, Eberhard Reichert, a plaidé coupable d'avoir conspiré pour verser des dizaines de millions de dollars de pots-de-vin à des fonctionnaires du gouvernement argentin afin d'obtenir, de mettre en œuvre et d'appliquer un contrat d'un milliard de dollars portant sur la création de cartes d'identité nationales. La société a été employée par Siemens AG de 1964 à 2001, et Reichert a été employé par Siemens AG à partir d'environ 1990. Il a plaidé coupable à un chef d'accusation de conspiration en vue de violer les dispositions de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) relatives à la lutte contre les pots-de-vin, aux contrôles internes et à la tenue des livres et registres, et de commettre une fraude électronique. M. Reichert a comparu en décembre dernier sur la base d'un acte d'accusation à trois volets déposés en décembre 2011, l'inculpant lui et sept autres personnes. Il sera condamné par le juge du district sud de New York, Denise L. Cote.<sup>2</sup>

Cette condamnation témoigne de l'engagement de la division pénale à traduire en justice tant les entreprises que les individus corrompus, où qu'ils résident et quel que soit le temps pendant lequel ils tentent d'échapper à l'arrestation. En 1998, le gouvernement argentin a attribué à une filiale de Siemens AG un contrat d'une valeur d'environ 1 milliard de dollars pour la création de cartes d'identité nationales de pointe (le projet Documento Nacional de Identidad ou DNI). Le gouvernement argentin a mis fin au projet DNI en 2001. Reichert a admis que lui et ses co-conspirateurs ont dissimulé les paiements illicites par divers moyens, notamment en utilisant des sociétés écrans associées à des intermédiaires pour déguiser et blanchir les fonds. Reichert a également admis avoir utilisé un contrat de 27 millions de dollars

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

entre une entité de Siemens et une société appelée MFast Consulting AG, prétendument pour des services de conseil, afin de dissimuler des pots-de-vin versés à des fonctionnaires argentins.<sup>1</sup>

En 2008, Siemens AG, Siemens Argentina, Siemens Bangladesh Limited et Siemens S.A.-Venezuela ont plaidé coupables d'avoir violé les dispositions de la FCPA relatives aux livres et registres. Dans le cadre de ces accords, les sociétés Siemens ont payé un total de 450 millions de dollars d'amendes pénales. La Securities and Exchange Commission (SEC) des États-Unis a également intenté une action civile contre Siemens AG, l'accusant d'avoir violé les dispositions de la FCPA relatives à la lutte contre la corruption, à la tenue des livres et registres et aux contrôles internes.<sup>2</sup>

#### □ II. Honeywell

Le groupe américain Honeywell International Inc. a accepté de verser 160 millions de dollars à la SEC et au ministère de la justice pour répondre aux accusations de violation de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (Foreign Corrupt Practices Act) dans le cadre d'activités menées au Brésil et en Algérie. Une unité américaine d'Honeywell (Honeywell UOP) a conclu avec le ministère de la justice un accord de poursuite différée de trois ans qui prévoit une sanction pénale d'environ 79 millions de dollars. Le DPA a résolu une plainte pénale déposée devant un tribunal fédéral du Texas, accusant Honeywell UOP de conspiration en vue de violer les dispositions anti-corruption de la FCPA. Le ministère de la justice a déclaré qu'il allait créditer jusqu'à 39,6 millions de dollars de la sanction pénale pour les paiements effectués par Honeywell aux autorités brésiliennes dans le cadre de procédures connexes. Dans une ordonnance administrative interne, la SEC a accusé Honeywell International d'avoir violé les dispositions de la FCPA relatives à la lutte contre la corruption, aux livres et registres et aux contrôles comptables internes. La société a accepté de verser à la SEC 81,5 millions de dollars sous forme de dommages-intérêts et d'intérêts avant jugement. La SEC n'a pas imposé de sanction civile distincte. L'ordonnance de la SEC prévoit une compensation pouvant aller jusqu'à 38,7 millions de dollars pour les paiements effectués aux autorités brésiliennes. Selon

---

<sup>1</sup> Communiqué de presse, Former Siemens Executive Pleads Guilty To Role in \$100 Million Foreign Bribery Scheme, 15/03/2015, disponible sur : <https://www.justice.gov/opa/pr/former-siemens-executive-pleads-guilty-role-100-million-foreign-bribery-scheme>

<sup>2</sup> *Ibid.*

le ministère de la justice, entre 2010 et 2014, Honeywell UOP a conspiré pour offrir un pots-de-vin d'environ 4 millions de dollars à un fonctionnaire de Petrobras afin de l'aider à remporter un contrat de 425 millions de dollars pour le développement d'une raffinerie de pétrole appelée Premium. Le ministère de la justice a déclaré que le représentant de Petrobras était un « directeur en aval ». Lors d'une réunion en 2010, le responsable du compte Honeywell pour Petrobras a offert à un lobbyiste brésilien et au directeur en aval une partie du contrat (1 à 3 %). En interne, le responsable du compte Petrobras d'Honeywell et ses supérieurs appelaient le représentant de Petrobras le « roi » et le lobbyiste brésilien l' « assistant du roi ». En échange des pots-de-vin, Honeywell a reçu des informations privilégiées et une assistance secrète de la part du représentant de Petrobras et a fini par remporter le contrat, selon le ministère de la justice. Outre les pots-de-vin versés au Brésil, la SEC a également accusé Honeywell Belgium d'avoir engagé un intermédiaire en 2011 qui a aidé à corrompre un fonctionnaire pour obtenir des contrats de la compagnie pétrolière publique algérienne Sonatrach. La SEC n'a pas nommé l'intermédiaire, mais dans un communiqué publié lundi, Honeywell a déclaré qu'il s'agissait d'Unaoil. Selon la SEC, un « consultant » a versé environ 75 000 dollars au responsable algérien, et Unaoil a remboursé le consultant. Honeywell a révélé pour la première fois l'existence de l'enquête dans un document déposé auprès de la SEC en juillet 2022, selon les données de FCPA Tracker. Dans cette déclaration, la société a indiqué que le DOJ et la SEC enquêtaient sur l'activité avec Petrobras et sur un « engagement antérieur d'une filiale étrangère d'Unaoil S.A.M. en Algérie ». Le ministère de la justice et la SEC ont déclaré lundi qu'Honeywell avait été félicitée pour sa coopération au cours de l'enquête et pour les mesures correctives qu'elle a prises.

### **Le Brésil**

Honeywell UOP, filiale américaine de Honeywell International Inc. a accepté de payer plus de 160 millions de dollars pour résoudre des enquêtes parallèles sur la corruption menées par des autorités pénales et civiles aux États-Unis et au Brésil. La résolution de cette affaire est menée en coordination avec les autorités judiciaires brésiliennes et la Securities and Exchange Commission (SEC) des États-Unis. Honeywell UOP a conclu un accord de poursuite différée (DPA) de trois ans avec le ministère en rapport avec une plainte pénale déposée dans le district



sud du Texas,<sup>1</sup> accusant l'entreprise de conspiration en vue de violer les dispositions anti-corruption de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA). Entre 2010 et 2014, Honeywell UOP a conspiré pour offrir un pot-de-vin d'environ 4 millions de dollars à un haut dirigeant de Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras) au Brésil. La société a offert ce pot-de-vin pour obtenir des avantages indus afin d'obtenir et de conserver des contrats avec Petrobras dans le cadre des efforts déployés par Honeywell UOP pour remporter un contrat d'environ 425 millions de dollars avec Petrobras pour la conception et la construction d'une raffinerie de pétrole appelée Premium. Honeywell UOP a réalisé des bénéfices d'environ 105,5 millions de dollars grâce aux contrats obtenus de manière corrompue. La décision du ministère de la justice témoigne de l'engagement du FBI à mettre tout le monde sur un pied d'égalité sur le marché mondial.<sup>2</sup>

Honeywell a conclu des accords avec le ministère américain de la justice, la Securities and Exchange Commission et les autorités brésiliennes pour mettre fin aux enquêtes anticorruption concernant ses activités historiques au Brésil. Ces accords prévoient une pénalité de 202,7 millions de dollars, une remise de dette et des intérêts avant jugement. La filiale d'Honeywell, UOP, LLC, a conclu un accord de poursuite différée de trois ans avec le ministère de la justice concernant des accusations de complot en vue de violer la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (Foreign Corrupt Practices Act). UOP a conclu des accords de clémence avec le MPF et le contrôleur général du Brésil. Honeywell a accepté certaines obligations en matière de conformité et de rapports de conformité, mais n'a pas fait l'objet de poursuites pénales. Les résolutions ont mis fin aux enquêtes de Petrobras et d'Unaoil.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> United States of America v. Honeywell Uop, United States District Court for the Southern District of Texas Houston Division, Criminal No. 22-cr-624, December 14, 2022. Disponible sur :

[https://www.justice.gov/d9/press-releases/attachments/2023/01/13/honeywell-uop-dpa-from-docket\\_0.pdf](https://www.justice.gov/d9/press-releases/attachments/2023/01/13/honeywell-uop-dpa-from-docket_0.pdf)

<sup>2</sup> Communiqué de presse du DOJ intitulé : Honeywell UOP to Pay Over \$160 Million to Resolve Foreign Bribery Investigations in U.S. and Brazil, disponible sur: <https://www.justice.gov/opa/pr/honeywell-uop-pay-over-160-million-resolve-foreign-bribery-investigations-us-and-brazil>

<sup>3</sup> Communiqué de presse de Honeywell intitulé:: Honeywell Settles Legacy Foreign Corrupt Practices Act Issues And Will Pay A Total Of \$202.7 Million, disponible sur :

<https://www.honeywell.com/us/en/press/2022/12/honeywell-settles-legacy-foreign-corrupt-practices-act-issues-and-will-pay-a-total-of-202-7-million>

### **L'Algérie**

La SEC a également accusé Honeywell Belgium d'avoir engagé un intermédiaire en 2011 qui a aidé à corrompre un fonctionnaire pour obtenir des contrats de la compagnie pétrolière publique algérienne Sonatrach. La SEC n'a pas nommé l'intermédiaire, mais dans un communiqué publié, Honeywell a déclaré qu'il s'agissait d'Unaoil. Selon la SEC, un « consultant » a versé environ 75 000 dollars au responsable algérien, et Unaoil a remboursé le consultant.

L'ordonnance de la SEC établit également qu'en 2011, des employés<sup>1</sup> et des agents de la filiale belge d'Honeywell ont versé plus de 75 000 dollars de pots-de-vin à un représentant du gouvernement algérien afin d'obtenir et de conserver des contrats avec l'entité publique algérienne Sonatrach.<sup>2</sup>

#### **□ Alstom**

Alstom S.A., une entreprise française d'électricité et de transport, a plaidé coupable d'un système de corruption impliquant des dizaines de millions de dollars de pots-de-vin dans des pays du monde entier, notamment l'Indonésie, l'Arabie saoudite, l'Égypte et les Bahamas. Le ministère de la justice a annoncé la résolution, soulignant l'engagement du ministère à éradiquer et à punir la corruption avec toute la rigueur de la loi.<sup>3</sup>

Cette affaire est emblématique de la manière dont le ministère de la justice enquêtera et poursuivra les affaires liées à la FCPA et à d'autres délits d'entreprise. L'assistant du procureur général Caldwell a encouragé les entreprises à maintenir des programmes de conformité solides, à divulguer volontairement et à éradiquer les comportements répréhensibles lorsqu'ils sont détectés, et à coopérer dans le cadre de l'enquête menée par le gouvernement. Le montant record de l'amende est clairement dissuasif pour les entreprises qui se livreraient à des actes de corruption à l'étranger, et ce qui l'est encore plus, c'est que les dirigeants qui commettent ces crimes sont envoyés en prison. Alstom a plaidé coupable dans le cadre d'une information

---

<sup>1</sup> M. Charles Cain, chef de l'unité FCPA de la division d'application de la loi de la SEC a déclaré que : « Ce dysfonctionnement a créé un environnement dans lequel les employés et les agents d'Honeywell ont pu faciliter et ont facilité le versement de pots-de-vin ».

<sup>2</sup> Communiqué de presse du SEC intitulé : SEC Charges Honeywell with Bribery Schemes in Algeria and Brazil, disponible sur : <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-230>

<sup>3</sup> D. Smith, Fraud and Corruption, Springer Nature, October 11, 2022, p.21.

criminelle à deux volets déposés aujourd'hui auprès du tribunal fédéral du district du Connecticut, accusant l'entreprise d'avoir enfreint la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) en falsifiant ses livres et registres et en ne mettant pas en œuvre des contrôles internes adéquats. Alstom a reconnu sa conduite criminelle et accepté de payer une amende pénale de 772 290 000 dollars. Le juge du district américain Janet B. Arterton a fixé une audience de détermination de la peine au 23 juin 2015.<sup>1</sup>

Alstom Network Schweiz AG, anciennement Alstom Prom (Alstom Prom), la filiale suisse d'Alstom, a plaidé coupable à une information criminelle accusant la société de conspiration en vue de violer les dispositions anti-corruption du FCPA. Alstom Power Inc. et Alstom Grid Inc. (Alstom Grid), deux filiales américaines, ont toutes deux conclu des accords de poursuites différées, admettant qu'elles avaient conspiré pour violer les dispositions anti-corruption du FCPA.

En Indonésie, Alstom, Alstom Prom et Alstom Power ont versé des pots-de-vin à des fonctionnaires en échange de leur aide pour obtenir plusieurs contrats de fourniture de services liés à l'électricité d'une valeur d'environ 375 millions de dollars. Au total, Alstom a versé plus de 75 millions de dollars pour obtenir des projets d'une valeur de 4 milliards de dollars dans le monde entier, ce qui lui a permis de réaliser un bénéfice d'environ 300 millions de dollars. Alstom et ses filiales ont également tenté de dissimuler le système de corruption en engageant des consultants censés fournir des services de conseil au nom des entreprises, mais qui ont en fait servi de relais pour les paiements de corruption aux représentants du gouvernement. L'accord de plaider-coupable cite de nombreux facteurs pris en compte par le ministère pour parvenir à la résolution appropriée, notamment le fait qu'Alstom n'a pas divulgué volontairement la faute, son refus de coopérer pleinement à l'enquête du ministère pendant plusieurs années, l'ampleur de la faute commise par les entreprises, l'absence d'un programme efficace de conformité et d'éthique au moment des faits, et sa faute pénale antérieure, y compris

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

une conduite qui a donné lieu à des résolutions avec divers autres gouvernements et avec la Banque mondiale.<sup>1</sup>

□ **ODEBRECHT/BRASKEM**

Odebrecht et Braskem, deux entreprises brésiliennes, ont plaidé coupable et accepté de payer une amende totale combinée d'au moins 3,5 milliards de dollars pour répondre aux accusations de corruption portées par les autorités des États-Unis, du Brésil et de la Suisse. Il a été établi que ces entreprises avaient versé des centaines de millions de dollars de pots-de-vin à des fonctionnaires du monde entier. Le plaider coupable et les sanctions sont le résultat d'un effort multinational pour mettre au jour et poursuivre un système de corruption complexe et de longue durée. Les entreprises ont utilisé le système financier mondial, y compris le système bancaire des États-Unis, pour dissimuler la source et le versement des pots-de-vin. La résolution de cette affaire envoie un message fort : les États-Unis, ainsi que leurs partenaires internationaux, n'hésiteront pas à tenir les entreprises et les individus responsables de la corruption. Les sanctions imposées à Odebrecht et Braskem sont les plus importantes jamais imposées à l'échelle mondiale en matière de corruption transnationale, ce qui souligne l'engagement à lutter contre la corruption et à préserver l'intégrité du système international de libre-échange.<sup>2</sup>

□ **§.2. La lutte contre la corruption au niveau international par le biais des instruments internationaux et de la législation nationale**

Cette sous-section se penche sur les mesures prises pour lutter contre la corruption à différents niveaux : mondial, régional et national. Nous examinerons les initiatives et les organisations internationales qui œuvrent en faveur de la lutte contre la corruption, ainsi que les mécanismes régionaux et nationaux qui ont été mis en place pour promouvoir l'intégrité dans les affaires et le gouvernement. Dans cette sous-section, nous allons examiner Les mesures prises pour la lutte contre la corruption. Nous commencerons par étudier Les mesures prises pour lutter contre la corruption au niveau mondial (A), avant de nous pencher sur Les mesures

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> D. Smith, *Fraud and Corruption*, Springer Nature, October 11, 2022

de lutte contre la corruption au niveau régional (B), Les mesures de lutte contre la corruption au niveau national (C).

□ **A. Les mesures prises pour lutter contre la corruption au niveau mondial**

□ **I. La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption**

La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption a ses origines dans le scandale du Watergate, un scandale politique national qui a conduit à l'adoption d'une législation nationale en réaction à la conduite non éthique des entreprises américaines à l'étranger. <sup>1</sup> Après le passage du FCPA en 1977, les efforts pour conclure un traité des Nations Unies sur les paiements illicites ont commencé à stagner. En mai 1979, le Conseil économique et social des Nations Unies a transmis un projet d'accord international sur les paiements illicites à l'Assemblée générale des Nations Unies, mais l'Assemblée n'a jamais pris de mesures pour convoquer une conférence diplomatique, malgré la pression des États-Unis. <sup>2</sup>

Dans les années 1980, pratiquement aucun progrès n'a été réalisé en ce qui concerne la négociation d'un instrument international de lutte contre la corruption. Le Groupe des Sept (G7) a créé le Groupe d'action financière (GAFI) en 1989, mais ses 40 recommandations ont initialement appelé à la criminalisation du blanchiment d'argent en relation uniquement avec le trafic de drogues, plutôt qu'avec la corruption et d'autres crimes graves. <sup>3</sup>

Dans les années 1990, les Américains se sont efforcés de transposer les principes de la FCPA dans les traités internationaux afin d'améliorer le moral des entreprises et de veiller à ce que les entreprises étrangères soient soumises à des sanctions équivalentes. <sup>4</sup> En raison de la pression du lobby des entreprises américaines et sur instruction du Congrès, l'administration

---

<sup>1</sup>

C. ROSE, *International anti-corruption norms: their creation and influence on domestic legal systems*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2015, p. 63.

<sup>2</sup>

*Ibid.*, p. 64.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup>

M. LEBLANC-WOHRER, « Le droit, arme économique et géopolitique des États-Unis », *op. cit.*

Clinton a renouvelé les efforts pour négocier un instrument international de lutte contre la corruption, mais elle l'a fait par l'intermédiaire de l'OCDE plutôt que des Nations Unies. <sup>1</sup>

Après un long travail de lobbying et de diplomatie juridique, l'OCDE a adopté le 17 décembre 1997 la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, un texte largement inspiré du FCPA américain. Cette convention demande aux signataires d'engager des poursuites même si celles-ci ont un impact sur leur politique étrangère. Les Américains ont réussi à faire adopter leurs normes en matière de lutte contre la corruption par une grande partie du monde des affaires. Le droit américain s'est ainsi répandu dans le monde entier, plaçant les entreprises étrangères sous la juridiction des autorités judiciaires américaines. La convention de l'OCDE a inspiré d'autres initiatives, comme la résolution du Conseil de l'Europe du 6 novembre 1997 contenant vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, et la Convention interaméricaine contre la corruption en Amérique latine. <sup>2</sup>

L'approche adoptée par la Convention pour lutter contre la corruption consiste à obliger les parties contractantes à ériger en infraction pénale la corruption des agents publics étrangers. Elle se concentre donc uniquement sur la « corruption active », c'est-à-dire l'acte de verser des pots-de-vin à des agents publics étrangers, et ne traite donc pas de la « corruption passive » (l'acte d'accepter le pot-de-vin). L'article 1.1 de la Convention se lit comme suit <sup>3</sup> :

*« Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international. »<sup>4</sup>*

L'article 1 prévoit une norme à respecter par les Parties, mais ne les oblige pas à utiliser ses termes précis pour définir l'infraction en vertu de leur droit national. Une Partie peut utiliser

---

<sup>1</sup> C. ROSE, *International anti-corruption norms*, op. cit., p. 64.

<sup>2</sup> *Le droit, nouvelle arme de guerre économique*, op. cit.

<sup>3</sup> A. KULICK, *Global public interest in international investment law*, Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2012, p. 310.

<sup>4</sup> La Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Source : [https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf).

diverses approches pour remplir ses obligations, à condition que la condamnation d'une personne pour l'infraction n'exige pas la preuve d'éléments au-delà de ceux qui seraient requis si l'infraction était définie comme dans ce paragraphe. <sup>1</sup>

La Convention exige également que les États Parties établissent des mesures concernant la tenue par les entreprises de leurs livres, registres, comptes et états financiers, mais ces mesures comptables n'ont pas besoin de prévoir des sanctions pénales - des sanctions civiles et administratives sont également acceptables. Ces mesures comptables doivent interdire aux entreprises de créer des comptes hors bilan, d'effectuer des transactions hors bilan ou insuffisamment identifiées, d'enregistrer des dépenses inexistantes, de constater des passifs avec une identification incorrecte de leur objet, et d'utiliser de faux documents dans le but de corrompre des agents publics étrangers ou de dissimuler une telle corruption. <sup>2</sup>

La portée directe de la Convention dans le contexte de l'investissement est relativement limitée, du fait qu'elle porte sur la criminalisation des pots-de-vin dans les pays d'origine des investisseurs, alors que les différends en matière d'investissement sont centrés sur le traitement de l'investisseur par l'État d'accueil.<sup>3</sup>

Une étude a montré que les filiales de société transnationales (STN) au Ghana se voyaient demander moins de pots-de-vin par les agents publics ghanéens si leur État d'origine avait ratifié la Convention de l'OCDE que les multinationales dont l'État d'origine ne l'avait pas ratifiée. Cela peut suggérer qu'un instrument anticorruption strict, largement diffusé et bien connu, tel que la Convention de l'OCDE, peut en effet exercer une influence substantielle sur les actes de corruption, même en dehors des États membres de l'OCDE.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> M. PIETH, L.A. LOW et P.J. CULLEN, *The OECD convention on bribery: a commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. xxix.

<sup>2</sup> C. ROSE, *International anti-corruption norms, op. cit.*, p. 66.

<sup>3</sup> A. KULICK, *Global public interest in international investment law, op. cit.*, p. 311.

<sup>4</sup> J. WOUTERS, C. RYNGAERT et A.S. CLOOTS, *The Fight Against Corruption in International Law*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 1 juillet 2012, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=2274775> (Consulté le 12 novembre 2021).

## □ II. La Convention Des Nations Unies Contre La Corruption (CNUCC)

Les Nations Unies, reconnaissant qu'un instrument juridique international complet contre la corruption<sup>1</sup> est nécessaire, à cet effet ils ont créé en 2001 un comité ad hoc pour la négociation d'un tel instrument. Après sept sessions de négociation tenues entre janvier 2002 et octobre 2003, le Comité ad hoc a finalement approuvé la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC).<sup>2</sup> Un autre facteur important était l'existence d'un certain nombre d'autres convention anti-corruption conclus sous les auspices d'autres organisations régionales et internationales entre le milieu et la fin des années 1990. Cette succession de conventions comprenait la Convention interaméricaine de 1996 de l'Organisation des États américains contre la corruption, la Convention de 1997 de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, la Convention de 1997 de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, la Convention pénale sur la corruption de 1999 du Conseil de l'Europe et la Convention civile sur la corruption de 1999 du Conseil de l'Europe.<sup>3</sup>

La Convention des Nations unies contre la corruption (CNUCC) est le premier instrument de lutte contre la corruption de portée mondiale, qui définit un « langage commun » pour le mouvement de lutte contre la corruption. Elle a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 31 octobre 2003 et a été ouverte à la signature à Mérida, au Mexique, du 9 au 11 décembre 2003. La CNUCC est entrée en vigueur deux ans plus tard, le 14 décembre 2005. Le nombre élevé de signataires et de ratifications reflète le large consensus international

---

<sup>1</sup> « En ce qui concerne la définition de la « corruption », les négociateurs ont adopté une approche différente. Une option, basée sur les propositions de l'Ukraine, adopte une approche générale de la définition de la corruption. La seconde option, basée sur la proposition du Botswana et du Pakistan, est de nature restrictive. La principale divergence entre les participants portait sur l'inclusion ou non d'une définition de la corruption. Finalement, il a été décidé de ne pas définir la corruption. », source :

[https://www.unodc.org/pdf/crime/convention\\_corruption/session\\_3/3rev1a1f.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_3/3rev1a1f.pdf)

<sup>2</sup> R. Rajesh Babu, « The United Nations Convention Against Corruption: A Critical Overview, » SSRN Electronic Journal, Elsevier BV, 2006.

<sup>3</sup> C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption: a commentary*, Oxford commentaries on international law, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 1.



autour de la Convention. Ce consensus n'était pas seulement partagé par les États, mais aussi par le secteur privé international et la société civile.<sup>1</sup> Entre 2003 et 2015, 140 pays ont signé la Convention et 176 sont devenus des États parties. Même l'Union européenne a signé (2005) et ratifié (2008) la CNUCC. Seuls six États (Belize, Corée du Nord, Érythrée, Guinée équatoriale, Suriname et Tchad) n'ont ni signé ni ratifié la CNUCC. Deux pays industrialisés (le Japon et la Nouvelle-Zélande) n'ont pas encore ratifié la Convention, ce qui les place dans la même catégorie que la Barbade, le Bhoutan et la Syrie.<sup>2</sup>

À la différence des autres conventions, la CNUCC ne constitue pas, une convention de droit pénal, Elle va plus loin que l'incrimination des actes de corruption et la répression (articles 15 à 42). La convention est axée sur la prévention, la coopération internationale, le recouvrement d'avoir, l'assistance technique et l'échange d'informations.<sup>3</sup> Elle prévoit des chapitres importants sur la prévention, la coopération internationale, le recouvrement d'avoir, une assistance technique et l'échange d'informations. La CNUCC est donc particulièrement complète. La CNUCC, rédigée à un stade avancé du développement international, élargit la définition des pratiques de corruption à criminaliser. Elle comprend des dispositions relatives à la corruption de agents publics nationaux et étrangers, de représentants élus, à la corruption dans le secteur privé, au trafic d'influence et au blanchiment d'argent. La CNUCC comprend également des dispositions relatives à l'enrichissement illicite, ce qui en fait la convention internationale de lutte contre la corruption la plus complète à ce jour. Elle couvre un large éventail de délits de corruption, y compris l'obstruction à la justice et le détournement de fonds.<sup>4</sup>

Le préambule de la CNUCC met l'accent sur les graves problèmes que la corruption cause à la société, à la démocratie et au développement durable en tant que préoccupation fondamentale de la communauté internationale :

---

<sup>1</sup> J. WOUTERS, C. RYNGAERT et A.S. CLOOTS, *The Fight Against Corruption in International Law*, *op. cit.*

<sup>2</sup> P. HAUCK et S. PETERKE (éds.), *International law and transnational organized crime*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2016, p. 221.

<sup>3</sup> C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>4</sup> P. HAUCK et S. PETERKE (éds.), *International law and transnational organized crime*, *op. cit.*, p. 221.

*« Préoccupés par la gravité des problèmes que pose la corruption et de la menace qu'elle constitue pour la stabilité et la sécurité des sociétés, en sapant les institutions et les valeurs démocratiques, les valeurs éthiques et la justice et en compromettant le développement durable et l'état de droit »<sup>1</sup>*

Le chapitre I de la CNUCC se compose de quatre articles qui portent sur l'objet de la convention, ses termes, son champ d'application et la souveraineté des États. Il est similaire aux quatre premières dispositions de la CNUCED et s'en inspire. L'article 2 de la CNUCC définit de nombreux termes de la Convention, mais pas tous. Les définitions des différentes formes de corruption couvertes par le chapitre III se trouvent dans les articles respectifs du chapitre III. Le terme « corruption » lui-même n'est pas défini par la convention. Le chapitre I comprend également des dispositions sur le champ d'application de la convention et la souveraineté des États, qui jouent un rôle symbolique. Le champ d'application de la CNUCC ne se limite pas aux infractions transnationales impliquant des groupes criminels organisés, et ses dispositions ne requièrent pas de dommages ou de préjudices à la propriété de l'État. La Convention est conforme aux principes juridiques internationaux fondamentaux relatifs à la souveraineté, à l'intégrité territoriale et à la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États.<sup>2</sup>

La Convention met l'accent sur les mesures visant à prévenir l'apparition de la corruption (chapitre II, articles 5 à 14). Il est laissé à la discrétion de chaque État de mettre en œuvre des politiques efficaces de lutte contre la corruption (art. 5) et de créer des organisations spécifiquement chargées de lutter contre la corruption (art. 6). Les États doivent s'efforcer de veiller à ce que leurs services publics soient soumis à des garanties qui favorisent l'intégrité, la transparence et la responsabilité des fonctionnaires, ainsi que le recrutement fondé sur l'efficacité et le mérite (art. 7). Une fois recrutés, les agents publics doivent être soumis à des codes de conduite (article 8), y compris des mesures telles que la déclaration de patrimoine et des mesures disciplinaires. Les États doivent également promouvoir la transparence et la responsabilité dans les marchés publics et la gestion des finances publiques (article 9), et prendre des mesures pour préserver l'intégrité dans des domaines particulièrement critiques tels

---

<sup>1</sup> Le préambule de la CNUCC, consulté : [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-f.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-f.pdf)

<sup>2</sup> C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, op. cit., p. 6.

que le système judiciaire et les services de poursuite (article 11), et pour prévenir le blanchiment d'argent (article 14). L'article 12 est consacré à la lutte contre la corruption. L'article 12 est consacré aux mesures de lutte contre la corruption dans le secteur privé. Il semble évident qu'il est impossible d'atteindre des normes morales et juridiques élevées dans les relations avec le gouvernement si les entreprises n'adoptent pas elles aussi des normes élevées, pour elles-mêmes et dans leurs relations mutuelles. L'art. 12, 2 propose des mesures comprenant la coopération entre les services répressifs et les entités privées concernées, des instruments visant à préserver l'intégrité des entités privées concernées, tels que des codes de conduite, la transparence, la prévention de l'utilisation abusive des procédures réglementant les entités privées, la prévention des conflits d'intérêts, et des contrôles d'audit interne, y compris des procédures d'audit et de certification. Les mesures spécifiques proposées aux articles 12, 3 et 4 comprennent 12, 3 et 4, comprennent la promotion de normes de comptabilité et d'audit internationalement reconnues, l'interdiction des transactions hors livres et le refus de la déductibilité fiscale des dépenses qui constituent des pots-de-vin. La Convention préconise également la participation de la société civile à la prévention et à la lutte contre la corruption (art. 13, 1), y compris l'accès aux organes administratifs et judiciaires appropriés (art. 13, 2), le signalement aux autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites (art. 39, 2), et la protection des personnes qui font des signalements (art. 33) et des témoins, des experts et des victimes (art. 32).

La CNUCC met l'accent aussi sur la criminalisation des actes de corruption, y compris la corruption publique et privée. Les articles 15 (a) et 16 (b) traitent respectivement de la corruption active et passive d'agents publics nationaux et étrangers. Toutefois, la corruption passive n'est pas obligatoire ; les États parties sont seulement tenus d'envisager d'adopter de telles mesures. L'article 21 recommande la corruption dans le secteur privé, mais n'exige pas la criminalisation de l'enrichissement illicite, du trafic d'influence et du détournement de fonds.<sup>1</sup> en résumé, seules cinq de ces dispositions sont pleinement obligatoires : la corruption d'agents publics (article 15), la corruption active d'agents publics étrangers (article 16, paragraphe 1), le détournement de fonds par un agent public (article 17), le blanchiment du produit des avoirs

---

<sup>1</sup> P. HAUCK et S. PETERKE (éds.), *International law and transnational organized crime*, op. cit., p. 223.

(article 23) et l'entrave à la justice (article 25). Les autres dispositions de droit pénal sont semi-obligatoires. Ces articles sont facultatifs et doivent être évalués au cas par cas.<sup>1</sup>

Pour illustrer la portée étendue de cette convention, on peut citer l'obligation faite aux États, dans l'article 34, de prendre des mesures pour faire face aux conséquences juridiques de la corruption. Il mentionne des exemples tels que la résiliation de contrats ou le retrait de concessions. Toutefois, aucune ligne directrice explicite n'est fournie. La portée de cette disposition dans la législation nationale dépend de la décision des États parties.<sup>2</sup>

□ **B. Les mesures de lutte contre la corruption au niveau régional**

□ **I. L'Organisation des États américains (La convention Interaméricain)**

La Convention interaméricaine contre la corruption de l'Organisation des États américains (OEA) a été signée par 22 pays en 1996, dont les États-Unis. Le Canada a signé la convention en 1999 et 33 pays l'ont maintenant signée.<sup>3</sup> La convention de l'OEA a été le premier instrument international contraignant sur la corruption. Le Venezuela a pris la tête du groupe de pays latino-américains qui ont fait pression pour sa création. Les États-Unis ont également été un fervent défenseur de la convention. La Convention de l'OEA a un champ d'application plus large que la Convention anti-corruption de l'OCDE. Outre la criminalisation de la corruption de fonctionnaires étrangers, la Convention de l'OEA exige que les États signataires criminalisent également l'acceptation ou la sollicitation de pots-de-vin.<sup>4</sup>

Entre 1977 et 1996, le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) des États-Unis est demeuré le seul instrument de ce genre. Malgré la pression américaine, la première convention internationale n'a pas été adoptée dans le cadre de l'OCDE, mais par l'OEA.<sup>5</sup> L'adoption de la

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, pp. 219-221.

<sup>2</sup> A. MAKINWA, *Private remedies for corruption: towards an international framework*, The Hague, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2013, p. 147.

<sup>3</sup> P. WEBB, « The United Nations Convention Against Corruption », *Journal of International Economic Law*, janvier 2005, vol. 8, n° 1, pp. 191-229, disponible sur <http://academic.oup.com/jiel/article/8/1/191/822996/The-United-Nations-Convention-Against> (Consulté le 4 janvier 2023).

<sup>4</sup> Art. XXV stipule que : « *La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour à compter de la date du dépôt du deuxième instrument de ratification. À l'égard de chaque Partie qui ratifie la Convention, ou y adhère, après le dépôt du deuxième instrument de ratification, la Convention entrera en vigueur le trentième jour à compter de la date du dépôt par cette Partie de son instrument de ratification ou d'adhésion.* »

<sup>5</sup> <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>.

convention interaméricaine de lutte contre la corruption (IACAC) a eu lieu le 29 mars 1996 au sein de l'OEA et est entrée en vigueur le 6 mars 1997. Ce texte constitue la première convention multilatérale contre la corruption adoptée dans le monde et met fin à l'isolement des États-Unis dans ce domaine. <sup>1</sup>

L'IACAC reflète un consensus régional relatif à la prévention, à l'incrimination et à l'enquête sur les actes corrompus dans le secteur public. Elle établit également un cadre juridique pour faciliter la coopération entre les États parties dans le cadre des enquêtes et du recouvrement des avoirs. <sup>2</sup>

La convention interaméricaine s'applique à une liste d'actes de corruption énumérés dans l'article 6. Cette liste comprend les actes de corruption passive et active. La corruption transnationale n'est un acte de corruption que dans les États qui l'ont qualifié comme un délit. Les États qui n'ont pas fait de la corruption transnationale une infraction sont seulement tenus de fournir une assistance et une coopération en ce qui concerne cette infraction.

L'article 6 de la convention couvre aussi le délit de l'enrichissement illicite, qui consiste à offrir ou à accorder à un agent public d'un autre État un objet de valeur monétaire ou un autre avantage dans le cadre d'une transaction économique ou commerciale en échange d'un acte ou d'une omission dans l'exercice des fonctions publiques de cet agent. L'enrichissement illicite est défini comme l'augmentation significative du patrimoine d'un agent public qu'il ne peut raisonnablement expliquer par rapport à ses revenus légitimes dans l'exercice de ses fonctions. <sup>3</sup>

Les États parties sont également invités à envisager d'ériger en infraction pénale d'autres délits tels que la mauvaise utilisation d'informations confidentielles ou de biens publics, l'obtention d'une décision en vue d'un gain illicite et le détournement illicite de biens publics.

---

<sup>1</sup> G. D. ALTAMIRANO, « The impact of the Inter-American Convention against corruption », the University of Miami Inter-American Law Review, Spring/Summer, Vol. 38, No. 3, p. 489.

<sup>2</sup> Voir, Art. de la convention

<sup>3</sup> MILOŠEVIĆ Goran (dir.), *Dani Arčibalda Rajsa*, Academy of Criminalistic and Police Studies, 2011, p.144

Ces actes de corruption déclenchent des obligations de coopération même entre les États qui n'ont pas criminalisé ces infractions.<sup>1</sup>

La corruption transnationale aurait dû être incluse dans la liste des actes de corruption que tous les États parties auraient dû être tenus d'adopter des mesures législatives ou autres pour les considérer comme des infractions pénales. La corruption transnationale a un effet fortement dissuasif sur les mesures de lutte contre la corruption et tous les États devraient s'y attaquer énergiquement. Malheureusement, la seule référence à la prévention de la corruption transnationale applicable à tous les États parties se trouve à l'article 3, qui traite des mesures préventives que les États devraient envisager. L'article 3 § 10 stipule que :

*« Les mesures visant à dissuader la corruption des fonctionnaires nationaux et étrangers, par le recours à des mécanismes qui assurent que les sociétés ouvertes et d'autres genres d'associations tiennent des livres et des registres reflétant avec exactitude et des détails raisonnables l'acquisition et l'aliénation des actifs des sociétés, et possèdent des contrôles comptables internes suffisants permettant à leurs officiels de dépister les actes de corruption. »*

La principale faiblesse de la Convention de l'OEA réside dans l'absence d'un mécanisme de suivi de la mise en conformité. L'OEA utilise un système d'évaluation par les pairs (peer review system) , avec un comité d'experts nommé par le gouvernement qui sélectionne les pays à évaluer. Le premier rapport sur l'Argentine a été adopté en 2003. Depuis, le comité a analysé la Colombie, le Nicaragua, le Paraguay, l'Uruguay, l'Équateur, le Chili et le Panama, et a convenu d'un calendrier pour la production de douze rapports par an.<sup>2</sup>

## □ II. Le Conseil de l'Europe (CoE)

### a. La convention pénale sur la corruption

La convention pénale sur la corruption est un instrument complet de lutte contre la corruption qui s'appuie sur les avancées de l'IACAC et de la convention anti-corruption de l'OCDE pour élargir son champ d'application. Elle se concentre sur la corruption transnationale d'agents publics et la corruption au sein du gouvernement et de l'administration, ainsi que sur la corruption privée et le trafic d'influence. Toutefois, la convention est confrontée à des défis

---

<sup>1</sup> WEBB Philippa, « The United Nations Convention Against Corruption », *J. Int. Econ. Law*, 8, 2005, pp.191-229.

<sup>2</sup> *Ibid.* pp.146-147

en raison du grand nombre de réserves, qui entravent l'application des nouvelles obligations visant à criminaliser la quasi-totalité des pratiques de corruption.<sup>1</sup>

Ainsi, la convention pénale exige que les États parties érigent en infraction la corruption « active » et « passive »<sup>2</sup> d'agents publics nationaux<sup>3</sup> et étrangers,<sup>4</sup> ainsi que le « trafic d'influence »<sup>5</sup>. La convention couvre également la corruption de membres d'assemblées publiques nationales<sup>6</sup> et étrangères,<sup>7</sup> de membres d'assemblées parlementaires internationales,<sup>8</sup> de fonctionnaires d'organisations internationales<sup>9</sup> et de fonctionnaires de tribunaux internationaux.<sup>10</sup> La convention introduit également des dispositions qui obligent les États parties à mettre en œuvre une législation visant à criminaliser la corruption active et passive dans le secteur privé. Toutefois, la possibilité de réserve susmentionnée s'applique également aux dispositions relatives à la corruption dans le secteur privé.

Un protocole additionnel à la convention pénale sur la corruption,<sup>11</sup> signé le 15 mai 2003 et entré en vigueur le 1er février 2005.<sup>12</sup> Le Protocole a introduit quatre objectifs supplémentaires. Les États parties sont désormais tenus d'ériger en infraction pénale la corruption active et passive d'arbitres nationaux<sup>13</sup> et étrangers<sup>14</sup> et de membres de jurys nationaux et étrangers.<sup>15</sup> Le protocole fournit une définition de l'arbitre afin d'établir une norme minimale, mais laisse les autres définitions aux lois sur l'arbitrage des États parties. Pour

---

<sup>1</sup> Voir Le rapport explicatif de la convention pénale sur la corruption paragraphe 142, source : <https://rm.coe.int/16800cce87>

<sup>2</sup> Voir L'article 2 de la Convention pénale sur la corruption.

<sup>3</sup> Voir l'article 4 de la Convention pénale sur la corruption.

<sup>4</sup> Voir l'article 5 de la convention pénale sur la corruption

<sup>5</sup> Voir l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption

<sup>6</sup> Voir l'article 4 de la Convention pénale sur la corruption.

<sup>7</sup> Voir l'article 6 de la Convention pénale sur la corruption.

<sup>8</sup> Voir l'article 6 de la Convention pénale sur la corruption.

<sup>9</sup> Voir l'article 9 de la Convention pénale sur la corruption.

<sup>10</sup> Voir l'article 11 de la Convention pénale sur la corruption.

<sup>11</sup> Le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, STCE n° 191. Source : <https://rm.coe.int/1680083721>

<sup>12</sup> Le protocole entre en vigueur après le dépôt de cinq instruments de ratification. À ce jour, plus de 25 États parties ont ratifié le protocole

<sup>13</sup> Voir Les articles 2 et 3 du protocole additionnel.

<sup>14</sup> Voir L'article 5 du protocole additionnel.

<sup>15</sup> Voir L'article 6 du protocole additionnel.

entrer dans le champ d'application du protocole, une convention d'arbitrage doit être conclue en vertu des lois sur l'arbitrage des États contractants.

### **b. La convention civile sur la corruption**

La Convention civile sur la corruption est la première tentative d'établir des règles et des règlements au niveau international pour les conséquences civiles de la corruption et cherche à fournir des recours civils à toutes les parties lésées par des actes de corruption. L'un des objectifs de cette convention est d'obliger les États parties à fournir des recours efficaces, y compris une indemnisation pour les dommages subis. Ces dommages peuvent être de nature matérielle et non pécuniaire, ainsi que le manque à gagner. En outre, une disposition importante est l'obligation des États parties à inclure dans leur législation interne que tout contrat ou clause de contrat prévoyant la corruption est nul et non avenu. En outre, la Convention exige des États parties qu'ils autorisent toutes les parties à un contrat dont le consentement a été compromis par un acte de corruption à s'adresser au tribunal compétent pour que « le contrat soit déclaré nul, sans préjudice de leur droit de réclamer des dommages-intérêts ». <sup>1</sup> La Convention considère donc qu'un contrat de corruption est nul ab initio, tandis qu'un contrat obtenu par la corruption est annulable.<sup>2</sup> En outre, la convention civile appelle à une coopération internationale en ce qui concerne la signification et la notification des actes, l'obtention de preuves à l'étranger, la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.<sup>3</sup>

### **□ III. L'Union européenne (Convention contre la corruption impliquant des fonctionnaires)**

En 1997, l'Union européenne (UE) a adopté la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres (Convention de l'UE sur la corruption). <sup>4</sup> Sur la base de cette convention, chaque État membre est tenu de prendre les mesures nécessaires pour ériger en infraction pénale la corruption active et passive des fonctionnaires de l'UE ou des États membres de l'UE. Cette

---

<sup>1</sup> « Ces victimes peuvent être des États, des soumissionnaires perdants, une entreprise de bonne foi dont les dirigeants se sont livrés à des pratiques de corruption, ou encore des actionnaires ou des employeurs d'entreprises qui ont versé des pots-de-vin. Pour un bref aperçu de la Convention civile sur la corruption »

<sup>2</sup> Voir l'article 8 §2 de la convention

<sup>3</sup> Voir l'article 13 de la Convention civile sur la corruption.

<sup>4</sup> La Convention contre la corruption impliquant des fonctionnaires, source : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625(01))



convention a un champ d'application restreint, puisqu'elle ne couvre que la corruption de fonctionnaires européens ou des États membres, et non la corruption de fonctionnaires étrangers en dehors de l'UE ou la corruption dans le secteur privé.

□ **IV. La convention de l'Union Africain contre la corruption** <sup>1</sup>

La corruption est incriminée dans le droit interne de la plupart des États africains et elle est expressément visée dans plusieurs constitutions africaines et dans plusieurs instruments juridiques à vocation africaine à niveau régional ou même continental. Néanmoins, selon au moins un auteur juridique, le continent africain a réalisé peu de progrès dans ce domaine. <sup>2</sup>

La convention de l'Union Africain sur la corruption, adoptée en 2003 lors du sommet de l'UA, encourage les mécanismes de lutte contre la corruption, la coopération dans la lutte contre la corruption, la coordination des politiques et des législations, la suppression des obstacles aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, et la promotion de la transparence et de la responsabilité dans les affaires publiques. Elle érige en infraction pénale les actes de corruption et les délits connexes, notamment la corruption, le trafic d'influence, le détournement de fonds, l'enrichissement illicite et le blanchiment d'argent. La convention oblige également les États parties à adopter des mesures législatives et préventives pour lutter efficacement et rapidement contre ces actes. <sup>3</sup> La corruption est abordée à l'article 4, qui interdit la sollicitation ou l'acceptation directe ou indirecte d'un avantage indu par un agent public ou une personne du secteur privé en échange d'un acte ou d'une omission dans l'exercice de ses fonctions ou d'une transgression de ses devoirs. <sup>4</sup>

La convention peut être appliquée à d'autres actes ou pratiques de corruption sur la base d'un accord réciproque entre deux ou plusieurs États. Bien qu'elle apporte des innovations dans les efforts internationaux de lutte contre la corruption, elle ne prévoit aucun recours pour les individus ou groupes d'individus victimes qui souhaitent obtenir une protection adéquate de

---

<sup>1</sup> « 31 États ont ratifié la convention. Le mécanisme d'application repose sur l'autodéclaration, les États parties rendant compte de leur mise en conformité à un conseil consultatif. Cependant, il n'y a aucune obligation de contrôler ces rapports. »

<sup>2</sup>N. KOFELE-KALE, « CHANGE OR THE ILLUSION OF CHANGE: THE WAR AGAINST OFFICIAL CORRUPTION IN AFRICA », s.d., vol. 38.

<sup>3</sup>G. MILOŠEVIĆ (éd.), *Dani Arčibalda Rajsa*, op. cit., p. 146.

<sup>4</sup> Voir, Art. 4 de la convention Africaine

leurs droits par le biais d'une indemnisation ou d'une restitution. Toutefois, l'article 16 de la convention prévoit une solution permettant aux États contractants d'adopter des mesures législatives pour la saisie, le gel, la confiscation et le retour des avoirs issus de la corruption.<sup>1</sup>

Les initiatives africaines de lutte contre la corruption sont assez nombreuses. En février 1999, onze pays africains ont adopté un ensemble de vingt-cinq principes pour lutter contre la corruption et s'attaquer à la corruption dans les transactions commerciales internationales et l'aide au développement en Afrique. La Coalition mondiale pour l'Afrique (CMA) était responsable des négociations, qui visaient à dégager un consensus sur la politique et les priorités de développement entre les gouvernements africains et leurs partenaires de développement.<sup>2</sup> On note également l'adoption du Protocol SADC<sup>3</sup> contre la corruption lors du sommet de Malawi le 17 août 2001, dans le sillage d'autres initiatives régionales ou universelles : l'OCDE, Conseil de l'Europe, l'Union européenne ou encore l'OEA. L'objectif de ce texte était surtout la promotion, la coopération et l'harmonisation des législations à visée anticorruption dans la région SADC. Cet instrument a été le premier traité subrégional contre la corruption en Afrique. On souligne que ce texte vise- à l'article 6- la corruption des agents publics étrangers. Il est entré en vigueur le 6 juillet 2005.<sup>4</sup>

Les États membres de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO, en anglais ECOWAS) a également adopté un protocole sur la lutte contre la corruption le 21 décembre 2001<sup>5</sup>. Ce texte n'est pourtant pas encore entré en vigueur.

La convention de l'Union africaine contre la corruption a été signée le 11 juillet 2003. Malgré le potentiel très large de ce texte et son champ d'application considérable, il ne fera pas l'objet d'une analyse approfondie au sein de la présente recherche. À l'encontre des conventions de lutte contre la corruption de l'Europe ou des Amériques, la convention de l'Union africaine

---

<sup>1</sup> G. MILOŠEVIĆ (éd.), *Dani Arčibalda Rajsa, op. cit.*, p. 146.

<sup>2</sup> Alhaji B.M. Marong, *Toward a Normative Consensus against Corruption: Legal Effects of the Principles to Combat Corruption in Africa*, 30 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 99, 2002.

<sup>3</sup> Communauté de développement de l'Afrique australe ; SADC est l'acronyme en anglais pour Southern African Development Community.

<sup>4</sup> Consulté : <http://www.sadc.int/index/browse/page/122>.

<sup>5</sup> Consulté : <http://www.comm.ecowas.int/sec/fr/protocoles/PROTOCOLE-SUR-LA-CORRUPTION-FRAccra-Oct-01-Rev5.pdf>.

ne vise pas – en tout cas ne vise pas explicitement - la corruption d'agent public étranger ou des agents d'organisations internationales <sup>1</sup>

□ **V. La convention arabe contre la corruption**

La Convention Arabe contre la corruption est un instrument juridique majeur adopté par les pays arabes dans le but de lutter contre ce fléau qui menace la stabilité et le développement de la région. Cette convention, également connue sous le nom de Convention de Marrakech, a été adoptée en 2010 lors du Sommet arabe à Sharm El Sheikh en Égypte. Elle est entrée en vigueur le 7 juillet 2012 et a été ratifiée par la plupart des pays arabes.

La Convention Arabe contre la corruption reflète l'engagement des pays arabes à promouvoir la transparence, la responsabilité et l'intégrité dans tous les domaines de la vie publique. Elle vise à prévenir, détecter, réprimer et sanctionner les actes de corruption, qu'ils soient commis dans le secteur public ou privé. La convention couvre un large éventail de crimes de corruption, tels que la corruption active et passive, l'enrichissement illicite, le trafic d'influence, le blanchiment d'argent et la confiscation des avoirs illicites.

L'objectif principal de la Convention Arabe contre la corruption est de renforcer les capacités des pays arabes à prévenir et à combattre la corruption, en mettant en place des mesures préventives efficaces, des mécanismes de détection et des procédures de répression appropriées. Les pays signataires de la convention s'engagent à adopter des législations nationales conformes aux normes internationales en matière de lutte contre la corruption et à coopérer activement dans la poursuite des auteurs d'actes de corruption.

La convention prévoit également la création d'un organe régional, le Réseau Arabe de Lutte contre la Corruption (RAC), qui vise à faciliter l'échange d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques entre les pays arabes. Le RAC joue un rôle essentiel dans la coordination des efforts régionaux de lutte contre la corruption et dans le renforcement des capacités des États membres.

---

<sup>1</sup> N. KOFELE-KALE, « CHANGE OR THE ILLUSION OF CHANGE: THE WAR AGAINST OFFICIAL CORRUPTION IN AFRICA », *op. cit.*

La Convention Arabe contre la corruption est un pas important vers la construction d'une région arabe plus intègre et transparente. Elle contribue à renforcer la confiance des citoyens dans leurs institutions publiques et à promouvoir le développement économique et social de la région. La lutte contre la corruption est un défi complexe qui nécessite une approche holistique et une coopération internationale solide. La convention offre un cadre juridique solide pour la coopération entre les pays arabes et constitue une étape significative dans la lutte contre la corruption au niveau régional.

Cependant, la mise en œuvre effective de la Convention Arabe contre la corruption reste un défi majeur. Il est essentiel que les États membres renforcent leurs capacités institutionnelles, adoptent des politiques efficaces et allouent les ressources nécessaires pour lutter efficacement contre la corruption. De plus, il est important d'encourager la participation de la société civile, des médias et des acteurs privés dans les efforts de lutte contre la corruption, afin de promouvoir la transparence et la responsabilité à tous les niveaux.

En conclusion, la Convention Arabe contre la corruption représente un engagement fort des pays arabes en faveur de la lutte

□ **C. Les mesures de lutte contre la corruption au niveau national**

□ **I. Le Royaume-Uni**

La corruption en common law a évolué au fil des siècles et est souvent décrite en termes d'infractions multiples. En Angleterre, la corruption est synonyme de pot-de-vin, l'infraction se concentrant sur les actes commis par des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions officielles. L'examen des lois sur la corruption réalisée par la commission juridique anglaise met en évidence la nature évolutive de la common law en matière de corruption. Dans ce contexte, le Royaume-Uni a récemment adopté une législation anti-corruption complète conçue pour satisfaire et dépasser les normes de la Convention de l'OCDE.<sup>1</sup>

Le Bribery Act, adopté par le Royaume-Uni en 2010, est considéré comme l'une des lois anti-corruption les plus complètes au monde. Elle criminalise diverses formes de corruption, notamment la corruption active et passive, la corruption commerciale et la corruption des agents

---

<sup>1</sup> Eric Engle, *The International Lawyer*, WINTER 2010, Vol. 44, No. 4 (WINTER 2010), pp. 1173-1188.

publics étrangers à des fins commerciales. L'un des aspects importants de la loi est l'introduction de la responsabilité des entreprises, qui tient les organisations pour responsables en cas de défaillance dans la prévention des actes de corruption commis par des personnes qui leur sont associées. Cette disposition impose une responsabilité stricte et s'applique à toute entité qui exerce une partie de ses activités au Royaume-Uni, même si elle est basée en dehors du pays. Toutefois, la loi prévoit une défense pour les organisations qui ont mis en œuvre des procédures adéquates pour prévenir la corruption. <sup>1</sup>

La législation britannique était probablement en partie une réponse au rapport de l'OCDE appelant le Royaume-Uni à adopter une législation anti-corruption efficace. La loi britannique vise à réglementer non seulement la corruption d'agents publics, mais aussi la corruption commerciale d'acteurs privés (par exemple, lorsqu'une personne offre un pot-de-vin à une autre personne pour qu'elle viole son obligation fiduciaire envers son employeur). La loi britannique sur la corruption sanctionne non seulement les actes répréhensibles des personnes physiques, mais aussi ceux des sociétés, elle applique un régime de responsabilité stricte à la responsabilité des sociétés. Comme la FCPA, la loi britannique a une portée extraterritoriale. Contrairement à la FCPA, la loi britannique ne prévoit pas d'exemption expresse pour les paiements de facilitation. <sup>2</sup>

Au Royaume-Uni, le Bribery Act 2010 criminalise la corruption, résultat des efforts internationaux visant à moderniser le système pénal du pays. Cette loi visait à réformer le système anglais afin de mettre en œuvre les obligations internationales découlant de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Malgré les efforts déployés par la commission juridique depuis les années 1990, le processus de réforme a été retardé en raison de l'affaire BAE-Al Yamamah,<sup>3</sup> qui portait sur des allégations de corruption en Arabie saoudite.

---

<sup>1</sup> R. BISMUTH, J. DUNIN-WASOWICZ et P. NICHOLS (éds.), *The transnationalization of anti-corruption law*, op. cit., p. 338.

<sup>2</sup> Eric Engle, *The International Lawyer*, WINTER 2010, Vol. 44, No. 4 (WINTER 2010), pp. 1173-1188.

<sup>3</sup> « Le fabricant britannique d'équipements de défense BAE Systems a été accusé de corruption dans le cadre de contrats de fourniture d'avions militaires à l'Arabie saoudite. Les allégations portent sur la corruption de membres de la famille royale saoudienne et l'utilisation de comptes multiples pour dissimuler les paiements. », voir en générale : Sope Williams *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 1 (Jan., 2008), pp. 200-209

Cette affaire a donné lieu à des rapports négatifs du groupe de travail de l'OCDE sur la lutte contre la corruption concernant le système anglais.<sup>1</sup>

Le UK Bribery Act 2010 définit quatre infractions distinctes :

- Le versement de pots-de-vin (art. 1)
- L'acceptation de pots-de-vin (art. 2)
- La corruption d'agents publics étrangers (art. 6)
- Le non-respect par les organisations commerciales des règles de prévention de la corruption (article 7)

□ **II. France**

Le droit pénal français prévoit différents types d'infractions directement liées à la corruption et couvre un large éventail de catégories de personnes et de situations. La corruption peut se traduire par des actes de corruption active ou passive et de trafic d'influence actif ou passif. Ces infractions peuvent être commises par des agents publics, des particuliers, des agents publics européens ou étrangers, des fonctionnaires de justice ou, plus récemment, par une « personne n'ayant pas de responsabilité publique ».

La corruption active est la corruption vue du point de vue de la personne qui offre l'avantage indu, c'est-à-dire le corrupteur. L'art. 433-1 CP définit la corruption active comme suit :

*« Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui. »<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> (*Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law 11*) Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer (eds.) - *The Impact of Corruption on International Commercial Co*, op. cit., p. 144.

<sup>2</sup> Consulté l'Art. 433-1 dans le site web Légifrance :

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042780049#:~:text=Est%20puni%20des%20m%C3%AAmes%20peines,des%20pr%C3%A9sents%20ou%20des%20avantages](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042780049#:~:text=Est%20puni%20des%20m%C3%AAmes%20peines,des%20pr%C3%A9sents%20ou%20des%20avantages) .

Il peut s'agir d'une infraction commise par une personne privée contre l'administration ou d'une infraction commise contre l'administration européenne,<sup>1</sup> il peut s'agir d'une personne judiciaire<sup>2</sup> ou d'une personne n'ayant pas de responsabilité publique<sup>3</sup>.

La corruption passive est sa contrepartie, c'est-à-dire la corruption vue du point de vue du bénéficiaire. L'art. 432-11 CP définit la corruption passive comme suit :

*« ... le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui ... ».*

Cette infraction peut être commise par un agent public,<sup>4</sup> un fonctionnaire de l'UE,<sup>5</sup> un huissier de justice<sup>6</sup> ou une personne « n'exerçant pas une fonction publique ». <sup>7</sup>

Le trafic d'influence est un terme juridique unique en droit français qui se concentre sur l'abus d'influence d'un fonctionnaire. Selon l'article 432-11§2 du code pénal, un agent public se rend coupable de ce délit s'il exploite son influence réelle ou supposée pour obtenir un traitement de faveur, un emploi, des contrats ou d'autres décisions favorables de la part d'un organisme public ou administratif. Ce délit peut être passif ou actif. Le trafic d'influence passif

---

<sup>1</sup> Consulté l'Art. 335-3 dans le site web Légifrance :

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042780035#:~:text=Est%20puni%20de%20dix%20ans,charg%C3%A9e%20d%27une%20mission%20de](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042780035#:~:text=Est%20puni%20de%20dix%20ans,charg%C3%A9e%20d%27une%20mission%20de)

<sup>2</sup> Consulté l'Art. 435-9 dans le site web Légifrance :

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000028311944#:~:text=Est%20puni%20des%20m%C3%AAs%20peines,ou%20avoir%20accompli%2C%20pour%20s](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028311944#:~:text=Est%20puni%20des%20m%C3%AAs%20peines,ou%20avoir%20accompli%2C%20pour%20s)

<sup>3</sup> Consulté l'Art. 445-1 dans le site web Légifrance :

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000028311918](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028311918)

<sup>4</sup> Consulté l'Art. 432-11 dans le site web Légifrance

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042780056#:~:text=Version%20en%20vigueur%20depuis%20le%2027%20d%C3%A9cembre%202020,Modifi%C3%A9%20par%20LOI&text=La%20peine%20d%27amende%20est,sont%20commises%20en%20bande%20organis%C3%A9e](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042780056#:~:text=Version%20en%20vigueur%20depuis%20le%2027%20d%C3%A9cembre%202020,Modifi%C3%A9%20par%20LOI&text=La%20peine%20d%27amende%20est,sont%20commises%20en%20bande%20organis%C3%A9e)

<sup>5</sup> Consulté l'Art. 435-1 dans le site web

Légifrance [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042780042](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042780042)

<sup>6</sup> Consulté l'Art. 435-7 dans le site web Légifrance :

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000028311947#:~:text=de%20solliciter%20ou%20d%27agr%C3%A9er,fonction%20ou%20facilit%C3%A9%20par%20sa](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028311947#:~:text=de%20solliciter%20ou%20d%27agr%C3%A9er,fonction%20ou%20facilit%C3%A9%20par%20sa)

<sup>7</sup> Consulté l'Art. 445-2 dans le site web Légifrance :

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000028311915](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028311915)

implique qu'un agent public accepte un pot-de-vin pour user de son influence, tandis que le trafic d'influence actif implique qu'une personne offre un pot-de-vin à un autre agent public pour l'encourager à abuser de son influence. <sup>1</sup>

## □ **Section 2 : La corruption en tant qu'infraction pénale**

En examinant le phénomène de la corruption, il est important de comprendre sa définition la plus courante, à savoir « l'abus ou le mauvais usage d'une mission de service public à des fins d'enrichissement personnel ». Cette définition met en évidence l'aspect fondamental de la corruption, qui consiste à s'écarter des normes morales et juridiques. La corruption se produit lorsque des personnes en position de pouvoir acceptent, sollicitent ou extorquent des pots-de-vin. Bien que les pots-de-vin soient la forme de corruption la plus communément reconnue, il est essentiel de reconnaître qu'il existe d'autres formes de corruption (§1). Dans le cadre de la présente étude il est important d'invoquer la corruption dans le contexte de l'investissement (§2).

### □ **§.1 : La corruption et autres délits connexes**

#### □ **A. Définition**

La corruption englobe diverses formes, notamment les pots-de-vin, l'extorsion, la fraude, et le détournement de fonds. Les débats sur la formulation d'une définition complète et cohérente se poursuivent depuis des décennies parmi les universitaires et au cours des négociations multilatérales contre la corruption. Néanmoins, une compréhension commune de la corruption reste insaisissable. La nature polyvalente et évolutive de la corruption pourrait être l'un des facteurs contribuant à la difficulté d'établir un consensus. En outre, la corruption revêt des significations différentes selon les cultures ou les groupes sociaux. De plus, elle prend des formes diverses qui semblent illimitées.

La définition largement utilisée de « l'abus d'une fonction publique à des fins privées » englobe l'aspect fondamental de la corruption, mais s'avère inadéquate pour relever les défis

---

<sup>1</sup> « Par exemple, dans une affaire jugée en 2004 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, un homme a été reconnu coupable de trafic d'influence pour avoir proposé et vendu divers articles à des prix attractifs à des agents de la DCN (Direction de la Construction Navale, experts en défense navale) et pour avoir invité ces agents à diverses manifestations. L'homme a obtenu des contrats de fourniture et de maintenance de la part de ces agents. Les juges ont conclu que le prévenu a offert ces avantages aux agents en connaissant leur influence réelle ou supposée sur la passation d'ordres de service ou d'accords commerciaux. »



uniques posés par la corruption dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. Il est essentiel de reconnaître que les deux parties au litige participent à la conduite présumée. Haugeneder et Liebscher ont proposé une définition mieux adaptée à la corruption dans l'arbitrage d'investissement :

*« La corruption est une transaction entre une personne physique ou morale et toute personne exerçant une fonction de service public dans toute branche du gouvernement, qui implique un échange direct ou indirect ou une offre d'échange de tout type d'avantage en échange d'un acte ou d'une omission d'un acte par une personne exerçant une fonction de service public ».*<sup>1</sup>

Dans un document récent sur la corruption dans l'arbitrage d'investissement, Llamzon a cherché une définition qui souligne que la corruption « nuit réellement au bien-être de l'État » et a utilisé la définition de travail suivante de la corruption :

*« La corruption est le fait d'appliquer délibérément ou de refuser d'appliquer les lois d'une manière qui favorise les intérêts privés au détriment des besoins publics ».*<sup>2</sup>

#### □ **B. Les différentes formes de corruption**

Les pratiques de corruption impliquant des investisseurs internationaux et des États d'accueil peuvent se dérouler sur plusieurs niveaux. Premièrement, la corruption peut survenir dans le cadre de la relation directe entre l'investisseur et le gouvernement et les agents publics (I). Deuxièmement, il peut exister une relation commerciale entre l'investisseur et des intermédiaires qui interagissent avec le gouvernement et les agents publics au nom de l'investisseur (II).

#### □ **I. La corruption transnationale des agents publics**

La corruption d'agents publics étrangers par une pratique visant à offrir, promettre ou donner intentionnellement un avantage indu, pécuniaire ou autre, en vue d'obtenir un avantage en matière d'investissement est le type de corruption le plus répandu. On distingue parfois la grande corruption de la petite corruption. La grande corruption concerne les actes de corruption

---

<sup>1</sup> « Corruption is a transaction between a natural or legal person and any person who performs a public service function in any branch of government which involves a direct or indirect exchange or an offer to exchange any kind of benefit in return for an act or an omission to act by a person performing a public service function. This is not necessarily the definition employed by domestic laws or international conventions. »

<sup>2</sup> « Corruption is the knowing application or refusal to apply laws in a manner that benefits private demands at the expense of public needs. »

commis par des fonctionnaires de haut niveau dans l'État d'accueil. Ce type de corruption est fréquemment utilisé pour obtenir des marchés publics. La petite corruption concerne les pratiques corrompues qui ont lieu quotidiennement dans le cadre des relations avec les agents publics de niveau inférieur. Cette forme de corruption vise souvent à inciter les agents publics à accélérer les procédures de délivrance et de traitement des documents et permis nécessaires.

Dans le contexte de l'investissement, la corruption peut souvent servir des objectifs variés. Afin de donner une vue d'ensemble des pratiques de corruption utilisées dans les transactions d'investissement international avec des agents publics, cette synthèse ne sera pas détaillée, mais mettra l'accent sur certaines formes de corruption.

#### **a. Les contrats et les marchés publics**

Des pots-de-vin peuvent être versés à des agents de l'État pour influencer leur choix d'une partie contractante dans le cadre d'un investissement. Cela implique la pratique des pots-de-vin sur les marchés publics, qui sont des paiements effectués à des agents publics en vue de décrocher des contrats dans le cadre d'appels d'offres publics. Outre le versement de pots-de-vin pour obtenir un contrat, les entreprises peuvent également tenter d'obtenir des conditions contractuelles favorables. Ce type de corruption relève de la grande corruption.

Des pots-de-vin peuvent être aussi offerts pour obtenir les licences commerciales et les permis nécessaires au projet visé par l'investissement. Par ailleurs, des pratiques frauduleuses peuvent être utilisées pour manipuler les résultats de l'inspection des sites de construction et des bâtiments, la réglementation des risques environnementaux et la sécurité sur le lieu de travail.

#### **b. Les paiements de facilitation**

Ce type de corruption concerne la petite corruption où des fonds sont versés à des agents publics régionaux pour accélérer les procédures bureaucratiques.

#### **c. La capture de l'État**

Les paiements privés illégaux peuvent influencer l'élaboration de lois, de règlements ou de décrets par les institutions publiques. En conséquence, les investisseurs peuvent essayer d'encourager le législateur à adopter des lois qui leur sont favorables. La contribution des

investisseurs aux partis politiques et à leurs campagnes est une question délicate qui n'a pas encore été résolue. La corruption par capture d'État est une autre forme de grande corruption.

□ **II. Trafic d'influence**

Une pratique courante est connue sous le nom de « trafic d'influence » par le biais d'intermédiaires, où les investisseurs offrent des avantages indus aux intermédiaires afin d'utiliser leur influence sur le gouvernement au profit de leurs investissements. Ces intermédiaires sont souvent déguisés en sociétés de conseil sur la scène internationale. Dans la plupart des pays, cette méthode de négociation avec les gouvernements n'est pas immorale ou illégale en soi. Toutefois, les intermédiaires exercent souvent une influence excessive et recourent à des pratiques de corruption pour obtenir des résultats favorables aux investisseurs. En effet, l'arrangement intermédiaire est souvent exploité dans les affaires et les investissements internationaux pour s'engager dans des activités corrompues.

□ **§2. La corruption dans le contexte de l'investissement direct international**

La corruption dans le commerce et les investissements internationaux suscite une condamnation générale. Les experts juridiques, y compris les juges et les arbitres, ont qualifié cette pratique d'ignoble et de répugnante, portant atteinte au tissu vital de la société et au commerce transnational. Elle est considérée comme encore plus grave que le vol et a été comparée au crime de haute trahison.<sup>1</sup> La convention africaine contre la corruption a qualifié de crime de guerre.<sup>2</sup>

Dans le droit de l'investissement, en général, la corruption s'est manifestée de diverses manières : par la corruption de membres importants du gouvernement ; par la participation dissimulée de fonctionnaires à l'investissement, soit par le biais d'une commission ou d'un accord d'agence, soit par le biais d'actions ou d'autres avantages provenant d'une entité impliquée dans l'investissement<sup>3</sup> ; ou encore, par la corruption du pouvoir judiciaire pour

---

<sup>1</sup> A, Sayed, 'La question de la corruption dans l'arbitrage commercial international : Inventaire des solutions', (2000), 18, ASA Bulletin, Issue 4, pp. 653-671,

<sup>2</sup> Voir l'article 8 de la convention Africaine contre la corruption.

<sup>3</sup> Voir l'affaire Wena Hotels Limited c. Arab Republic of Egypt, source [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties\\_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0080.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0080.pdf)

surmonter les obstacles réglementaires. Dans une affaire récente, il a été jugé que la rénovation de la maison du président de la République kirghize par un investisseur était un moyen d'acheter sa bonne volonté et de garantir un investissement dans le pays. Cependant, la rénovation a eu lieu des années après l'investissement et l'allégation de corruption n'a finalement pas été étayée dans cette affaire. <sup>1</sup>

En général, le caractère commun de la corruption signifie que sa notion peut être interprétée de manière intuitive. Du point de vue du droit commercial international et du droit des investissements, une première distinction s'impose toutefois. En effet, les transactions internationales peuvent être affectées soit par la grande corruption (hard corruption), soit par une forme plus légère de corruption (petit corruption).

En plus de la grande corruption, le droit international de l'investissement et du commerce reconnaît une autre forme de corruption connue sous le nom de trafic d'influence. Ce type de corruption doit être considéré séparément de la grande corruption. Le trafic d'influence <sup>2</sup> n'entre pas dans le champ d'application de la définition de la corruption de la Convention de l'OCDE en raison de l'absence de consensus international lors de la négociation de la Convention sur la question de savoir si le trafic d'influence doit être considéré comme une infraction pénale ou comme une infraction administrative. Néanmoins, la CNUCC aborde ce type de comportement, qu'elle définit à l'article 18 :

*« Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement :*

*a) Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public ou à toute autre personne, directement ou indirectement, un avantage indu afin que ledit agent ou ladite personne abuse de son influence réelle ou supposée en vue d'obtenir d'une administration ou d'une autorité publique de l'État Partie un avantage indu pour l'instigateur initial de l'acte ou pour toute autre personne ;*

*b) Au fait, pour un agent public ou toute autre personne, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu pour lui-même ou elle-même ou pour*

---

<sup>1</sup> Ticaret A. v. Kyrgyz Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award, 9 September 2009 p. 40.

<sup>2</sup> « Il se dégage un large consensus des ordres juridiques des États de droit pour condamner la corruption et la pratique des trafics d'influences. »

*une autre personne afin d'abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une administration ou d'une autorité publique de l'État Partie un avantage indu. »<sup>1</sup>*

## ❑ CHAPITRE 2 : LES MESURES PRÉVENTIVES

La mise en œuvre de la conformité anticorruption dans le secteur des affaires a pris de l'ampleur ces dernières années, notamment à la suite de la promulgation de la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) en 1977 et de la loi britannique sur la corruption (Bribery Act) en 2010. Les organisations du monde entier sont de plus en plus nombreuses à adopter des programmes de conformité anticorruption, reconnaissant l'importance des normes et des valeurs éthiques dans la conception de ces programmes. Cependant, les organisations sont également confrontées au défi de déterminer les lois, les règlements, les normes et les lignes directrices à prendre en compte. Si la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 promeut l'intégrité et la transparence parmi les entités privées, elle ne fournit pas de cadre spécifique pour les programmes de conformité anticorruption. Contrairement aux normes internationales relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, il n'existe pas de normes ou de lignes directrices reconnues au niveau mondial en matière de conformité anticorruption. Au niveau national, certaines juridictions offrent des incitations légales aux organisations pour qu'elles mettent en œuvre des programmes de conformité anticorruption, mais peu d'entre elles ont publié des lignes directrices nationales en la matière. La France, le Royaume-Uni, et les États-Unis, la Russie figure parmi les pays qui a adopté la norme ISO 37001 ou publié des lignes directrices sur la lutte contre la corruption. Compte tenu de la multitude de normes et de lignes directrices, les organisations doivent s'y retrouver pour élaborer des programmes de conformité anticorruption efficaces. Ce chapitre vise à identifier les problèmes réglementaires existants. Nous avons mené une recherche juridique comparative en utilisant des méthodes fonctionnelles et analytiques, en s'appuyant sur des conventions, des normes et des lignes directrices

---

<sup>1</sup> Voir la Convention des Nation Unie contre la corruption, source [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/unca\\_c\\_french.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/unca_c_french.pdf)

internationales (section 1). Les dernières années nous avons constaté l'émergence de nouveaux aspects de conformité (section 2).

□ **Section 1 : les normes de conformité et les codes de conduite en matière de lutte contre la corruption**

Afin d'atténuer le risque que des paiements illicites par des tiers, de nombreuses entreprises mettent aujourd'hui en œuvre des politiques et des pratiques de conformité étendues qui régissent la conduite des intermédiaires tiers dans le cadre de leur processus de due diligence. Un processus de due diligence, consiste à inclure des dispositions de conformité anticorruption dans les contrats conclus avec des tiers intermédiaires, dans cette perspective il est fondamental de donner une définition à la « due diligence » (§1), le concept de la responsabilité sociale des entreprises (§2), et les codes de conduite et de déontologie (§3).

□ **§1. La notion « due diligence »**

Les investissements publics ont augmenté au cours des dernières décennies, ce qui a conduit à l'élaboration d'un plus grand nombre d'instruments de responsabilité sociale des entreprises (RSE). Ces instruments exigent des entreprises qu'elles fassent preuve de due diligence pour prévenir la corruption, les atteintes à l'environnement ou les violations des droits de l'homme. La déclaration des dirigeants du G-20 de 2017 s'est engagée à créer des cadres politiques et des plans d'action nationaux sur les entreprises et les droits de l'homme. La CNUCED a identifié le développement durable à travers l'investissement responsable comme une caractéristique clé des politiques d'investissement de nouvelle génération, plaçant les objectifs sociaux et environnementaux sur le même pied que les objectifs de croissance économique et de développement.

La notion de « due diligence » est un aspect fondamental du droit international de l'investissement, souvent appelé « standard ». Il s'agit d'un cadre formel qui prend en compte des circonstances uniques dans des situations spécifiques. Roscoe Pound, en 1919, a expliqué que la due diligence n'est pas une approche fondée sur des règles, mais plutôt un outil flexible d'évaluation de la conduite, permettant d'évaluer les circonstances de chaque cas. Cette approche permet une compréhension plus nuancée de l'environnement commercial.

La « due diligence » est un principe fondamental du droit international, qui englobe le droit de l'environnement et le droit de l'investissement. Il fait généralement référence au contenu

d'une norme primaire imposant une obligation à l'État. Dans le contexte de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), le devoir de diligence est principalement axé sur la conduite des entreprises privées ou publiques. Il s'agit d'un processus d'enquête commerciale permettant d'identifier et de gérer les risques commerciaux, ainsi que d'une norme de conduite requise pour remplir les obligations.

Les codes de conduite en matière de responsabilité sociale des entreprises proposent généralement des normes de diligence non contraignantes, mais les tribunaux et les organes de règlement des différends peuvent les utiliser comme cadre de référence pour évaluer la conduite des entreprises, ce qui entraîne un « durcissement du droit mou », c'est-à-dire que le droit mou (souple) acquiert des caractéristiques et des fonctions associées au droit dur. Les entreprises peuvent également être soumises à des obligations de due diligence, qui découlent généralement du droit national ou de contrats ayant force obligatoire.

Alors que les obligations de due diligence des entreprises publiques et privées sont généralement intégrées dans des instruments de soft law, les obligations juridiquement contraignantes de conduite responsable des entreprises sont de plus en plus nombreuses. Dans la pratique, les obligations de due diligence des investisseurs relevant du droit contraignant sont essentiellement contractuelles. Par exemple, le contrat type d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures de l'Agence nationale colombienne des hydrocarbures stipule ce qui suit :

*« Dans le cadre de ses activités, le contractant fait preuve de due diligence sur le plan social et environnemental, respecte les normes et principes en matière de droits de l'homme et prévient, réduit, atténue et gère de manière appropriée les risques sociaux, environnementaux et économiques ayant un impact négatif sur l'environnement et les communautés qui vivent dans les municipalités où [ces activités] sont exécutées. [...] »*

Les accords internationaux d'investissement (AII) utilisent souvent un langage qui combine le droit contraignant (hard law) et le droit non contraignant (soft law), comme dans l'accord bilatéral d'investissement entre le Kirghizistan et l'Inde, où les investisseurs sont tenus d'intégrer volontairement les normes de responsabilité sociale des entreprises dans leurs pratiques et leurs politiques internes.

La loi allemande de 2021 sur le devoir de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement est un exemple récent d'introduction par les États de devoirs de diligence

étendus. Elle protège les positions juridiques découlant de certains instruments relatifs aux droits de l'homme et définit les « risques en matière de droits de l'homme » comme des situations dans lesquelles des violations de certains principes sont « suffisamment probables ». La loi couvre également les risques environnementaux, y compris la gestion des déchets, et impose aux entreprises des obligations spécifiques en matière de gestion des risques.

En 2014, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a chargé un groupe de travail d'élaborer un instrument juridiquement contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme. Le projet actuel couvre les activités des entreprises, y compris les entreprises publiques, les institutions financières et les fonds d'investissement. L'article 6, paragraphe 1, exige des États qu'ils adoptent des mesures pour prévenir les violations des droits de l'homme commises par les entreprises situées sur leur territoire ou relevant de leur compétence. Le projet décrit également les obligations de due diligence en matière de droits de l'homme et les procédures de mise en œuvre au niveau national. Les victimes disposeraient de voies de recours adéquates, rapides et efficaces, impliquant la responsabilité juridique des entreprises et des particuliers en vertu du droit national. Il s'agit de l'initiative la plus ambitieuse au monde pour créer des obligations juridiquement contraignantes en matière de RSE. D'autres mécanismes sont à l'étude, notamment la loi type de l'Association de droit international visant à promouvoir des réglementations nationales homogènes en matière de RSE et la proposition de directive sur le devoir de diligence des entreprises en matière de développement durable présentée par la Commission européenne en 2022.

Les tribunaux d'arbitrage sont de plus en plus souvent saisis d'allégations selon lesquelles les investisseurs n'ont pas fait preuve de la diligence requise avant ou après avoir effectué un investissement. Ces préoccupations concernent aussi bien les objections à la compétence du tribunal et à la recevabilité des demandes que les défenses sur le fond de l'affaire. La due diligence n'est pas une obligation à part entière des investisseurs étrangers, mais plutôt l'expression des comportements attendus dans le cadre de l'évaluation d'une demande d'indemnisation. La demande reconventionnelle d'un État d'accueil fondée sur une violation des obligations de due diligence nécessiterait une obligation de diligence en vertu d'un accord d'investissement, du droit national ou d'un contrat.



Les accords d'investissement imposent souvent le respect des réglementations nationales du pays d'accueil, les nouveaux AII étendent parfois cette exigence de légalité aux lois nationales de l'État d'accueil et aux réglementations nationales applicables de l'État d'origine.

Le non-respect de ces exigences peut conduire à une conclusion selon laquelle le tribunal n'est pas compétent. Même en l'absence d'une clause explicite de légalité, l'illégalité peut rendre les demandes irrecevables ou affecter la décision du tribunal sur le fond. La charge de la preuve incombe à l'Etat défendeur qui invoque l'exception d'illégalité. Le seuil pour qu'une objection aboutisse est élevé. Il dépend de la langue utilisée dans l'accord et de la nature de la violation du droit interne (par exemple, si elle est importante pour l'investissement).

Les investisseurs ne peuvent pas utiliser leur propre ignorance de la loi pour protéger un investissement illégal. Il est important que les investisseurs fassent preuve de due diligence avant d'investir afin d'éviter que leur investissement ne soit disqualifié. Dans l'affaire Churchill Mining contre Indonésie, un tribunal a estimé que des documents falsifiés obtenus par corruption entachaient l'investissement. Cependant, il n'y avait pas suffisamment de preuves pour attribuer la fraude à l'investisseur étranger, mais il était clair que l'un de ses partenaires commerciaux était impliqué. Dans cette affaire, le tribunal a souligné l'importance pour les investisseurs de faire preuve de due diligence lorsqu'ils investissent dans des environnements commerciaux risqués. Il a déclaré que les investisseurs devaient s'assurer que leur projet d'investissement était conforme aux lois locales et qu'ils devaient enquêter sur la fiabilité de leurs partenaires commerciaux. Dans ce cas particulier, les investisseurs étaient conscients de la corruption et du désordre administratif qui régnaient dans les agences indonésiennes concernées, mais ils n'ont pas fait preuve de la diligence requise à l'égard de leurs partenaires. Le tribunal a conclu que les investisseurs qui sont au courant des risques dans un certain environnement sont censés faire preuve d'une diligence particulière dans l'examen des circonstances de leur investissement. Par conséquent, les réclamations des investisseurs ont été jugées irrecevables.

## □ §.2 Les instruments international

### □ A. Les Nations Unies et ses «agences spécialisées»

Au sein des Nations unies, plusieurs tentatives ont été faites pour définir des normes en matière de responsabilité sociale des entreprises. Le « Projet de code de conduite sur les sociétés transnationales » a été présenté à l'Assemblée générale en 1990, mais n'a jamais été pleinement adopté.

Le cadre normatif le plus connu qui traite de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) en général et au niveau mondial est le Pacte mondial des Nations Unies. Cet ensemble de principes se définit comme « une initiative stratégique pour les entreprises qui s'engagent à aligner leurs opérations et leurs stratégies sur les principes universellement acceptés dans les domaines des droits de l'homme, du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption ». Comme les principes directeurs des Nations unies, le Pacte mondial des Nations unies est un code non contraignant qui n'adopte pas le point de vue de l'investisseur, mais s'adresse directement aux entreprises. Là encore, le principal problème est que l'efficacité du Pacte mondial des Nations unies reste discutable en raison de l'absence de tout mécanisme d'application et de sanction. Par ailleurs, le nombre de fonds souverains ayant adhéré au Pacte mondial des Nations unies est très faible : seuls trois fonds souverains (Government Pension Fund of Norway ; New Zealand Superannuation Fund ; National Pension Reserve Fund of Ireland) se sont engagés à intégrer ces principes dans leurs politiques d'investissement.<sup>1</sup>

Le « Pacte mondial »<sup>2</sup> est une initiative de l'ancien secrétaire général des Nations unies, Kofi Annan, et vise à ce que les sociétés transnationales s'y conforment volontairement. Il repose sur dix principes qui se réfèrent à :

- Droits de l'homme : les entreprises doivent soutenir et respecter la protection des droits de l'homme reconnus au niveau international et s'assurer qu'elles ne se rendent pas complices de violations des droits de l'homme ;
- Travail : les entreprises doivent respecter la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit à la négociation collective, l'élimination de toutes les formes de

---

<sup>1</sup> G. Adinolfi et al., International Economic Law, Springer, 2016, p.281.

<sup>2</sup> Source : Le Pacte mondial des Nations Unies : Proposer des solutions aux défis mondiaux | Nations Unies

travail forcé et obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ;

- La protection de l'environnement : les entreprises devraient soutenir une approche de précaution face aux défis environnementaux, prendre des initiatives pour promouvoir une plus grande responsabilité environnementale et encourager le développement et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement ; et
- La lutte contre la corruption : les entreprises doivent lutter contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin.<sup>1</sup>

Le secrétaire général des Nations unies a nommé John Ruggie représentant spécial pour les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises après l'échec du projet visant à établir un cadre pour les « normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme ». M. Ruggie a présenté les «Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme», qui renforcent la pertinence des normes en matière de droits de l'homme pour la responsabilité sociale des entreprises à l'échelle mondiale.

L'Organisation internationale du travail (OIT) a publié en 1977 la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, qui met l'accent sur la protection des travailleurs et fournit des lignes directrices aux gouvernements, aux

---

<sup>1</sup> « Avec plus de 9 500 entreprises et 3 000 signataires ne faisant pas partie du monde des affaires situés dans plus de 160 pays (dont une majorité se trouve dans les pays en développement) et 70 réseaux locaux, nous faisons savoir au monde entier que partout les entreprises peuvent jouer un rôle important dans la construction d'un monde meilleur. En réunissant diverses parties prenantes issues des gouvernements, des groupes d'investisseurs, de la société civile et au-delà, nous offrons des possibilités de partenariats solides ainsi qu'un cadre qui permettent au secteur privé de prendre des mesures concrètes pour exercer ses activités de manière responsable et honorer ses engagements envers la société. Comme l'a dit l'actuel Secrétaire Général António Guterres, « le secteur privé peut et doit jouer un rôle central à cet égard en encourageant la coopération internationale, en établissant des partenariats public-privé, en proposant des solutions innovantes aux problèmes communs et en menant ses activités de manière responsable ». À ce stade crucial de la réforme du système de développement des Nations Unies donner une nouvelle dimension aux partenariats n'a jamais été aussi important. Une étude récente montre que les organismes des Nations Unies sont unanimes à admettre qu'une plus grande collaboration sera indispensable à la mise en œuvre du Programme 2030, seuls 59 % estiment que l'action actuellement menée par l'Organisation est suffisante. »

organisations d'employeurs et aux syndicats.<sup>1</sup> La quatrième édition a été publiée en 2006. D'autres instruments traitent de la responsabilité sociale des entreprises, comme les normes de performance de la Société financière internationale en matière de responsabilité environnementale et sociale et les directives volontaires de la FAO sur la gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, qui traitent de l'accaparement des terres et des menaces pesant sur l'approvisionnement local en produits alimentaires.<sup>2</sup>

□ **B. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales**

À ce jour, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (EMN) constituent l'ensemble le plus complet de lignes directrices en matière de responsabilité sociale des entreprises qui font référence à la gouvernance d'entreprise et à la divulgation d'informations. Élaborés pour la première fois en 1976 et révisés pour la dernière fois en 2000, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales établissent des principes volontaires visant à promouvoir des pratiques commerciales responsables et à renforcer la contribution des entreprises au développement durable.<sup>3</sup>

Les principes directeurs de l'OCDE contiennent des « principes et normes volontaires » qui concernent un large éventail d'activités des TNC : divulgation d'informations, emploi et relations de travail, protection de l'environnement, lutte contre la corruption, protection des consommateurs, science et technologie, concurrence et fiscalité. En outre, une amélioration importante a été apportée lors de leur révision en 2000. Une recommandation spécifique sur les droits de l'homme a été intégrée au texte, qui se lit désormais comme suit : « Les entreprises sont invitées à respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, conformément aux obligations et engagements internationaux du gouvernement du pays

---

<sup>1</sup> Source: Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration) (ilo.org)

<sup>2</sup> Seto, Karen C., and Anette Reenberg. Rethinking Global Land Use in an Urban Era. MIT Press, 2014.

<sup>3</sup> L. Zarsky, International Investment for Sustainable Development, Routledge, 2012, p.203.

d'accueil ». L'expression « affectés par leurs activités » semble suffisamment large pour englober les parties prenantes des entreprises. <sup>1</sup>

Le champ d'application des lignes directrices comprend les principes relatifs au travail, à la corruption, à l'environnement, aux droits de l'homme, au transfert de technologie et à la gouvernance d'entreprise, dérivés du droit international et d'autres normes adoptées dans le cadre de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'Organisation internationale du travail (OIT). <sup>2</sup>

Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, dont la première version a été publiée en 2000 et qui ont été mis à jour en 2011, sont conçus comme des recommandations non contraignantes :

*« Les lignes directrices sont des recommandations adressées aux entreprises multinationales par les gouvernements. Ils fournissent des principes et des normes de bonne pratique compatibles avec les lois applicables et les normes internationalement reconnues. Le respect des principes directeurs par les entreprises est volontaire et n'est pas juridiquement contraignant. Néanmoins, certaines questions couvertes par les Principes directeurs peuvent également être réglementées par le droit national ou par des engagements internationaux. »<sup>3</sup>*

Les principes directeurs dressent une liste de politiques et de normes générales à appliquer par les entreprises multinationales lorsqu'elles exercent leurs activités dans des États étrangers. Les Principes directeurs ont été adoptés par les gouvernements de 45 États (les 35 pays de l'OCDE plus l'Argentine, le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Égypte, la Lituanie, le Maroc, le Pérou, la Roumanie et la Tunisie).

#### □ C. Les autres normes internationales

En ce qui concerne l'exploitation des ressources naturelles, un réseau d'entreprises, de gouvernements et d'ONG a lancé l'Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE). L'ITIE a adopté des principes et des critères qui mettent l'accent sur le renforcement de

---

<sup>1</sup> De Schutter, O., *Transnational Corporations and Human Rights*, Bloomsbury Publishing, 2006, p.278.

<sup>2</sup>

P. HAUCK et S. PETERKE (éds.), *International law and transnational organized crime*, op. cit., pp. 219-221.

<sup>3</sup> Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, OCDE, 2008, disponible sur : <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/1922470.pdf>

la participation, de la transparence et de la responsabilité dans l'intérêt du développement durable. Les engagements individuels des TNC à respecter les droits de l'homme et les normes environnementales reflètent une sensibilité accrue des TNC à l'égard de leur responsabilité sociale. Les exemples d'un tel engagement sont la « Déclaration commune sur le projet d'oléoduc Bakou-Tbilissi-Ceyhan » (BTC) du 16 mars 2003 et l'« Engagement de BTC en matière de droits de l'homme » du 22 septembre 2003, dans lequel la société de l'oléoduc renonce à des revendications incompatibles avec les droits de l'homme et les normes environnementales internationales. Les normes de performance de la SFI en matière de responsabilité environnementale et sociale ont incité les banques privées à adopter les « Principes de l'Équateur » (2003) pour l'évaluation et la gestion des risques sociaux et écologiques à prendre en compte dans le cadre du financement de grands projets privés. L'organisation internationale de normalisation (ISO) a adopté la norme ISO 26000 sur la « responsabilité sociale » (2010). Les lignes directrices relatives aux stratégies d'investissement éthique, telles que celles établies par les gouvernements pour les fonds de pension publics ou les fonds souverains, constituent un autre mécanisme permettant d'influencer indirectement le comportement des TNC.

□ **§.1 Le concept de la « responsabilité sociale des entreprises »**

De nombreux auteurs se sont plaints du fait que la RSE, en tant que concept, est confuse et souvent mal définie. Cela s'explique en partie par le fait que les définitions sont souvent présentées en fonction d'un agenda. Les groupes d'entreprises, par exemple, ont tendance à adopter des définitions de la RSE qui mettent l'accent sur ses aspects volontaires. La Confederation of British Industries (« CBI ») définit la RSE comme « un titre général désignant les activités des entreprises dans les domaines où elles ont un impact sur la société et/ou l'environnement, ainsi que sur les actionnaires, les clients, les fournisseurs, les employés et les autres acteurs de l'entreprise ». Toutefois, le CBI établit une distinction entre les normes législatives et « cette activité supplémentaire que de nombreuses entreprises entreprennent de toute façon pour ajouter de la valeur à l'entreprise et asseoir leur réputation ». Seule cette dernière, c'est-à-dire ce qui va « au-delà de l'exigence légale », est considérée comme de la RSE. Cette idée de la RSE comme « volontaire » et « au-delà des exigences légales » imprègne

également la politique du gouvernement britannique en matière de RSE. Le site web du gouvernement britannique sur les questions de RSE définit la RSE comme suit :

*« The business contribution to our sustainable development goals. Essentially it is about how business takes account of its economic, social and environmental impacts in the way it operates -- maximising the benefits and minimising the downsides. Specifically we see CSR as the voluntary actions that business can take, over and above compliance with minimum legal requirements, to address both its own competitive interests and the interests of wider society. »*<sup>1</sup>

En réponse aux préoccupations générales concernant le rôle des TNC, plusieurs codes de conduite ou autres instruments juridiques non contraignants ont été mis en place. Ces instruments s'engagent à respecter des normes internationalement convergentes en matière de la « responsabilité sociale des entreprises ».<sup>2</sup> Cette responsabilité a plusieurs dimensions. Elle concerne les employés de l'entreprise, les communautés locales affectées par les activités de l'entreprise et les intérêts publics plus larges. La responsabilité sociale des entreprises vise le respect des droits de l'homme, des normes du travail et du développement durable, ainsi que la transparence, et elle interdit toute ingérence politique injustifiée dans l'État d'accueil.

### □ §3. Le code de conduite et d'éthique de l'entreprise

Les codes de conduite et d'éthique des entreprises sont des ensembles de règles et de lignes directrices que les entreprises adoptent volontairement pour régir leur comportement et garantir des pratiques éthiques au sein de l'organisation. Ces codes décrivent les standards prévus.<sup>3</sup> Les codes de conduite et d'éthique sont essentiels pour les grandes entreprises publiques, car ils servent de lignes directrices à suivre par les employés. Ces codes peuvent prendre la forme de brèves déclarations de principes et de valeurs ou de documents plus complets qui décrivent les règles et les procédures de conformité. En général, ces codes combinent à la fois des principes généraux et des exigences et interdictions spécifiques. En

---

<sup>1</sup> J.A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge University Press, 2006, p.29.

<sup>2</sup> Haynes, Kathryn, Alan Murray, and Jesse F. Dillard. *Corporate Social Responsibility*. Routledge, 2012.

<sup>3</sup> Jan Eijsbouts, « *Corporate Codes as Private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and Their Enforcement* », *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 24, No. 1, 2017, pp. 181-205.

mettant en place de tels codes, les entreprises peuvent s'assurer que leurs employés respectent les règles de conformité.<sup>1</sup>

Un code de conduite et d'éthique est un ensemble de lignes directrices que les entreprises mettent en œuvre pour garantir un comportement éthique de leur direction, de leurs administrateurs et de leurs employés. Il couvre divers sujets tels que les conflits d'intérêts, les droits des employés, les droits de l'homme, la protection des consommateurs, les mesures de lutte contre la corruption, etc.<sup>2</sup>

□ **A. Les codes de conduite des entreprises aux États-Unis**

Le développement de codes d'éthique d'entreprise aux États-Unis remonte au début du 20e siècle.<sup>3</sup> Toutefois, il a fallu attendre l'adoption de la loi Sarbanes-Oxley (SOX) en 2002 et les modifications de la loi américaine sur les peines (U.S. Sentencing Act) pour que des codes d'éthique soient élaborés.<sup>4</sup>

□ **I. La loi américaine Sarbanes-Oxley de 2002**

La loi Sarbanes-Oxley (SOX) a été promulguée en 2002 en réponse à d'importants scandales comptables comme ceux d'Enron et de WorldCom. Il s'agit d'une loi globale qui donne à la SEC (Security and Exchange Commission) le pouvoir d'établir des règles et des réglementations spécifiques. La loi SOX aborde plusieurs domaines, notamment l'indépendance des auditeurs, la responsabilité des entreprises et la transparence financière.<sup>5</sup>

L'article 406 de la loi Sarbanes-Oxley impose à la SEC d'établir des règles obligeant les sociétés cotées en bourse à indiquer si elles ont mis en place un code de déontologie pour les

---

<sup>1</sup>B. Stevens, « Corporate Ethical Codes: Effective Instruments For Influencing Behavior,» *Journal of Business Ethics*, Springer Science and Business Media LLC, March 28, 2007, vol. 78, no. 4, pp. 601-609.

<sup>2</sup>P.M., « Corporate Codes of Conduct: The Effects of Code Content and Quality on Ethical Performance, » *Journal of Business Ethics*, Springer Science and Business Media LLC, November 5, 2010, vol. 99, no. 4, pp. 535-548.

<sup>3</sup>Babri, M., Davidson, B. & Helin, S. An Updated Inquiry into the Study of Corporate Codes of Ethics: 2005–2016. *J Bus Ethics* 168, 71–108.

<sup>4</sup>G.P. Lander, « The Sarbanes-Oxley Act of 2002,» *Journal of Investment Compliance*, Emerald, January 1, 2002, vol. 3, no. 1, pp. 44-53.

<sup>5</sup>Babri, M., Davidson, B. & Helin, S. An Updated Inquiry into the Study of Corporate Codes of Ethics: 2005–2016. *J Bus Ethics* 168, 71–108, op. cit.



cadres financiers supérieurs et, dans le cas contraire, à expliquer la raison pour laquelle elles ne l'ont pas mis en place.

□ **II. ExxonMobil Corporation**

ExxonMobil Corporation est une multinationale du pétrole et du gaz naturel qui dispose d'un code d'éthique et de conduite des affaires. Ce code souligne l'importance du respect des lois et des réglementations, ainsi que des relations équitables avec les parties prenantes internes et externes. Les normes de conduite des affaires de l'entreprise définissent sa conduite éthique globale et défendent des valeurs telles que les droits de l'homme, le travail, l'environnement et la lutte contre la corruption. ExxonMobil s'engage à gérer ses activités de manière rentable et responsable, dans le but de fournir des rendements supérieurs aux actionnaires. L'entreprise a mis en place diverses politiques et procédures, y compris un service d'assistance téléphonique pour le signalement anonyme des violations de la politique. <sup>1</sup>

Elle dispose également d'un comité du conseil d'administration qui se concentre sur les aspects de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et effectue des visites annuelles pour examiner les programmes de sécurité, de santé, d'environnement et de relations avec les communautés. La gestion de la chaîne d'approvisionnement d'ExxonMobil comprend des procédures et des exigences de due diligence pour les fournisseurs, les vendeurs et les sous-traitants. L'entreprise publie des données sur la RSE sur une période de 10 ans et prépare ses rapports sur le développement durable conformément aux lignes directrices et aux indicateurs de l'industrie. Ces rapports sont examinés par un groupe consultatif indépendant. Si certains aspects positifs ont été soulignés dans l'évaluation, d'autres ont été suggérés, comme la nécessité de disposer d'un cadre et de données supplémentaires sur les investissements dans les technologies à faible émission de carbone et le développement d'objectifs quantifiables pour relever les défis climatiques mondiaux. Dans l'ensemble, ExxonMobil est reconnu pour son engagement en matière d'éthique, de pratiques commerciales responsables et de transparence. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Code of ethics, disponible sur: <https://corporate.exxonmobil.com/Corporate-governance/Code-of-ethics#overview>

<sup>2</sup> Standards of business conduct, ExxonMobil, 2017, disponible sur: [https://corporate.exxonmobil.com/-/media/Global/Files/who-we-are/Standards-of-Business-Conduct\\_apr.pdf](https://corporate.exxonmobil.com/-/media/Global/Files/who-we-are/Standards-of-Business-Conduct_apr.pdf)

□ **III. Walmart Inc.**

Walmart Inc. est une entreprise mondiale de vente au détail qui opère dans divers secteurs, notamment la vente au détail, la vente en gros et le commerce électronique. L'entreprise s'est fermement engagée à respecter l'éthique et l'intégrité, comme le souligne sa Déclaration mondiale d'éthique. La vision de Walmart est de promouvoir une culture éthique auprès de toutes les parties prenantes au niveau mondial. L'entreprise attend de ses fournisseurs, consultants et sous-traitants qu'ils agissent également de manière éthique et conformément à sa politique en matière d'éthique. Le programme d'éthique et de conformité de Walmart couvre différents domaines, notamment la protection des consommateurs, l'environnement, le travail et le commerce.<sup>1</sup>

L'entreprise dispose d'une déclaration globale d'éthique qui met l'accent sur l'intégrité sur le lieu de travail, l'intégrité sur le marché et l'intégrité au sein de la communauté. Walmart dispose d'une équipe de responsables de l'éthique et de la conformité qui rendent compte au responsable mondial de l'éthique et de la conformité. Le comité d'audit de la société joue un rôle important dans la supervision du programme d'éthique et de conformité.<sup>2</sup> Walmart met à la disposition de ses employés des canaux leur permettant de faire part de leurs préoccupations en matière d'éthique et garantit qu'il n'y aura pas de représailles. L'entreprise a également mis en place des normes à l'intention des fournisseurs,<sup>3</sup> que ces derniers doivent respecter, notamment en matière de transparence, de normes de travail et de conduite éthique. Walmart procède à des audits des installations de production des fournisseurs et fait appel à des tiers pour évaluer le respect de ces normes. Le non-respect des normes peut entraîner la cessation des relations commerciales avec les fournisseurs. Le rapport RSE de Walmart comprend des

---

<sup>1</sup> Jay T. Jorgensen, « Reflections on Walmart's Enhanced Ethics & Compliance Program », October 24, 2017, disponible sur : <https://fcpaprofessor.com/jay-jorgensen-walmarts-enhanced-ethics-compliance-program/>

<sup>2</sup> Politique et guides d'audit et d'évaluation, Walmart, Global Ethics & Compliance, disponible sur : [https://one.walmart.com/content/dam/responsible\\_sourcing/guidancedocuments/audit\\_assessment\\_policy\\_and\\_guidance/Resource\\_AuditAssessmentPolicy\\_FRC.pdf](https://one.walmart.com/content/dam/responsible_sourcing/guidancedocuments/audit_assessment_policy_and_guidance/Resource_AuditAssessmentPolicy_FRC.pdf)

<sup>3</sup> Voir généralement, « Standards for Suppliers », disponible sur : <https://cdn.corporate.walmart.com/bc/8c/97ac8c9b43229f17480057fd684e/standards-for-suppliers-english-updated-6-30.pdf>

indicateurs de performance de la chaîne d'approvisionnement durable, mais il n'est pas vérifié par un tiers indépendant.<sup>1</sup>

□ **IV. Apple Inc.**

Apple Inc. est une entreprise multinationale qui conçoit, fabrique et commercialise divers produits technologiques. L'entreprise dispose d'une politique globale de conduite des affaires qui prend en compte les intérêts des principales parties prenantes et met l'accent sur la préservation de l'environnement. La politique est divisée en sections qui couvrent la conduite individuelle, les responsabilités envers Apple, les relations avec les clients et les entreprises, ainsi que les gouvernements et les communautés. Apple encourage ses employés à signaler toute violation de la politique et dispose d'un comité d'audit indépendant chargé de contrôler le respect de cette politique.<sup>2</sup> Par ailleurs, Apple dispose de son propre code de conduite des fournisseurs, qui garantit que ces derniers adhèrent aux normes de responsabilité sociale et environnementale.<sup>3</sup>

L'entreprise évalue la conformité des fournisseurs et prend des mesures en cas de violation, y compris la rupture de la relation commerciale.<sup>4</sup> L'engagement d'Apple en faveur d'une conduite éthique s'étend à ses revendeurs agréés, distributeurs, opérateurs et fournisseurs de services par le biais de son Code de conduite des membres de la chaîne. L'entreprise publie également des rapports annuels sur sa responsabilité environnementale, comprenant des données sur les émissions de gaz à effet de serre, l'utilisation de l'énergie, la consommation d'eau et la production de déchets.<sup>5</sup> Ces rapports font l'objet d'un examen et d'une vérification

---

<sup>1</sup> Reflecting on What We have Built: Walmart's Global Ethics & Compliance Program, 2017 Global Ethics & Compliance Program Report, disponible sur : <https://cdn.corporate.walmart.com/b0/91/87adea36485aa5e2054c46b84873/2017-global-ethics-compliance-program-report-layout-final-soraya.pdf>

<sup>2</sup> Audit and Finance Committee Charter, Apple Inc, 2018, disponible sur : [https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc\\_downloads/charters/2018.02.12\\_AFC\\_Charter.pdf](https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc_downloads/charters/2018.02.12_AFC_Charter.pdf)

<sup>3</sup> Supplier Code of Conduct Apple, disponible sur : <https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple-Supplier-Code-of-Conduct-and-Supplier-Responsibility-Standards.pdf>

<sup>4</sup> Supplier Responsibility, Apple, Progress Report, 2019, disponible sur : [https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple\\_SR\\_2019\\_Progress\\_Report.pdf](https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple_SR_2019_Progress_Report.pdf)

<sup>5</sup> Environmental Responsibility, Progress Report covering fiscal year 2018, 2019, disponible sur : [https://www.apple.com/environment/pdf/Apple\\_Environmental\\_Responsibility\\_Report\\_2019.pdf](https://www.apple.com/environment/pdf/Apple_Environmental_Responsibility_Report_2019.pdf)

indépendants. Apple a reçu une note élevée sur CSRHub,<sup>1</sup> ce qui témoigne de son engagement fort en matière de responsabilité sociale des entreprises.

□ **B. Les codes de déontologie ou de conduite des entreprises en Autriche en Autriche**

□ **I. OMV AG**

OMV, une entreprise du secteur de l'énergie, accorde une grande importance à la conduite éthique et à la durabilité. Elle a établi un code d'éthique commerciale et un code de conduite <sup>2</sup> pour aider ses employés et ses partenaires commerciaux à agir de manière responsable et durable. OMV se concentre sur cinq domaines clés : la santé, la sécurité, la sûreté et l'environnement ; la réduction des émissions de carbone ; les innovations. <sup>3</sup> Elle a fixé des engagements et des objectifs qualitatifs et quantitatifs pour chaque domaine. OMV reconnaît également les différentes parties prenantes, notamment les employés, les partenaires commerciaux, les clients, les autorités gouvernementales, les médias, la société et les ONG. <sup>4</sup> Elle exige de ses partenaires de la chaîne d'approvisionnement qu'ils adhèrent à ses valeurs et à son code de conduite, et le non-respect de ces règles peut entraîner la rupture de la relation contractuelle.

OMV effectue des audits et des évaluations des performances de ses fournisseurs en matière de développement durable, dans le but d'augmenter le nombre d'audits à l'avenir. Leur rapport sur le développement durable, préparé conformément aux normes GRI, comprend des listes complètes d'indicateurs de performance. <sup>5</sup>

OMV dispose d'une organisation interne chargée de la conformité et d'un code d'éthique des affaires distinct qui couvre diverses questions éthiques. Les employés sont encouragés à signaler les violations de manière anonyme, et il n'y a pas de représailles en cas de signalement

---

<sup>1</sup> ESG Ranking (86%) Compared With 32,568 Companies, disponible sur :

[https://www.csrhub.com/CSR\\_and\\_sustainability\\_information/Apple-Inc](https://www.csrhub.com/CSR_and_sustainability_information/Apple-Inc)

<sup>2</sup> Code of Conduct – Our Values, OMV, disponible sur :

[https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522177201471/dload\\_Code%20of%20Conduct\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522177201471/dload_Code%20of%20Conduct_EN)

<sup>3</sup> Sustainability Report, Non-financial report, 2019, disponible sur :

[https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522184656391/dload\\_sustainabilityreport2019\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522184656391/dload_sustainabilityreport2019_EN)

<sup>4</sup> Code of Business Ethics, OMV, 2017, disponible sur :

[https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522138416551/Business%20Ethics%20brochure\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522138416551/Business%20Ethics%20brochure_EN)

<sup>5</sup> Code of Conduct – Our Values, OMV, disponible sur :

[https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522177201471/dload\\_Code%20of%20Conduct\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522177201471/dload_Code%20of%20Conduct_EN)

de bonne foi. Toutefois, il est suggéré que OMV pourrait tirer profit de la mise en place d'un comité d'experts chargé de se concentrer sur les aspects liés à l'éthique et à la RSE et d'en assurer le suivi.<sup>1</sup>

## □ II. VOESTALPINE GROUP

Le code de conduite de Voestalpine est un ensemble de directives que tous les employés de l'entreprise doivent respecter. Il couvre différents domaines tels que le respect des lois et réglementations, la concurrence loyale, la corruption, le respect et l'intégrité, les conflits d'intérêts, le traitement des informations de l'entreprise et l'utilisation de l'internet et des technologies de l'information. Le code de conduite met également l'accent sur la responsabilité de l'entreprise à l'égard des parties prenantes, notamment les clients, les fournisseurs, les employés et les autres partenaires commerciaux. Les fournisseurs et les consultants sont également tenus de respecter le code de conduite, et voestalpine encourage activement le respect de ce code tout au long de la chaîne d'approvisionnement.<sup>2</sup>

L'entreprise évalue l'impact social et environnemental des activités de ses fournisseurs et s'efforce de collaborer avec eux pour améliorer leurs performances. Voestalpine a également adopté un code de conduite pour ses partenaires commerciaux, qui énonce des principes relatifs au respect de la législation, à la concurrence loyale, à la corruption, au respect et à l'intégrité, aux droits de l'homme et à la chaîne d'approvisionnement. Les employés disposent de plusieurs options pour signaler les violations du code de conduite, y compris le signalement anonyme par le biais d'un système de dénonciation en ligne. Le rapport sur la responsabilité d'entreprise de Voestalpine fournit des statistiques sur les indicateurs de performance en matière d'environnement et de ressources humaines. Ce rapport a fait l'objet d'une vérification indépendante par Grant Thornton, une société autrichienne d'audit et de conseil fiscal.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sustainability Report, Non-financial report, 2019, disponible sur : [https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522184656391/dload\\_sustainabilityreport2019\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522184656391/dload_sustainabilityreport2019_EN)

<sup>2</sup> Code of Conduct, voestalpine, disponible sur : [https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/konzern/compliance/Code-of-Conduct\\_EN.pdf](https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/konzern/compliance/Code-of-Conduct_EN.pdf)

<sup>3</sup> Corporate Responsibility Report, voestalpine, 2019, disponible sur : [https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/konzern/compliance/Code-of-Conduct\\_EN.pdf](https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/konzern/compliance/Code-of-Conduct_EN.pdf)

## □ **Section 2 : Les nouveaux aspects de la conformité**

Les lanceurs d'alerte sont idéalement placés pour révéler des informations privilégiées qui, autrement, ne seraient pas détectées, ce qui permet une prévention, une détection, une enquête et des poursuites efficaces en cas d'actes délictueux. Dans ce contexte les lanceurs d'alerte nécessitent une protection (§). Le droit des contrats offre au secteur privé une forme de protection contre la corruption et les comportements contraires à l'éthique de la part de leurs consultants ou d'autres agents. Les entreprises peuvent inclure des clauses de conformité anti-corruption dans leurs contrats avec des intermédiaires tiers, et ces clauses peuvent interdire de manière fondamentale toute activité de corruption liée au contrat tant qu'il est en vigueur. (§2),

### □ **§.1 : La protection des lanceurs d'alerte**

#### □ **A. Le Cadre Juridique International**

##### □ **I. Les instruments internationaux de lutte contre la corruption**

Les instruments multilatéraux de lutte contre la corruption reconnaissent que la protection des lanceurs d'alerte est une composante essentielle d'une prévention efficace de la corruption. Toutefois, les normes varient considérablement d'un instrument à l'autre. Certains exigent que les pays mettent en œuvre des cadres de signalement protégés, tandis que d'autres, comme la CNUCC et l'IACAC, sont des mesures facultatives pour les États parties. La Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe exige une protection en droit interne. La protection des personnes signalant des faits de corruption n'est pas explicitement incluse dans la Convention de l'OCDE, mais constitue une recommandation « non contraignante » dans la Recommandation de l'OCDE de 2009 sur le renforcement de la lutte contre la corruption transnationale. Bien que ces instruments exigent des pays qu'ils protègent les personnes visées par les rapports, ils ne prévoient pas toujours de mesures législatives. Les définitions diffèrent également en ce qui concerne les principes de signalement, les divulgations protégées, les conditions de protection et les canaux de signalement. Une exigence commune est que les rapports soient faits de bonne foi et avec des motifs raisonnables. La convention de l'Union africaine exige des mesures législatives pour punir les dénonciations fausses et malveillantes à l'encontre de personnes innocentes.

Les conventions de la CNUCC, de l'« IACAC », du « CoE »<sup>1</sup> et de l'OCDE examinent et recommandent régulièrement les cadres nationaux visant à faciliter le signalement des cas de corruption et à protéger les personnes qui les signalent. Le groupe de travail de l'OCDE sur la corruption a incité les pays à adopter ou à réformer des lois sur la protection des lanceurs d'alerte, certains les introduisant ou les renforçant en réponse à des rapports d'évaluation par les pairs.

□ **II. L'action du G20 sur la protection des lanceurs d'alerte**

Bien que la protection des lanceurs d'alerte soit reconnue comme une priorité universelle dans les instruments internationaux de lutte contre la corruption, les normes sont divergentes et manquent de détails. Les occasions de mettre à jour, d'examiner et de réviser ces normes devraient être utilisées pour promouvoir une plus grande cohérence et une plus grande clarté, en veillant à ce que les pays qui y adhèrent aient les moyens de mettre en place des lois efficaces et complètes pour la protection des lanceurs d'alerte.

L'importance de la législation sur la protection des lanceurs d'alerte a été prise en compte pour la première fois par les dirigeants du G20 lors du sommet de Séoul en 2010,<sup>2</sup> où ils l'ont identifiée comme l'un des domaines prioritaires du plan d'action 2011-2012 du G20 contre la corruption. En 2011, le G20 a adopté son Compendium des meilleures pratiques et des principes directeurs pour la législation sur la protection des lanceurs d'alerte, comme référence pour l'adoption et la révision des règles de protection des lanceurs d'alerte dans les pays du G20 d'ici à la fin de 2012. Par la suite, l'importance de la protection des lanceurs d'alerte a été soulignée dans chacun des plans d'action anticorruption du G20 et a conduit à l'adoption des principes de haut niveau du G20 pour une protection efficace des lanceurs d'alerte, élaborés sous la

---

<sup>1</sup> PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE, Recommandation et exposé des motifs, CM/Rec (2014)7, consulté sur : <https://rm.coe.int/16807096c8>

<sup>2</sup> « Le G20, un forum international de gouvernements et de dirigeants de banques centrales, a reconnu l'importance de la protection des lanceurs d'alerte dans la lutte contre la corruption. Lors du sommet du G20 à Osaka, les principes de haut niveau du G20 pour une protection efficace des lanceurs d'alerte ont été approuvés, reconnaissant le rôle crucial des lanceurs d'alerte dans la dénonciation des actes illicites. », source : <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>

présidence japonaise du G20.<sup>1</sup> Après avoir appelé les pays du G20 à adopter une législation avant la fin de l'année 2012.

Le G20 a joué un rôle de premier plan dans l'établissement de normes internationales dans le domaine des signalements protégés. Les principes de haut niveau constituent une référence pour les pays qui ont l'intention d'établir, de modifier ou de renforcer le cadre, la législation et les politiques de protection. Ils visent à compléter les engagements existants en matière de lutte contre la corruption et offrent une certaine souplesse pour permettre aux pays de les appliquer efficacement conformément à leurs traditions juridiques respectives.

□ **B. La Protection Des Lanceurs D'alerte Aux Etats-Unis**

□ **I. La protection des lanceurs d'alerte dans le secteur public**

Depuis les années 1990, de nombreuses juridictions de droit public ont mis en œuvre une législation visant à protéger les lanceurs d'alerte dans divers secteurs, notamment le droit des sociétés, le droit des relations sur le lieu de travail, le droit de la consommation et la réglementation financière.<sup>2</sup>

La protection des lanceurs d'alerte est de plus en plus reconnue comme importante pour la détection et la rectification des actes répréhensibles dans et par les organisations, ainsi que pour l'application des droits des citoyens et des travailleurs. Toutefois, la forme des protections juridiques et des régimes nécessaires pour atteindre ces objectifs reste controversée. D'une part, la reconnaissance internationale de l'importance de la lutte contre la corruption par le biais d'accords multilatéraux tels que la Convention des Nations unies contre la corruption (CNUCC) et le plan d'action anticorruption du G20 a créé une demande de modèles législatifs de meilleures pratiques. L'accent a été mis sur l'analyse comparative des lois existantes et l'extraction de principes clés pour guider cette législation.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> « Les principes de haut niveau du G20 pour une protection efficace des lanceurs d'alerte, approuvés lors du sommet du G20 à Osaka, constituent une reconnaissance bienvenue du rôle crucial que jouent les lanceurs d'alerte en révélant au grand jour des actes illicites, ainsi que des représailles dont ils font souvent l'objet. », source : <https://www.transparency.org/en/press/new-g20-principles-on-whistleblower-protection-must-be-urgently-implemented>

<sup>2</sup> P. LATIMER et A.J. BROWN, « Whistleblower Laws: International Best Practice », *SSRN Electronic Journal*, 2008.

<sup>3</sup> Swee G.K., « Some lessons of recent development experience of ASEAN countries », « Australian Outlook, Informa UK Limited, December 1975, vol. 29, no. 3, pp. 270-278.



De nombreuses juridictions ont adopté une législation visant à protéger les employés du secteur public et parfois du secteur privé qui font des dénonciations d'intérêt public. Il s'agit notamment de l'Australie, du Canada, de la France, de l'Inde, du Japon, de la Nouvelle-Zélande, de l'Afrique du Sud, du Royaume-Uni et des États-Unis.<sup>1</sup>

Bien que de nombreux secteurs comptent des lanceurs d'alerte, les agents publics « disposent de plus d'informations sur les mécanismes institutionnels de réception et de traitement des plaintes pour corruption, mais sont en même temps les plus vulnérables en l'absence de systèmes de protection appropriés pour le signalement d'actes de corruption ». Leur position au sein des entités gouvernementales les expose à des actes répréhensibles internes, « qui peuvent nuire à la réputation et/ou à la performance de la société », et leur permet de signaler des irrégularités. Cependant, elle peut aussi « les exposer à des résultats injustes s'ils s'expriment ».<sup>2</sup>

□ **II. Encourager la dénonciation par le biais de récompenses (False Claims Act)<sup>3</sup>**

Les meilleures pratiques appuient la dénonciation d'actes illicites par les lanceurs d'alerte, en veillant à ce que les personnes ne soient pas tenues pour responsables de la dénonciation d'un acte relevant de l'intérêt public. Toutefois, certains affirment que la dénonciation peut faire apparaître les lanceurs d'alerte comme des traîtres en raison des violations potentielles de la confidentialité. Certaines législations passent par-dessus les obligations de confidentialité en prévoyant une protection pour les lanceurs d'alerte. Une

---

<sup>1</sup>

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, « The protection of whistle-blowers in the public service sector », in *technical meeting on the protection of whistle-blowers in the public service sector*, s.l., International Labour Organization, 2022, pp. 1-42.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 1-42.

<sup>3</sup> « La disposition qui tam (abréviation d'une expression latine signifiant « qui poursuit au nom du roi et pour lui-même » de la FCA encourage les lanceurs d'alerte à intenter une action en justice au nom du gouvernement. La loi donne également au gouvernement la possibilité de décider s'il veut prendre le contrôle de l'affaire (on parle alors d'« intervention ») ou s'il veut laisser le lanceur d'alerte agir. Depuis 1986, le ministère de la justice a eu recours à la loi sur les fausses réclamations (« False Claims Act ») pour récupérer plus de 70 milliards de dollars, en grande partie grâce aux actions intentées par les lanceurs d'alerte et principalement dans le domaine des soins de santé et des contrats de défense. Le nombre d'affaires de type « qui tam » ne cessant d'augmenter (plus de 500 ont été déposées chaque année ces dernières années) et le barreau des lanceurs d'alerte se montrant de plus en plus agressif pour faire avancer les affaires, le ministère de la justice a intensifié l'utilisation de son pouvoir de rejet - non seulement en refusant de prendre en charge le contentieux des affaires de type « qui tam », mais aussi en les rejetant de manière affirmative pour empêcher le lanceur d'alerte d'aller de l'avant. », source : <https://www.scotusblog.com/2023/06/supreme-court-gives-government-broad-authority-to-dismiss-whistleblower-lawsuits/>

solution consiste à encourager les lanceurs d'alerte à divulguer des informations en les récompensant, certains préconisant des récompenses pour stimuler les dénonciations. Les récompenses pourraient prendre la forme de primes, ou de dédommagements, à l'instar de la loi américaine sur les fausses déclarations (False Claims Act). Une véritable politique de protection des lanceurs d'alerte devrait proposer la réintégration ou le réengagement des lanceurs d'alerte qui ont perdu leur emploi à la suite d'une dénonciation.<sup>1</sup>

Les États-Unis ont une longue expérience du problème de la corruption des gouvernements et ont longtemps cherché à l'éviter par des lois appliquées par des citoyens récompensés pour leurs efforts. La corruption était endémique pendant la guerre d'indépendance américaine ; par exemple, Samuel Chase (futur juge de la Cour suprême des États-Unis) a été démis de ses fonctions au Congrès continental pour avoir utilisé de manière illicite des informations privilégiées afin d'en tirer un profit personnel. En raison de ces expériences du gouvernement en temps de guerre, le premier Congrès des États-Unis a adopté une législation basée sur une ancienne pratique anglaise identifiée par l'expression *latine* (« *qui tam* »), décrivant les actions engagées au nom de la Couronne par l'un de ses sujets. Cette loi autorisait les particuliers à représenter les États-Unis dans les actions engagées contre les fraudeurs, et les incitait à le faire en leur assurant une part substantielle de tout recouvrement résultant de leurs efforts.<sup>2</sup>

La guerre de Sécession a donné lieu à une série de scandales publics concernant les dépenses militaires, en particulier en temps de guerre. Le secrétaire à la guerre Simon Cameron a été démis de ses fonctions pour avoir payé à ses amis deux fois le prix courant des chevaux de cavalerie. Cette affaire a conduit à la promulgation de la loi sur les fausses déclarations, également connue sous le nom de « loi de Lincoln », en 1862. Cette loi exigeait des contrevenants coupables de fraude envers le gouvernement qu'ils paient le double des dommages-intérêts, dont la moitié était versée à l'auteur de la plainte. De nombreux rapporteurs ont intenté des poursuites contre des entrepreneurs qui avaient vendu des fusils de l'armée sans gâchette, de la poudre à canon diluée avec du sable ou des uniformes qui n'avaient pas résisté à

---

<sup>1</sup> P. LATIMER et A.J. BROWN, « Whistleblower Laws », *op. cit.*

<sup>2</sup> P.D. CARRINGTON, « Law and Transnational Corruption », *op. cit.*

une seule pluie. Ces poursuites ont peut-être eu un effet dissuasif, en renforçant l'intégrité des entreprises publiques et en améliorant la qualité des armes fournies aux soldats de l'Union.<sup>1</sup>

Le False Claims Act a été promulgué pendant la guerre civile pour lutter contre la fraude perpétrée par les entreprises qui vendaient des fournitures à l'armée de l'Union. Cette loi permet aux particuliers de poursuivre les individus, les entreprises ou d'autres entités qui fraudent le gouvernement. En 1942, la « loi de Lincoln » a été ressuscitée par un avocat qui a poursuivi un délinquant pour obtenir des dommages et intérêts après avoir eu connaissance d'une fraude au détriment du gouvernement. Les actions en dommages-intérêts ont diminué et les entrepreneurs n'ont pas été gênés de vendre des armes inutiles ou pires à des prix sans rapport avec les coûts de production.<sup>2</sup>

Pendant la guerre froide, des armes ont été vendues aux États-Unis à des prix de plus en plus élevés. Dans les années 1980, la plupart des grandes entreprises de défense faisaient l'objet d'une enquête pour avoir fraudé le ministère de la défense. Le ministère de la justice avait plus d'affaires qu'il ne pouvait en traiter, ce qui a conduit à la révision de la loi sur les fausses déclarations (False Claims Act) en 1986. En 2005, près de 9 000 affaires de fausses réclamations avaient été déposées en vertu de la loi de 1986, la majorité d'entre elles ayant été initiées par des lanceurs d'alerte.

La loi sur les fausses déclarations s'applique aux transactions entre les États-Unis et les fournisseurs étrangers de biens ou de services. Elle autorise la signification personnelle des actes de procédure partout dans le monde. Malgré les frais juridiques considérables engagés par les entreprises et l'industrie pour défendre les 10 000 actions civiles intentées en vertu de la loi sur les fausses déclarations (False Claims Act) depuis 1986, le Trésor fédéral et les contribuables ont bénéficié d'un avantage substantiel.<sup>3</sup> La loi sur les fausses déclarations a été

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> La loi sur les fausses déclarations (False Claims Act) dépassent les 5.6 milliards de dollars pour l'année fiscale 2021, et dépassent les 2 milliards de dollars pour l'année fiscale 2022, source : <https://www.justice.gov/opa/pr/false-claims-act-settlements-and-judgments-exceed-2-billion-fiscal-year-2022>

étendue pour récompenser l'Internal Revenue Code, dans le but d'augmenter les recettes fiscales fédérales et de réduire potentiellement les taux d'imposition. <sup>1</sup>

□ **§.2 Les contrats une arme anti-corruption dans le secteur privé mondial**

□ **A. L'avènement des clauses anti-corruption en tant qu'outils de due diligence pour les entreprises**

Dans l'économie mondialisée d'aujourd'hui, la lutte contre la corruption devient un mouvement mondial qui s'étend à la fois au secteur public et au secteur privé. Les entreprises sont confrontées à un réseau complexe de lois anti-corruption qui affectent leurs opérations au niveau local et mondial, avec des sanctions sévères en cas de non-respect. L'application de lois telles que le Foreign Corrupt Practices Act,<sup>2</sup> Criminal Code Act de 1995 au Etat Unie, et, le Bribery Act 2010, a considérablement modifié le paysage de la conformité en matière de lutte contre la corruption. Les entreprises opérant à l'échelle internationale ou travaillant avec des agents tiers font l'objet d'une surveillance accrue et sont tenues de mettre en œuvre des mesures de conformité pour éviter les poursuites. Cela a entraîné une évolution de la culture d'entreprise vers une approche de tolérance zéro à l'égard des pots-de-vin et de la corruption. Les entreprises mettent désormais en œuvre des politiques et des pratiques internes de lutte contre la corruption, souvent centralisées dans le cadre d'un programme de conformité, afin de garantir le respect des réglementations externes. Ces programmes prévoient des formations pour les employés, des codes de conduite détaillés et des systèmes de signalement pour détecter et combattre les activités de corruption. <sup>3</sup>

Les agents tiers, tels que les consultants, les avocats et les distributeurs, présentent des risques importants de corruption pour les entreprises engagées dans le commerce international. Les actions de ces agents peuvent engager la responsabilité des organisations qu'ils représentent, car des lois telles que la FCPA et la Bribery Act tiennent les entreprises pour

---

<sup>1</sup> P.D. CARRINGTON, « Law and Transnational Corruption », *op. cit.*

<sup>2</sup> S.H. KIM et S. BARONE, « Is the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 a Success or Failure? A Survey of Members of the Academy of International Business », *Journal of International Business Studies*, septembre 1981, vol. 12, n° 3, pp. 123-126, disponible sur <http://link.springer.com/10.1057/palgrave.jibs.8490592> (Consulté le 3 mars 2023).

<sup>3</sup> R. BISMUTH, J. DUNIN-WASOWICZ et P. NICHOLS (éds.), *The transnationalization of anti-corruption law, op. cit.*, pp. 333-334.

responsables des actions de leurs agents. De nombreux cas de corruption signalés impliquent des systèmes qui reposent sur des intermédiaires tiers, ce qui souligne la prévalence de cette pratique corrompue. Même avec de solides programmes de conformité anti-corruption, les entreprises ne peuvent pas contrôler totalement les actions de leurs agents, ce qui les rend vulnérables à des actes de corruption. C'est pourquoi la gestion des risques liés aux tiers est essentielle pour les entreprises impliquées dans des activités au niveau international. Le droit des contrats peut fournir un moyen de protection en incluant des clauses de conformité anticorruption dans les contrats avec les intermédiaires tiers. Ces clauses peuvent interdire toute activité de corruption liée au contrat et mettre l'entreprise à l'abri de toute responsabilité dans le cadre de procédures pénales, civiles ou administratives. En outre, ces clauses peuvent servir de preuve que l'entreprise concernée ne s'est pas livrée à des actes de corruption avant ou pendant la durée du contrat. Dans l'ensemble, les contrats constituent un mécanisme insuffisamment utilisé par les entreprises pour se protéger de la responsabilité pénale découlant des risques liés à la corruption de tiers. <sup>1</sup>

Les clauses anti-corruption peuvent être un moyen efficace pour les parties de transférer le risque de responsabilité à l'agent ayant commis un acte illicite, à condition que ces clauses soient structurées de manière appropriée et intégrées dans un programme de conformité plus large. Ces clauses peuvent contribuer à instaurer la confiance et la collaboration, à garantir l'intégrité et à protéger les relations d'affaires contre la corruption. Il n'existe pas de normes internationalement reconnues pour le contenu de ces clauses, de sorte que les entreprises disposent d'un large éventail d'options. Les clauses peuvent inclure des mesures telles que la tenue de registres, des contrôles internes, une surveillance continue et des droits d'audit. <sup>2</sup>

Les entreprises qui exercent des activités à l'étranger sont confrontées à des risques de corruption importants lorsqu'elles travaillent avec des tiers intermédiaires tels que des consultants en matière de développement commercial, des représentants commerciaux, des sous-traitants, des distributeurs, des avocats et des comptables. Ces intermédiaires peuvent poser des problèmes de responsabilité pour les organisations car ils peuvent s'engager dans des

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 335.

systèmes de corruption et tenter de dissimuler des paiements à des agents étrangers. La loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) et UK Bribery Act imposent aux entreprises de rendre compte des actions de leurs employés et de leurs agents tiers. De récentes mesures prises pour faire respecter la FCPA ont révélé qu'environ 90 % des cas signalés impliquaient des mécanismes de corruption rendus possibles par des intermédiaires tiers. Par conséquent, une gestion efficace des risques liés aux tiers est indispensable pour les entreprises qui exercent des activités à l'étranger.

Divers instruments reconnus au niveau international en matière de lutte contre la corruption, tels que la Banque mondiale, l'OCDE, la CCI et de Transparency International, fournissent des orientations sur les contrôles internes et les pratiques de conformité en ce qui concerne le risque lié aux tiers. Ces instruments recommandent l'adoption de politiques d'entreprise qui favorisent le respect des règles anticorruption par les tiers. Ils insistent sur l'importance d'exercer une due diligence fondée sur le risque à l'égard des partenaires commerciaux, de leur faire part de l'engagement de l'entreprise à respecter les lois anti-corruption et de chercher à obtenir un engagement réciproque. Pour limiter le risque de violation des lois anti-corruption, de nombreuses entreprises mettent en œuvre des politiques de conformité étendues et incluent des clauses de conformité anti-corruption dans les contrats conclus avec des intermédiaires tiers. Ces clauses, si elles sont correctement structurées et appliquées, peuvent protéger les entreprises contre les actes de corruption et fournir la preuve qu'elles ne sont pas impliquées dans des activités illégales ou corrompues.

Les agences gouvernementales ont joué un rôle déterminant dans la sensibilisation à l'utilisation de clauses contractuelles anti-corruption avec des agents tiers. Elles ont demandé aux défenseurs d'inclure ces clauses dans leurs contrats dans le cadre de leurs efforts de respect de la due diligence. Par exemple, Metcalf et Eddy ont accepté de mettre en œuvre un programme de conformité anticorruption en 1999, exigeant que les contrats avec les agents et les représentants contiennent des clauses interdisant les pots-de-vin et l'emploi des agents secondaires sans consentement écrit préalable. Le ministère de la Justice (DOJ) a également approuvé l'utilisation de clauses de conformité anticorruption dans les contrats avec des tiers en émettant des avis et en concluant des « deferred prosecution agreements ». Le ministère

britannique de la Justice recommande également que les entreprises utilisent des clauses anti-corruption avec les partenaires de leur chaîne d'approvisionnement. Les universitaires et les praticiens ont souligné l'utilité de ces clauses pour contrôler les difficultés rencontrées par les entreprises pour se conformer aux lois anti-corruption. L'association de clauses contractuelles anti-corruption et d'une due diligence à l'égard d'un tiers peut réduire de manière significative la probabilité de poursuites.

□ **B. Mettre en place des clauses anti-corruption à l'aide des clause types (CCI-GIACC)**

Les clauses anti-corruption sont reconnues depuis deux décennies, mais il n'existe pas d'approche uniforme quant au moment où il convient d'exiger de telles clauses dans les contrats ou aux types d'engagements qu'il convient d'inclure. Les instruments internationaux de lutte contre la corruption insistent sur l'importance d'inclure des engagements anti-corruption dans les contrats avec les partenaires commerciaux, mais ils divergent quant aux types d'engagements et aux recours possibles en cas de non-respect de ces engagements. Le Guide de bonnes pratiques de l'OCDE sur les contrôles internes, l'éthique et la conformité recommande aux entreprises d'informer leurs partenaires commerciaux de leurs engagements en matière de lutte contre la corruption et de s'efforcer d'obtenir des engagements réciproques. Les principes PACI de lutte contre la corruption du Forum économique mondial recommandent le respect de programmes de conformité et la surveillance de la conduite des agents intermédiaires.

La première alternative utilise la partie I du règlement de la CCI sur la lutte contre la corruption, dans laquelle chaque partie accepte de coopérer avec l'autre :

La première alternative comprend la partie I des règles de la CCI relatives à la lutte contre la corruption (règles de la CCI), dans laquelle chaque partie s'engage à ce qu'elle-même, ses dirigeants, administrateurs ou employés :

*« N'ont pas offert, promis, donné, autorisé, sollicité ou accepté un avantage indu ... lié d'une manière ou d'une autre au [c]ontrat et qu'il a pris des mesures raisonnables pour empêcher ... les tiers placés sous son contrôle ou son influence décisive d'agir de la sorte. »*

Les parties s'engagent à ne pas se livrer à la corruption, à l'extorsion, à la sollicitation, au trafic d'influence ou au blanchiment d'argent pendant la durée du contrat et par la suite. Elles prendront des mesures raisonnables pour s'assurer que les tiers renoncent également à de telles activités. Si une partie apporte la preuve qu'un cocontractant a violé les clauses anticorruptions et ne prend pas les mesures correctives nécessaires, le contrat peut être suspendu ou résilié. La contrepartie peut invoquer une défense en prouvant qu'elle a mis en œuvre des mesures préventives anticorruption adéquates, capables de détecter la corruption et de promouvoir l'intégrité au sein de son entreprise.

La deuxième solution exige que les parties contractantes s'engagent à mettre en place un programme de conformité anticorruption, adapté aux circonstances particulières de chacune d'entre elles. Ce programme doit permettre de détecter la corruption et de promouvoir l'intégrité au sein de la société. Les parties doivent maintenir le programme pendant toute la durée du contrat. Si l'une des parties révèle des lacunes dans le programme de conformité de la contrepartie, elle peut exiger des mesures correctives. Si la contrepartie ne remédie pas aux problèmes, la partie notificatrice peut suspendre ou résilier le contrat.

Le Global Infrastructure Anti-Corruption Centre (GIACC) a publié des orientations sur les clauses types anti-corruption qui peuvent être incluses dans les contrats des entreprises avec leurs partenaires commerciaux. Ces clauses types élargissent la gamme des engagements anti-corruption au-delà de ceux prévus par la Chambre de commerce internationale (CCI). Le GIACC propose deux options contractuelles : un simple engagement pour le partenaire commercial contractant de ne pas participer à des actes de corruption, et des engagements plus détaillés en matière de lutte contre la corruption, au choix de la société. Les clauses les plus détaillées prévoient que le partenaire commercial s'engage à ne pas participer à des pratiques de corruption liées au contrat et à prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que ses agents et partenaires ne le fassent pas. Le partenaire commercial doit également confirmer qu'il n'a pas fait l'objet d'une enquête, d'une condamnation ou d'une exclusion en raison d'un acte de corruption, de même que ses propriétaires, ses directeurs et ses gestionnaires. L'associé commercial doit également fournir une formation anti-corruption à son personnel, permettre à la contrepartie contractante de l'auditer, d'enquêter sur les cas de corruption présumés ou réels



et de mettre fin immédiatement au contrat si celui-ci enfreint l'une des clauses anti-corruption. Le partenaire doit également indemniser le cocontractant pour toute responsabilité ou perte subie du fait d'une violation des clauses anti-corruption.

Les clauses relatives à la lutte contre la corruption offrent une protection de base aux entreprises qui concluent des contrats avec des partenaires commerciaux, en tenant compte des obligations de conformité prévues par la FCPA, la UK Bribery Act et d'autres lois. Les parties contractantes peuvent accéder à une série d'engagements et de déclarations anti-corruption, qui vont au-delà de la clause ICC et des clauses du modèle GIACC. Ces clauses se répartissent en neuf catégories : déclarations et garanties, droits de mener des audits, droits de résiliation, droits d'indemnisation, droits de coopération, restrictions applicables aux sous-traitants, exigences en matière de formation continue, exigences en matière de certification annuelle et exigences en matière de requalification. Ces clauses visent à renforcer les engagements en matière de lutte contre la corruption et à garantir le respect des lois applicables.

Une entreprise peut instaurer un engagement contractuel de lutte contre la corruption en incluant une simple clause dans les contrats conclus entre l'entreprise et tout partenaire commercial concerné. Cette clause pourrait exiger des parties qu'elles s'engagent à ne pas participer à des pratiques de corruption liées au contrat. Le contrat relatif aux conditions générales du client d'ASCO Transport & Logistics illustre cette approche, dans laquelle chaque partie garantit et déclare se conformer à toutes les lois anti-corruption applicables lors de la négociation et de la conclusion du contrat.

Une entreprise peut renforcer sa clause de protection en exigeant d'un partenaire commercial qu'il s'assure que son personnel, ses partenaires, ses sous-traitants, ses fournisseurs, ses consultants et autres agents, ainsi que ses filiales et sociétés apparentées, ne participent pas à des pratiques de corruption en rapport avec le contrat. L'entreprise peut également exiger de son partenaire commercial qu'il confirme que lui-même, ses propriétaires, ses administrateurs et ses dirigeants n'ont pas fait l'objet d'une enquête, d'une condamnation ou d'une exclusion pour corruption. Certaines entreprises peuvent faire référence aux codes de conduite spécifiques de leurs partenaires commerciaux afin de préciser leurs objectifs en matière d'éthique. De plus, l'entreprise peut exiger de son partenaire commercial qu'il garantisse qu'il a instauré un

programme de conformité anticorruption qui prévoit des procédures appropriées pour se conformer aux lois anticorruptions applicables et qu'il le maintiendra et le respectera pendant toute la durée du contrat.

La corruption est souvent dissimulée, ce qui fait qu'il est difficile pour les entreprises de déterminer si leur partenaire commercial a violé les clauses anti-corruption prévues dans les contrats. Les audits des registres financiers d'un partenaire commercial peuvent apporter la preuve de cette violation, ce qui fait des audits un outil essentiel pour contrôler le respect des engagements en matière de lutte contre la corruption. L'objectif des audits est de s'assurer qu'aucun paiement effectué par une partie à sa contrepartie n'a été utilisé à des fins de corruption. Les parties peuvent rédiger des clauses relatives aux droits d'audit afin de s'assurer qu'une contrepartie tient des livres financiers exacts et des contrôles internes anti-corruption opérationnels. Les entreprises peuvent également inclure un droit exprès d'auditer le programme de conformité d'une contrepartie, son existence, son contenu et son application. Les clauses relatives aux droits d'audit peuvent être litigieuses du fait de la nature intrusive de la procédure d'audit. Les parties peuvent restreindre la portée des droits d'audit pour qu'ils ne s'appliquent qu'aux documents financiers liés au contrat concerné ou structurer les clauses de manière à permettre à un tiers de procéder à tout audit. Le ministère de la Justice (DOJ) a mis l'accent sur l'importance des droits d'audit dans ses lignes directrices et ses avis de procédure relatifs à la FCPA, lorsqu'ils sont intégrés dans des contrats conclus avec des partenaires commerciaux afin de prévenir la corruption.

Si une partie viole ses engagements en matière de lutte contre la corruption, cela peut entraîner la résiliation du contrat. Les parties peuvent suspendre et résilier unilatéralement un contrat en cas de violation substantielle, telle que la violation des lois anti-corruption. Elles peuvent également inclure un contrat qui annule le contrat si des paiements corrompus sont effectués, et considérer toute violation comme un motif de retenue des paiements en suspens. Les parties peuvent structurer les droits de résiliation de manière à permettre à la partie présumée coupable de la violation de réparer le préjudice subi, dans la mesure du possible. Les entreprises peuvent également prévoir l'obligation d'informer les fournisseurs de tout incident

de corruption. Lorsqu'une partie exerce son droit de résiliation, il lui incombe généralement de prouver que son cocontractant a enfreint les clauses anticorruptions applicables.

Les droits de suspension permettent à une entreprise de suspendre l'exécution d'un contrat et les paiements associés sans préavis, souvent pour une période déterminée ou aussi longtemps que nécessaire pour enquêter sur une violation présumée des clauses anticorruption par un partenaire commercial. L'entreprise peut inclure une clause stipulant qu'elle n'encourra aucune responsabilité ou obligation envers son cocontractant pour avoir exercé un droit de suspension. L'entreprise peut également obliger son partenaire commercial à mettre en place une procédure de rétention de documents, en veillant à ce que le partenaire prenne des mesures raisonnables pour empêcher la perte ou la destruction de preuves documentaires liées à la conduite présumée contraire à la loi. En ce qui concerne les droits de suspension, l'entreprise peut exiger du partenaire commercial qu'il fournisse toutes les informations, tous les documents et toute l'assistance raisonnables au cours de l'enquête. En cas de violation d'une clause anticorruption, une clause d'indemnisation exige que la partie en infraction indemnise son partenaire pour les dommages, pertes ou dépenses encourus par ce dernier. Toutefois, certaines indemnités peuvent être contraires à l'ordre public (non applicables), comme celles qui portent sur les amendes et les sanctions pénales.

Les parties contractantes ont des droits et des restrictions principalement axés sur le contrôle et l'examen continu de la conformité. Les entreprises peuvent exiger de leurs partenaires commerciaux qu'ils ne s'engagent pas dans la sous-traitance sans leur consentement écrit préalable, ce qui leur permet d'exercer une due diligence en matière de lutte contre la corruption à l'égard de leurs intermédiaires potentiels. Il s'agit notamment de s'assurer que les intermédiaires ne sont pas impliqués dans des pratiques de corruption, qu'ils ne sont engagés que pour la transaction en question et qu'ils ne reçoivent qu'une rémunération appropriée pour les services légitimes qu'ils fournissent.

Les exigences en matière de formation continue imposent aux parties de suivre les formations anticorruptions que leur partenaire peut raisonnablement exiger. La partie qui exige cette formation est souvent responsable des coûts de cette formation. Cela permet de s'assurer

que le personnel concerné, les cadres supérieurs et toutes les personnes fournissant des services dans le cadre de la transaction reçoivent une formation à la lutte contre la corruption.

Les clauses de certification annuelle exigent des parties qu'elles certifient être conscientes de leurs obligations en matière de lutte contre la corruption, qu'elles n'ont pas eu de comportement contraire aux lois anticorruption et qu'elles n'ont pas été informées de comportements de ce type de la part de leurs employés et de leurs mandataires. Les clauses de requalification exigent des parties qu'elles soient à nouveau considérées comme des partenaires commerciaux légitimes à intervalles réguliers, ce qui permet aux parties de mettre à jour leur devoir de due diligence et de réexaminer le contrat tout au long de sa durée de vie afin d'évaluer les éventuels problèmes de corruption.

Le droit des contrats offre un cadre unique aux entreprises pour éviter les actions de corruption. Des clauses anti-corruption correctement structurées avec des tiers peuvent réduire de manière significative les risques juridiques et de performance ainsi que les problèmes de réputation, à condition qu'elles soient appliquées en conjonction avec des programmes de conformité internes. Les entreprises peuvent élaborer ces clauses en tenant compte des risques, tout en reconnaissant que leur objectif ultime est d'éliminer la corruption de leurs secteurs d'activité.

## ❑ TITRE II : LE RECOURS AU DROIT CIVIL ET AU DROIT ADMINISTRATIF

La question de la lutte contre la corruption a été abordée principalement par le biais du droit pénal. De nombreuses réglementations internationales exigent des États membres qu'ils punissent le versement de pots-de-vin et les délits connexes. Afin d'étendre la portée du droit pénal national, l'accent a été déplacé du pays où l'acte de corruption a été commis vers le pays d'origine du corrupteur. Cette approche, qui trouve son origine dans la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA), a été adoptée comme principe général dans la convention anti-corruption de l'OCDE, dans le but de créer des conditions de concurrence équitables dans l'environnement commercial international. Toutefois, il est devenu évident que le droit pénal ne suffit pas à lui seul à lutter efficacement contre la corruption. D'autres branches du droit, telles que le droit civil (chapitre 1), et le droit administratif (chapitre 2).

## ❑ CHAPITRE 1 : LES CONSÉQUENCES DE LA CORRUPTION SUR LES CONTRATS EN GÉNÉRAL

La corruption, en plus de sa nature immorale et illégale, a des répercussions significatives sur les contrats commerciaux, affectant les droits et les obligations des parties impliquées. Dans ce chapitre, nous examinerons de manière approfondie les conséquences de la corruption sur les contrats en général. Ce chapitre se divise en deux sections, chacune se penchant sur les aspects particuliers des conséquences de la corruption dans le cadre du droit civil et du droit administratif. La première section se concentrera sur les conséquences de la corruption en droit civil. Nous explorerons comment la corruption peut influencer la validité des contrats, les obligations contractuelles, et les droits des parties contractantes. Les enjeux liés à la nullité des contrats, aux demandes d'indemnisation, et aux réparations pour les parties lésées seront au cœur de notre analyse. Nous examinerons également les jurisprudences pertinentes qui ont façonné la manière dont le droit civil traite ces questions. La deuxième section de ce chapitre se penchera sur les conséquences de la corruption en droit administratif. La corruption peut avoir un impact direct sur les contrats conclus avec des entités publiques et les procédures d'adjudication.

Nous étudierons comment les actes de corruption peuvent entraîner la résiliation de contrats administratifs, l'annulation de décisions gouvernementales, et les sanctions administratives à l'encontre des fonctionnaires corrompus. Nous analyserons également les mécanismes de recours disponibles pour les parties lésées dans le domaine du droit administratif.

## □ **Section 1 : Les conséquences de la corruption en droit civil**

Le droit général des contrats est une branche du droit dont le rôle dans la lutte contre la corruption a jusqu'à présent été sous-estimé. Les accords de nature contractuelle sont présents dans de nombreuses formes de corruption. Compte tenu de l'immense valeur économique des contrats commerciaux internationaux, il est surprenant que l'analyse juridique dans ce domaine ait reçu si peu d'attention. De nombreux rapports nationaux déplorent la rareté des décisions de justice - voire leur absence totale - sur les aspects de droit civil de la corruption dans leurs pays respectifs. Dans cette section, nous allons examiner les conséquences de la corruption en droit civil. Nous commencerons par étudier le recours aux principes généraux du droit des contrats (§1), avant de nous pencher sur la validité du contrat entaché de corruption (§2).

### □ § 1. **Le recours aux principes généraux du droit**

En principe, un contrat qui implique des actes de corruption est considéré comme nul et sans effet, du fait de la nature illicite de son objet. Le contrat est contraire aux bonnes mœurs, et à l'ordre public

Dans cette sous-section, nous allons examiner le recours aux principes généraux du droit des contrats. Nous commencerons par étudier Les principes fondamentaux du droit interne (A), avant de nous pencher sur les instruments internationaux (B).

#### □ **A. Les principes fondamentaux du droit interne**

##### □ **I. La notion des bonnes mœurs et a de l'ordre public**

L'objet doit être licite et digne de protection. Il n'est pas licite lorsqu'il est contraire à des règles impératives (par exemple, un bail rural qui ne préserve pas les intérêts de l'agriculteur conformément au statut applicable) ou qu'il est contraire à l'ordre public (par exemple, un contrat empêchant un candidat de se présenter à une élection) ou aux bonnes mœurs.<sup>1</sup>

Une transaction est illicite lorsqu'elle contrevient à des règles impératives, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, lorsque son motif (qui est un facteur déterminant commun aux parties) est illicite, ou lorsque les conditions ou l'objet sont illicites. Une transaction illicite est nulle. Le contrôle de la licéité de l'objet s'applique aussi bien aux contrats standards qu'aux contrats atypiques. L'objet des premiers peut être illicite parce que les parties ont poursuivi un

---

<sup>1</sup> Un contrat à des fins de prostitution : art. 92 du code civil.

objectif contraire aux règles impératives, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Les parties aux contrats atypiques, tels que le crédit-bail, ont librement créé le modèle de l'opération qu'elles entreprennent. La licéité de l'objet est toutefois présumée. La charge de la preuve devant le juge incombe à celui qui veut démontrer le contraire.<sup>1</sup>

Aux termes de l'article 6 du Code civil Français, les parties ne peuvent transgresser à la fois l'ordre public mais aussi les bonnes mœurs. Un contrat est illicite s'il est opposé à l'ordre public, et immoral s'il est contraire aux bonnes mœurs. Cette disposition figurait dans le code civil de 1804, notamment dans la section réservée aux contrats, et en particulier dans l'article 1133, lequel prévoyait que la cause est illicite « lorsqu'elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ainsi qu'à l'ordre public ». Cette référence a été abandonnée lors de la récente réforme du droit des obligations. Toutefois, l'ordonnance du 10 février 2016 a été plus loin encore en renonçant à mentionner les bonnes mœurs parmi les limites imposées à la liberté contractuelle. Désormais l'article 1102 § 2, prévoit simplement que la liberté contractuelle « ne permet pas de déroger aux règles d'ordre public ». L'absence de bonnes mœurs, loin d'être un oubli, est un choix du législateur. Pour le confirmer, le rapport remis au Président de la République affirme que la notion est devenue « obsolète au regard de l'évolution de la société » et que « la jurisprudence l'a abandonnée au profit de la notion d'ordre public ».<sup>2</sup>

Le droit pénal Français se concentre traditionnellement sur l'incrimination des atteintes aux bonnes mœurs., contrairement au droit civil qui a systématiquement fait disparaître cette notion. Les bonnes mœurs c'est aussi l'éthique des affaires, qui vise à rétablir à légitimité de l'économie du marché en ne l'abandonnant pas à ses pires déviations ». Les contrats de corruption ou de trafic d'influence doivent donc être considérés comme nuls et nonavenus pour cause immorale.<sup>3</sup>

Contrairement, au législateur Français le législateur Algérien garde toujours cette la notion de bonnes mœurs dans les dispositions du code civil, car elle a une relation étroite avec la religion islamique. Mais, certainement la notion de bonne mœurs va perdre sa valeur en droit

---

<sup>1</sup> G. ALPA et V. ZENO-ZENCOVICH, *Italian Private Law*, 0 éd., s.l., Routledge-Cavendish, 15 mai 2007, p.17.

<sup>2</sup> *Droit civil: les obligations*, Précis, Paris, Dalloz, 2018, p. 575.

<sup>3</sup> *Ibid.*



international qui évolue rapidement, et aussi dans le domaine de l'arbitrage international de l'investissement.

□ **II. La nullités des contrats**

**a. La nullité absolue et la nullité relative**

Bien que le critère de distinction des nullités figure désormais dans le Code civil, et que quelques articles précisent la nature exacte de la sanction de certains vices (V. par exemple, C. civ., art. 1131 nouveaux pour les vices du consentement), la nature de la nullité encourue en cas de violation d'une condition de validité du contrat n'est pas systématiquement mentionnée dans le code. Avant comme après la réforme, lorsqu'une incertitude existe, le juge doit donc s'interroger sur le but de la règle, pour qualifier juridiquement la nullité qui vient la sanctionner.

Ce critère permet, dans la majorité des cas, de qualifier sans difficulté la nullité. Ainsi, l'insanité d'esprit, les vices du consentement, les incapacités d'exercice, la lésion, la violation d'une règle d'ordre public de protection, sont sanctionnés par une nullité relative car, dans toutes ces hypothèses, la condition requise pour la validité du contrat vise à protéger l'une des parties. À l'inverse, l'absence de consentement, l'immoralité de l'objet, de la cause ou du contenu du contrat, la méconnaissance d'une règle d'ordre public de direction relève de la prise en compte de l'intérêt général, et sont sanctionnées par la nullité absolue du contrat.<sup>1</sup>

**b. Titulaires de l'action en nullité Absolu**

La nullité absolue est une mesure qui permet de sanctionner la violation de règles conçues pour protéger l'intérêt général et peut être demandée par tout intéresser afin de renforcer les possibilités de l'annulation.<sup>2</sup> Il reste à déterminer quelle partie intéressée est visée par le recours. Les parties contractantes en font indubitablement partie.<sup>3</sup> En effet, chacun des contractants peut annuler le contrat en invoquant la violation de la règle d'intérêt général. L'intérêt général étant en cause, le plus grand nombre doit pouvoir être en mesure de contester

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Art. 102 du code civil Algérien stipule : « Lorsque le contrat est frappé de nullité absolue, cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée et même prononcée d'office par le tribunal. Elle ne peut disparaître par confirmation. »

<sup>3</sup> *Droit civil, op. cit.*, p. 620.

le vice du contrat. L'action est donc accessible à toute personne ayant un intérêt à agir en justice pour faire constater la nullité absolue du contrat.<sup>1</sup>

### **1. Les deux contractants et leurs représentants**

Dans le cas où un contrat est formé dans un but illicite, les deux contractants ont la possibilité de demander la nullité du contrat, y compris la partie responsable de la violation de la règle impérative d'ordre public.<sup>2</sup> Sachant que la confirmation ne fait pas disparaître la nullité absolue (Art. 102 du CCA). Il en est ainsi même lorsque l'un des contractants invoque sa turpitude pour demander la nullité d'un contrat entaché d'immoralité. La règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nul ne peut être entendu en justice s'il invoque sa propre turpitude) doit être appliqué, en effet, non pas comme un obstacle à l'action, mais comme un obstacle à la récupération des prestations effectuées dans le cadre de l'exécution du contrat annulé.<sup>3</sup>

### **2. Les tiers et les tiers absolus**

S'il semble certain que les ayants droits universels des deux parties disposent de la possibilité de demander la nullité absolue du contrat ayant lié leur auteur, la question est plus délicate du côté des créanciers des parties. En ce qui concerne ceux-ci, il existe une incertitude quant à savoir s'ils peuvent, en cas de nullité absolue, intervenir en leur nom propre, ou uniquement par le biais d'une action oblique. La doctrine est divisée sur la question.<sup>4</sup>

En revanche, il paraît moins évident de considérer que des tiers réellement étrangers au contrat - c'est-à-dire des tiers qui ne disposent d'aucun lien juridique préalable avec les parties.<sup>5</sup> Appelés aussi *penitus extranei*, ils peuvent demander la nullité absolue d'un contrat à condition qu'ils prouvent un intérêt à agir, de type patrimonial. Cette situation se rencontre exceptionnellement, car si le contrat est opposable aux tiers, il ne crée généralement aucun droit ou obligation à leur profit. Mais le droit d'action leur est théoriquement ouvert<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> S. PORCHY-SIMON, *Les obligations: droit civil, 2e année*, Hypercours, Paris, Dalloz, 2016, p. 172.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Droit civil, op. cit.*, p. 619.

<sup>4</sup> S. PORCHY-SIMON, *Les obligations: droit civil, 2e année*, Hypercours, Paris, Dalloz, 2016, p. 172.

<sup>5</sup> *Droit civil, op. cit.*, p. 619.

<sup>6</sup> *Ibid.*

### 3. Le Ministère public

Le développement de la politique sociale et de l'économie administrée, qui a amené le législateur à adopter de multiples textes d'ordre public, aurait pu entraîner une intervention plus fréquente du procureur de la République dans la nullité des contrats.

En droit Français La possibilité pour le ministère public d'agir en nullité absolue d'un contrat était fondée sur l'article 423 CPC., qui lui reconnaît un rôle « pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ». Cette solution, parfois controversée, a été entérinée par l'article 1180 du code civil Français. En pratique, l'exercice de l'action en nullité absolue par le ministère public en Algérie et en France est généralement limité à la violation d'une règle d'ordre public de direction. Il use cependant exceptionnellement de ce droit, réservant le plus généralement ses interventions dans le contentieux civil aux questions intéressant le droit de la famille.<sup>1</sup>

En pratique, le ministère public intervient essentiellement dans le domaine du droit de la famille. L'influence de plus en plus grande du droit de la concurrence sur le droit des contrats pourrait lui fournir une raison supplémentaire d'intervenir.

Conformément à l'article 55 de la loi 06- 01 qui stipule que : « Tout contrat, transaction, licence, concession ou autorisation induit par la commission de l'une des infractions prévues par la présente loi peut être déclaré nul et de nul effet par la juridiction saisie sous réserve des droits des tiers de bonne foi. ». Selon, cette disposition le droit du ministère public d'agir en nullité sans saisir la juridiction compétente n'est pas exclus.

En pratique, le ministère public intervient essentiellement dans le domaine du droit de la famille. L'influence de plus en plus grande du droit de la concurrence sur le droit des contrats pourrait lui fournir une raison supplémentaire d'intervenir.

Conformément à l'article 55 de la loi 06- 01 qui stipule que : « Tout contrat, transaction, licence, concession ou autorisation induit par la commission de l'une des infractions prévues par la présente loi peut être déclaré nul et de nul effet par la juridiction saisie sous réserve des

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

droits des tiers de bonne foi. ». Selon, cette disposition le droit du ministère public d’agir en nullité sans saisir la juridiction compétente n’est pas exclus.

□ **III. Nullité invoquée par voie d'action et par voie d'exception**

1- La nullité est exercée par une action en justice dans laquelle l'une des parties demande au tribunal de prononcer la nullité du contrat. Cette action est, comme toute action en justice, frappée par la prescription.<sup>1</sup>

2- La nullité est soulevée par voie d'exception lorsqu'un plaideur la soulève, non à titre principal, mais comme moyen de défense. Il en est ainsi lorsqu'une partie, pour faire rejeter une demande d'exécution forcée d'un contrat, invoque devant le juge la nullité de ce contrat. Or, conformément à l'adage *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (l'action est temporaire, l'exception est perpétuelle).<sup>2</sup>

□ **B. les instruments internationaux**

Pour analyser les effets des délits de corruption sur le droit civil, il est essentiel d'examiner les deux principaux instruments internationaux actuellement en vigueur, la Convention des Nations unies contre la corruption (A), et La Convention civile du Conseil de l'Europe contre la corruption (B). Ces instruments jouent un rôle essentiel dans l'examen des dispositions spécifiques relatives aux conséquences des actes de corruption en droit civil. Ils abordent notamment la question de la validité des contrats entachés de corruption.

□ **I. La CNUCC**

Les membres de la CNUCC reconnaissent la nécessité de « promouvoir une culture de rejet de la corruption ». Le fait d'exiger que les États membres adoptent des mesures pour faire face aux conséquences de la corruption est nécessaire pour garantir que la culture de la corruption ne devienne pas la culture prédominante.<sup>3</sup> L'art. 34 de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption prévoit ce qui suit :

« [C]haque État Partie fait en sorte, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, qu’existent un ou plusieurs organes ou des personnes spécialisés dans

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> GUIDE TECHNIQUE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION, disponible sur : [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540\\_Ebook\\_f.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540_Ebook_f.pdf)

la lutte contre la corruption par la détection et la répression. Ce ou ces organes ou ces personnes se voient accorder l'indépendance nécessaire, conformément aux principes fondamentaux du système juridique de l'État Partie, pour pouvoir exercer leurs fonctions efficacement et à l'abri de toute influence indue. Ces personnes ou le personnel dudit ou desdits organes devraient avoir la formation et les ressources appropriées pour exercer leurs tâches. »<sup>1</sup>

L'article 34 de la CNUCC évoque les conséquences de la corruption. La corruption à laquelle l'article 34 fait référence est décrite dans les articles 15 à 25 de la CNUCC. Les articles 15 et 16 de l'UNCC, en particulier, criminalisent respectivement la corruption nationale et la corruption internationale, ainsi que l'article 21, qui criminalise la corruption privée. Les parties aux contrats entachés de corruption peuvent varier d'une structure publique/privée avec l'État d'une part et l'entité commerciale d'autre part, à une structure privée/privée entre deux entités commerciales. Les transactions en question représentent les relations entre la personne qui donne le pot-de-vin, la personne qui accepte le pot-de-vin et celle à laquelle le pot-de-vin a été dissimulé. Ces relations découlent toutes de l'acte de corruption initial ou en sont entachées. Cela soulève des questions sur le statut de ces transactions.

L'article 34 reconnaît la nécessité d'établir un lien direct entre l'acte de corruption et ses conséquences.<sup>2</sup> L'article 34 fait référence aux contrats, concessions ou instruments similaires en tant que conséquences de la corruption. Ainsi, l'article 34 dépasse le cadre public/privé pour faire entrer les accords privés dans la sphère des conséquences de la corruption, que les États doivent s'efforcer de prendre en compte. En ce sens, l'objectif de l'article 34 ne se limite pas à l'octroi d'une indemnisation à une partie lésée, mais vise également, dans une certaine mesure, à décourager les échanges corrompus qui se traduisent par de tels contrats.

---

<sup>1</sup> CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION, disponible sur :[https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/uncac\\_french.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/uncac_french.pdf)

<sup>2</sup> « Avec ces dispositions, la CNUCC va en partie au-delà des conventions antérieures sur la lutte contre la corruption. La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales contient, à l'article 3(4), la suggestion aux États parties « d'envisager l'imposition de sanctions civiles ou administratives supplémentaires à une personne faisant l'objet de sanctions pour la corruption d'un agent public étranger » ; cependant, il n'y a pas d'exigences obligatoires plus strictes. Des règles spéciales sur la validité des contrats sont énoncées dans la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, en particulier dans son article 8. 3 Cette convention a été ratifiée à ce jour par trente-cinq pays. », dans, C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, op. cit., p. 349.

L'article 34 dispose que les États doivent prendre des mesures pour faire face aux conséquences de la corruption. Il s'agit d'encourager les États à intégrer les conséquences de la corruption dans leur stratégie et leur plan de lutte contre la corruption. La première partie de l'art. 34 est formulée en termes impératifs :

« Compte dûment tenu des droits des tiers acquis de bonne foi, chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la corruption. »

Cependant, la deuxième partie de l'article 34 modifie la première partie en précisant que la mesure dans laquelle les États sont tenus de le faire dépend des lois et principes fondamentaux de l'État en question. Le fait que ces mesures doivent être prises conformément aux principes fondamentaux de son droit interne signifie qu'il n'y a pas de nouvelle norme internationale concernant les mesures à prendre à l'égard des conséquences de la corruption établie par l'article 34, sauf dans la mesure où elle concorde avec les principes nationaux. C'est dans cette perspective qu'il faut considérer la dernière section de l'article 34. Il dispose que :

« Dans cette perspective, les États Parties peuvent considérer la corruption comme un facteur pertinent dans une procédure judiciaire pour décider l'annulation ou la rescision d'un contrat, le retrait d'une concession ou de tout autre acte juridique analogue ou prendre toute autre mesure corrective. »<sup>1</sup>

En ce qui concerne les conséquences de la corruption, on peut difficilement dire que l'article 34 propose de nouvelles dispositions.<sup>2</sup> Au mieux, il peut être considéré comme visant à renforcer les positions existantes en droit interne (le droit civil et le droit administratif) en ce qui concerne les conséquences de la corruption, dans la mesure où celles-ci favorisent les objectifs de la CNUCC. Malgré la nouveauté de l'article 34, la Convention n'introduit pas de

---

<sup>1</sup> CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION, disponible sur : [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/unca\\_c\\_french.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/unca_c_french.pdf)

<sup>2</sup> « Les négociations ont abouti à des normes vagues et impératives qui ressemblent plus à des esquisses des normes de lutte contre la corruption plutôt qu'à des images complètes. Ces dispositions manquent de fermeté et permettent donc un large éventail d'interprétations, Cette imprécision est illustrée par l'article 34, sur les conséquences des actes de corruption, et l'article 35, sur la réparation des dommages. Bien que ces deux dispositions soient obligatoires, du moins en partie, elles ne donnent que peu d'indications aux États quant à leur mise en œuvre. Les rédacteurs ont proposé des dispositions plus détaillées, comme le montrent les travaux préparatoires, mais ces propositions n'ont manifestement pas recueilli un soutien suffisant parmi les délégations. », dans, C. ROSE, *International anti-corruption norms*, *op. cit.*, p. 115.

nouveau régime juridique en ce qui concerne la validité des contrats entachés de corruption.<sup>1</sup> Cela a conduit les pays à rechercher les meilleures pratiques. L'obligation d'introduire des mesures appropriées est soumise à une double réserve : elle ne doit pas ignorer les principes fondamentaux du droit national et doit respecter les droits des tiers acquis de bonne foi.<sup>2</sup>

□ **II. La Convention civile du Conseil de l'Europe contre la corruption**

Lors de la 19<sup>e</sup> conférence des ministres européens de la justice, le Conseil a créé en 1994 un groupe multidisciplinaire chargé d'identifier les mesures susceptibles d'être incluses dans un programme d'action international de lutte contre la corruption (GMC). Les travaux de ce groupe ont conduit à rédiger vingt principes directeurs en matière de lutte contre la corruption en 1997, suivis d'un projet de Convention pénale adopté en novembre 1998 et d'un projet de Convention civile adopté en 1999. La Convention civile, pour sa part, est le seul texte international dont l'objet est de couvrir la question de la corruption en droit civil, étant donné que la corruption permet de tirer un avantage indu par des méthodes illicites qui peuvent donner lieu à des dommages-intérêts.<sup>3</sup>

L'article 8 (2) de la convention civile prévoit que :

*« [C]haque Partie prévoit dans son droit interne que tout contractant dont le consentement a été vicié par un acte de corruption peut demander au tribunal l'annulation de ce contrat, sans préjudice de son droit de demander des dommages-intérêts. »*

Le paragraphe 2 de cet article renforce l'application du droit civil à la lutte contre la corruption en prévoyant un recours supplémentaire pour ceux qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption. Sans préjudice du droit de demander réparation du dommage, toute partie dont le consentement à conclure un contrat a été compromis par un acte de corruption a le droit de demander à la Cour de déclarer le contrat nul. Les parties concernées restent libres de poursuivre le contrat si elles le souhaitent. Le texte prévoit clairement que le demandeur

---

<sup>1</sup> A. MAKINWA, *Private remedies for corruption*, *op. cit.*, p. 369.

<sup>2</sup> C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, *op. cit.*, p. 350.

<sup>3</sup>

d'une telle déclaration doit être l'une des parties au contrat. Il appartient au tribunal de décider du statut du contrat, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire.<sup>1</sup>

L'article 8 (1) de la convention civile prévoit que :

« [C]haque Partie prévoit dans son droit interne que tout contrat ou toute clause d'un contrat dont l'objet est un acte de corruption sont entachés de nullité. »

Le paragraphe 1 de cet article prévoit que tout contrat ou clause de contrat prévoyant la corruption est nul et non avenue. En effet, dans la plupart des pays européens, le contrat dont la cause est illicite est nul.<sup>2</sup>

#### □ **§ 2. La validité des contrats résultant de la corruption**

Dans le domaine du droit civil, la corruption entraîne des conséquences importantes. L'une de ces conséquences est l'invalidité potentielle d'un contrat lié à la corruption. Cela peut se produire si le contrat est considéré comme nul *ab initio*, ce qui signifie qu'il était nul dès le départ, ou si un tribunal le déclare nul. Il est important de noter qu'il existe une distinction entre les contrats primaires, où la corruption est l'objectif principal (comme un contrat entre un investisseur -corrupteur- et un intermédiaire), et les contrats secondaires, qui sont obtenus par des moyens corrompus. Chaque catégorie est analysée séparément afin de déterminer son caractère exécutoire (A). Le législateur Algérien a pris en considération cet aspect dans l'article 55 de la loi 06-01 (B), tout en protégeant le tiers de bonne foi (C).

#### □ **A. La différence entre contrat pour la corruption et contrat obtenus par la corruption**

Nous allons examiner la différence entre contrat pour la corruption et les contrats obtenus par la corruption. Nous commencerons par étudier les contrats pour la corruption (I), avant de nous pencher sur les contrats obtenus par la corruption (II).

#### □ **II. Le contrat obtenu par la corruption**

Le contrôle de sa validité est donc soumis à différentes considérations. Tout d'abord, les législations nationales peuvent contenir des règles impératives prévoyant que la corruption elle-

---

<sup>1</sup> Article 8 – Validité des contrats, La Convention civile sur la corruption, Rapport explicatif - STE 174, p.9. disponible sur : <https://rm.coe.int/16800cce45>

<sup>2</sup> Article 8 – Validité des contrats, La Convention civile sur la corruption, Rapport explicatif - STE 174, p.9. disponible sur : <https://rm.coe.int/16800cce45>



même est une cause première de nullité. Dans ce cas, un contrat conclu sous l'influence de la corruption est *ipso iure et ab initio* nul et non avenu. Par exemple, l'article 55 de la loi algérienne contre la corruption. Alors le contrat conclu sous l'influence de la corruption est *ipso iure et ab initio* nul et non avenu. Cette position repose sur l'idée que la corruption est illégale et/ou immorale et que, par conséquent, les cours ou les tribunaux arbitraux ne devraient pas prêter leur pouvoir juridictionnel pour exécuter des contrats infectés par la corruption (*nemo auditur suam turpitudinem allegans*). Dans une telle situation, l'État d'accueil considère simplement un contrat comme nul ou inapplicable parce que la corruption elle-même est considérée comme une raison suffisante pour rendre un contrat nul ou inapplicable. <sup>1</sup>

Toutefois, contrairement aux contrats dont l'objet est corrompu, qui sont nuls *ab initio*, les contrats obtenus par corruption sont seulement annulables. Toute réclamation découlant d'un tel contrat ne sera rejetée que si la partie innocente choisit de se soustraire au contrat. <sup>2</sup> Par exemple, l'affaire *World Duty Free v. Kenya*, une affaire contractuelle soumise à l'arbitrage du CIRDI, illustre ce point. Le contrat d'investissement pour la construction et l'exploitation d'un complexe hors taxes à Nairobi a été obtenu par l'investisseur grâce au versement de 2 millions de dollars américains au président du Kenya de l'époque, Daniel Arap Moi. Fait inhabituel dans une procédure d'arbitrage, le demandeur a ouvertement admis le versement du pot-de-vin, qualifié à l'époque de « cadeau » culturellement accepté, dans sa déclaration de témoin. Le tribunal a conclu que l'accord d'investissement était annulable en vertu de la loi kenyane applicable et que, compte tenu de l'annulation de l'accord par le Kenya en temps utile, les demandes devaient être rejetées. <sup>3</sup>

#### □ **Le contrat pour la corruption**

Lorsque deux parties conviennent de s'engager dans des pratiques de corruption telles que le versement de pots-de-vin, la corruption elle-même devient partie intégrante de leur

---

<sup>1</sup> H. RAESCHKE-KESSLER et D. GOTTWALD, « Corruption in Foreign Investment-Contracts and Dispute Settlement between Investors, States, and Agents », *The Journal of World Investment & Trade*, 2008, pp. vii-33, disponible sur <https://brill.com/view/journals/jwit/9/1/article-pvii.xml> (Consulté le 3 janvier 2023).

<sup>2</sup> T. SCHULTZ, F. ORTINO et J. MITCHENSON (éds.), *The Oxford handbook of international arbitration*, Oxford handbooks, Oxford ; New York, NY, Oxford University Press, 2020, p 134

<sup>3</sup> C.L. LIM (éd.), *The Cambridge companion to international arbitration*, Cambridge companions to law, Cambridge, United Kingdom; New York, NY, Cambridge University Press, 2021, p. 424.

contrat.<sup>1</sup> Toutefois, cet accord entre l'agent et le corrupteur se déroule dans l'ombre de ce que l'on appelle le triangle de la corruption. Cet accord est qualifié de primaire parce qu'il prépare le terrain pour le contrat secondaire qui en découle entre le corrupteur et le mandant du corrompu.<sup>2</sup> La nature illégale de cet accord exige le secret et la dissimulation pendant les négociations<sup>3</sup> et l'échange d'avantages qui s'ensuit. Néanmoins, l'une des parties promet, offre ou fournit un avantage indu en échange duquel l'autre partie accepte de manquer à ses devoirs.<sup>4</sup>

Un contrat peut également prévoir la corruption lorsqu'un corrupteur engage un intermédiaire pour le transfert secret de pots-de-vin. Le contrat peut prendre la forme d'un arrangement intermédiaire, y compris des accords avec des agents, des représentants, des courtiers, des consultants, des coentreprises, des accords de partenariat ou d'autres tiers.<sup>5</sup> L'accord écrit correspondant est souvent un simulacre et peut, par exemple, prendre la forme d'un contrat de consultance sans qu'il y ait de facto prestation de services et/ou sans intention à cet effet. Dans les affaires de corruption internationale, l'avantage indu n'est souvent pas versé directement à l'agent corrompu, mais passe par un intermédiaire qui semble être un «consultant» pour le donneur de pots-de-vin.<sup>6</sup> De nombreux pays disposent de lois anti-corruption qui interdisent l'activité des intermédiaires dans les marchés publics. Certains d'entre eux

---

<sup>1</sup>C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, op. cit.

<sup>2</sup>A. MAKINWA, *Private remedies for corruption*, op. cit. p 372

<sup>3</sup> [ ...Negotiations in international business transactions are frequently conducted by agents, consultancies, or distributors. The function of these intermediaries is to represent the interests of the foreign undertaking in countries in which they themselves are not present, and to act on their behalf. Such action may take the form of market analysis, winning of customers and contracts, looking after existing customers, and the negotiation and conclusion of contracts. The advantage of the agent lies first and foremost in his or her personal connection to the territory concerned and, in his ability, to win business for their principal in that region. The agent will speak the local language, know the customs, and should also have knowledge of the local legal system. Given the key role they can play in international business, the recruitment of agents or advisors, consultants, etc. has become at the same time unavoidable and not without risk. Intermediaries work independently; they are self-employed and therefore not bound by the guidance or instructions issued by the company to its employees...]. See Pieth, Mark, Lucinda A. Low, and Peter J. Cullen. *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.p 125

<sup>4</sup> (*Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law 11*) Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer (eds.) - *The Impact of Corruption on International Commercial Co*, op. cit. p 10

<sup>5</sup> R. BISMUTH, J. DUNIN-WASOWICZ et P. NICHOLS (éds.), *The transnationalization of anti-corruption law*, op. cit.

<sup>6</sup> C. WALLGREN-LINDHOLM et J. PASILA, « The Civil Law Effects of Corruption in International Commercial Arbitration to a Contract Governed by Scandinavian Law », s.d.

interdisent complètement les activités des intermédiaires (les accords d'intermédiation ou de lobbying sont expressément interdits). Au début de 1978, le législateur algérien a adopté une loi interdisant le recours à des intermédiaires pour obtenir certains types de contrats publics. Dans le même ordre d'idées, la loi égyptienne interdit généralement l'activité des intermédiaires, à moins qu'il ne s'agisse d'une société de conseil enregistrée. Ces lois sont fondées sur l'idée que le travail des intermédiaires constitue un risque typique d'activités de corruption déguisées.<sup>1</sup>

De nombreux pays disposent de lois anti-corruption qui interdisent l'activité des intermédiaires en matière de marchés publics.<sup>2</sup> Certains d'entre eux interdisent complètement les activités des intermédiaires (les accords d'intermédiation ou de lobbying sont expressément interdits).<sup>3</sup> Au début de 1978, le législateur algérien a adopté une loi interdisant le recours à des intermédiaires pour obtenir certains types de contrats publics.<sup>4</sup> Dans le même ordre d'idées, la loi égyptienne interdit généralement l'activité des intermédiaires, à moins qu'il ne s'agisse d'une société de conseil enregistrée.<sup>5</sup> Ces lois sont fondées sur l'idée que le travail des intermédiaires constitue un risque typique d'activités de corruption déguisées.<sup>6</sup>

L'utilisation d'intermédiaires dans les transactions commerciales n'est pas illégale ou contraire à l'ordre public en vertu du droit américain ou suisse.<sup>7</sup> À l'inverse, l'affaire 5622 de 1988 de la CCI. Par conséquent, le Tribunal fédéral suisse a confirmé qu'à moins que les parties n'aient convenu d'utiliser le contrat d'intermédiaire comme moyen de corruption, les contrats d'intermédiaire ne sont pas illégaux en vertu du droit suisse.<sup>8</sup> Le tribunal suisse a déclaré que l'interdiction algérienne des intermédiaires, même en l'absence de pots-de-vin, était «trop large

---

<sup>1</sup> C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, *op. cit.*

<sup>2</sup> [... banning intermediation in public procurement is not an international imperative rule, many countries, typically the capital-exporting or home countries of investors, do not even disapprove the intermediary's activities...]

<sup>3</sup> e.g., Egyptian law, which generally prohibits the activity of intermediaries unless the intermediary is a registered consultant firm (Articles 105–8 of the Egyptian Penal Code No. 58 of 1937 (as amended by Law No. 95 of 2003))

<sup>4</sup> See Loi No 78-02 du 11 février 1978 relative au monopole de l'État sur le commerce extérieur, Journal officiel de la République algérienne, 14 février 1978, 114–15, especially art 9

<sup>5</sup> See the Articles 105–8 of the Egyptian Penal Code No. 58 of 1937 (as amended by Law No. 95 of 2003).

<sup>6</sup>H. RAESCHKE-KESSLER et D. GOTTWALD, « Corruption in Foreign Investment-Contracts and Dispute Settlement between Investors, States, and Agents », *op. cit.*

<sup>7</sup>T. SCHULTZ, F. ORTINO et J. MITCHENSON (éds.), *The Oxford handbook of international arbitration*, Oxford handbooks, Oxford ; New York, NY, Oxford University Press, 2020, p.157.

<sup>8</sup>*Ibid.*

et protectionniste, visant à garantir un monopole d'État sur le commerce extérieur». Soulignant la hiérarchie différente des politiques en droit algérien et en droit suisse, le tribunal a noté qu'une telle disposition constitue une «atteinte grave à la liberté contractuelle des parties et ne saurait prévaloir, sur le plan éthique, sur les principes généraux et fondamentaux de la liberté contractuelle, en l'absence d'activités qui seraient également considérées comme douteuses en droit suisse».<sup>1</sup>

It can be observed that the agents and investors frequently seek to evade these provisions by agreeing on a choice-of-law clause in favour of a neutral law that allows for intermediaries. In *OTV v Hilmarton* the claimant (OTA) had procured a contract (agency agreement) in Algeria for the defendant (Hilmarton) on legal and fiscal advice in the context of a tendering process for public works even though Algerian law prohibited the use of intermediaries.<sup>2</sup> The parties therefore agreed to apply Swiss law as result the procurement contract was subject to Swiss law. Such choice-of-law is valid and supported by the principle of party autonomy.<sup>3</sup> The only limits to the contractual freedom of the parties are norms that call for universal application and invalidate any choice-of law clause that seeks to evade them.

Les tribunaux d'arbitrage internationaux semblent se considérer comme liés par cette règle, puisqu'ils ont toujours rejeté les demandes découlant d'un contrat prévoyant la corruption, tant que les arbitres étaient convaincus de l'intention corrompue qui sous-tendait l'accord.<sup>4</sup> Dans la célèbre affaire CCI n.1110 de 1963, une société britannique avait engagé un intermédiaire pour obtenir un contrat de travaux publics en Argentine en échange d'une commission d'honoraires s'élevant à 10 % de la valeur du contrat. Lorsque l'intermédiaire a introduit une demande d'arbitrage, le juge Lagergren, en tant qu'arbitre unique, s'est déclaré

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> See decree N° 1978

<sup>3</sup> Art 3 of the Rome Convention on the Applicable Law to contractual relations reads: « *A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.* »

<sup>4</sup> C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, *op. cit.*, p. 352.

incompétent pour connaître de l'affaire <sup>1</sup> ; il a estimé que, bien que les documents établis entre les parties « aient l'apparence de documents commerciaux ordinaires », ils envisageaient en fait la corruption de fonctionnaires argentins. En conséquence, l'accord « violerait gravement les bonnes mœurs » <sup>2</sup> ou « l'ordre public international » car, comme il l'a constaté d'office, les parties ont conclu le contrat avec l'intention implicite de corrompre les fonctionnaires du gouvernement argentin. <sup>3</sup>

En ce qui concerne le problème ultérieur de la nullité, la question se pose de la restitution des prestations déjà fournies. En règle générale, les parties à un contrat annulé ultérieurement doivent restituer à l'autre partie <sup>4</sup> toute prestation fournie. De nombreuses législations prévoient qu'aucune restitution n'est due pour les prestations échangées. Cela signifie que l'une des parties en désaccord peut conserver le bénéfice de la prestation de l'autre partie (par exemple, une commission payée) sans fournir les « services » dus. Bien que cela puisse sembler inéquitable, il a été suggéré que la perte potentielle du pot-de-vin prévu est un moyen de dissuasion contre la corruption. <sup>5</sup>

□ **B. Les dispositions spécifique relatives aux conséquences de la corruption : exemple de l'Algérie**

Les dispositions spécifiques relatives aux conséquences de la corruption : exemple de l'Algérie Dans cette sous-section, nous allons examiner les dispositions spécifiques relatives aux conséquences de la corruption en Algérie. Nous commencerons par étudier la conformité à la CNUCC (I), avant de nous pencher sur l'article 55 de la loi N.06-01 (II).

---

<sup>1</sup>T. SCHULTZ, F. ORTINO et J. MITCHENSON (éds.), *The Oxford handbook of international arbitration*, op. cit., p. 131.

<sup>2</sup> [... *Professor Pierre Lalive in a seminal article dating back to 1985.50 This author based his argumentation on two cases in particular, both related to actual practices of slavery, the first dealt with by the London Mixed Commission as early as 1855, in the case of the ship 'Cre'ole', and the second, in 1875, in a case concerning the ship 'Marie Luz'. This claim was later further strengthened in a case of corruption or bribery, in which Mr Lagergren acting as sole arbitrator in the framework of a 1963 ICC arbitration forcefully asserted that 'contracts which seriously violate bonos mores or international public policy are invalid', adding that 'such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations'. ...]* In P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN et F. FRANCONI (éds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 1<sup>re</sup> éd., s.l., Oxford University Press Oxford, 10 septembre 2009, p. 60.

<sup>3</sup>T. SCHULTZ, F. ORTINO et J. MITCHENSON (éds.), *The Oxford handbook of international arbitration*, op. cit., p. 131.

<sup>4</sup>C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, op. cit.

<sup>5</sup>C.L. LIM (éd.), *The Cambridge companion to international arbitration*, op. cit., p. 423.

□ **I. Conformité à la CNUCC**

Les articles 34 et 35 traitent des conséquences de la corruption sur le plan du droit civil et administratif et constituent ainsi un îlot au sein du chapitre III de la convention, par ailleurs largement axé sur le droit pénal. Alors que l'article 35 traite spécifiquement de la question de la réparation des dommages, l'article 34 contient des déclarations sur la force exécutoire des contrats et sur le retrait des concessions, mais mentionne également, en général, la possibilité de toute autre mesure corrective. Il existe également un lien avec le domaine du recouvrement d'avoir, puisque l'article 53 mentionne expressément les actions civiles en remise de biens ou les actions en dommages-intérêts comme des moyens possibles de recouvrer des avoirs volés.<sup>1</sup>

Avec ces dispositions, la CNUCC va en partie au-delà des conventions antérieures sur la lutte contre la corruption. La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales contient, à l'article 3(4), la suggestion aux États parties «d'envisager l'imposition de sanctions civiles ou administratives supplémentaires à une personne faisant l'objet de sanctions pour la corruption d'un agent public étranger» ; cependant, il n'y a pas d'exigences obligatoires plus strictes.<sup>2</sup> Des règles spéciales sur la validité des contrats sont énoncées dans la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, en particulier dans son article 8.3 Cette Convention a été ratifiée jusqu'à présent par trente-cinq pays.

L'article 34 découle de la conviction des rédacteurs de la Convention que la lutte contre la corruption ne doit en aucun cas être laissée au seul droit pénal, mais qu'une stratégie efficace doit impliquer tous les domaines du droit.<sup>3</sup> Il s'agit de garantir que même si les sanctions pénales ne s'appliquent pas pour une raison quelconque, les auteurs ne seront pas autorisés à tirer profit de leurs actes.<sup>5</sup> Ainsi, le règlement s'appuie sur le principe fondamental selon lequel

---

<sup>1</sup> Voir généralement Jean-Pierre Brun et al. (eds), *Public Wrongs, Private Actions* (Banque mondiale 2015) ; Jean-Pierre Brun, Larissa Gray, Clive Scott, Kevin Stephenson, *Asset Recovery Handbook - A Guide for Practitioners* (Banque mondiale 2011) 159 ff.

<sup>2</sup> Christine Uriarte, «The OECD Anti-Bribery Convention : More than a Criminal Law Instrument' in Olaf Meyer (ed), *The Civil Law Consequences of Corruption* (Nomos 2009) 31 ff.

<sup>3</sup> UNODC, *Guide technique de la Convention des Nations unies contre la corruption* (UNODC 2009) 109. Ce guide énumère d'autres domaines juridiques importants : le droit privé, le droit fiscal, le droit de la concurrence, le droit administratif, le droit des contrats, le droit de la responsabilité civile et le droit de la résolution des litiges.

le crime ne doit pas payer. Il se peut, par exemple, que les allégations portées contre les parties concernées ne puissent être prouvées avec le haut degré de certitude requis pour les procédures pénales. Toutefois, une action civile fondée sur la violation sous-jacente de la relation contractuelle peut rester possible, car dans la plupart des juridictions, les exigences en matière de preuve dans la procédure civile sont plus souples et permettent, par exemple, une preuve *prima facie* ou même un renversement de la charge de la preuve. On peut également imaginer qu'une procédure pénale échoue en raison du manque de coopération d'un État étranger, mais qu'un jugement de droit civil puisse néanmoins être exécuté dans cet État ou dans un pays tiers.

La première phrase de l'article 34 est la seule à faire partie des dispositions obligatoires de la convention. Selon cette disposition, chaque État partie doit prendre des mesures pour faire face aux conséquences de la corruption. La deuxième phrase énumère ensuite des exemples de conséquences juridiques possibles. Cependant, elle ne contient aucune exigence obligatoire à cet égard, mais laisse les conséquences spécifiques en droit civil et administratif à la discrétion des États parties.

La première phrase de l'article 34 crée une obligation positive pour les États parties de prendre des mesures visant à remédier aux conséquences de la corruption. Comme cela a été souligné, le simple fait qu'il n'y ait rien dans le droit national qui empêche la corruption d'être un facteur pertinent dans les procédures judiciaires visant à annuler ou à résilier un contrat, à retirer une concession ou un autre instrument similaire, ou à prendre toute autre mesure corrective, ne peut pas être considéré comme suffisant.<sup>1</sup> Il n'est donc pas surprenant qu'un certain nombre de pays aient demandé de l'aide sous la forme de meilleures pratiques.<sup>7</sup> L'obligation d'introduire des mesures appropriées fait l'objet d'une double réserve. Tout d'abord, le devoir d'un État partie de légiférer ne l'oblige pas à ignorer les principes fondamentaux de son droit interne. D'autre part, tout État partie doit tenir dûment compte des droits des tiers acquis de bonne foi.

---

<sup>1</sup> ONUDC, État de la mise en conformité de la Convention des Nations Unies contre la corruption : Criminalization, Law Enforcement and International Cooperation (UNODC 2015) 138.

Cet article ouvre une nouvelle voie importante dans les conventions internationales de lutte contre la corruption. Il oblige les États à prendre des mesures pour remédier aux conséquences de la corruption, notamment par l'annulation ou la résiliation de contrats, le retrait de concessions ou d'autres instruments similaires susceptibles d'avoir été entachés par des pratiques de corruption. Elle est rédigée en termes impératifs, mais les États sont tenus de prendre dûment en considération les droits des tiers acquis de bonne foi - une qualification essentielle - et l'obligation est également soumise aux principes fondamentaux du droit interne de l'État. D'autre part, l'obligation n'est pas limitée par ses termes aux auteurs d'infractions, c'est-à-dire aux personnes reconnues coupables de violations des infractions prévues par la Convention. L'absence d'une telle limitation peut permettre à cet article d'être appliqué dans une plus grande variété de situations que ne le laisse supposer son inclusion dans le chapitre de la Convention consacré à l'incrimination. Les entreprises qui font des affaires à l'étranger ou dans leur pays par le biais de contrats, de concessions, de licences et de permis gouvernementaux doivent être conscientes que cette disposition peut entraîner une révocation des droits plus répandue que ce n'est le cas historiquement. Cet article n'aborde pas la question de l'exclusion ou de l'inéligibilité à un contrat de la personne reconnue coupable de corruption, mais se concentre plutôt sur les biens acquis grâce à ces pratiques. Toutefois, la Convention n'empêcherait pas les autorités nationales de procéder à des interdictions ou à des déclarations d'inéligibilité.<sup>1</sup> Il convient d'accorder une attention particulière à la manière dont cet article est mis en œuvre par les États parties.

□ **II. Article 55 de loi N.06-01**

Art. 55 de la LPLCC stipule que :

*« Tout contrat, transaction, licence, concession ou autorisation induit par la commission de l'une des infractions prévues par la présente loi peut être déclaré nul et de nul effet par la juridiction saisie sous réserve des droits des tiers de bonne foi. »*

L'Algérie a mis en place des mesures légales pour lutter contre la corruption et ses conséquences. L'article 55 de la LPLCC stipule que tout contrat, transaction, licence, concession ou autorisation obtenu par la commission d'une infraction prévue par la loi peut être

---

<sup>1</sup> Aux États-Unis, par exemple, la simple inculpation d'une entreprise pour corruption peut entraîner la suspension ou l'exclusion des marchés publics. 48 C.F.R. §§ 9.407-2(a)-(b)



déclaré nul et de nul effet par la juridiction saisie. En outre, le Décret Présidentiel 10-236 permet d'inscrire sur une liste noire les personnes et les entités interdites de soumissionner aux marchés publics.<sup>1</sup>

Les articles 96 et 97 du code civil algérien prévoient également la nullité des contrats en cas de corruption. L'article 55 de la loi anti-corruption n° 06-01 prévoit la résiliation d'un contrat et considère que toute concession, licence ou transaction peut être nulle et non avenue dans les cas où le contractant a été condamné pour des délits de corruption.

Des experts de l'UNODC ont constaté que l'Algérie était en conformité totale avec les dispositions de la CNUCC en matière de lutte contre la corruption. Les mesures envisagées sont de portée très large et conformes à la Convention. Elles sont complétées par des mesures supplémentaires contre les auteurs des faits de corruption.<sup>2</sup>

□ **C. Le tiers de bonne foi conformément à la CNUCC**

Les droits des tiers peuvent limiter les sanctions en cas de corruption, mais leur importance est souvent minime. Ceux qui contribuent sciemment à des contrats corrompus, en particulier les intermédiaires qui facilitent les pots-de-vin, n'ont pas droit à une protection. Si la corruption d'une transaction est établie, la loi peut interdire le paiement de commissions de

---

<sup>1</sup> Art. 61 du Décret présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics: Sans préjudice de poursuites pénales, quiconque s'adonne à des actes ou à des manœuvres tendant à promettre d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, soit pour lui-même ou pour une autre entité, une rémunération ou un avantage de quelque nature que ce soit, à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un marché, contrat ou avenant, constituerait un motif suffisant pour annuler le marché, le contrat ou l'avenant en cause. Il constituerait également un motif suffisant pour prendre toute autre mesure coercitive, pouvant aller jusqu'à l'inscription sur la liste des opérateurs économiques interdits de soumissionner aux marchés publics et la résiliation du marché. Le partenaire cocontractant est tenu de souscrire la déclaration de probité, dont le modèle est prévu à l'article 51 du présent décret. La liste d'interdiction précitée est tenue par les services du ministère des finances, chargés des marchés publics. Les modalités d'inscription et de retrait de la liste d'interdiction sont fixées par arrêté du ministre chargé des finances.

<sup>2</sup> Art. 9 du CP: Les peines complémentaires sont : 1 - l'interdiction légale, 2 - l'interdiction d'exercer les droits civiques, civils et de famille, 3 - l'assignation à résidence, 4 - l'interdiction de séjour, 5 - la confiscation partielle des biens, 6 - l'interdiction temporaire d'exercer une profession ou une activité, 7 - la fermeture d'un établissement, 8 - l'exclusion des marchés publics, 9 - l'interdiction d'émettre des chèques et/ou d'utiliser des cartes de paiement, 10 - le retrait, la suspension du permis de conduire ou l'annulation avec l'interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis, 11- le retrait du passeport, 12 - la diffusion ou l'affichage du jugement ou de la décision de condamnation. Art. 16 bis 2 du CP: La peine d'exclusion des marchés publics emporte l'interdiction de participer directement ou indirectement à tout marché public, soit à titre définitif, soit pour une durée maximale de dix (10) ans, en cas de condamnation pour crime et de cinq (5) ans, en cas de condamnation pour délit. L'exécution provisoire de cette mesure peut être ordonnée

facilitation. Les acheteurs d'entreprises précédemment impliquées dans des pratiques de corruption ne sont pas à l'abri de sanctions potentielles telles que l'exclusion de l'appel d'offres ou des pénalités contractuelles. Ce risque a entraîné un renforcement de la due diligence dans les fusions et acquisitions et l'inclusion de garanties contractuelles de conformité dans les contrats de vente d'entreprises. Les banques qui enfreignent les normes en participant à des transferts de pots-de-vin ne sont pas protégées en tant que tiers de bonne foi. Le risque substantiel de responsabilité associé aux transferts d'entreprises a conduit à un renforcement de la due diligence dans les fusions et acquisitions.<sup>1</sup>

En revanche, pour les tiers qui ne sont pas impliqués dans le comportement corrompu, le droit de l'État partie<sup>2</sup> peut prévoir certains mécanismes de protection en leur faveur sans violer l'obligation de mettre en œuvre la convention. Par exemple, de nombreux systèmes juridiques autorisent l'acquisition de bonne foi si l'acquéreur ne pouvait pas savoir que le cédant n'était pas le propriétaire légitime du droit de propriété transféré en raison d'un acte de corruption antérieur. De même, il peut être possible dans certains cas d'éviter de retirer une autorisation administrative accordée par corruption si des tiers non impliqués s'y sont fiés et que son retrait leur causerait un désavantage important.<sup>3</sup>

## □ Section 2 : Les conséquences de la corruption en droit administrative

Les conséquences de la corruption en droit administratif Dans cette section, nous allons examiner les conséquences de la corruption en droit administratif. Nous commencerons par étudier l'exclusion (1), avant de nous pencher sur le retrait de la concession (2).

### □ § 1. L'exclusion comme conséquence collatérale d'une condamnation à des faits de corruption

Nous allons examiner l'exclusion en droit administratif. Nous commencerons par étudier l'exclusion conformément à l'article 34 de la CNUCC (A), avant de nous pencher sur l'exclusion dans les marchés publics (B).

---

<sup>1</sup> C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption*, *op. cit.*, p. 351.

<sup>2</sup> L'Algérie a adopté cette approche en protégeant les tiers, voir l'article 55 de la loi 06-01

<sup>3</sup> *Ibid.*

□ **A. L'article 34 de la CNUCC**

L'article 34 de la CNUCC stipule :

*« Compte dûment tenu des droits des tiers acquis de bonne foi, chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la corruption. Dans cette perspective, les États Parties peuvent considérer la corruption comme un facteur pertinent dans une procédure judiciaire pour décider l'annulation ou la rescision d'un contrat, le retrait d'une concession ou de tout autre acte juridique analogue ou prendre toute autre mesure corrective. »<sup>1</sup>*

En plus des sanctions pénales, l'exclusion des sociétés corrompues des appels d'offres est devenue l'une des sanctions les plus importantes et les plus redoutées.<sup>2</sup> Bien qu'elle ne soit pas explicitement mentionnée dans l'article 34, l'exclusion fait partie des mesures censées constituer un système de réglementation anticorruption efficace. Plusieurs États parties ont donc été invités à mettre en œuvre cette mesure au cours de leur évaluation.

L'effet dissuasif d'une telle interdiction est dû au fait qu'elle n'est en aucun cas limitée à la procédure d'adjudication en question, mais qu'elle peut également être étendue à l'avenir pour une certaine période. L'entreprise concernée est donc menacée de graves pertes potentielles de bénéfices. C'est particulièrement vrai dans le cas d'une interdiction coordonnée de soumissionner, dans laquelle l'exclusion par une autorité exclut automatiquement l'entreprise des marchés de plusieurs autres autorités. Une interdiction de soumissionner peut-être prononcée à la suite d'une condamnation pénale, mais en principe, elle est également possible de manière indépendante.

Cependant, l'interdiction de soumissionner ne touche pas seulement les employés malhonnêtes impliqués dans la corruption, mais aussi les actionnaires et les autres employés de l'entreprise, qui ne sont pas nécessairement en faute. En raison de ces lourdes conséquences, l'exclusion doit, en principe, être proportionnelle à la gravité de la faute commise et, en règle générale, l'interdiction doit être limitée dans le temps. Il est également courant que les entreprises soient autorisées à soumettre des offres avant la fin de l'interdiction si elles peuvent

---

<sup>1</sup> La Convention des Nations Unie contre la corruption.

<sup>2</sup> Voir à ce sujet Sope Williams-Elegbe, *Fighting Corruption in Public Procurement - A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures* (Hart 2012). Pour l'UE, voir par exemple l'article 57 de la directive 2014/24/ UE du 26 février 2014 sur les marchés publics

démontrer qu'elles ont suivi un processus d'auto-assainissement et que, grâce à des mesures de restructuration, elles peuvent exclure la possibilité de répéter les infractions à l'avenir. L'une des mesures nécessaires consiste, entre autres, à séparer l'entreprise des employés coupables et à organiser des formations anti-corruption pour les employés restants.

Il convient également de préciser si, et de quelle manière, les informations relatives à une condamnation ou à une exclusion pour corruption doivent être communiquées à d'autres autorités. Une interdiction ne peut être effective que si les autorités ont connaissance de l'affaire de corruption. À cette fin, il existe parfois un registre public de la corruption, dans lequel les faits essentiels sont consignés et mis à la disposition des autorités.

□ **B. L'exclusion dans les marchés publics**

Les pays qui disposent de régimes de marchés publics plus ouverts, où les dérogations aux appels d'offres sont strictement définies dans le cadre réglementaire et correctement justifiées, notent une participation plus active des opérateurs économiques à la passation des marchés publics.

Les marchés publics jouent un rôle crucial dans la fourniture de biens, de services et d'infrastructures essentiels pour les citoyens. Ils permettent aux gouvernements d'acquérir des biens et des services nécessaires au bon fonctionnement du secteur public.

L'utilisation transparente et efficace des marchés publics est essentielle pour garantir l'efficacité des services publics, l'utilisation efficace des ressources publiques et la promotion de la concurrence. Lorsque les systèmes de marchés publics sont transparents, ouverts et concurrentiels, cela favorise la participation active des opérateurs économiques et encourage une saine concurrence.

La transparence dans les marchés publics est un moyen de lutter contre la corruption en réduisant les risques de favoritisme, de collusion et de détournement de fonds publics. En veillant à ce que les procédures d'appels d'offres soient ouvertes, compétitives et basées sur des critères objectifs, les gouvernements peuvent garantir une utilisation responsable des ressources publiques et une meilleure qualité des biens et services fournis.

Il est également important que les exceptions aux appels d'offres ouverts soient strictement délimitées et dûment justifiées dans le cadre réglementaire. Cela permet de prévenir les abus et de s'assurer que les exceptions sont utilisées de manière transparente et pour des raisons légitimes, telles que des situations d'urgence ou lorsque la concurrence n'est pas possible.

En favorisant la transparence, la concurrence et une passation de marchés publics équitable, les pays peuvent maximiser les gains d'efficacité, garantir une meilleure qualité des services et infrastructures publics, et renforcer la confiance des citoyens dans l'utilisation de leurs ressources publiques.

Toutefois, certaines circonstances peuvent justifier le recours à des procédures moins concurrentielles que l'appel d'offres ouvert. Ces circonstances doivent être prévues dans les cadres réglementaires. Par ailleurs, « au cas où des circonstances exceptionnelles justifieraient des limites à l'appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique, ces exceptions devraient être limitées, prédéfinies et dûment justifiées, et elles devraient faire l'objet d'une surveillance adaptée qui tiendrait compte du risque accru de corruption, y compris de la part de fournisseurs étrangers ». En plus des exceptions, la concurrence dans les marchés publics est également liée aux exclusions prévues dans le cadre réglementaire.

D'une manière générale, l'exclusion est une disqualification qui empêche un individu ou une personne morale d'exercer certaines activités. Appliquées au domaine des marchés publics, les exclusions peuvent être configurées comme des limitations du droit de participer librement aux procédures de marchés publics, de telle sorte qu'elles peuvent être définies comme des recours administratifs utilisés par les gouvernements pour disqualifier les contractants de l'obtention de marchés publics. L'exclusion des fournisseurs ayant des pratiques nuisant à l'intégrité du système montre une détermination forte et des objectifs concrets des gouvernements à lutter contre la corruption et préserver l'intégrité dans les marchés publics. Ce système fonctionne en tant que sanction envers les fournisseurs corrompus ou responsables d'actes d'atteinte à l'intégrité. C'est une pratique adoptée non seulement par les gouvernements, mais également par les banques et les institutions financières internationales.

L'accès aux marchés publics est un défi majeur en Algérie, où ils représentent plus de 20 % du produit intérieur brut (PIB). Les récentes modifications apportées au cadre réglementaire ont certes permis d'améliorer le niveau de concurrence et l'accès aux marchés publics, cependant, des efforts supplémentaires sont nécessaires pour que ce système soit conforme aux bonnes pratiques internationales. En Algérie, le cadre réglementaire repose principalement sur le décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 (DMP) ainsi que sur plusieurs arrêtés et décrets exécutifs. Le cadre institutionnel prévu dans le DMP consacre un rôle clé à l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP), bien qu'elle n'ait pas encore été mise en place. En attendant, c'est la Division des marchés publics du ministère des Finances qui assure le fonctionnement et la cohérence du système.

#### □ §2. Le retrait de la concession

Le retrait de la concession Dans cette sous-section, nous allons examiner le retrait de la concession en droit administratif. Nous commencerons par étudier la concession en tant que décision administrative (A), avant de nous pencher sur le retrait d'une concession à cause de la corruption (B).

#### □ A. La concession est une décision administrative

La concession est une décision administrative par laquelle une autorité publique confie à une personne privée ou publique la gestion d'un service public ou l'exploitation d'un bien appartenant à l'État. <sup>1</sup> Concession peut être accordée pour une durée déterminée et peut être soumise à des conditions spécifiques. <sup>2</sup>

Selon Auby et al. (2014), les concessions peuvent être classées en deux catégories : les concessions de service public et les concessions de travaux publics. Les concessions de service public concernent la gestion d'un service public, tandis que les concessions de travaux publics concernent la réalisation de travaux publics. <sup>3</sup>

La concession est un outil important pour les autorités publiques, car elle leur permet de confier la gestion d'un service public ou l'exploitation d'un bien à une personne privée ou

---

<sup>1</sup> A. COULIBALY, « SECTION II : Les contrats administratifs », s.d., p. 19.

<sup>2</sup> J.-C. RICCI, *Droit administratif général*, Paris, Hachette Supérieur, 2013, p. 65.

<sup>3</sup> Auby, J.-B., Bonnet, J., & Emmanuel, P. (2014). *Droit des contrats administratifs*. LGDJ, p 17

publique, tout en conservant un contrôle sur l'exécution du contrat. <sup>1</sup> Cependant, la concession doit être accordée dans le respect des règles de transparence et de concurrence. <sup>2</sup>

□ **B. Le retrait d'une concession à cause de la corruption**

Non seulement les contrats privés ou gouvernementaux peuvent être annulés pour cause de corruption, mais la décision d'une autorité administrative (« concession » n'est qu'un exemple) devrait également être invalidée si elle a été acquise par des moyens corrompus. Le droit national peut expressément identifier la corruption comme motif de retrait d'une décision administrative. <sup>3</sup> Toutefois, il suffit déjà que les règles générales régissant les actes administratifs défectueux soient telles que le retrait d'une concession, d'une licence, d'un permis ou d'une décision similaire soit généralement possible sans obstacles majeurs. Dans certains pays, les associations dont l'objectif est de lutter contre la corruption ont la possibilité d'intenter une action en justice dans l'intérêt public afin de déterminer la validité d'une décision. <sup>4</sup>

Retirer une concession signifie se rétracter d'une déclaration ou d'un accord qui a été fait précédemment. Le processus de retrait d'une concession peut varier en fonction du contexte dans lequel elle a été faite. Par exemple, en politique, une concession est l'acte d'un candidat perdant qui cède publiquement sa place à un candidat gagnant après une élection, une fois que le résultat global du vote est devenu clair. Un discours de concession est généralement prononcé après une élection. <sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Le rapport de synthèse pour le Burkina Faso mentionne l'article 87 de la loi locale sur la lutte contre la corruption. Le rapport national du Liechtenstein fait référence à l'article 106 de la loi sur l'administration nationale, qui ne cite pas spécifiquement la corruption comme motif d'annulation, mais parle plus généralement de cas dans lesquels le pouvoir discrétionnaire a été manifestement outrepassé ou a fait l'objet d'un abus.

<sup>4</sup> Voir, à titre d'exemple, le rapport de synthèse pour le Ghana, 6

<sup>5</sup> Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse du crime de corruption d'agents publics étrangers. Éditions de l'OCDE.

## ❑ CHAPITRE 2 : LES DROITS DE LA VICTIME DES ACTES DE CORRUPTION

La question des droits des victimes de la corruption a attiré l'attention en raison des dispositions de l'article 35 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC). Cet article exige des États qu'ils fournissent aux personnes ayant subi un préjudice du fait d'actes de corruption les moyens de demander réparation dans le cadre d'une procédure judiciaire. Les procédures judiciaires sont définies comme la séquence ordonnée d'événements qui constituent un procès ou une procédure judiciaire, depuis son commencement jusqu'à l'exécution du jugement final. Ces procédures font partie d'un système de justice publique dans lequel l'État intervient pour résoudre les litiges dans le meilleur intérêt des parties concernées et de la société dans son ensemble. Bien que l'article 35 de la Convention des Nations unies contre la corruption mentionne spécifiquement les procédures judiciaires et non l'arbitrage international, il invite les États à garantir une réparation à toutes les victimes. Il est donc important d'évaluer le rôle que joue l'arbitrage international dans les litiges impliquant des contrats entachés de corruption, car il peut avoir une incidence sur le droit privé des victimes de la corruption.

Dans ce chapitre, nous allons examiner les droits de la victime des actes de corruption. Nous commencerons par étudier les droits de la victime en droit international (section 1), avant de nous pencher sur les droits de la victime en droit national (section 2).

### ❑ Section 1 : En droit international

Nous allons examiner les droits de la victime des actes de corruption en droit international. Nous commencerons par étudier les instruments internationaux (§1), avant de nous pencher sur les lois anti-corruption transnationales (§2).

#### ❑ § 1. Les instruments internationaux

Dans cette sous-section, nous allons examiner les instruments internationaux relatifs aux droits de la victime des actes de corruption. Nous commencerons par étudier les dispositions de la CNUCC (A), avant de nous pencher sur l'article 35 de la CNUCC et ses conséquences aux États-Unis, en Angleterre et aux Pays-Bas (B).



□ **A. Les disposition de la CNUCC**

L'article 35 de la CNUCC invite les États parties à accorder aux entités ou aux personnes<sup>1</sup> qui ont subi un préjudice du fait d'un « acte de corruption »<sup>2</sup> le droit légal d'engager une action en justice pour obtenir réparation de la part de la personne ou des personnes responsables. En première lecture, l'utilisation de l'expression obligatoire « prévoit » peut suggérer que l'article 35 impose une nouvelle obligation obligatoire aux États parties de fournir un droit d'action privé aux victimes pour demander réparation des dommages subis du fait d'actes criminels de corruption. Cependant, l'article 35 va-t-il réellement dans ce sens et améliore-t-il la situation juridique des victimes cherchant à obtenir une indemnisation pour des actes de corruption ? Il est nécessaire de déterminer la portée réelle de l'article 35 pour évaluer la mise en conformité de l'article par les États parties.

Pour plusieurs raisons, on peut se demander si l'article 35 modifie la situation juridique des victimes de la corruption.<sup>3</sup> Tout d'abord, l'intention du législateur consignée dans les travaux préparatoires suggère que l'article 35 n'introduit pas un statut spécial, ou un droit d'action spécial, pour les plaideurs privés. Au contraire, l'article 35 ne prévoit un droit d'action privé que dans la mesure où ce droit est autorisé par le système juridique de l'État partie. Dans les travaux préparatoires, il est noté que l'article 35 ne limite pas le droit des États parties de déterminer les circonstances dans lesquelles leurs tribunaux pourront être saisis de demandes d'indemnisation par des victimes d'actes de corruption.<sup>4</sup> Il est également noté que l'article 35 n'exige ni n'approuve le choix particulier fait par un État partie à cet égard.<sup>5</sup> Cela suggère que les droits d'action privée existent à la discrétion des États parties et sous la forme choisie par l'État partie dans le cadre de son système juridique.

---

<sup>1</sup> L'expression « entités ou personnes » est réputée inclure les États, ainsi que les personnes morales et physiques : UNODC, Travaux préparatoires sur les négociations pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption (UNODC 2010) 299 (ci-après UNODC, Travaux préparatoires).

<sup>2</sup> Les « actes de corruption » tels que définis par la CNUCC comprennent la corruption nationale et étrangère, le détournement de fonds, le trafic d'influence, l'abus de fonctions, l'enrichissement illicite, la corruption dans le secteur privé, le blanchiment du produit du crime, ainsi que la dissimulation de tout bien résultant de l'un des actes susmentionnés : CNUCC, articles 15-24.

<sup>3</sup> A. MAKINWA, *Private remedies for corruption*, *op. cit.*, pp. 369-377.

<sup>4</sup> UNODC, Travaux Préparatoires (No. 1) (French only) p. 299.

Deuxièmement, le libellé de l'article 35 exige que les mesures prises par un État partie au titre de l'article 35 soient «conformes aux principes de son droit interne». La plupart des systèmes juridiques prévoient généralement un droit à réparation pour les personnes qui ont subi un préjudice à la suite d'un acte délictueux (ce qui, par déduction, inclut également les demandes de dommages résultant d'un acte de corruption). Toutefois, si le droit national ne prévoit pas de droit d'action privé pour de tels dommages, il n'est pas certain que l'article 35 l'emporte sur les principes existants du droit national. De ce point de vue, l'article 35 est soumis à l'application du droit national et n'impose pas, sans plus, de droits d'action pour les victimes d'actes de corruption, au-delà de ce qui est autorisé par le droit national.

Troisièmement, l'article 35 limite le droit de demander réparation aux seules personnes qui peuvent démontrer que le dommage qu'elles ont subi est «le résultat» d'un acte de corruption. L'article 35 ne s'applique que lorsqu'il existe un lien de causalité entre le dommage subi par le demandeur et l'acte de corruption de l'auteur du délit. Dans la plupart des systèmes juridiques, ces personnes ayant un lien de causalité auraient droit à une réparation de la part de l'auteur de l'acte de corruption en vertu du droit national. En limitant son application à cette catégorie de personnes, l'article 35 n'élargit pas le cercle des personnes qui peuvent demander réparation pour les dommages subis du fait d'un acte de corruption au-delà de ce qui existe déjà dans les législations nationales.

De ce point de vue, l'article 35 n'améliore ni n'étend la position des victimes de la corruption par rapport à celle qu'elles occupent en vertu du droit national. Que fait-il alors ? L'article 35 vise à établir le principe selon lequel les États parties doivent mettre en place des mécanismes permettant aux victimes de la corruption de demander réparation à la personne ou aux personnes responsables devant un tribunal.<sup>1</sup> Nonobstant cette limitation de la portée et de l'effet de l'article 35 à un principe selon lequel les États doivent être en mesure de démontrer l'existence de voies de recours pour les victimes, l'article revêt une importance singulière en raison de l'attention qu'il porte à la victime de la corruption. L'article 35 confère à la victime de la corruption une position distincte dans le cadre de la lutte contre la corruption en soulignant

---

<sup>1</sup> *Ibid*

le rôle du plaideur privé dans le dialogue international sur l'application de la lutte contre la corruption.

Deux arguments importants en faveur des actions privées des victimes de la corruption sont notés par le Conseil de l'Europe dans le rapport explicatif de la Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption de 1999 (Convention civile du Conseil de l'Europe).<sup>1</sup> Premièrement, les victimes peuvent trouver plus facile de sauvegarder leurs intérêts dans le cadre du droit civil que de recourir au droit pénal.<sup>8</sup> Ces arguments s'appliquent avec la même force pour justifier l'article 35, qui reflète étroitement l'article 1 de la Convention civile du Conseil de l'Europe, qui exige des États membres qu'ils prévoient dans leur droit interne des voies de recours efficaces pour les personnes ayant subi un préjudice du fait d'actes de corruption, afin de leur permettre de défendre leurs droits et leurs intérêts, y compris la possibilité d'obtenir réparation pour le préjudice subi.

Comme indiqué précédemment, les seules «victimes» de la corruption couvertes par l'article 35 sont celles pour lesquelles un lien de causalité avec l'auteur présumé d'un acte de corruption peut être établi. L'article 4 de la convention civile du Conseil de l'Europe, dans un esprit similaire et de manière plus détaillée, définit les conditions préalables à une action civile en réparation des dommages subis du fait d'un acte de corruption. Elle prévoit que pour qu'un dommage soit indemnisé, il doit être établi

(1) que le défendeur a commis ou autorisé l'acte de corruption, ou qu'il n'a pas pris les mesures raisonnables pour empêcher l'acte de corruption ;

(2) que le demandeur a subi un dommage ;

Et (3) qu'il existe un lien de causalité entre l'acte de corruption et le dommage.<sup>2</sup> Ce n'est que lorsque l'auteur présumé de l'infraction est manifestement responsable du dommage spécifique subi par une victime particulière que l'obligation d'indemniser naît. De même, le droit de demander réparation n'existe que lorsqu'une personne a manifestement subi un

---

<sup>1</sup> Convention civile sur la corruption (adoptée le 4 novembre 1999, entrée en vigueur le 1er novembre 2003, CTE n° 174. Voir le rapport explicatif de la Convention civile sur la corruption, CTE n° 174, paragraphe 25.

<sup>2</sup> Convention civile sur la corruption (adoptée le 4 novembre 1999, entrée en vigueur le 1er novembre 2003, Article 4.

préjudice du fait d'un acte de corruption. Ce fondement de la responsabilité énoncé à l'article 4 de la convention civile du Conseil de l'Europe reflète étroitement les exigences de causalité prévues à l'article 35.

Contrairement au régime introduit par l'article 35, les dispositions de la Convention civile du Conseil de l'Europe sont obligatoires et exigent un niveau minimum de conformité. L'article 3 de la Convention civile du Conseil de l'Europe stipule que les États membres accordent aux victimes d'actes de corruption le droit d'intenter une action en vue d'obtenir une indemnisation complète. Il n'y a pas de formulation qualificative permettant une mise en œuvre «conformément à la législation nationale». Ce n'est que lorsque les États membres sont déjà en conformité avec les dispositions de la Convention civile du Conseil de l'Europe, ou disposent de dispositions plus favorables, que leurs obligations au titre de la Convention sont remplies.<sup>1</sup> La nature obligatoire de la Convention civile du Conseil de l'Europe signifie que pour les 35 pays qui ont ratifié la Convention, le régime permissif de l'article 35 est, à toutes fins utiles, annulé.<sup>2</sup>

Étant donné que l'objectif de l'article 35 est simplement d'établir le principe selon lequel les États parties doivent mettre en place des mécanismes permettant aux victimes de la corruption de demander réparation à la personne ou aux personnes responsables devant un tribunal, le seul indicateur de la mise en œuvre de l'article 35 est la mesure dans laquelle les États parties ont mis en place de tels mécanismes. Il n'est pas surprenant, étant donné que le droit d'intenter une action en réparation du préjudice subi pour un acte illicite est inscrit dans le droit interne général de la plupart des États parties, qu'un examen des résumés exécutifs et des rapports complets publiés du premier cycle du Mécanisme d'examen de la CNUCC (2010-2015) appuie la conclusion du Groupe d'examen selon laquelle, en ce qui concerne la mise en œuvre, l'article 35 « semble être l'une des dispositions les moins problématiques de l'ensemble de la Convention » et que « tous les États parties examinés, sauf sept, ont adopté des mesures pour

---

<sup>1</sup> Voir le rapport explicatif de la Convention civile sur la corruption, CTE n° 174, paragraphe 24.

<sup>2</sup> Voir le tableau des signatures et ratifications du traité 174, état au 9 mars 2017, [http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174/signatures?p\\_auth=yyNfsbqQ](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174/signatures?p_auth=yyNfsbqQ).

mettre en œuvre totalement ou partiellement l'article 35 «.<sup>1</sup> Aux fins du présent commentaire, l'article 35 est considéré comme l'une des dispositions les plus importantes de la CNUCC. Aux fins du présent commentaire, nous examinerons les trois principales catégories de mesures signalées par les États parties en application de l'article 35.

Premièrement, plusieurs États parties ont fait état de la mise en œuvre de l'article 35 en se référant au droit général à la réparation des actes illicites en vertu des dispositions du droit commun. Deuxièmement, les États parties ont fait état de mécanismes permettant à une victime d'intenter une action civile en réparation en tant que partie privée à une procédure pénale relative au même acte illicite. Une troisième catégorie de rapports décrit les mesures qui permettent l'indemnisation judiciaire des dommages résultant d'un acte illicite, soit à la demande de la victime, soit *suo moto*. Les paragraphes suivants donnent un aperçu des mesures signalées par les États parties dans le cadre du mécanisme d'examen de la CNUCC.<sup>2</sup>

#### □ B. L'article 35 de la CNUCC

Aucune des trois juridictions n'a interprété l'Article. 35 comme créant un droit d'action privé ou comme exigeant une modification de leur droit privé national concernant un droit d'action privé pour des actes de corruption. En effet, la réponse a été que les lois nationales prévoient déjà des dispositions adéquates pour le citoyen qui cherche à obtenir réparation pour les dommages subis du fait de la corruption. L'aperçu des règles régissant la corruption dans ces pays montre que, bien qu'ils aient criminalisé la corruption commerciale et internationale, il n'existe pas de nouveau droit d'action privé exprès accordé au citoyen privé pour faire appliquer les lois anti-corruption. Les droits d'action privés n'existent que dans la mesure où ils sont prévus par les lois et procédures nationales.

---

<sup>1</sup> ONUDC, État de la mise en œuvre de la Convention des Nations unies contre la corruption (ONUDC 2017) 140. Le Ghana, le Nigéria, la Tanzanie et la Zambie sont notés comme faisant partie des pays qui doivent encore mettre pleinement en œuvre l'article 35. Résumé exécutif du Ghana, 6 ; Rapport d'examen du Nigéria, 128 ; Rapport d'examen de la Tanzanie, 68 ; et Résumé exécutif de la Zambie, 6. Toutefois, étant donné que presque tous les systèmes juridiques prévoient une réparation civile pour les actes illicites, cette conclusion du groupe d'examen semble dans une certaine mesure discutable.

<sup>2</sup> Cette classification des États parties se réfère principalement aux informations disponibles dans les rapports d'examen. Ces catégories sont relativement fluctuantes, les États parties pouvant entrer dans plus d'une catégorie.

Les États-Unis ont adopté la position la plus formelle en ce qui concerne l'Article 35. Le Congrès américain, par exemple, a affirmé que le droit américain répondait suffisamment aux objectifs de l'Article 35 et qu'il n'est pas nécessaire d'élargir ou de renforcer le droit américain actuel «de quelque manière que ce soit» parce qu'en vertu du droit américain, les parties qui ont souffert d'actes criminels ont droit à des réparations en vertu de divers principes juridiques.<sup>1</sup> En vertu du droit américain de la responsabilité civile, par exemple, lorsqu'il n'y a pas de disposition expresse pour une réparation dans une disposition législative qui protège une certaine catégorie de personnes ou qui exige un certain comportement, le tribunal peut imposer une réparation.<sup>2</sup> Les États-Unis étaient préoccupés par le fait que l'Article 35 imposerait l'obligation aux tribunaux d'ouvrir la porte à « n'importe quel acte criminel ». L'Article 35 imposerait une obligation aux tribunaux d'ouvrir la porte à «toute» personne ayant subi un préjudice du fait de la corruption, au-delà des parties directement impliquées dans les actes de corruption.<sup>3</sup> En conséquence, les États-Unis ont eu recours à un rejet complet de l'Article.<sup>4</sup> Le Sénat américain s'est opposé à l'idée qu'une victime de corruption puisse, par le biais de l'application de l'Art. 35, bénéficier d'un droit de recours privé. Le Sénat américain s'est opposé à l'idée qu'une victime de corruption puisse, par l'application de l'Article. 35, bénéficier d'un droit privé de réparation qui ne soit pas déjà prévu par le droit national. Le Sénat a estimé qu'une réserve était importante pour éviter toute possibilité que l'Article. 35 puisse être interprété comme accordant une quelconque obligation «d'élargir ou d'améliorer la législation ou la

---

<sup>1</sup> Senate Treaty Documents Nos. 1-8, 109th Congress-1st Session 4 January-22 December 2005, US Congressional Serial Set Serial Number 14941, US Government Printing Office Washington, 2006, p. 10.

<sup>2</sup> La section 874(A) du Restatement (2nd) Torts prévoit que «lorsqu'une disposition législative protège une catégorie de personnes ou exige un certain comportement mais ne prévoit pas de recours civil pour la violation, le tribunal peut, s'il détermine que le recours est approprié pour poursuivre l'objectif de la législation et la nécessité d'assurer l'efficacité de la disposition, accorder à un membre lésé de la catégorie un droit d'action, en utilisant une action délictuelle existante appropriée ou une nouvelle cause d'action analogue à une action délictuelle existante».

<sup>3</sup> Senate Treaty Documents Nos. 1-8, 109th Congress-1st Session 4 janvier-22 décembre 2005, idem, Note 40 ci-dessus.

<sup>4</sup> Déclaration et réserves de la Convention des Nations Unies contre la corruption, disponible à l'adresse <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories-declarations-reservations.html>.

pratique américaine actuelle «.<sup>1</sup> Le Sénat a également rejeté la possibilité que l'Article. 35 puisse servir de base à une plainte privée en vertu de l'Alien Tort Statute.<sup>2</sup>

En émettant cette réserve à l'Article 35, les États-Unis ne sont pas soumis à l'obligation imposée par l'UNCC de prendre les « mesures nécessaires » pour fournir un droit d'action aux entités ou aux personnes qui ont subi des dommages du fait de la corruption. Cela pourrait mettre les États-Unis en porte-à-faux avec l'esprit de la Convention, qui cherche sans doute à élargir le champ des mesures disponibles pour les victimes d'actes de corruption en tant que catégorie de plaignants.<sup>3</sup> Toutefois, l'analyse suggère que même en l'absence d'une réserve expresse de la part des États-Unis, la formulation de l'Article 35 ne crée en aucun cas un droit d'action exprès au-delà de ce qui est disponible ou adopté en vertu du droit interne.

La réserve formulée par les États-Unis, qui craignent que l'article 35 puisse étendre un droit d'action privée au-delà des parties directes à l'échange corrompu contribue à mettre en lumière le schisme entre les victimes directes et indirectes de la corruption. Dans la plupart des cas, l'UNCC et les règles nationales ne reconnaissent pas les droits de toutes les victimes de la corruption, mais seulement les droits qui reviennent à une catégorie particulière de victimes.

Ni le Royaume-Uni ni les Pays-Bas n'ont émis de réserves concernant l'article 35. Cela signifie que dans ces deux pays, certaines «mesures» doivent répondre aux exigences de l'Article. 35 et qui donnent à la victime de la corruption le «droit d'engager une procédure judiciaire». L'Article 35 offre aux victimes de la corruption au Royaume-Uni et aux Pays-Bas une plate-forme sur laquelle elles peuvent demander une réparation privée auprès des tribunaux. Toutefois, comme le montre l'analyse ci-dessus, ce droit est limité à ce qui est autorisé par le

---

<sup>1</sup> Senate Treaty Documents Nos. 1-8, 109th Congress-1er Session 4 janvier-22 décembre 2005, idem, note 40 ci-dessus.

<sup>2</sup> Le Sénat américain a également fait référence à l'arrêt *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655 (1992). En outre, en ce qui concerne un droit d'action privé découlant des lois nationales relatives à la corruption étrangère, comme la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (*Foreign Corrupt Practices Act*), les tribunaux américains ont également déclaré qu'il n'y avait pas de droit d'action privé créé par la FCPA. Voir *Lamb v. Philip Morris, Inc.* 718 N.Y.S. 2d.

<sup>3</sup> Si la responsabilité civile telle qu'elle est formulée dans l'article 35 atteint effectivement cet objectif, il est possible d'y parvenir. Art. 35 permet d'atteindre cet objectif.

droit national. L'art. 35 n'ajoute rien de nouveau aux dispositions nationales concernant les recours privés en cas de corruption.

□ **§ 2. Les lois anti-corruption transnational**

Dans cette sous-section, nous allons examiner les lois anti-corruption transnationales. Nous commencerons par étudier les sanctions civiles pour les réglementations anti-corruption (A), avant de nous pencher sur les sanctions civiles pour les règlements relatifs à la comptabilité et aux registres (B).

□ **A. Les sanctions civiles relative à la réglementation Anti-corruption**

Les entreprises nationales qui ne sont pas des personnes physiques et les entités étrangères soumises à la FCPA sont également passibles d'une amende civile de 10 000 dollars dans le cadre d'une action intentée par le procureur général dans le cas des entreprises non émettrices et par la SEC dans le cas des entreprises émettrices.<sup>1</sup> Toutefois, d'autres sanctions civiles sont applicables aux personnes qui enfreignent les dispositions de la FCPA. Elles comprennent l'interdiction de travailler, de siéger au conseil d'administration ou en tant que consultant, ou d'être impliqué de quelque manière que ce soit dans un contrat de défense<sup>2</sup>; l'exclusion des contrats gouvernementaux<sup>3</sup>; l'inéligibilité aux programmes gouvernementaux tels que le Commodity Credit Corporation Facility Guarantee Program<sup>4</sup> et l'assistance fournie dans le cadre de l'Overseas Private Investment Corporation.<sup>5</sup> Tout dirigeant, administrateur,

---

<sup>1</sup> 15 USC Sections 78u(c); 78dd-2(g); 78dd-3(e); 78ff(c).

<sup>2</sup> 10 USC Sec. 2408 regarding defense procurement contracts.

<sup>3</sup> La section 9.4 du 48 CFR traite de l'exclusion, de la suspension et de l'inéligibilité des contractants en ce qui concerne les contrats gouvernementaux. La règle 9.405 stipule que : « *Les contractants radiés, suspendus ou proposés à la radiation ne peuvent recevoir de contrats, et les agences ne peuvent solliciter d'offres auprès de ces contractants, leur attribuer des contrats ou consentir à des contrats de sous-traitance avec eux, à moins que le chef de l'agence ne détermine qu'il existe une raison impérieuse de le faire ... Les contractants radiés, suspendus ou proposés à la radiation ne peuvent pas non plus traiter avec le gouvernement en tant qu'agents ou représentants d'autres contractants* ».

<sup>4</sup> La section 7 CFR Subpart C, le Commodity Credit Corporation Facility Guarantee Program, fournit des garanties gouvernementales pour des opportunités ou des projets qui améliorent la manutention, la commercialisation, la transformation, le stockage ou la distribution de produits agricoles importés. La section 1493.270 relative aux certifications stipule que pour être éligible, il doit être démontré que « ... [I]l n'y a pas eu et il n'y a pas d'arrangements pour des paiements en violation du Foreign Corrupt Practices Act de 1977, tel qu'amendé, ou d'autres lois américaines... »

<sup>5</sup> La section 237(l) du Foreign Assistance Act de 1961, General Provisions Relating to Insurance Guaranty, and Financing Program (loi sur l'aide à l'étranger de 1961, dispositions générales relatives à la garantie d'assurance et au programme de financement) stipule que : Aucun paiement ne peut être effectué au titre d'une assurance ou



employé ou agent d'une entreprise nationale, ou actionnaire agissant au nom d'entités soumises aux dispositions du FCPA, qui commet une violation du FCPA peut se voir infliger une amende et, en outre, une sanction civile d'un montant maximal de 10 000 dollars dans le cadre d'une action intentée par le procureur général dans le cas d'entreprises non émettrices et par la SEC dans le cas d'entreprises émettrices. Lorsqu'une amende est imposée à un dirigeant, administrateur, employé, agent ou actionnaire d'une entreprise nationale, cette amende ne peut être payée, directement ou indirectement, par cette entreprise nationale.<sup>1</sup>

□ **B. Les sanctions civiles relatifs à la comptabilité et aux registres**

La SEC peut également demander des sanctions pécuniaires en cas de violation des dispositions relatives aux livres et registres. La Commission peut intenter une action devant un tribunal de district des États-Unis afin d'obtenir une sanction civile, que le tribunal aura compétence pour imposer, et qui devra être payée par la personne qui a commis la violation. Pour chaque violation, le montant de la pénalité ne doit pas dépasser le plus élevé des deux montants suivants : (I) 5 000 dollars pour une personne physique ou 50 000 dollars pour toute autre personne, ou (II) le montant brut du gain pécuniaire réalisé par le défendeur à la suite de la violation.<sup>2</sup> Si la violation implique une fraude, une tromperie, une manipulation ou un mépris délibéré ou inconscient d'une exigence réglementaire, le montant de la pénalité pour chacune de ces violations ne doit pas dépasser le plus élevé des montants suivants : (I) 50 000 dollars pour une personne physique ou 250 000 dollars pour toute autre personne, ou (II) le montant brut du gain pécuniaire réalisé par le défendeur du fait de la violation.<sup>3</sup> Si la violation décrite implique une fraude, une tromperie, une manipulation ou un mépris délibéré ou inconsidéré d'une exigence réglementaire, et qu'elle a directement ou indirectement entraîné des pertes substantielles ou créé un risque significatif de pertes substantielles pour d'autres personnes, la

---

d'une garantie émise en vertu du présent titre à compter de la date de promulgation de la présente sous-section pour toute perte survenue dans le cadre d'un projet, si la cause prépondérante de cette perte est un acte commis par l'investisseur demandant un paiement en vertu du présent titre, par une personne détenant la majorité des parts et le contrôle de l'investisseur au moment de l'acte, ou par tout agent de cet investisseur ou de cette personne détenant le contrôle, et si un tribunal des États-Unis a rendu un jugement définitif selon lequel cet acte constituait une violation en vertu du Foreign Corrupt Practices Act (loi sur les pratiques de corruption à l'étranger) de 1977.

<sup>1</sup> 15 USC Sections 78dd-2(g)(3); Sec. 78dd-3(e)(3)

<sup>2</sup> 15 USC Sec. 78u(d)(3)(B)(i).

<sup>3</sup> 15 USC Sec. 78u(d)(3)(B)(ii).

pénalité pour chacune de ces violations ne doit pas dépasser le plus élevé des montants suivants : (I) 100 000 \$ pour une personne physique ou 500 000 \$ pour toute autre personne, ou (II) le montant brut du gain pécuniaire réalisé par le défendeur du fait de la violation.<sup>1</sup>

La SEC dispose d'un pouvoir d'assignation civile en ce qui concerne les enquêtes sur les livres et les registres. La Commission ou tout fonctionnaire désigné par elle est habilité à faire prêter serment et à recevoir des affirmations, à assigner des témoins, à les contraindre à comparaître, à recueillir des preuves et à exiger la production de tout livre, document, correspondance, mémorandum ou autre dossier que la Commission juge pertinent ou important pour l'enquête. La comparution des témoins et la production de ces documents peuvent être exigées de n'importe quel endroit des États-Unis ou de n'importe quel État, dans n'importe quel lieu d'audition désigné.<sup>2</sup>

La SEC dispose également de pouvoirs d'injonction civile. Lorsqu'il apparaît à la Commission qu'une personne s'est engagée ou est sur le point de s'engager dans des actes ou des pratiques constituant une violation des dispositions relatives aux livres et registres, elle peut, à sa discrétion, intenter une action auprès d'un tribunal de district américain en vue d'obtenir une injonction permanente ou temporaire ou une ordonnance restrictive.<sup>3</sup>

## □ **Section 2 : Les droits des victimes de la corruption en droit national**

Nous allons examiner les droits de la victime des actes de corruption en droit national. Nous commencerons par étudier le droit comparé (§1), avant de nous pencher sur les échos de silence du droit algérien sur les droits des victimes de la corruption (§2).

### □ **§ 1. Les droits des victimes de la corruption en droit comparé**

#### □ **A. L'action civiles en matière de corruption et pratique comparé**

Les actions civiles privées étaient autrefois la méthode la plus couramment utilisée pour lutter contre la corruption aux États-Unis. Toutefois, le tollé suscité par la pratique omniprésente de la corruption et les limites perçues des actions civiles ont conduit de nombreux États à promulguer des lois interdisant la corruption, faisant ainsi passer les recours contre la corruption

---

<sup>1</sup> 15 USC Sec. 78u(d)(3)(B)(iii)

<sup>2</sup> 15 USC Sec. 78u(b).

<sup>3</sup> 15 USC Sec. 78u(d).

de la sphère privée à la sphère publique. Le fait que la corruption soit criminalisée n'exclut pas la possibilité d'une action civile fondée sur les principes de la common law.<sup>1</sup>

Dans l'affaire *Continental*, le juge Davis a fait remarquer que le recours statuaire en vertu du droit pénal « n'est pas exclusif et que les droits et recours de la common law survivent, à moins que le Congrès n'ait voulu que la disposition législative soit exclusive ». <sup>2</sup> Il a noté que l'existence de lois établissant des sanctions pour corruption ne diminuait en rien le droit à un recours civil, mais que la criminalisation de la corruption renforçait plutôt l'argument en faveur du recours civil car « elle établit une norme de conduite statuaire et témoigne d'une politique ferme contre [la corruption] ». <sup>3</sup>

En outre, bien que les tribunaux américains aient estimé que l'UNCC, la FCPA et les lois nationales sur la corruption commerciale ne créaient pas de droit d'action privé exprès, la créativité du plaignant motivé a créé un scénario quelque peu différent. <sup>4</sup> Les plaignants cherchent à obtenir réparation en invoquant une violation de la FCPA. <sup>5</sup> Des actions privées sont intentées par des plaignants qui utilisent les violations des dispositions de la FCPA comme déclencheur d'actions civiles. Il s'agit notamment d'actions intentées par des actionnaires en vertu de la législation sur les valeurs mobilières ou pour violation des obligations fiduciaires

---

<sup>1</sup> Voir *Continental Management, Inc. v. United States*, 527 F.2d 613 à 617 (1975), p. 620. Voir également *United States v. Acme Process Equip. Co.*, 385 U.S. 138 (1966). La Cour a estimé que si le Congrès avait voulu « prévoir le recours supplémentaire que constitue l'annulation d'un contrat, il aurait pu le faire » par une formulation expresse, et bien sûr il aurait pu le faire. Mais le fait qu'il n'ait pas jugé bon de prévoir un tel recours par une formulation expresse ne met pas fin à l'affaire. L'Anti-Kickback Act n'a pas seulement « interdit » ces paiements, mais a clairement exprimé une politique résolument hostile à leur égard. Ils ont été reconnus comme des dispositifs nuisant aux pratiques de passation de marchés du gouvernement .... Rien n'indique dans le contexte législatif de l'Anti-Kickback Act que le Congrès, en prévoyant un recours civil pour un mal plus tangible, avait l'intention d'exclure d'autres sanctions civiles nécessaires pour atteindre l'objectif de l'Act .... Cette politique publique exige que les États-Unis soient en mesure de se débarrasser d'un contrat principal entaché de commissions occultes ». p. 142-146 ; voir également *United States v. Mississippi Valley Generating Co.* id. note 188 ci-dessus, p. 563.

<sup>2</sup> Selon le juge Davis dans l'affaire *Continental Management, Inc. v. United States Continental*, 527 F.2d 613 (1975), p. 620.

<sup>3</sup> *Ibid*

<sup>4</sup> M. Vega souligne que la majorité des décisions de justice concernant la FCPA ont été prises par des plaignants privés. M. Vega, « The Sarbanes-Oxley Act and the culture of bribery : expanding the scope of private whistleblower suits to overseas employees », *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 46, 2009, p. 425.

<sup>5</sup> A. Portnoy, J. Murino, « Private Actions under the US Foreign Corrupt Practices Act : An Imminent Front ? », idem, note 89 ci-dessus, p. 31.

par des dirigeants d'entreprise, d'actions privées intentées par des gouvernements étrangers, des concurrents en perte de vitesse, d'anciens employés ou des consommateurs.

La relation mandant-mandataire est la principale relation qui fait l'objet de plaintes privées pour corruption. Il est généralement admis que la corruption d'un agent peut constituer la base d'une action civile. L'une des motivations fondamentales des tribunaux dans les affaires de corruption d'un agent est que de telles actions en violation de l'obligation fiduciaire sont contraires à l'intérêt public général. Dans l'affaire *June Fabrics v. Teri Sue Fashions*, la Cour a estimé que les actes d'un tiers censé corrompre un employé ou un agent d'une autre personne constituait un délit intentionnel. Le tribunal a estimé que dans de telles circonstances, la partie lésée a le droit d'obtenir réparation et «a la possibilité de demander des comptes à un ou plusieurs ou à tous les auteurs de ces méfaits».<sup>1</sup> Une action peut être intentée par le mandant contre l'agent, le corrupteur ou les deux parties.

La corruption commerciale est considérée comme un délit intentionnel. Le mandant peut intenter une action en dommages-intérêts pour délit civil et l'agent est responsable envers le mandant des pertes résultant du manquement à l'obligation fiduciaire ainsi que de la perte éventuelle d'un emploi. La section 910 du Restatement (2nd) Torts stipule qu'«une personne lésée par le délit d'autrui est en droit d'obtenir de lui des dommages-intérêts pour tous les préjudices, passés, présents et futurs, légalement causés par le délit».

Le mandant peut, à titre subsidiaire, demander une fiducie constructive sur les profits que l'agent a réalisés grâce à l'acte de corruption. Comme l'ont jugé les tribunaux dans l'affaire *Williams Electronics Games Inc. v. Garrity*<sup>2</sup>, où le fabricant du jeu vidéo *Mortal Combat* alléguait que deux de ses fournisseurs avaient corrompu leur agent d'achat pour qu'il leur achète des marchandises :

*La victime d'une corruption commerciale, qui est généralement le mandant d'un agent corrompu, peut obtenir en réparation soit les dommages qu'elle a subis (dommages-*

---

<sup>1</sup> *June Fabrics c. Teri Sue Fashions*, 194 Misc. 267, 81 N.Y.S.2d 877 N.Y. Sup., 2 juin 1948.

<sup>2</sup> *Williams Electronics Games Inc. v. Garrity*, 366 F.3d 569 (7th Cir, 29 avril 2004) au paragraphe. 16.

*intérêts), soit les bénéfices que la corruption lui a rapportés (restitution ou enrichissement sans cause) «.*<sup>1</sup>

Le tribunal a ajouté que les bénéfices totaux seraient constitués du pot-de-vin lui-même, plus les revenus que le pot-de-vin a générés pour la personne qui l'a versé, moins le coût des marchandises vendues et tous les autres coûts variables encourus pour réaliser les ventes qui ont généré ces revenus.<sup>2</sup> Le Restatement (3rd) Agency, Sec. 407(1), stipule que «Si un agent a reçu un avantage à la suite d'un manquement à son devoir de loyauté, le mandant est en droit de récupérer auprès de lui ce qu'il a ainsi reçu, sa valeur ou son produit, ainsi que le montant du dommage ainsi causé».

Le mandant, en tant que personne à qui incombe l'obligation fiduciaire, a droit à tout avantage acquis par l'agent ou le corrupteur à la suite de l'échange corrompu. La mesure n'est pas la perte du mandant mais le gain de l'agent ou du corrupteur. Les tribunaux ont déclaré qu'il s'agissait là de la motivation sous-jacente de leur réponse. L'objectif n'est pas tant de réparer la perte subie par la victime que de dissuader la corruption commerciale. Dans l'affaire Williams Electronic Games, le tribunal a déclaré que la raison d'être de la sanction de dégorcement :

En effet, si son gain était supérieur à la perte subie par la victime, une réparation sous forme de dommages-intérêts permettrait à l'auteur du délit de tirer un profit de son acte «.<sup>3</sup>

À ce titre, le plaignant peut réclamer à l'agent le produit du pot-de-vin. Dans l'affaire United States v. Carter, qui portait sur la corruption d'un agent public, le juge Lurton a déclaré ce qui suit :

*« L'intérêt supérieur de la justice publique ne tolère en aucun cas qu'un agent public conserve un profit ou un avantage qu'il pourrait tirer de l'acquisition d'un intérêt contraire à sa fidélité en tant qu'agent. S'il accepte un cadeau, une gratification ou un avantage en violation de son devoir, ou s'il acquiert un intérêt défavorable à son mandant sans l'avoir pleinement révélé, il trahit sa confiance et commet un abus de confiance, et il doit rendre compte à son mandant de tout ce qu'il a reçu ».*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Williams Electronics Games Inc. v. Garrity, 366 F.3d 569 id. au paragraphe. 17.

<sup>4</sup> United States v. Carter, 217 U.S. 286 (1910), p. 306.

La Cour suprême des États-Unis a souligné que la restitution de tous les gains issus de la corruption est la réponse appropriée au manquement à l'obligation fiduciaire. La Cour a statué, par exemple, que lorsqu'un fonctionnaire a réalisé des profits sur des contrats sous son contrôle, la restitution de tous les gains corrompus est la réponse appropriée à la violation de l'obligation fiduciaire :

*« Le gouvernement n'est pas limité, dans un procès visant à récupérer les mêmes titres et dans lequel il a saisi des titres, aux titres tracés ; l'agent doit rendre compte de tous ses gains et, ... le gouvernement a droit à un jugement pour l'argent qu'il a eu et reçu à son usage, et peut l'exécuter contre tout bien du défendeur, y compris les biens entre les mains de tiers, avec notification de la façon dont il a été obtenu. »<sup>1</sup>*

Même lorsque le principal plaignant a obtenu réparation contre le corrupteur, il peut également tenter une action contre l'agent impliqué dans l'opération de corruption. Une affaire de l'État du Minnesota illustre ce point. Dans l'affaire *Tarnowski v. Resop*,<sup>2</sup> le demandeur a engagé le défendeur pour le conseiller sur l'achat d'une série de machines musicales à pièces. Le défendeur, Resop, a reçu une commission secrète de la part de la partie qui vendait l'itinéraire pour rapporter au demandeur qu'il y avait plus de 75 emplacements, chacun avec des machines de moins de six mois, et que le revenu brut global était de plus de 3 000 \$ par mois. Sur la base des conseils du défendeur et de l'enquête qu'il avait menée, le demandeur a acheté une telle entreprise à Phillip Loechler et Lyle Mayer de Rochester, dans le Minnesota. Le demandeur a versé un acompte de 11 000 dollars. Six semaines après l'achat, le demandeur a découvert que les déclarations faites par le défendeur étaient fausses, dans la mesure où l'agent n'avait enquêté que sur cinq sites et que certaines machines avaient jusqu'à sept ans, le revenu brut étant bien inférieur aux 3 000 dollars prévus.

Après avoir découvert la fausseté des déclarations de la défenderesse et du vendeur, le demandeur a résilié la vente. Il a proposé de restituer ce qu'il avait reçu et a exigé la restitution de son argent. Les vendeurs ayant refusé d'obtempérer, le demandeur a intenté avec succès une

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Tarnowski v. Resop*, 51 N.W. 2d 801 (Minn. 1952)

action en justice contre les vendeurs, qui s'est soldée par un verdict de 10 000 dollars en faveur du demandeur. Le plaignant a également poursuivi le défendeur (son agent) pour avoir perçu une commission secrète de la part des vendeurs en violation de l'obligation fiduciaire qui lui incombait et a demandé (a) le montant de la commission secrète et (b) des dommages-intérêts pour (1) les pertes subies dans l'exploitation de l'itinéraire avant la résiliation ; (2) la perte du temps consacré à l'exploitation ; (3) les dépenses liées à l'annulation de la vente et à son enquête à ce sujet ; (4) les dépenses non imposables liées à la poursuite de l'action contre les vendeurs ; et (5) les honoraires d'avocat liés à l'action.<sup>1</sup>Le défendeur a soutenu que, puisque le demandeur avait obtenu gain de cause contre les vendeurs, il ne pouvait plus intenter d'action contre Resop en tant qu'agent parce que (1) le demandeur avait choisi l'un des recours alternatifs et ne pouvait pas en poursuivre un autre par la suite ; (2) l'exercice réussi d'un recours constitue un obstacle à un autre recours pour le même préjudice, même si l'issue de la première action n'a pas rendu le demandeur entier en termes de perte réelle ; (3) le verdict satisfait dans l'affaire de rescision constitue un obstacle ; et (4) le défendeur et les vendeurs étaient des auteurs de délits conjoints, et la décharge de l'un d'entre eux les déchargeait tous.<sup>2</sup>

La Cour a estimé qu'en ce qui concerne le recouvrement de la commission secrète, il était bien établi que : le principe selon lequel tous les profits réalisés par un agent dans le cadre d'une agence appartiennent au mandant, qu'ils soient le fruit de l'exécution ou de la violation des obligations de l'agent, est fermement établi et universellement reconnu «.<sup>3</sup>

La Cour a en outre estimé que : Le préjudice éventuel n'est pas le principe sur lequel la loi se fonde pour déclarer ces transactions nulles. C'est la fidélité de l'agent qui est visée et, pour l'assurer, la loi ne lui permet pas de se placer dans une situation où il pourrait être tenté par ses propres intérêts privés de négliger ceux de son mandant «.<sup>4</sup>

Le tribunal a noté que le droit du mandant de récupérer les profits réalisés par l'agent dans le cadre de l'agence n'était pas affecté par le fait que le mandant, après avoir découvert une

---

<sup>1</sup> *Ibid*

<sup>2</sup> *Ibid*

<sup>3</sup> *Ibid*

<sup>4</sup> *Ibid*

fraude, avait résilié le contrat et récupéré les sommes qu'il avait dépensées.<sup>1</sup> En tant que tel, le tribunal a jugé que le mandant avait un «droit absolu» à la commission secrète indépendamment de tout recouvrement résultant de l'action contre les vendeurs pour résiliation.<sup>2</sup> Le tribunal a également jugé que le plaignant pouvait recouvrer tous les bénéfices réalisés par l'agent indépendamment de son recouvrement contre les vendeurs ainsi que toutes les pertes découlant directement de la conduite délictueuse de l'agent.<sup>3</sup>

□ **B. L'action civiles en matière pénale en France**

Une demande de dommages et intérêts intervient dans le cadre de l'action pénale, puisque le code de procédure pénale autorise les demandes de dommages et intérêts civils (article 2 du CPP).<sup>4</sup> Ces demandes ne peuvent aboutir que si le plaignant est en mesure de prouver un préjudice «personnel et direct» résultant de l'infraction. Par conséquent, les victimes secondaires sont exclues du champ d'application de cette règle.

Une action civile, bien qu'elle s'inscrive dans le cadre d'une procédure pénale, doit respecter les règles du droit civil. Les dommages-intérêts sont des recours de droit civil courants et interviennent lorsque quelqu'un est responsable - sur la base des faits. La restitution est généralement un recours pénal en relation avec la responsabilité pénale. En droit civil, elle est la conséquence de la nullité du contrat, car les conséquences de la nullité comprennent le rétablissement de la situation antérieure des parties. Mais comme nous l'avons vu, la validité des contrats n'a jamais été contestée. Par conséquent, les restitutions et la restitution du pot-de-vin n'ont jamais été demandées - ce qui a pour conséquence que les dommages-intérêts sont le seul recours en droit civil. Cependant, la corruption est une situation très particulière, qui ne correspond pas tout à fait aux principes du droit civil. Cette situation a donné lieu à un débat. Jusqu'à présent, la situation n'a pas été vraiment résolue.

---

<sup>1</sup> *Ibid*

<sup>2</sup> *Continental Management, Inc. v. United States*, 527 F.2d (1975) 613, p. 617.

<sup>3</sup> *Ibid*

<sup>4</sup> Article. 2 CPP : « *L'action civile, qui tend à la réparation du préjudice subi du fait d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, est ouverte à tous ceux qui ont personnellement souffert d'un dommage directement causé par l'infraction* ».



La première question débattue est celle de savoir si une personne impliquée dans une affaire de corruption peut ou non être autorisée à intenter une action en dommages et intérêts.

Dans une affaire traitée en 1978, la question s'est posée mais n'a pas reçu de réponse directe. Dans cette affaire, les deux parties avaient été impliquées dans un trafic d'influence actif et passif, avant qu'un conflit n'éclate entre elles. L'agent a d'abord intenté une action en paiement des commissions convenues et a ensuite demandé une indemnisation pour son préjudice. La Cour n'a pas rejeté la demande sur la base de l'immoralité, mais a insisté sur le fait que l'indemnisation civile exigeait un préjudice personnel.<sup>1</sup>

Dans une affaire publiée en 1992, le tribunal pénal s'est appuyé sur cette décision antérieure et a répondu directement à cette question. Dans cette affaire, le tribunal correctionnel a jugé que, même si le délit de corruption passive avait été édicté principalement pour protéger l'intérêt général, il servait également à protéger les personnes privées, qui pouvaient avoir subi un préjudice du fait d'avoir été incitées à offrir des cadeaux et des présents.<sup>2</sup> La Cour a laissé entendre dans son arrêt qu'une personne impliquée dans la corruption, même si elle a commis des actes répréhensibles, pouvait intenter une action en dommages-intérêts. La Cour a laissé entendre dans son arrêt qu'une personne impliquée dans la corruption, même si elle a commis des actes répréhensibles, pouvait intenter une action en dommages-intérêts.

En 2001, les juges ont abordé ce point dans une affaire concernant des pots-de-vin versés en échange de l'attribution de logements sociaux et de l'autorisation de la vente de journaux dans un kiosque. Dans cette affaire, la cour d'appel a estimé que l'argent devait être remboursé à ces personnes en réparation de leur préjudice. Cette décision a ensuite été abrogée, au motif qu'une personne ayant effectué un paiement de mauvaise foi au donneur d'ordre dans le cadre d'un trafic d'influence, afin d'obtenir une décision favorable de la part d'une autorité publique, ne pouvait pas être éligible à une action civile en réparation de son préjudice.<sup>3</sup>

En raison de ce droit jurisprudentiel, la réponse à la question de savoir qui peut prétendre à l'indemnisation d'un préjudice n'est toujours pas claire. On peut supposer que toute personne

---

<sup>1</sup> C. Cass., ch. crim., 13 June 1978, no. 77-91762.

<sup>2</sup> C. cass., ch. crim., 1 December 1992, Droit pénal. 1993, no. 126, obs. Véron.

<sup>3</sup> C. cass., ch. crim., 7 February 2001, Bull. crim. no. 38.

ayant subi un préjudice sans avoir commis d'infraction est éligible. Cependant, une telle situation est tout à fait exceptionnelle lorsqu'il s'agit de corruption, car toute personne impliquée a donné ou reçu de l'argent ou un avantage et a donc commis un délit. Le tribunal pourrait peut-être examiner la gravité de l'infraction et déterminer si elle résulte ou non d'une influence indue. Une interprétation a contrario de ces affaires conduit à la conclusion qu'un paiement effectué de bonne foi ne ferait pas obstacle à une demande d'indemnisation. La question est de savoir ce qu'est un paiement de bonne foi. La réponse dépend de considérations politiques mises en œuvre par les juges. Afin de lutter efficacement contre la corruption, le tribunal devrait fournir des incitations aux dénonciateurs qui, dans la plupart des cas, n'ont pas les mains propres.

Le deuxième débat porte sur la responsabilité du fait d'autrui. Alors que, selon le droit français de la responsabilité civile, la responsabilité pour faute personnelle est le traitement juridique habituel de la corruption (article 1382 du Code civil), la question s'est également posée de savoir si la responsabilité du fait d'autrui, telle que la responsabilité de l'employeur, pouvait s'appliquer (article 1384 al. 5 du Code civil). Cette question a été rejetée en 2003 dans une affaire où un banquier corrompu avait effectué des paiements au moyen de deux billets à ordre alors que la banque aurait dû geler les actifs du failli. Le syndic de faillite a poursuivi la banque en dommages et intérêts, sur la base de la responsabilité de l'employeur. La Cour d'appel a estimé que l'agent qui avait reçu un pot-de-vin était conscient de l'illégalité de son acte, et que cet acte avait été accompli en dehors du cadre de son emploi, sans aucune autorisation et sans qu'il n'ait exercé aucune de ses fonctions légales en tant qu'employé de la banque. Cette décision a ensuite été approuvée par la Cour de cassation comme étant conforme à la jurisprudence en matière de responsabilité de l'employeur.<sup>1</sup>

Le troisième débat porte sur la nature des préjudices qui peuvent être qualifiés de dommages résultant de la corruption. Dans une affaire traitée par la Cour de cassation en mars 2007, alors que le préjudice matériel a été écarté par la Cour, celle-ci a accordé une réparation au titre du préjudice moral. Dans cette affaire, la ville de Cannes a intenté une action en dommages et intérêts après la condamnation de son maire pour corruption. Les faits de cette

---

<sup>1</sup> C. cass., 2<sup>nd</sup> chambre civile, 23 May 2003, no. 12-12198.

affaire sont les suivants : le maire avait attribué une licence de jeu à une société sans respecter les exigences légales, après avoir reçu un pot-de-vin. En conséquence, le ministre de l'Intérieur a retiré l'autorisation et a refusé de l'attribuer à une société tant que la procédure judiciaire, impliquant la délégation de service public, n'était pas terminée.<sup>1</sup> En conséquence, la ville de Cannes n'a pas pu bénéficier de taxes, telles que la taxe prélevée pour verser une contribution annuelle de soutien à l'effort artistique et les taxes imposées sur les jeux de hasard, pendant une période de deux ans. Dans cette affaire, la ville, agissant en qualité de personne morale, a poursuivi les corrupteurs. Les juges ont estimé que ce dommage n'était pas un dommage direct, consécutif à la corruption, mais qu'il était plutôt la conséquence de la décision du ministre de révoquer et de refuser une licence avant que la procédure judiciaire ne soit finalisée. Cette déclaration a ensuite été approuvée par la Cour de cassation, qui a également réservé la possibilité d'une indemnisation pour la «perte de chance» dans un obiter dictum.

En revanche, les juges ont reconnu que l'atteinte à la réputation peut être qualifiée de dommage. Ceci est intéressant dans la mesure où la partie qui subit ladite perte de réputation est en fait une personne morale (en l'occurrence, la ville de Cannes). La ville alléguait avoir subi un préjudice de réputation au niveau mondial, dans le cadre de son rôle d'hôte du prestigieux festival du film. Le maire de la ville était la principale personne impliquée, mais la corruption résultait du comportement du défendeur qui avait versé le pot-de-vin. Dans cette affaire, les dommages ont été quantifiés à 100 000 EUR.<sup>2</sup>

Dans cette dernière affaire, les demandeurs ont également contesté la responsabilité des dommages-intérêts. La décision finale sur ce point est très intéressante car elle s'écarte des principes généraux du droit civil. Selon les règles de la responsabilité personnelle, lorsque plusieurs personnes partagent la responsabilité d'une perte, la responsabilité assumée par chaque partie dépend de la gravité de leur faute, que les juges doivent évaluer. Dans cette affaire de corruption, les juges ont décidé d'imposer la responsabilité à chacune des parties sans tenir compte de la gravité respective de leurs actes, de sorte que la responsabilité a été partagée à parts égales entre les parties. Deux appelants ont alors tenté de faire valoir qu'ils étaient moins

---

<sup>1</sup> C. cass., ch. crim., 14 March 2007, no. 06-81010.

<sup>2</sup> C. cass., ch. crim., 14 March 2007, no. 06-81010.

responsables que le maire, puisque c'est ce dernier (qui avait été condamné à deux reprises) qui les avait contraints à commettre l'acte de corruption en premier lieu. Cet argument a été rejeté au motif que la corruption et la complicité de corruption sont liées (connexes).

□ **§ 2. Échos de silence du droit Algérien sur les droits des victimes de la corruption**

Dans cette sous-section, nous allons examiner les échos de silence du droit algérien sur les droits des victimes de la corruption. Nous commencerons par étudier l'absence de cadre juridique spécifique de la protection des victimes de la corruption en Algérie (A), avant de nous pencher sur le recours aux règles générales du droit civil et à la constitution partie civile dans le procès pénal (B).

□ **A. Absence d'un cadre juridique spécifique de la protection des victimes de la corruption en Algérie**

Bien que la loi anti-corruption fasse référence à la responsabilité civile découlant des infractions pénales qu'elle régit dans plusieurs dispositions, il n'existe aucune disposition statutaire expresse dans cette loi ou dans toute autre loi Algérienne traitant spécifiquement des conséquences de la corruption sur le plan du droit civil. Par conséquent, les règles générales sur la responsabilité civile découlant des infractions pénales contenues dans le code pénal s'appliquent (**Art. 2§1 du CPP**). Ces dispositions traitent principalement de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction vis-à-vis la victime et l'État Algérien. En vertu de l'article 120 du code pénal, la responsabilité civile découlant des infractions pénales comprend la restitution, la réparation et l'indemnisation des dommages. En conséquence, les conséquences civiles de la corruption sont déterminées conformément aux règles générales du code civil en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle, selon les circonstances. Bien qu'il existe un nombre considérable de décisions de justice traitant de l'application de la loi anti-corruption, les décisions de justice ou sentence arbitrale traitant des conséquences civiles de la corruption sont rares. De même, les commentateurs nationaux sont silencieux sur le sujet. Ainsi, du point de vue du droit Algérien.

□ **B. Le recours aux règles général du droit civil et à la constitution partie civil dans le procès pénal**

En Algérie, l'indemnisation des dommages résultant d'un acte de corruption peut être fondée sur les règles prévues par le code de procédure pénale ou sur les principes généraux du

droit civil. Selon l'article 2§1 du CPP, l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. L'article 72 du CPP permet à toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit de se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent. En outre, l'article 124 du code civil stipule que tout acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Les experts de la UNODC ont constaté que l'Algérie était en conformité totale avec cette disposition de la Convention. Un exemple concret de cette conformité est fourni par l'affaire B.B et M.S. B.B avait été condamné pour avoir détourné la somme de 21 milliards de DA au préjudice d'une banque publique et avait créé une société de location de voitures avec la complicité de M.S en utilisant une partie de l'argent détourné pour importer des véhicules de l'étranger. Les deux hommes ont comparu devant le tribunal correctionnel de Sidi M'hamed et ont été jugés pour blanchiment de capitaux. B.B a été condamné à huit ans d'emprisonnement et 2 millions DA d'amende, tandis que M.S a été condamné à trois ans d'emprisonnement et 1 million DA d'amende. La Banque s'est constituée partie civile et a obtenu un montant de 60 millions de DA à titre de réparation pour le préjudice subi.

## ❑ DEUXIEME PARTIE : L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, UN ÉLÉMENT NOUVEAU DANS LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

Cette partie est consacré à l'arbitrage international, une procédure juridique qui joue un rôle clé dans l'environnement réglementaire du commerce international. Depuis des siècles, les parties à une transaction relevant de juridictions différentes ont recours à l'arbitrage comme méthode de choix pour résoudre les litiges de nature commerciale internationale et en matière d'investissement. L'arbitrage est un processus de règlement des différends mis en place et contrôlé par les parties au litige. Il est fondé sur le principe de l'autonomie des parties et renforcé par le principe de la liberté contractuelle. Ce système privé de règlement des litiges est maintenu en place par un système complexe de lois nationales et des accords internationaux. Bien qu'il soit mis en place par des personnes privées, il a une force contraignante car les décisions du panel d'arbitrage sont exécutées par les États lorsque les parties ne s'y conforment pas volontairement. L'arbitrage international est un processus qui n'est ni entièrement privé ni entièrement public. Il s'agit d'une forme « hybride » d'accès à la justice qui se situe à la croisée à la limite du droit privé et du droit public.

## ❑ TITRE I : LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT AU SERVICE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

Peu de mécanismes relevant du droit international sont susceptibles de jouer un rôle direct dans la lutte contre la corruption. L'un d'entre eux est l'arbitrage entre investisseurs et États, dans lequel il existe déjà le cadre juridique nécessaire pour régler les investissements étrangers d'une manière qui fait autorité. De manière générale, ces actes de corruption impliqueraient à la fois des pots-de-vin de transactions, qui sont payés pour faciliter une transaction légale (par exemple, les dédouanements) et des pots-de-vin de variantes, dans lesquels des paiements sont effectués à des fonctionnaires pour permettre à l'investisseur de violer les lois nationales (typiquement, les lois sur les marchés publics).

Bien entendu, la lutte contre la corruption transnationale n'est pas le seul (ni même le principal) objectif de l'arbitrage international des investissements. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui est peut-être aujourd'hui le plus important mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et États, a été conçu pour encourager les entreprises souvent réticentes à investir dans les pays en développement en garantissant que leurs investissements seraient protégés dans le cadre du "grand marché" global entre les pays importateurs de capitaux et les États exportateurs de capitaux : les premiers accepteraient de limiter leur droit souverain à prendre des mesures législatives et administratives pour promouvoir leurs intérêts nationaux et, en échange, les seconds fourniraient davantage de capitaux étrangers et d'apports technologiques associés. En d'autres termes, la promesse d'une protection du capital en échange de la perspective de capitaux supplémentaires à l'avenir. Ainsi, les arbitres confrontés à des allégations de corruption dans la passation de marchés ou la réalisation d'investissements étrangers prennent des décisions dans un cadre qui, par nature, vise principalement à promouvoir les investissements étrangers en offrant une protection efficace aux investisseurs étrangers qui, autrement, seraient en situation de faiblesse par rapport à l'État d'accueil.





## □ CHAPITRE I : LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX : NORMES ET ARBITRAGE

L'élaboration de règles en matière d'investissement international a lieu aux niveaux bilatéral, régional, interrégional et multilatéral. Les décideurs politiques, les négociateurs, la société civile et les autres parties prenantes doivent être bien informés sur les investissements étrangers directs, les accords internationaux d'investissement (AII) et leur impact sur l'économie des États concernés. Au cours des dernières décennies, les accords bilatéraux d'investissement ("ABI")<sup>1</sup> sont devenus une partie intégrante des relations internationales en matière d'investissement. Leur existence a un impact considérable sur la formulation des politiques publiques internationales. Les années 1990 ont été marquées par une explosion des ABI entre les pays développés et les pays en voie de développement. Depuis lors, leur nombre a connu une croissance exponentielle. En 2000, la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a noté que les ABI sont les instruments les plus importants pour la protection des investissements étrangers. Si les ABI sont généralement intitulés "accords pour la promotion et la protection des investissements" et contiennent des dispositions relatives à la "protection" des investissements, ils contiennent rarement des dispositions relatives à la "promotion" des investissements. Même si elles sont incorporées, ces dispositions sont en fait de nature non contraignante. Néanmoins, on suppose qu'une offre formelle de protection aux investisseurs étrangers par le biais d'un accord bilatéral d'investissement encouragera et favorisera les investissements internationaux. Bien que l'efficacité de cette hypothèse soit discutable, il est prévu que l'augmentation des investissements étrangers est cruciale pour les pays en développement qui visent à utiliser les investissements étrangers directs et les accords bilatéraux d'investissement comme outils pour améliorer leur développement économique.

## ❑ Section 1 : Les accords bilatéraux d'investissement et l'arbitrage en matière d'investissement

Bretton Woods a posé les bases de l'ordre économique de l'après-Seconde Guerre mondiale, mais certains pays en développement, en particulier ceux qui appliquaient des politiques de substitution des importations, ont fermé leurs portes aux investissements. Pour atteindre les objectifs d'intégration économique et de développement, la communauté internationale devait encourager l'investissement dans un environnement incertain. Les accords bilatéraux d'investissement (ABI) ont été créés pour fournir des règles claires et des mécanismes d'application efficaces aux investisseurs et pour réduire les risques. Les ABI créent un cadre juridique pour faciliter et protéger les investissements en imposant des obligations aux États d'accueil en ce qui concerne les protections substantielles et procédurales de base. Ils contribuent également à atténuer certains risques liés aux investissements internationaux, tels que l'ingérence discriminatoire, le statut de nation la plus favorisée et la protection contre l'expropriation. Les ABI contiennent généralement une clause de règlement des différends, qui permet aux investisseurs de recourir à l'arbitrage international en cas de violation du traité. Cet engagement crée un environnement d'investissement plus stable, réduit les coûts pour les investisseurs et les États d'accueil et encourage l'investissement. Malgré les inquiétudes suscitées par l'arbitrage en matière d'investissement, les États continuent de signer des accords bilatéraux d'investissement, avec plus de 2 946 accords bilatéraux d'investissement et 376 accords contenant des dispositions relatives à l'investissement ratifiés dans le monde entier.<sup>1</sup>

Au cours des années 1970 et 1980, le nombre total d'accords bilatéraux d'investissement a continué à augmenter. Alors que seuls deux ABI avaient été signés dans les années 1950, le nombre d'ABI mondiaux est passé à 83 jusqu'en 1969 et à 176 jusqu'en 1979. A la fin de 1989, les États avaient conclu 377 ABI. Bien que ce nombre soit considérable, il n'est pas comparable aux plus de 2600 ABI signés depuis la fin de la guerre froide. D'un point de vue matériel, ces accords présentent un degré remarquable de cohérence. Ils incluent généralement des garanties de traitement juste et équitable, de traitement de la nation la plus favorisée, d'indemnisation en cas d'expropriation et de droit de transférer des revenus hors de l'État d'accueil. En outre, les

---

<sup>1</sup> Bulovsky, Andrew. « Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development. » *Michigan Law Review*, no. 118.1 (2019): 47–117

violations de ces dispositions conduisent régulièrement à des sentences arbitrales exécutoires en faveur des investisseurs étrangers, qui ne sont pas (dans le cas du CIRDI) ou seulement dans une très faible mesure (dans le cadre de la convention de New York) soumises à l'examen des tribunaux nationaux. <sup>1</sup>

- **§1. L'arbitrage international des investissements et ses caractéristiques**
- **A. L'arbitrage international des investissements**
- **L'arbitrage institutionnel et ad hoc**

Les tribunaux sont des institutions permanentes qui tranchent de multiples litiges indépendants impliquant différentes parties, tandis que les tribunaux d'arbitrage sont des processus temporaires de règlement des différends mis en place pour résoudre des litiges spécifiques. Les arbitres sont nommés pour résoudre les problèmes entre les parties et, une fois ces problèmes résolus, le tribunal cesse d'exister. Cette nature temporaire permet aux procédures d'arbitrage d'être menées sans l'encadrement institutionnel à long terme nécessaire au fonctionnement d'un système judiciaire. Les tribunaux ont besoin d'un cadre administratif pour pouvoir passer rapidement d'une affaire à une autre, alors que l'arbitrage ne requiert qu'un seul arbitre pour fonctionner correctement. <sup>2</sup>

Les institutions arbitrales <sup>3</sup> fournissent aux arbitrages le même type de cadre institutionnel que celui dont les tribunaux nationaux bénéficient. Cependant, contrairement au cadre institutionnel qui soutient les tribunaux nationaux, qui est un système obligatoire pour toute affaire entendue par le tribunal, les parties doivent accepter de faire appel à une institution arbitrale et restent libres de ne pas faire appel à une institution arbitrale. Les parties peuvent choisir de ne pas recourir à une institution arbitrale, par exemple, si elles sont déjà familiarisées avec l'arbitrage, si elles veulent éviter les contraintes liées à l'intervention d'une institution

---

<sup>1</sup> Bücheler, G., *Proportionality in Investor-State Arbitration*, 2015n p.16.

<sup>2</sup> T. COLE et P. ORTOLANI, *Understanding international arbitration*, Abingdon, Oxon ; New York, NY, Routledge, an imprint of the Taylor & Francis Group, 2020, p. 15.

<sup>3</sup> Il existe plusieurs milliers d'institutions arbitrales dans le monde, bien que nombre d'entre elles ne traitent que peu, voire pas du tout, différends.

arbitrale ou si elles veulent éviter que d'autres personnes que les parties et les arbitres ne connaissent les détails du litige. <sup>1</sup>

Les règles d'arbitrage international peuvent comprendre des lois, des conventions internationales, <sup>2</sup> des dispositions contractuelles contraignantes et des règles adoptées par le tribunal arbitral. Les dispositions contractuelles contraignantes peuvent inclure des règles institutionnelles adoptées par les parties, telles que les règles d'arbitrage de la CCI, de la LCIA ou de la SCC, ainsi que des règles types pour les procédures ad hoc. Les parties peuvent également convenir de certaines règles de procédure pour les litiges futurs. Les tribunaux arbitraux peuvent édicter des règles spécifiques en cours de procédure, en s'inspirant d'instruments tels que les règles de preuve de l'IBA, <sup>3</sup> les techniques de contrôle du temps et des coûts dans l'arbitrage de la CCI, <sup>4</sup> le protocole de Debevoise <sup>5</sup> ou les notes de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales. <sup>6</sup>

Les principaux types d'arbitrage en matière d'investissement sont les suivants : Les arbitrages du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI) ou du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ; les arbitrages ad hoc conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; et les procédures en vertu des règlements d'arbitrage institutionnels publiés par

---

1

T. COLE et P. ORTOLANI, *Understanding international arbitration*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>2</sup> La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, source : United Nations Convention on the Recognition and Enforcement « New York Convention.

<sup>3</sup> IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, source : MediaHandler (ibanet.org).

<sup>4</sup> ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, source : ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration - ICC - International Chamber of Commerce (iccwbo.org)

<sup>5</sup> Debevoise & Plimpton LLP Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration, source: <https://www.debevoise.com/~media/files/capabilities/russia%20comercial%20arbitration/%20arbitration%20protocol.pdf>.

<sup>6</sup> Art. 6§1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI stipule que : « [A] moins que les parties n'aient déjà choisi une autorité de nomination d'un commun accord, l'une d'elles peut à tout moment proposer le nom d'une ou de plusieurs institutions ou personnes, y compris le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (ci-après la « CPA »), susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination » ; De nombreuses institutions, notamment l'AAA, la FCCC, la CCI, la LCIA et la CSC, ont mis en place des procédures qui leur permettent de nommer des arbitres dans le cadre de procédures ad hoc si les parties ne s'accordent pas sur cette nomination.

divers centres d'arbitrage commercial international, tels que la Chambre de commerce internationale (CCI), la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) ou la Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA).<sup>1</sup>

Si le litige est régi par la convention CIRDI, la loi applicable est prévue par l'article 42, paragraphe 1, de la convention. Cet article stipule ce qui suit :

« [L]e Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière ».

Si les parties à un contrat ou à un traité n'ont pas fait un choix explicite de la loi, on peut considérer qu'elles ont fait un choix implicite de la loi. En l'absence de choix explicite ou implicite de la loi par les parties, l'article 42, paragraphe 1, contient un mécanisme par défaut pour déterminer la loi applicable, qui figure dans sa deuxième phrase. La dichotomie entre les « règles de droit » qui peuvent être choisies par les parties et le « droit » qui peut être appliqué par le tribunal en l'absence de choix par les parties est intentionnelle. La disposition donne aux parties le pouvoir de choisir parmi un éventail plus large de sources : non seulement une loi nationale, mais aussi d'autres sources - par exemple, des règles non contraignantes ou même une combinaison d'une loi nationale avec d'autres sources de ce type.<sup>2</sup>

Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit que la loi applicable sera déterminée conformément à l'article 35, paragraphe 1, de ce règlement. L'article 35, paragraphe 1, du règlement d'arbitrage de la CNUDCI stipule que Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi qu'il juge appropriée ». La règle principale de la première phrase de l'article 35(1) est essentiellement la même que celle de la première phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI : les parties ont l'autonomie de choisir

---

<sup>1</sup>

CORDERO-MOSS G. et BEHN D., « The relevance of the UNIDROIT Principles in investment arbitration », *Unif. Law Rev. - Rev. Droit Unif.*, 19, 2014, p. 570-608.

<sup>2</sup> *Ibid.*

les « règles de droit » qui régiront leur différend. Ce choix de la loi applicable dans l'arbitrage d'investissement sera généralement prévu dans un contrat ou dans l'accord pertinent. <sup>1</sup>

- **L'arbitrage commercial international et de l'investissement**

- **B. Les avantages de l'arbitrage international**

- **I. La neutralité et la flexibilité**

L'arbitrage offre un forum neutre pour une résolution équitable et impartiale des litiges, une caractéristique que l'on ne retrouve pas dans les procédures judiciaires. Toutefois, la neutralité des juges et la procédure contrôlée par l'État peuvent être remises en question dans les litiges internationaux. C'est ce qui a conduit à la croissance rapide de l'arbitrage international depuis le milieu du 20<sup>e</sup> siècle. Les parties de différents États peuvent craindre de porter leur litige devant le système judiciaire de l'autre partie. <sup>2</sup>

Les parties craignent souvent d'être traitées de manière défavorable par le système judiciaire de leur pays d'origine en raison de leur nationalité, un phénomène connu sous le nom de « préjugé national ». Cette partialité peut être explicite ou simplement fondée sur des différences culturelles, les tribunaux d'un État étant plus susceptibles d'approuver un comportement conforme à ses propres normes culturelles. Le risque de partialité nationale est particulièrement élevé lorsque les litiges impliquent un État ou une entité contrôlée par l'État, car les tribunaux locaux peuvent privilégier les intérêts nationaux par rapport aux intérêts commerciaux privés. Les juges peuvent être nommés par le gouvernement, et leur carrière dépend de l'opinion positive que les représentants du gouvernement ont de leurs actions. Les différences culturelles peuvent également poser des problèmes de neutralité, notamment en ce qui concerne les témoignages et les exigences en matière de documentation. Ces différences peuvent amener les parties étrangères à remettre en question la légitimité des procédures

---

<sup>1</sup> CORDERO-MOSS G. et BEHN D., « The relevance of the UNIDROIT Principles in investment arbitration », *Unif. Law Rev. - Rev. Droit Unif.*, 19, 2014, p. 570-608.

<sup>2</sup> T. COLE et P. ORTOLANI, *Understanding international arbitration, op. cit.*, p. 14.

utilisées par les tribunaux d'un État, même si elles reconnaissent que les tribunaux eux-mêmes ne font pas preuve de partialité nationale. <sup>1</sup>

□ **II. Le caractère définitif et contraignant des sentences arbitrales**

L'une des raisons pour lesquelles les parties choisissent l'arbitrage est qu'il aboutit à une sentence finale et contraignante qui ne peut généralement pas faire l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure. Bien qu'il existe des possibilités occasionnelles d'appel dans certaines juridictions, la plupart du temps, une partie ne peut contester une sentence que si la procédure est entachée d'un vice. Une partie peut tenter d'annuler la sentence devant le tribunal du pays où l'arbitrage a eu lieu (le siège de l'arbitrage). Toutefois, en vertu de la plupart des lois sur l'arbitrage, les seuls motifs d'annulation d'une sentence sont assez limités, comme un vice de procédure ou un cas où les arbitres ont outrepassé leurs pouvoirs et tranché une question qui ne leur était pas soumise. <sup>2</sup>

Une fois que les arbitres ont rendu leur sentence, la partie perdante peut volontairement se conformer aux termes de la sentence. Si elle ne le fait pas, la partie gagnante tentera de faire reconnaître et exécuter la sentence par un tribunal dans une juridiction où la partie perdante possède des actifs. Devant le tribunal chargé de l'exécution, la partie perdante peut également contester la sentence, mais là encore, uniquement pour des motifs très limités. Fondamentalement, la sentence ne peut être contestée sur le fond, c'est-à-dire que même si les arbitres ont commis des erreurs de droit ou de fait, celles-ci ne constituent pas des motifs de non-exécution et la sentence sera toujours exécutée. Une fois que la sentence d'une partie est reconnue dans la juridiction d'exécution, elle est généralement considérée comme ayant le même effet juridique qu'une décision de justice et peut être exécutée de la même manière qu'un jugement serait exécuté dans cette juridiction. <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Margare. L.Moses, THE PRINCIPLES AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2008, p.9.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>3</sup> *Ibid.*

## □ C. Les différentes institutions arbitrales

### □ I. La CCI

La Cour internationale d'arbitrage de la CCI est l'une des institutions arbitrales les plus connues et les plus prestigieuses. La Cour internationale d'arbitrage n'est pas une juridiction au sens ordinaire du terme ; elle ne fait partie d'aucun système judiciaire. La Cour d'arbitrage est l'organe administratif chargé de superviser la procédure d'arbitrage. Ses membres sont des professionnels du droit du monde entier. La CCI dispose en outre d'un secrétariat, composé d'un personnel administratif permanent et professionnel.

La CCI se distingue par quelques caractéristiques propres à l'institution arbitrale. Tout d'abord, chaque sentence arbitrale de la CCI est soumise à l'examen de la Cour d'arbitrage, de sorte que la sentence n'est pas communiquée aux parties avant que la Cour ne l'ait examinée. Si la Cour n'a pas le pouvoir de modifier la sentence, elle la renvoie aux arbitres avec ses commentaires si elle y trouve quelque chose à redire. Deuxièmement, une autre exigence de la CCI est qu'au début de l'arbitrage, les parties sont invitées à remplir et à signer un document appelé "Acte de mission", qui répertorie toutes les questions en litige, toutes les parties, le lieu de l'arbitrage, le règlement, et parfois d'autres informations relatives à la procédure ou à la date de l'arbitrage. Cela permet de s'assurer que tout le monde connaît, dès le début de la procédure, les paramètres de l'arbitrage. De plus, les praticiens de la CCI apprécient le fait que les administrateurs de dossiers, qui font partie du personnel du Secrétariat, soient des juristes. Bien que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ait son siège à Paris, elle administre des arbitrages dans le monde entier.<sup>1</sup>

### □ II. La Cour permanente d'arbitrage

La Cour permanente d'arbitrage (CPA), située à La Haye, fournit divers services d'arbitrage, de conciliation et d'établissement des faits. Elle est principalement connue pour arbitrer les différends entre États et entités étatiques, y compris les différends découlant de divers accords. Toutefois, l'arbitrage commercial international peut également être mené par la CPA. L'organisation joue également un rôle important dans le cadre du règlement d'arbitrage

---

<sup>1</sup> Yves Derain & Eric Schwartz, Guide du règlement d'arbitrage de la CCI d'arbitrage, p. 427



de la CNUDCI. Lorsque les parties à un arbitrage ad hoc ne se sont pas mises d'accord sur le choix d'un arbitre ou d'une autorité de nomination, l'une ou l'autre des parties peut demander au secrétaire général de la CPA de désigner une autorité de nomination. Par ailleurs, l'équipe éditoriale du Conseil international pour l'arbitrage commercial (CICA) est installée dans les locaux de la CPA, au Palais de la Paix. L'ICCA publie l'Annuaire de l'arbitrage commercial, le Manuel international de l'arbitrage commercial et la série des congrès de l'ICCA, qui sont des sources importantes d'affaires, de lois et de pratiques en matière d'arbitrage, ainsi que de documents scientifiques dans ce domaine. <sup>1</sup>

### □ **III. CIRDI**

L'État ou les entités appartenant à l'État bénéficient généralement d'une immunité contre les poursuites engagées par des particuliers ou des entreprises. Toutefois, si l'État ou l'entité étatique s'engage dans une transaction commerciale, et en particulier s'il conclut une convention d'arbitrage, il sera normalement considéré comme ayant renoncé à son immunité. En outre, il peut être obligé de recourir à l'arbitrage en vertu des dispositions d'un accord bilatéral d'investissement. Pour les États contractants qui acceptent de recourir à l'arbitrage en vertu du règlement d'arbitrage du CIRDI, la sentence qui en résulte n'est pas susceptible d'appel devant un tribunal et les lois nationales ne sont pas applicables à la procédure. La sentence peut toutefois, en vertu des règles du CIRDI, être réexaminée par un comité ad hoc composé de trois arbitres et, si elle est annulée, elle devra faire l'objet d'un nouvel arbitrage par un autre tribunal. Une sentence pécuniaire est exécutoire dans un État contractant comme s'il s'agissait d'un jugement final rendu par le tribunal de cet État.

### □ **IV. Le Centre international de règlement des différends (ICDR) de l'Association américaine d'arbitrage (AAA)**

L'ICDR a considérablement augmenté le nombre d'arbitrages qu'il traite chaque année. Le nombre d'affaires d'arbitrage international soumises à l'AAA ou à l'ICDR au cours de la période de dix ans allant de 1993 à 2003 a plus que triplé, passant de 207 à 646. En outre, l'ICDR a ouvert des offices dans d'autres pays : Dublin (Irlande) en 2001, Mexico en 2006 et Singapour en 2006. Au Mexique, l'ICDR a conclu un accord de coopération avec la

---

<sup>1</sup> Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 6(2).

Commission de médiation et d'arbitrage de la Chambre nationale de commerce de Mexico (CANACO). À Singapour, l'ICDR est en train de créer une coentreprise avec le Singapore International Arbitration Centre (SIAC) afin d'établir un centre de résolution des litiges. Cette étape devrait contribuer à faire de Singapour un centre d'arbitrage de premier plan en Asie. L'ICDR a conclu des accords de coopération avec des institutions d'arbitrage dans au moins quarante-trois pays.<sup>1</sup>

□ **§.2 L'arbitrage des investissements une protection pour les investisseurs**

□ **A. Le droit de l'investissement contemporain**

La première consiste en un arbitrage dans lequel le consentement des parties à la convention d'arbitrage est dissocié. L'État fait une offre générale de contrat en spécifiant sur l'instrument de protection des investissements (ABI) concerné que les différends relatifs aux investissements couverts par cet instrument peuvent être réglés par voie d'arbitrage. L'investisseur n'accepte cette offre que lorsqu'il fait sa demande d'arbitrage. Les auteurs de la Convention de Washington ont prévu dès le début la possibilité d'une telle dissociation.<sup>2</sup>

Les conventions d'arbitrage sont souvent dépourvues *d'intuitus personae*, c'est-à-dire de droits individuels des parties concernées. L'État consent à l'arbitrage pour une catégorie abstraite d'investisseurs, et non les investisseurs eux-mêmes. L'investisseur choisit l'arbitrage pour se protéger contre un traitement inéquitable, et non pour la qualité de l'État. Cette absence *d'intuitus personae* n'est pas spécifique à la protection des investissements. Cependant, l'arbitrage est devenu la méthode standard de résolution des litiges commerciaux internationaux, ce qui modifie *l'intuitus personae* des conventions d'arbitrage. Le droit commun de la transmission des conventions d'arbitrage suit généralement le sort du contrat principal et ne peut être considéré comme conclu *intuitu personae* à moins que cela ne soit explicitement spécifié. Ce n'est pas le cas des accords de protection des investissements, qui révèlent la véritable nature de l'arbitrage.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Source : <https://www.icdr.org/>

<sup>2</sup> Emmanuel GAILLARD, L'ARBITRAGE SUR LE FONDEMENT DES TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS, Revue de l'arbitrage, N° 3, 2003.

<sup>3</sup> *Ibid.*

La troisième caractéristique du régime de protection et du contentieux résultant d'une convention d'arbitrage est son caractère éminemment collectif. Cette caractéristique n'est pas axée sur la convention d'arbitrage elle-même, mais plutôt sur l'objet de la convention. Dans une convention d'arbitrage typique, cette matière fait référence au contrat substantiel qui est abordé.<sup>1</sup>

Le domaine des instruments de protection des investissements est complexe et implique de multiples accords conclus par différents États. Ces accords contiennent souvent des dispositions similaires, telles que le traitement « juste et équitable », l'« expropriation » et les « mesures d'effet équivalent ». Cependant, il existe également des dispositions spécifiques qui n'apparaissent que dans certaines catégories d'accords, ce qui permet de différencier les groupes. Les similitudes et les différences entre ces dispositions contribuent au développement de la jurisprudence arbitrale dans ce domaine. Non seulement parce que les sentences sont fréquemment publiées, mais aussi parce qu'elles traitent de questions récurrentes et impliquent l'interprétation de textes d'application générale. Par conséquent, une jurisprudence substantielle est en train d'émerger dans ce domaine.<sup>2</sup>

La nature collective des litiges lorsque plusieurs investisseurs déposent des plaintes découlant d'un même événement. Par exemple, la loi d'urgence économique de 2002 de l'Argentine, qui a donné lieu à de nombreuses demandes d'arbitrage fondées sur des accords de protection des investissements. Les investisseurs ont fait valoir que la mesure violait les dispositions de l'accord et constituait une expropriation. De nombreuses affaires ont été ou sont portées devant les tribunaux d'arbitrage, ce qui constitue un défi pour l'institution. Cette situation n'est pas propre à l'Argentine, des litiges similaires pouvant survenir à la suite de mesures importantes dans d'autres pays. L'existence de « clauses de la nation la plus favorisée » dans les accords renforce encore l'aspect collectif de ces litiges, permettant aux investisseurs de bénéficier de dispositions plus favorables dans d'autres accords. Un système contraignant et

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid*

centralisé est nécessaire pour résoudre ce problème, bien que la législation sur la protection des investissements opte pour l'approche opposée.<sup>1</sup>

La quatrième caractéristique du droit de l'investissement contemporain est qu'il permet aux investisseurs de choisir les procédures qu'ils souhaitent suivre et qu'il offre un éventail d'options. Ces options servent à protéger l'investisseur et sont une caractéristique commune des traités d'investissement. En règle générale, si un investisseur estime avoir été traité d'une manière qui va à l'encontre des dispositions de l'accord, il peut chercher à obtenir une compensation par différents moyens. Il peut notamment saisir les tribunaux nationaux de l'État concerné, un tribunal arbitral international fonctionnant selon les règles de la CNUDCI ou le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Les accords établissent des règles pour ces choix, en précisant parfois qu'une fois exercée, l'option ne peut être révoquée. Dans d'autres cas, l'investisseur peut être tenu de renoncer à tout recours local avant de recourir à l'arbitrage international. On peut citer à titre d'exemple l'affaire *Waste Management v. United Mexican States*, dans laquelle un investisseur qui avait renoncé à ses recours devant les tribunaux mexicains a quand même été autorisé à introduire une demande d'arbitrage CIRDI, malgré une décision initiale déclarant l'action irrecevable en raison de l'incapacité de l'investisseur à se prévaloir de l'arbitrage international.<sup>2</sup>

□ **B. Caractéristique et mode de consentement**

□ **II. Les caractéristiques de l'Arbitrage international des investissements**

L'arbitrage est une forme distincte de règlement des litiges qui diffère des tribunaux nationaux en termes de compétence et de procédure. Contrairement aux tribunaux, qui ont une compétence spécifique et obligatoire pour certains types d'affaires, l'arbitrage est un mécanisme volontaire et privé qui repose sur l'accord des parties concernées de soumettre leur litige à un arbitre ou à un groupe d'arbitres choisi. Cette pratique de résolution des différends par l'arbitrage existe depuis des milliers d'années. L'arbitre a écouté, examiné les faits et les arguments juridiques, puis a rendu une décision finale et contraignante.

---

<sup>1</sup> *Ibid*

<sup>2</sup> *Ibid.*

L'arbitrage moderne peut être divisé en trois catégories de base, en fonction des parties impliquées :

- (i) L'arbitrage est une méthode largement utilisée pour résoudre les litiges entre les parties privées, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises. Son champ d'application s'étend des litiges nationaux liés à l'emploi aux litiges plus complexes ayant une dimension internationale, notamment ceux qui découlent de transactions commerciales internationales. Ce dernier type de litige est connu sous le nom d'arbitrage commercial international.
- (ii) L'arbitrage interétatique pour les différends entre États - par exemple, pour les différends concernant la souveraineté sur un territoire.
- (II) il s'agit d'arbitrage entre un investisseur et un État, entre une partie privée et un État.

□ **III. le mode de consentement à l'arbitrage investisseur-état**

Dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États, la résolution des différends nécessite le consentement de l'État et de l'investisseur concerné. Ce consentement est généralement établi par le biais de contrats d'investissement ou de lois/accords d'investissement. Dans les contrats d'investissement, les deux parties acceptent à l'avance de régler tout différend découlant du contrat par le biais de l'arbitrage. En revanche, les lois ou accords sur l'investissement n'exigent que le consentement préalable de l'État pour l'arbitrage de certains types de litiges avec un large éventail d'investisseurs. Ce type d'arbitrage, connu sous le nom d'« arbitrage sans lien de dépendance », n'implique pas de relation juridique préexistante entre l'État d'accueil et un acteur spécifique. Au lieu de cela, l'investisseur individuel entame la procédure d'arbitrage après la naissance du litige, acceptant ainsi l'offre d'arbitrage de l'État d'accueil et remplissant l'exigence de consentement mutuel.

L'arbitrage, quelle que soit sa forme, repose sur un accord entre les parties au différend. Cette exigence de consentement des parties est la première caractéristique de l'arbitrage entre investisseurs et États. Les États consentent généralement à l'arbitrage avant qu'un différend en matière d'investissement ne survienne, selon l'une des trois modalités suivantes : (i) contrats d'investissement (contrats investisseur-État) ; (ii) lois nationales - généralement des lois sur l'investissement ; et (iii) traités d'investissement.

## □ **Section 2 : Les normes de protection dans les accords internationaux d'investissement**

Les accords internationaux sur l'investissement se caractérisent par une uniformité et une cohérence remarquable au niveau de leur structure et de leur contenu. Au début de l'accord, on trouve les règles d'application de ce dernier, y compris les définitions des termes « investisseur », « entreprise », « national », « investissement », et ainsi de suite. Ensuite, les accords d'investissement prévoient un ensemble de règles juridiques de fond, qui visent à mettre les investisseurs étrangers sur un pied d'égalité avec leurs concurrents nationaux et d'autres investisseurs étrangers, et à protéger l'investissement étranger contre certaines interférences de l'État d'accueil avec les droits de propriété, les droits contractuels et d'autres droits de l'investisseur.

Les accords internationaux d'investissement comprennent généralement des clauses garantissant un traitement juste et équitable, la protection totale et la sécurité des investissements, l'expropriation et l'indemnisation, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, une clause de libre transfert de fonds et une clause parapluie. Ces normes juridiques font partie du répertoire de base des mesures de protection des investissements au niveau international. Les États contractants s'engagent à traiter favorablement les investisseurs d'autres États et nombre d'entre eux prévoient une clause parapluie pour faire respecter leurs obligations. Les traités modernes appliquent ces normes par le biais d'une clause de règlement des différends, qui permet aux investisseurs étrangers de soumettre les violations et les litiges à l'arbitrage international en matière d'investissement.

### □ **§.1 Les normes de protection : NPF et TN**

#### □ **A. la nation la plus favorisé**

La clause de la nation la plus favorisée (NPF) <sup>1</sup> est une disposition courante et controversée des accords bilatéraux d'investissement (ABI). Elle a fait l'objet d'interprétations divergentes et inattendues de la part de tribunaux arbitraux fondés sur des traités.

---

<sup>1</sup> Exemple : Le principe de la NPF exige qu'un pays accorde tout privilège lié à un accord commercial à n'importe quel pays membre de l'Organisation mondiale du commerce. Si des privilèges sont accordés à un pays

La clause de la nation la plus favorisée dans les accords bilatéraux d'investissement est devenue une pratique courante, issue des anciens traités FCN. Cette disposition permet aux ressortissants des parties contractantes de bénéficier du traitement favorable accordé aux ressortissants d'États tiers par l'un ou l'autre État contractant. Toutefois, cette disposition pose également des problèmes dans la mesure où les investisseurs étrangers peuvent bénéficier d'un traitement plus favorable prévu par des traités antérieurs ou futurs. Cette question a déjà été abordée dans le cadre du règlement des différends, où les investisseurs étrangers protégés par un traité d'investissement comportant une clause de la nation la plus favorisée peuvent utiliser une meilleure disposition en matière de règlement des différends dans un traité conclu par l'État défendeur avec un État tiers. Cela est particulièrement important dans le contexte des traités multilatéraux ou régionaux, où le nombre d'États susceptibles d'utiliser une disposition plus favorable dans un futur traité bilatéral d'investissement pourrait augmenter. Il convient donc de faire preuve de prudence afin d'éviter les conséquences involontaires. La controverse entourant la portée et l'utilisation des clauses de la nation la plus favorisée dans les accords d'investissement est abordée dans un chapitre ultérieur de cet ouvrage. Lorsqu'un État appartient à une organisation régionale et accorde des privilèges spéciaux à d'autres États membres, il cherchera à exclure l'application de ces privilèges à un État avec lequel il conclut un traité bilatéral d'investissement par le biais de l'application automatique de la clause de la nation la plus favorisée. Cette exclusion sera explicitement mentionnée dans le traité lui-même, ce qui empêchera les arguments selon lesquels les privilèges conférés dans le cadre d'accords régionaux devraient être étendus aux investisseurs étrangers sur la base de la clause de la nation la plus favorisée.<sup>1</sup>

Interprétation et controverses Depuis 2000, avec l'affaire *Maffezini c. Espagne*, une interprétation originale de la NPF a entraîné un changement radical dans le droit international

---

membre par un autre pays membre de l'OMC, le même privilège doit être accordé à tous les autres pays membres de l'OMC. L'objectif principal de ces principes est de promouvoir le commerce et d'offrir des chances égales de tirer le meilleur parti des ressources de chaque pays membre.

<sup>1</sup> M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, May 6, 2010, p.205.

de l'investissement : la possibilité pour les investisseurs protégés par un ABI d'importer des dispositions plus favorables d'un ABI tiers conclu par leur État d'accueil.

Cette tendance s'est ensuite accélérée et a donné lieu à de nombreuses critiques, cristallisées sur un point essentiel : la latitude laissée aux investisseurs étrangers de rassembler des éléments provenant de divers traités conclus par l'État hôte et de tailler un traité sur mesure, en ignorant le caractère bilatéral des engagements pris par deux États dans le cadre de négociations spécifiques. Changements et réformes actuels Les controverses autour de la NPF soulèvent des questions fondamentales dans le contexte des changements actuels du droit international de l'investissement et du régime d'arbitrage. Elles nécessitent un examen du contenu et de la portée de cette clause afin de trouver des solutions permettant de mieux équilibrer les droits et obligations en jeu sans compromettre les réformes en cours vers un régime plus équilibré et vecteur de développement durable.

#### □ **B. Le traitement national**

La question de la responsabilité de l'État pour les dommages subis par les étrangers a suscité d'importants désaccords entre les États. Les pays d'Amérique latine et d'autres pays importateurs de capitaux défendent la norme nationale de traitement des étrangers, tandis que les États exportateurs de capitaux plaident en faveur d'une norme internationale minimale. Le principe du traitement national, tel qu'il est énoncé à l'article 2, paragraphe 2, point c), de la Charte des droits et devoirs économiques des États, offrirait une protection minimale aux investisseurs étrangers, car la législation relative à la propriété s'appliquerait uniformément à tous les individus dans l'État, quelle que soit leur nationalité. D'autre part, une norme minimale de traitement permettrait un contrôle international du traitement des investisseurs étrangers par l'État d'accueil.<sup>1</sup>

De nos jours, le traitement national peut présenter des avantages, car les États réservent des secteurs économiques et des privilèges à leurs ressortissants. Le traitement national au stade de l'entrée est considéré comme un droit important, car il accorde aux investisseurs étrangers le

---

<sup>1</sup> M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, May 6, 2010, p.201.



droit d'entrer et de s'établir dans l'État d'accueil. Toutefois, l'octroi du traitement national après l'entrée peut conférer des avantages aux étrangers en leur accordant les mêmes privilèges qu'aux ressortissants nationaux. Les États développés ont tendance à soutenir le traitement national en tant que norme pertinente et à aborder la responsabilité internationale sur la base de la discrimination résultant du fait que l'État d'accueil n'a pas accordé le traitement national à l'investisseur étranger. La violation du traitement national est en train de devenir une cause d'action importante découlant des traités d'investissement. <sup>1</sup>

L'existence d'une norme de traitement national pourrait s'opposer à l'imposition d'obligations de résultats aux investisseurs étrangers, telles que des quotas d'exportation ou des obligations d'achat local. Toutefois, les traités qui font référence au traitement national contiennent souvent des dispositions spécifiques excluant les exigences de performance. L'inclusion du traitement national signifie également qu'une raison économiquement valable pour une discrimination entre les ressortissants nationaux et les investisseurs étrangers ne peut pas justifier la discrimination. L'expression commerciale « dans des circonstances analogues » est utilisée pour limiter l'effet de l'exigence de traitement national, mais il est difficile de comprendre sa nature dans le contexte de l'investissement. L'extension des notions de droit commercial au domaine de l'investissement pose un dilemme car les deux domaines ne se mélangent pas facilement. <sup>2</sup>

Les exceptions à la discrimination fondée sur la sécurité nationale, la santé publique ou la morale ne sont pas non plus claires dans le droit des investissements. Certains soutiennent que les États devraient être en mesure de discriminer en faveur de leurs propres investisseurs, étant donné que la plupart des États développés ont adopté de telles politiques au cours de leur propre développement. Les États développés pourraient adopter des positions similaires en réponse à la crise économique mondiale. <sup>3</sup>

Aux États-Unis, le Congrès s'est inquiété des traités d'investissement qui offrent une plus grande protection aux investisseurs étrangers qu'aux ressortissants américains. De larges

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.* p202.

<sup>3</sup> *Ibid*

exceptions sectorielles sont utilisées, en particulier dans les traités qui prévoient des droits de traitement national et des droits d'établissement avant l'entrée. Les listes négatives de secteurs, qui précisent les secteurs dans lesquels les investissements étrangers ne sont pas autorisés, sont une pratique courante.<sup>1</sup> Le traitement national peut également présenter des inconvénients. Des mesures sévères prises à l'encontre des ressortissants d'un État peuvent être étendues aux investisseurs étrangers et justifiées sur la base du traitement national. Il est donc nécessaire d'inclure d'autres normes de traitement dans les traités d'investissement.<sup>2</sup>

#### □ §.2 Les normes absolues de protection

Dans le domaine du droit international des investissements, il existe quatre normes de protection « absolues » qui sont essentielles pour garantir les droits et le traitement des investisseurs étrangers et de leurs investissements. Ces normes comprennent l'expropriation, le traitement juste et équitable (TFE), les clauses parapluies et le libre transfert de fonds. Ces normes se distinguent par leur nature « absolue », ce qui signifie que les États d'accueil sont tenus de respecter certains niveaux de traitement pour les investisseurs étrangers et leurs investissements, indépendamment de la manière dont les autres investisseurs et investissements sont traités. Ces quatre normes sont les suivantes : l'expropriation (A) ;

#### □ A. Pas d'expropriation sans indemnisation

L'expropriation est l'acte par lequel un État souverain prend possession ou contrôle d'une propriété privée pour une utilisation ou un but public. Cependant, le droit international de l'investissement stipule que toute expropriation doit être accompagnée d'une compensation.

La question de l'indemnisation des investisseurs étrangers affectés par l'expropriation dans leur État hôte a toujours conduit à une divergence profonde de vues en droit international de l'investissement centrée sur l'existence ou non d'une obligation internationale de la part d'un État hôte d'indemniser les investisseurs étrangers pour les investissements expropriés.

Aujourd'hui, certaines de ces controverses ne sont plus un problème. Les accords de protection des investissements et le droit international coutumier obligent désormais les États

---

<sup>1</sup> *Ibid.* p.203

<sup>2</sup> *Ibid*

hôtes à protéger les investissements étrangers de telle sorte que toute expropriation doit être effectuée selon certaines règles. Ainsi, lorsqu'une mesure prise par un État est catégorisée comme une expropriation directe ou indirecte (en utilisant des critères de définition), alors elle doit répondre à au moins trois critères de légalité : (1) elle doit avoir été promulguée dans l'intérêt public ; (2) elle ne doit pas être discriminatoire et ; (3) elle doit être accompagnée d'une indemnisation pour les investisseurs affectés.

En conclusion, bien que la clause joue un rôle crucial dans la protection des investisseurs étrangers, son interprétation et son application ont soulevé des débats significatifs. Ces débats conduisent à des changements et réformes en cours dans le droit international de l'investissement.

#### □ **B. Le traitement juste et équitable**

Le « traitement juste et équitable » est une norme centrale en droit international de l'investissement. Cette norme est contenue dans la grande majorité des accords internationaux d'investissement comme l'une des principales normes pour la protection des investisseurs étrangers.

Le traitement juste et équitable est l'une des politiques de protection du pays hôte envers les investissements étrangers pour les protéger des circonstances et des désavantages situationnels dans une certaine mesure. Ces politiques sont censées se conformer aux normes minimales du droit international du commerce et des investissements ou aux politiques commerciales du pays hôte.

Le traitement juste et équitable a été interprété de diverses manières par les fonctionnaires gouvernementaux, les arbitres et les universitaires. La discussion sur cette norme s'est principalement concentrée sur la question de savoir si la norme de traitement requise est mesurée par rapport à la norme minimale du droit international coutumier, une norme plus large du droit international comprenant d'autres sources telles que les obligations générales de protection des investissements trouvées dans les traités et les principes généraux, ou si la norme est un concept autonome contenu dans les traités qui ne le lient pas explicitement au droit international.

Aujourd'hui, certaines de ces controverses ne sont plus un problème. Les traités de protection des investissements et le droit international coutumier obligent désormais les États hôtes à protéger les investissements étrangers de telle sorte que toute expropriation doit être effectuée selon certaines règles. Ainsi, lorsqu'une mesure prise par un État est catégorisée comme une expropriation directe ou indirecte (en utilisant des critères de définition), alors elle doit répondre à au moins trois critères de légalité : (1) elle doit avoir été promulguée dans l'intérêt public ; (2) elle ne doit pas être discriminatoire et ; (3) elle doit être accompagnée d'une indemnisation pour les investisseurs affectés. En conclusion, bien que le principe du « traitement juste et équitable » joue un rôle crucial dans la protection des investisseurs étrangers, son interprétation et son application ont soulevé des débats significatifs. Ces débats conduisent à des changements et réformes en cours dans le droit international de l'investissement.

□ **I. Le déni de justice et le « due process »**<sup>1</sup>

Le « déni de justice » est un principe fondamental du droit international de l'investissement. Il incarne la mauvaise administration de la justice par les tribunaux locaux.

Le déni de justice se produit lorsque l'accès à la justice est refusé, lorsque les procédures judiciaires sont indûment retardées, lorsque l'administration de la justice est gravement insuffisante, ou lorsque les décisions judiciaires sont clairement inadéquates et discréditables.

Les actes interdits du pouvoir judiciaire national tournent principalement autour de l'accès à la justice, de la discrimination et de l'exécution lente ou inexistante des décisions de justice favorables à un investisseur étranger.

Le déni de justice peut concerner les procédures pénales. Le tribunal dans l'affaire Tokios Tokelés a souligné les violations des principes fondamentaux de conduite dans les

---

<sup>1</sup> « Le concept de due process est apparu au Royaume-Uni, puis aux États-Unis dans le domaine du droit constitutionnel, comme un moyen de garantir le respect des droits d'une personne en conflit avec l'État. Ce concept a ensuite été étendu à d'autres organisations, qu'il s'agisse d'administrations, d'institutions ou d'entreprises privées. Le due process peut être défini comme l'ensemble des moyens assurant la mise en œuvre de limites éthiques à l'autorité. L'adoption d'un due process a pour effet de limiter l'exercice du pouvoir d'une organisation mais permet dans le même temps de le légitimer. L'existence d'un due process est supposée garantir le respect de contraintes démocratiques lors du processus de prise de décision. », dans, LE MANH Anne, « Une analyse du due process dans le cadre de la normalisation comptable : le cas du projet de comprehensive income par l'IASB », Comptabilité Contrôle Audit, 2012/1 (Tome 18), p. 93-120.

procédures pénales comme une manifestation du déni de justice. Le déni de justice peut également concerner les procédures administratives nationales. C'était notamment le cas dans l'affaire Metalclad c. Mexique, où les autorités administratives mexicaines ont injustement refusé d'accorder un permis à un investisseur étranger.

□ **II. Une conduite arbitraire ou déraisonnable**

Une deuxième dimension de la FET est l'interdiction des comportements « arbitraires » ou « déraisonnables » de l'État qui interfèrent avec l'investissement d'un investisseur étranger. Bien qu'ils ne soient pas toujours cohérents, les tribunaux arbitraux utilisent normalement le terme « arbitraire » pour désigner l'absence de justification politique rationnelle des mesures affectant négativement un investisseur étranger. Utilisé dans le sens d'un manque de rationalité, l'« arbitraire » recoupe des concepts tels que le « caractère raisonnable » et la « proportionnalité ».

□ **III. Les attentes légitimes (« legitimate expectations ») et la stabilité du cadre juridique**

Le concept de la protection des attentes légitimes des investisseurs est un aspect crucial du principe du traitement juste et équitable (FET). Cependant, les tribunaux d'investissement varient dans leur interprétation et leur application de ce principe. Un facteur clé pour déterminer la légitimité des attentes est de savoir si elles sont fondées sur un engagement spécifique pris par l'État d'accueil envers l'investisseur. En outre, ces attentes doivent être raisonnables compte tenu des circonstances. La crise financière argentine de 2001 en est un exemple notable : le peso argentin était rattaché au dollar américain et de nombreux contrats d'investissement étaient libellés en dollars. Lorsque l'Argentine a démantelé le régime de convertibilité des devises, elle a modifié les conditions des licences de distribution de gaz pour les investisseurs étrangers. Ces licences garantissaient explicitement le paiement en dollars américains et l'indexation sur le marché du gaz américain. Lors de procédures d'arbitrage ultérieures, les détenteurs étrangers de licences ont fait valoir avec succès que les actions de l'Argentine violaient leurs attentes légitimes en ne tenant pas compte de ces engagements spécifiques. Cet exemple souligne l'importance des engagements spécifiques pour déterminer la légitimité des attentes des investisseurs en vertu du principe FET.

### □ C. Les clauses Parapluie

La cinquième protection substantielle que nous examinons est la clause parapluie, incluse dans environ la moitié de tous les traités d'investissement. Une clause parapluie typique se trouve dans le TBI Suisse-Pakistan : [L]'une ou l'autre Partie contractante garantit en permanence le respect des engagements qu'elle a pris en ce qui concerne les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante. Cette clause couvre d'un « parapluie » protecteur les « engagements » ou les « obligations » que les États hôtes ont pris en ce qui concerne les investissements étrangers. Ce faisant, elle fonctionne comme une sorte de disposition « fourre-tout », obligeant potentiellement les États d'accueil à se conformer à une myriade d'obligations allant au-delà de celles énoncées dans le l'accord d'investissement lui-même - notamment les obligations contenues dans les contrats entre investisseurs et États. Cependant, comme c'est le cas pour les FET, l'effet précis des clauses parapluies est très contesté. L'importance pratique des débats sur l'effet de la clause parapluie est mieux illustrée par un exemple : Le pays A signé un contrat avec l'investisseur étranger B pour la construction d'une centrale électrique dans le pays A. Ce contrat est régi par le droit du pays A. Le pays A prétend que B n'a pas construit la centrale électrique selon les spécifications convenues dans le contrat et refuse de payer le dernier versement pour la construction de la centrale. En conséquence, A ou B - ou les deux - peuvent être en infraction avec le contrat d'investissement et peuvent exercer des recours contractuels devant le forum qu'ils ont convenu d'utiliser pour la résolution des litiges contractuels. Il peut s'agir de tribunaux nationaux ou d'un arbitrage contractuel, mais, quel que soit le forum choisi, la cour ou le tribunal devra résoudre le litige sur la base des droits et obligations prévus dans le contrat. Les clauses parapluies peuvent modifier cette situation à deux égards : premièrement, en ce qui concerne le forum dans lequel les litiges sont résolus et, deuxièmement, en ce qui concerne la loi applicable.



## □ CHAPITRE II : L'INTERACTION ENTRE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

Sous le titre « l'interaction entre l'arbitrage international des investissements et la lutte contre la corruption » ce chapitre examine les affaires CIRDI et la CCI qui impliquent des allégations de corruption. Les affaires sélectionnées ont été considérées comme illustratives pour discuter des questions de droit applicable et de preuve en cas d'allégations criminelles ; il ne s'agit pas d'une liste exhaustive (section 1). Les stratégies de l'État d'accueil pour contrer les demandes de l'investisseur étranger une nouvelle ère dans l'arbitrage international des investissements (section 2).

### □ Section 1 : L'examen des allégations de corruption dans le cadre de l'arbitrage en matière d'investissement

#### □ §1. La corruption, une préoccupation croissante dans l'arbitrage international

##### □ A. Contrats entachés par la corruption et la validité de la convention d'arbitrage

##### □ A. Le contrat entaché de corruption

En raison de la diversité des illégalités et des accords illégitimes, l'illégalité est un domaine très complexe du droit des contrats. Certaines illégalités se manifestent dans le contrat et d'autres non. La seconde catégorie englobe «diverses formes de contrats de courtage, de parrainage, d'agence, de conseil et les contrats d'intermédiaire». Ces accords peuvent être entachés par des paiements de commissions qui servent des engagements illicites.

*« La première catégorie, celle des manifestations de l'illégalité dans le contrat, comprend :*

*«Il s'agit d'un acte criminel, d'un acte interdit par la loi (même s'il n'est pas criminel) et d'un acte considéré comme contraire à l'ordre public.... Lorsqu'un acte est qualifié d'illicite ou contraire à l'ordre public, il est généralement considéré comme non exécutable». »<sup>1</sup>*

Ces actes relèvent des bonnes mœurs, comme « l'interdiction de la piraterie, du terrorisme, de l'esclavage, de la contrebande et du trafic de drogue », Par conséquent, dans le

---

<sup>1</sup> Art 96 – 97 code civile Algerian



contexte de la corruption, un contrat qui favorise la corruption ou qui est entaché de corruption est contraire à l'ordre public et n'est pas censé être exécutoire en raison de son caractère inapproprié, de sa violation des normes et des coutumes et de son antagonisme avec le droit moderne.

Dans l'arbitrage international, les trois critères suivants sont pris en compte en priorité pour déterminer si un acte illicite a été commis et si le contrat concerné est valide : le droit national, l'ordre public international et le consentement vicié.

En premier lieu, le droit national est un élément essentiel à prendre en compte pour déterminer si un acte est illicite et, par conséquent, si le contrat en question est valable. En ce qui concerne l'influence du droit national, il est utile d'illustrer comment les législations nationales varient dans la définition des actes de corruption. Dans ce contexte une question fait surface : comment les législations nationales abordent le trafic d'influence et les paiements de facilitation.

Le trafic d'influence (« intermediary agreement ») est défini comme le fait d'user de son influence au sein du gouvernement ou d'exploiter ses relations avec des personnes exerçant une autorité pour obtenir des faveurs ou un traitement privilégié pour une tierce partie, généralement en échange d'une somme d'argent. Ces accords ne sont pas illicites en soi. L'illégalité de ces accords dépend des motivations des parties à conclure l'accord. Par exemple, le lobbying (aux USA) constitue un trafic d'influence lorsqu'il est exercé par d'anciens fonctionnaires ayant des liens avec des fonctionnaires actuels. Lorsque le lobbying est évalué au regard du droit national des États-Unis, il est tout à fait légal et, de plus, il est considéré comme faisant partie intégrante du système politique américain.

#### □ **B. La convention d'arbitrage**

Les conventions internationales sur l'arbitrage qui ont déjà été mentionnées, ainsi que de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), exigent toutes qu'une convention d'arbitrage soit « écrite ». La raison de cette exigence est évidente. Une convention d'arbitrage valide exclut la compétence des tribunaux nationaux et signifie que tout litige entre les parties doit être résolu par une méthode privée de résolution des litiges, autrement dit l'arbitrage. Il s'agit d'une démarche sérieuse, même si elle est devenue de plus en plus

courante. Il existe donc de bonnes raisons de veiller à ce que l'existence d'un tel accord soit clairement établie. <sup>1</sup>

*« L'article II, paragraphe 2, de la convention de New York définit le terme « écrit » comme suit : L'expression « convention écrite » comprend une clause compromissoire insérée dans un contrat ou une convention d'arbitrage, signée par les parties ou contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes. »*

L'exigence de signature des parties a posé des problèmes dans certains États, mais la plupart des États considèrent qu'une signature n'est pas obligatoire, à condition que la convention d'arbitrage soit rédigée par écrit. <sup>2</sup>

L'ordre public international serait fortement opposé à l'idée qu'une entité publique, lorsqu'elle a affaire à des parties étrangères, puisse ouvertement, sciemment et volontairement conclure une convention d'arbitrage, sur laquelle son contractant s'appuierait, pour ensuite prétendre, que ce soit au cours de la procédure arbitrale ou lors de l'exécution de la sentence, que son propre engagement est nul. <sup>3</sup>

□ **Le contrat ayant donné lieu au litige**

□ **Les contrats d'agence <sup>4</sup> « Agency agreement »**

Dans les contrats commerciaux internationaux, les commettants confient souvent la tâche d'obtenir un contrat à un agent. Ces contrats concernent généralement des projets de construction, d'ingénierie, de fourniture, de montage ou des projets clés en main qui font l'objet d'un appel d'offres de la part d'une entité gouvernementale ou d'un organisme public dans le pays importateur. Bien que l'utilisation d'un intermédiaire soit implicite dans ces contrats, le terme « intermédiaire » est écarté en raison de restrictions juridiques et de la volonté de

---

<sup>1</sup> A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, January 1, 2004, p.130.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> J.D.H. KARTON, *The Culture of International Arbitration and The Evolution of Contract Law*, s.l., Oxford University Press, 7 mars 2013, p. 59, disponible sur <https://academic.oup.com/book/8905> (Consulté le 17 avril 2023).

<sup>4</sup> « Les contrats dits « d'agence » sont des contrats de représentation (ex., mandat, commission) aux termes desquels une personne, physique ou morale, dénommée agent est « investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant) soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de la vente de biens ou de services fournis par le commettant «.» disponible sur : <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/contrat-d-agence>

présenter le contrat comme une opération commerciale ordinaire. Ces contrats, appelés contrats d'agence ou de conseil, contrats d'assistance, contrats de parrainage ou de courtage, sont généralement consignés par écrit afin de garantir leur applicabilité en cas de litige. Des formulaires standards sont souvent utilisés pour définir les droits et les obligations des deux parties concernées.<sup>1</sup>

#### □ **Les services attribués à l'agent**

Dans le cadre de ce type de contrat, l'agent est chargé de fournir divers services afin d'aider le commettant à obtenir les principaux contrats dans le pays d'importation. Ces services peuvent inclure des études de marché, une assistance à la préparation des offres, l'organisation de réunions, la fourniture d'informations sur le projet, des conseils sur les réglementations locales et la réalisation d'enquêtes techniques ou économiques. L'accord stipule explicitement que ces services sont directement liés à l'objectif de remporter le contrat principal. Cependant, il peut également y avoir des services supplémentaires qui ne sont pas explicitement énumérés mais qui sont implicites, tels que l'utilisation de l'influence au profit du donneur d'ordre. Le langage utilisé dans le contrat peut refléter les exigences des lois locales sur les marchés publics, en particulier dans des régions comme celle du Golfe où les relations d'agence sont courantes pour les entrepreneurs étrangers. Il convient de noter que l'agent, qui est souvent une société offshore sans structure formelle, peut ne pas sembler capable d'effectuer certaines enquêtes coûteuses énumérées dans le contrat. Dans ces cas, la longue liste de services sert davantage à justifier la rémunération de l'agent qu'à établir ses obligations réelles.<sup>2</sup>

#### □ **La rémunération de l'agent**

Dans ce scénario, l'agent est rémunéré sur la base d'un pourcentage lié à la valeur du contrat principal attribué au commettant. Il est important de noter que les honoraires de l'agent ne sont payables que si le contrat principal est attribué au commettant, et qu'il n'y a pas de remboursement des coûts si le contrat n'est pas attribué. En fait, l'agent assume le risque non seulement de ne pas toucher ses honoraires, mais aussi de supporter les coûts de ses services si

---

<sup>1</sup> K. KARSTEN, A. BERKELEY et ICC INSTITUTE OF WORLD BUSINESS LAW (éds.), *Arbitration: money laundering, corruption and fraud*, Dossiers / ICC Institute of World Business Law, n° no. 651, Paris, ICC Pub, 2003, p. 109.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 110.

le commettant n'est pas l'adjudicataire. Si le contrat principal est attribué au commettant, les honoraires de l'agent sont généralement calculés comme une part proportionnelle des paiements effectués au commettant par l'employeur dans le cadre du contrat principal. Cela signifie que le paiement ne dépend pas de la qualité ou de la quantité des services de l'agent, mais uniquement du succès de l'opération commerciale. Il convient de noter que si le professionnalisme de l'agent peut contribuer au succès commercial, il peut rester impayé si le contrat est attribué à un autre soumissionnaire. Ces facteurs renforcent encore l'idée que l'agent est un intermédiaire. Si l'agent n'était qu'un prestataire de services, tel qu'un consultant, il serait rémunéré sur la base des services rendus, indépendamment du résultat commercial. On peut donc en déduire que l'agent a été chargé par le commettant de créer des liens avec un tiers susceptible d'influencer la décision relative à l'attribution du marché principal.<sup>1</sup>

#### □ **Le montant de la rémunération**

L'un des aspects les plus remarquables de ce contrat d'agence est la disposition relative à la rémunération ou à la commission de l'agent. Ce qui frappe, c'est que le montant indiqué est souvent disproportionné par rapport aux services décrits dans le contrat. Il est évident qu'aucun service ne peut justifier à lui seul une somme aussi importante, qui représente généralement une part significative du prix du contrat principal. Cela permet de conclure que la rémunération est destinée à couvrir les intérêts d'une autre entité, probablement liée aux personnes qui ont le pouvoir d'attribuer le marché principal à un soumissionnaire particulier plutôt qu'à quelqu'un d'autre.<sup>2</sup>

#### □ **La clause du droit applicable**

Un aspect important de ces contrats est l'inclusion d'une clause de droit applicable, qui désigne le droit applicable comme étant celui d'un pays tiers, distinct du pays où le contrat principal est exécuté. Cette disposition est courante, sauf si le pays d'exécution autorise ou impose le recours à des intermédiaires, comme c'est le cas dans la région du Golfe. Dans de nombreux cas, les parties optent pour le droit suisse comme droit étranger. Cette préférence peut s'expliquer par le fait que le droit suisse autorise l'utilisation d'agents dans les marchés

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 112.

publics, même si la corruption reste punissable. En outre, la Suisse est souvent le lieu désigné pour l'arbitrage prévu dans le contrat. <sup>1</sup>

□ **La convention d'arbitrage**

La présence dans le contrat d'une clause soumettant les litiges à l'arbitrage international, dont le lieu est situé dans un pays tiers, est un choix délibéré. Cette préférence peut être attribuée au fait que les arbitres ne disposent pas des mêmes pouvoirs d'investigation qu'un juge national et qu'ils n'appliquent pas le même niveau de preuve. Le commettant et l'agent sont sans aucun doute conscients du fait qu'un juge national pourrait être plus disposé à enquêter de manière indépendante sur la nature de leur contrat, indépendamment du fait que les parties soulèvent elles-mêmes la question dans leur contrat ou au cours de la procédure. Pour éviter un tel scénario, les parties préfèrent régler leurs différends par le biais d'une sentence arbitrale. Cette méthode garantit la confidentialité tout au long de la procédure, contrairement aux procédures judiciaires devant les tribunaux nationaux, qui ne bénéficient pas d'une telle protection. <sup>2</sup>

□ **La pratique arbitrale en matière de corruption (ICC)**

□ **L'affaire ICC no. 3913 de 1981** <sup>3</sup>

Dans cette affaire, les parties impliquées sont une société anglaise, le demandeur, et un entrepreneur français, le défendeur. Le droit applicable au fond de l'affaire est le droit français. L'objet du litige est un contrat impliquant le paiement de « commissions illicites », qui est considéré comme nul et non avenu. Le résumé des faits révèle que le contractant français a demandé l'aide de la société britannique pour obtenir des contrats auprès du gouvernement d'un pays africain. Le demandeur a accepté de fournir des services pour faciliter l'attribution des contrats, et en retour, le défendeur a accepté de payer une commission de 8 % du montant du contrat. Cependant, les preuves présentées au tribunal arbitral ont indiqué que la commission visait à être utilisée comme des pots-de-vin, jugés illicites et immoraux en vertu du droit français. Par conséquent, le tribunal a conclu que l'accord était nul et non avenu, et que les

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>3</sup> Bruno Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international. », *Journal du Droit International*, 1987, pp. 9-11

parties ne pouvaient faire valoir aucun droit en vertu de ce contrat, en raison à la fois de l'ordre public interne français et du concept d'ordre public international. Par conséquent, la demande du requérant a été rejetée.

□ **L'affaire ICC no. 3916 de 1982** <sup>1</sup>

Dans cette affaire, le tribunal arbitral était composé d'un arbitre unique et les parties impliquées étaient le directeur d'un département de l'État d'Iran en tant que demandeur et une société grecque en tant que défendeur. Le lieu de l'arbitrage était Paris et le droit applicable au fond était le droit français. L'objet du litige était un contrat jugé contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ce qui le rendait nul et non avenue. Le résumé des faits révèle que le demandeur, au nom d'un groupe, a offert des informations et des conseils au défendeur pour l'aider à obtenir des commandes des autorités iraniennes. Le défendeur était tenu de verser au demandeur une commission sur toutes les commandes passées dans le cadre du contrat. Cependant, en raison de la révolution iranienne de 1979, les activités du défendeur en Iran ont cessé et il n'a payé que partiellement les commissions promises. Le raisonnement du tribunal a mis en évidence la prévalence de la corruption et du trafic d'influence en Iran au cours de la période concernée. Le tribunal a trouvé suspect que le demandeur ait pu obtenir des contrats pour le défendeur sans fournir d'explications ou de détails sur ses activités. En fin de compte, l'arbitre a conclu que les activités du demandeur visaient à exercer une influence sur les décideurs en Iran. En appliquant les lois françaises et iraniennes, l'arbitre s'est référé au principe juridique général reconnu par les nations civilisées selon lequel les contrats qui violent les normes morales ou l'ordre public international sont nuls et non avenues ou ne peuvent pas être exécutés. En conséquence, la demande du demandeur a été rejetée.

□ **Sentence intérimaire et sentence finale dans l'affaire ICC no. 4145 de 1983, 1984 et 1986** <sup>2</sup>

Cette affaire concerne un litige entre un pays du Moyen-Orient (le demandeur) et une entreprise de construction d'Asie du Sud (le défendeur) au sujet d'un contrat de consultance. Le

---

<sup>1</sup> La sentence de la CCI n° 3916, Coll. ICC Arb. 1982, 507 et s, disponible sur : . [https://www.trans-lex.org/203916/highlight\\_ICC\\_no.\\_3916/icc-award-no-3916-coll-icc-arb-awards-1982-507-et-seq/](https://www.trans-lex.org/203916/highlight_ICC_no._3916/icc-award-no-3916-coll-icc-arb-awards-1982-507-et-seq/)

<sup>2</sup> Sentences intermédiaires et sentence finale de 1983, 1984 et 1986 dans l'affaire n°. 4145, disponible sur : [https://www.trans-lex.org/204145/highlight\\_ICC\\_no.\\_4145/icc-award-no-4145-yca-1987-at-97-et-seq/](https://www.trans-lex.org/204145/highlight_ICC_no._4145/icc-award-no-4145-yca-1987-at-97-et-seq/)

défendeur a conclu l'accord avec le demandeur dans l'espoir de remporter un appel d'offres. L'accord décrivait les services à fournir par le demandeur, notamment des conseils, une orientation et une assistance pour promouvoir et favoriser la vente de projets. Le demandeur a allégué que le défendeur n'avait pas payé le montant total dû en vertu du contrat, ce qui a donné lieu à l'ouverture d'une procédure d'arbitrage. Dans la première sentence intérimaire, le tribunal arbitral a déterminé qu'il était compétent pour statuer sur l'affaire, indépendamment de la validité du contrat lui-même. Dans la deuxième sentence intermédiaire, le tribunal n'a trouvé aucune preuve de corruption et a conclu que l'accord était valable en vertu du droit suisse. Enfin, dans la sentence finale, le tribunal a abordé la question du quantum et a ordonné au défendeur de payer un montant déterminé au demandeur.

▫ **L'affaire ICC no. 5622 ; sentence d'août 1982 (annulée) et la deuxième sentence d'avril 1992 (affaire Hilmarton).<sup>1</sup>**

Cette affaire concerne un litige entre une société anglaise, Hilmarton, et une société française, OTV, au sujet d'un contrat avec les autorités algériennes. OTV a conclu un accord avec Hilmarton, en vertu duquel Hilmarton devait fournir des conseils juridiques et fiscaux à OTV en échange d'une commission. Or, OTV n'a versé à Hilmarton que 50 % de la commission convenue. L'arbitre unique a examiné si des pots-de-vin avaient été versés et si la violation de la loi algérienne interdisant le recours à des intermédiaires dans les marchés publics était contraire à l'ordre public international ou suisse. L'arbitre a conclu qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes pour prouver le paiement de pots-de-vin, mais que la violation de la loi algérienne était contraire à l'ordre public international et suisse, ce qui rendait le contrat nul et non avenu. Hilmarton a contesté la sentence et la Cour de justice du canton de Genève l'a annulée en déclarant que la violation du droit étranger n'impliquait pas une violation des normes morales suisses. Le Tribunal fédéral suisse a approuvé l'annulation. Hilmarton a alors repris l'arbitrage selon le droit suisse et un nouvel arbitre a rendu une sentence déclarant le contrat valide. La première sentence a été exécutée en France, bien qu'elle ait été annulée en Suisse, tandis que la seconde a été exécutée en Grande-Bretagne.

---

<sup>1</sup> La sentence finale dans l'affaire n° 5622 de 1988, disponible sur : [https://www.trans-lex.org/205622/highlight\\_ICC\\_no\\_5622/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq-/](https://www.trans-lex.org/205622/highlight_ICC_no_5622/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq-/)

□ **L'affaire ICC no. 5943 de 1990**<sup>1</sup>

Dans cette affaire, un arbitre a été désigné pour résoudre un conflit entre deux parties en vertu du droit coréen. Le litige découlait d'un contrat dans lequel les parties déclaraient leur intention de créer une société commune pour la construction et la gestion d'un hôtel. Cependant, il a été découvert que certains paiements effectués par le demandeur étaient en fait destinés à rémunérer un consultant pour l'obtention d'un contrat d'armement. Comme l'intention réelle des parties différait des termes de l'accord, l'arbitre a déclaré le contrat nul et non avenue en vertu du droit coréen. L'arbitre a rejeté la demande de remboursement du demandeur, déclarant que le demandeur n'avait aucun droit légal à la restitution d'un paiement illicite. L'arbitre n'a pas tenu compte de l'ordre public international ou des principes de lutte contre la corruption, mais s'est uniquement appuyé sur les dispositions du code civil coréen.

□ **§.1 Les tribunaux arbitraux (CIRDI) refusent de donner suite aux arguments relatifs à la corruption**

□ **A. Methanex c. United States**

Dans le cas de Methanex, qui alléguait une violation des obligations découlant du chapitre 11 de l'ALENA, le tribunal a rejeté les trois arguments avancés par Methanex et s'est prononcé en faveur des États-Unis. Methanex a affirmé que l'interdiction du MTBE violait l'obligation de traitement national, qui exige que les investisseurs étrangers ne soient pas traités moins favorablement que les investisseurs nationaux dans des circonstances similaires. Methanex a également fait valoir que l'interdiction violait l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs protégés et l'obligation de ne pas exproprier sans compensation.

Toutefois, le tribunal a rejeté chacun de ces arguments et a statué en faveur des États-Unis. Il a estimé que l'interdiction du MTBE ne violait pas l'obligation de traitement national, car il existait des raisons légitimes de traiter différemment les investisseurs nationaux et étrangers. En outre, la décision Methanex a été la première décision publiée dans laquelle le

---

<sup>1</sup> La sentence finale dans l'affaire ICC n° 5943 de 1990, disponible sur : [https://www.trans-lex.org/196594/highlight\\_iCC\\_no\\_5943\\_de/hascher-dominique-note-to-icc-award-no5943-clunet-1996-at-1017-et-seq/](https://www.trans-lex.org/196594/highlight_iCC_no_5943_de/hascher-dominique-note-to-icc-award-no5943-clunet-1996-at-1017-et-seq/)



Tribunal a accordé l'intégralité des dépens à l'État partie défendeur à la suite de la sentence finale rendue en sa faveur.

□ **B. EDF c. Romania**

Cette affaire concerne un litige entre EDF (Services) Limited (EDF), une société constituée dans le bailliage de Jersey, et la Roumanie. La base juridique des réclamations est l'accord bilatéral d'investissement entre la Roumanie et le Royaume-Uni, qui s'étend aux ressortissants des dépendances de la Couronne du Royaume-Uni. EDF avait créé deux entreprises communes avec des entreprises publiques roumaines, ASRO et SKY, dans le but de construire et d'exploiter des aéroports et de vendre en vol des marchandises et des services hors taxes. Cependant, la Roumanie a résilié les deux contrats en 2002, ce qui a conduit EDF à affirmer que la Roumanie avait violé le TBI en expropriant son investissement pour des raisons arbitraires. EDF a allégué que la Roumanie avait demandé un pot-de-vin de 2,5 millions de dollars américains, qu'elle a refusé de payer, et que la Roumanie s'est ensuite engagée dans des actions qui ont porté préjudice à l'investissement d'EDF. EDF a fait valoir que ces actions violaient l'obligation de la Roumanie d'accorder un traitement juste et équitable en vertu du TBI. La Roumanie, quant à elle, a fait valoir qu'une enquête menée par l'autorité roumaine de lutte contre la corruption n'avait pas permis de trouver des preuves suffisantes pour étayer les allégations de corruption d'EDF et que la cour d'appel de Bucarest avait rejeté les allégations d'EDF dans un arrêt définitif. La Roumanie a également affirmé que le comportement des sociétés AIBO et TAROM, impliquées dans le litige, n'était pas imputable à la Roumanie.<sup>1</sup>

□ **I. L'attribution de la conduite des entreprises à la Roumanie**

Le projet de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État a examiné les actions de l'AIBO et du TAROM, qui pourraient être attribuées à la Roumanie en vertu des articles 4, 5 ou 8.<sup>2</sup> Le Tribunal a rejeté l'attribution au titre des articles 4 et 5 parce

---

<sup>1</sup> EDF v. Romania, ICSID CASE NO. ARB/05/13, 08/10/2009, disponible sur:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>

<sup>2</sup> « L'art. 4 de la CDI 2001 se lit comme suit 1) Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la place qu'il occupe dans l'organisation de l'État et quel que soit son

que l'AIBO et le TAROM avaient des personnalités juridiques distinctes en vertu du droit roumain et ne pouvaient pas être considérés comme des organes de l'État. Cependant, il a déclaré que le comportement d'AIBO et de TAROM était attribuable à la Roumanie en vertu de l'article 8 parce qu'ils ont agi sous la direction et le contrôle de l'État dans l'exécution des contrats ASRO et SKY. Le Tribunal a constaté que le comportement d'AIBO et de TAROM visait à mettre fin aux accords contractuels avec EDF et ASRO. Le Tribunal a également examiné si les actes attribuables à la Roumanie violaient le TBI, convenant avec EDF qu'une demande de pots-de-vin par un organisme public violerait l'obligation de traitement juste et équitable en vertu du TBI et de l'ordre public international.<sup>1</sup>

□ **II. La demande présumée de pots-de-vin**

Le Tribunal a jugé que les actions de la Roumanie violaient l'accord bilatéral d'investissement, convenant avec EDF que la demande de pots-de-vin par une agence d'État violerait l'obligation de traitement juste et équitable en vertu de l'accord bilatéral d'investissement et de l'ordre public international, et a conclu que :

*« En tout état de cause, la corruption doit être prouvée et elle est notoirement difficile à prouver car, en général, il n'y a que peu ou pas de preuves matérielles. La gravité de l'accusation de corruption en l'espèce, compte tenu du fait qu'elle implique la participation de fonctionnaires au plus haut niveau du gouvernement roumain à l'époque, exige des preuves claires et convaincantes. Les tribunaux internationaux et les commentateurs s'accordent généralement sur la nécessité d'un niveau de preuve élevé en matière de corruption. Les preuves présentées au Tribunal dans la présente affaire concernant la sollicitation présumée d'un pot-de-vin sont loin d'être claires et convaincantes. »<sup>2</sup>*

---

caractère d'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. (2) Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut conformément au droit interne de l'État. »

« L'art. 5 de la CDI 2001 se lit comme suit Le comportement d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au sens de l'article 4 mais qui est habilitée par la législation de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, à condition que cette personne ou entité agisse en cette qualité dans le cas d'espèce. »

« Article 8 of the DTA 2001 reads as follows The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if that person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out that conduct. »

<sup>1</sup> EDF c. Roumanie, ICSID CASE NO. ARB/05/13.

<sup>2</sup> *Ibid.*

Le Tribunal a constaté que la déclaration de M. Weil a été contredite par M. Tesu et que les témoignages de M. Katz étaient incohérents et douteux, en partie fondés sur des preuves par ouï-dire. Le défendeur a suggéré qu'un message électronique envoyé à M. Weil, faisant état d'une sollicitation de pots-de-vin par Mme Iacob, aurait pu être manipulé. Le Tribunal n'a pas admis une cassette audio comme nouvelle preuve. La déclaration du témoin de Mme Iacob, niant la demande de pot-de-vin, n'était pas non plus claire et convaincante. Les enquêtes de la DNA sur la corruption et l'examen des tribunaux roumains ont abouti au rejet des allégations d'EDF. Le Tribunal a conclu qu'il incombait à EDF de prouver ses allégations et qu'elle n'avait pas produit de preuves claires, évitant ainsi une violation du traitement juste et équitable en vertu de l'accord bilatéral d'investissement.<sup>1</sup>

### □ III. L'admissibilité de certains éléments de preuve

En avril 2008, EDF a demandé au Tribunal d'admettre comme nouvelle preuve un enregistrement audio et une transcription obtenue d'un journaliste du Financial Times. La bande enregistre une conversation privée entre Mme Iacob et M. Katz datant d'octobre 2001, au cours de laquelle elle aurait demandé un pot-de-vin. La Roumanie a soutenu que la nouvelle preuve ne devait pas être admise pour trois raisons : EDF y avait accès dès l'enregistrement, EDF a agi de mauvaise foi en retenant la bande pendant sept ans, la bande a été obtenue illégalement et la bande n'a pas été authentifiée, elle est incomplète et a été manipulée. EDF a fait valoir qu'elle ignorait comment l'enregistrement avait été créé et qu'elle l'avait simplement obtenu du journaliste du Financial Times. Le Tribunal a conclu qu'EDF ne s'était pas acquittée de la charge de la preuve de l'authenticité de l'enregistrement audio, contestée par la Roumanie. L'enregistrement était incomplet et comportait des discontinuités, et seul l'enregistrement original permettait d'établir l'authenticité et l'absence de montages numériques. Le Tribunal a également estimé que l'enregistrement de la conversation privée sans le consentement de Mme Iacob était contraire aux principes de bonne foi et de loyauté dans l'arbitrage international. Le tribunal a rejeté l'admission des nouvelles preuves, décidant à l'unanimité que la Roumanie n'avait pas violé l'accord bilatéral d'investissement et a rejeté toutes les demandes d'EDF. EDF

---

<sup>1</sup> EDF c. Roumanie, , ICSID CASE NO. ARB/05/13

a été condamné à payer 6 millions de dollars à la Roumanie pour ses frais de justice et autres coûts.<sup>1</sup>

#### □ **IV. L'analyse**

EDF v. Romania est une affaire unique dans laquelle les allégations de corruption se concentrent sur la sollicitation d'un pot-de-vin plutôt que sur le paiement de pots-de-vin. Le demandeur a soulevé les allégations de corruption en invoquant une violation de l'obligation de traitement juste et équitable prévue par l'ABI. Le Tribunal a invoqué le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour décider si le comportement des sociétés AIBO et TAROM était imputable à l'État roumain. Le Tribunal ne s'est pas appuyé sur les conventions internationales ou les lois nationales traitant de la corruption, mais a déclaré qu'une demande de pot-de-vin par le défendeur violerait l'exigence de traitement juste et équitable de ABI et l'ordre public international. Le Tribunal a exigé des preuves «claires et convaincantes» de la corruption, arguant qu'il existait un consensus général parmi les tribunaux internationaux et les commentateurs quant à la nécessité d'un niveau élevé de preuve de la corruption. Le Tribunal a interrogé les témoins du défendeur, mais a estimé que leurs déclarations étaient en partie contradictoires ou incohérentes. Le Tribunal n'a pas admis l'enregistrement éventuellement manipulé d'une conversation privée, arguant que cela irait à l'encontre de l'équité procédurale confirmée par l'article 9, paragraphe 2, point g), de la Convention européenne des droits de l'homme. 9(2)(g) de l'IBA Rules of Evidence. L'affaire était potentiellement décisive du fait qu'une enquête nationale sur la corruption en Roumanie n'avait trouvé aucune preuve de corruption, et la Cour d'appel de Bucarest a rendu un jugement définitif à cet égard.<sup>2</sup>

#### □ **C. African Holding c. Republic Democratic du Congo (2008)**

Cette affaire concerne deux demandeurs, African Holding Company of America, Inc. («African Holding») et la société congolaise Société africaine de construction au Congo SARL («SAFRICAS»), et le défendeur, la République démocratique du Congo («RDC»). L'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a

---

<sup>1</sup> EDF c. Roumanie, , ICSID CASE NO. ARB/05/13

<sup>2</sup> K. Betz, Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration, Cambridge University Press, August 31, 2017, p.96.

été initié sur la base de l'accord de 1984 entre la République démocratique du Congo et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

□ **I. Les contrats présumés entachés par des pratiques de corruption**

Dans cette affaire, le défendeur accuse l'administration d'avoir attribué des contrats sans appel d'offres public, ce qui n'est autorisé par la loi congolaise que pour des transactions d'un montant total maximum de 5 000 dollars américains. Or, SAFRICAS a obtenu des contrats d'une valeur totale de 1 700 555 USD, ce qui, selon la RDC, est illégal et suggère des actes de corruption et des paiements illicites. D'autre part, les demandeurs soutiennent que le montant total maximum de 5 000 USD ne s'est appliqué que dans un cas sur quatorze. Ils soutiennent que l'attribution des contrats sans appel d'offres public était légitime parce que SAFRICAS était la seule société capable d'exécuter le projet. <sup>1</sup>

□ **II. Le standard de preuve appliqué**

Dans cette affaire, le tribunal arbitral a souligné la gravité des pratiques de corruption et a exigé des preuves irréfutables de ces pratiques, à l'instar de ce qui serait exigé dans le cadre d'une procédure pénale. Or, le Tribunal a constaté que la République démocratique du Congo (RDC) n'avait pas apporté de telles preuves dans cette affaire et que ses allégations étaient fondées sur des considérations générales concernant le régime de Mobutu et les événements politiques qui l'ont entouré. Le Tribunal s'est également référé à une affaire antérieure, *World Duty Free c. Kenya*, qui a confirmé que la compétence peut être déclinée en raison de pratiques de corruption si des preuves irréfutables sont fournies. Le Tribunal a noté que la partie défenderesse dans un arbitrage d'investissement invoque souvent des allégations de corruption pour tenter de décliner sa compétence ou d'influencer la décision sur le fond. Par conséquent, le Tribunal a conclu que la norme de preuve pour de telles allégations doit être particulièrement élevée. En fin de compte, le Tribunal a déterminé qu'il n'était pas compétent dans cette affaire en raison de l'aspect temporel. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> AFRICAN HOLDING COMPANY OF AMERICA, INC ET SOCIÉTÉ AFRICAINE DE CONSTRUCTION AU CONGO S.A.R.L. C. LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité, Affaire CIRDI No ARB/05/21, 29 juillet 2008, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0016.pdf>

<sup>2</sup> *Ibid.*

### □ **III. L'analyse**

Le Tribunal a brièvement examiné les allégations de corruption dans cette affaire, ce qui indique un manque de preuves à l'appui de ces allégations. Ces allégations étaient basées sur des considérations générales de la situation politique en RDC, plutôt que sur des preuves concrètes. Le Tribunal a reconnu que les allégations de corruption requièrent un niveau de preuve élevé, car elles ont été invoquées dans des affaires antérieures. Cependant, même avec un niveau de preuve moins élevé, tel que « plus probable qu'improbable », il est possible que les allégations du défendeur n'aient pas été retenues. Les allégations de corruption du défendeur n'étaient pas étayées et manquaient de preuves suffisantes, ce qui fait qu'il est difficile de plaider en faveur d'un niveau de preuve plus élevé dans les cas d'allégations de corruption.<sup>1</sup>

#### □ **D. TSA Spectrum c. Argentine (2008)**

Cette affaire concerne un litige entre Thales Spectrum de Argentina SA («TSA Spectrum»), une société argentine et une filiale de TSI Spectrum International NV, une société néerlandaise, et l'Argentine. Le litige résulte d'un contrat de concession attribué à TSA Spectrum en 1997 pour l'administration, la gestion et le contrôle d'un spectre radioélectrique. TSA Spectrum a déposé une demande d'arbitrage CIRDI en décembre 2004. En juillet 2001, l'Office argentin de lutte contre la corruption a inculpé de corruption certaines personnes associées à TSA Spectrum, à la suite d'un rapport anonyme sur des irrégularités présumées dans la procédure d'appel d'offres. En 2008, un juge fédéral a décidé de poursuivre deux personnes liées à TSA Spectrum pour complicité de fraude, mais a reporté sa décision sur les allégations de corruption.

#### □ **I. L'objection de l'Argentine à la compétence en matière de corruption**

Dans cette affaire, l'Argentine a soulevé quatre questions juridictionnelles concernant la compétence du Tribunal. Dans sa quatrième objection, l'Argentine affirme que TSA Spectrum, la société concernée, a obtenu le contrat de concession d'une manière qui n'était pas conforme au droit argentin. Par conséquent, l'Argentine affirme que la concession n'est pas protégée par l'ABI Pays-Bas-Argentine. Selon l'article 1(a) du TBI, un investissement doit être réalisé

---

<sup>1</sup> K. Betz, Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration, op. cit. p.86.

conformément aux lois et règlements de l'État d'accueil pour être considéré comme un investissement et bénéficiaire de la protection de ABI. L'Argentine allègue que TSA Spectrum fait l'objet d'une enquête pour corruption dans le cadre de l'attribution du contrat de concession en 1997, et que des personnes liées à la société ont été accusées d'infractions pénales. L'Argentine présente une déclaration écrite d'un témoin dans le cadre de la procédure pénale nationale comme preuve de corruption. D'autre part, TSA Spectrum soutient que la question de la corruption présumée devrait être tranchée par le tribunal CIRDI, et non par les tribunaux argentins. Elle affirme qu'il incombe à l'Argentine de prouver la corruption alléguée et que les accusations nationales sont sans fondement. TSA Spectrum affirme que les allégations de corruption dans une procédure d'arbitrage requièrent un niveau de preuve élevé, que l'Argentine n'a pas fourni. Elle affirme également que la question de la légalité d'un investissement devrait être abordée au cours de la phase de fond de la procédure et que les tribunaux ne se sont déclarés incompétents pour cause de corruption qu'en présence de preuves claires et convaincantes.<sup>1</sup>

□ **II. Les enquêtes pénales parallèles en Argentine**

Dans cette affaire, le Tribunal a reconnu que les enquêtes sur la corruption en Argentine étaient toujours en cours, mais qu'il ne pouvait pas déterminer définitivement si le contrat de concession avait été obtenu par des moyens illicites sur la base des éléments de preuve disponibles. En outre, le Tribunal a déclaré que s'il n'y avait pas d'autres obstacles à la compétence, il aurait examiné la quatrième objection sur le fond de l'affaire. Toutefois, dans la sentence finale, le Tribunal a décliné sa compétence, non pas en raison des allégations de corruption, mais parce qu'il a accepté la troisième objection de l'Argentine à la compétence, qui soutenait que TSA Spectrum n'était pas un ressortissant des Pays-Bas en raison de l'absence de « contrôle étranger ».<sup>2</sup>

□ **III. L'analyse**

En analysant les informations fournies, il est évident que le Tribunal ne s'est pas engagé dans une discussion approfondie des conventions internationales ou des lois nationales relatives à la corruption publique. En outre, il n'a pas pris en compte les sentences arbitrales antérieures

---

<sup>1</sup> TSA SPECTRUM DE ARGENTINA S.A. c. ARGENTINE REPUBLIC, , 19/12/2008, disponible sur: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0874.pdf>

<sup>2</sup> ICSID Case No. ARB/05/5.

portant sur des allégations similaires, ni la charge et le niveau de preuve requis dans de tels cas. Le Tribunal a vaguement mentionné qu'il aurait abordé l'objection de la corruption au cours de la phase de fond s'il avait initialement établi sa compétence. Il semble que les enquêtes en cours sur la corruption en Argentine aient empêché le Tribunal de parvenir à une conclusion définitive concernant la légalité de l'acquisition de la concession. <sup>1</sup>

□ **§.2 Les tribunaux arbitraux (CIRDI) confirment les allégations relatives à la corruption**

□ **A. World Duty Free c. Kenya**

L'affaire World Duty Free c. Kenya constitue en effet un précédent important dans le domaine de la corruption en matière d'arbitrage d'investissement. Dans cette affaire, le tribunal a explicitement conclu à la corruption du demandeur en admettant que le PDG de l'investisseur avait effectué un paiement à des agents publics de l'État d'accueil.

La décision du tribunal dans l'affaire World Duty Free v. Kenya est allée au-delà de la détermination de la validité du contrat d'investissement. Il a également examiné divers moyens de défense invoqués par l'investisseur pour atténuer les conséquences de la corruption, et il s'est penché sur la sanction appropriée pour les contrats d'investissement entachés de corruption. La sentence du tribunal en 2006 a fourni une analyse et un traitement approfondis des effets de la corruption sur les contrats d'investissement, ce qui en fait une affaire qui mérite d'être étudiée en détail.

Cette affaire constitue une référence importante pour comprendre l'impact de la corruption sur l'arbitrage d'investissement et l'approche adoptée par les tribunaux pour traiter ces questions. Elle souligne l'importance de la transparence, de l'intégrité et du respect des lois anti-corruption dans les litiges internationaux en matière d'investissement.

L'affaire en question concerne World Duty Free Company Limited (WDF), une société constituée sur l'île de Man, et la République du Kenya. En 1989, un contrat a été conclu entre le Kenya et une société appelée House of Perfume pour la construction, l'entretien et

---

<sup>1</sup> K. Betz, Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration, Cambridge University Press, August 31, 2017, p.88.



l'exploitation de complexes hors taxes dans les aéroports internationaux de Nairobi et de Mombasa. Ce contrat était prévu pour une durée de dix ans, avec la possibilité de le renouveler pour dix années supplémentaires. House of Perfume devait verser au gouvernement kenyan un million de dollars US par an pour les deux complexes. En 1990, WDF a succédé à House of Perfume dans le cadre du contrat. Les deux sociétés étaient détenues par la famille Al-Ghurair et gérées par M. Nasir Ibrahim Ali depuis 1991, date à laquelle M. Ali est devenu propriétaire de WDF après que la famille Al-Ghurair a vendu ses parts. WDF prétend que M. Ali a été tenu de faire un don personnel à Daniel Arap Moi, alors président du Kenya, dans le cadre de la contrepartie payée par House of Perfume pour obtenir le contrat en 1989.<sup>1</sup>

Le WDF <sup>2</sup> affirme en outre qu'en 1992, un système frauduleux a été orchestré pour générer des fonds illicites pour la campagne de réélection du président Moi, impliquant le nom du WDF à son insu et sans son consentement. Après avoir publiquement nié toute implication dans la fraude, le WDF affirme que le Kenya a cherché à prendre le contrôle de la société. En

---

<sup>1</sup> K. BETZ, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence*, 1<sup>re</sup> éd., s.l., Cambridge University Press, 31 août 2017, p. 75, disponible sur <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108279260/type/book> (Consulté le 3 mars 2023).

<sup>2</sup> - Avec une sincérité frappante, l'investisseur a raconté dans son mémoire les événements qui ont conduit à la signature du contrat : afin de pouvoir faire des affaires avec le gouvernement du Kenya, M. Ali a été obligé en mars 1989 de faire un « don personnel » à M. Daniel Arap Moi, alors président de la République du Kenya. Le demandeur ajoute que ce don s'élevait à 2 millions de dollars américains et soutient que ce don faisait « partie de la contrepartie payée par House of Perfume pour obtenir le contrat ». Quelques éléments méritent d'être soulignés dans ce passage : (i) le paiement de 2 millions de dollars US par le PDG de ce dernier a été effectué en mars 1989, immédiatement avant la conclusion du contrat en avril de la même année ; (ii) le paiement a été qualifié de « partie de la contrepartie » payée pour obtenir le contrat, ce qui implique qu'il s'agissait (au moins dans l'esprit du PDG) d'un coût pour faire des affaires ; et, ce qui est peut-être le plus remarquable, (iii) il a été dit que l'investisseur avait été « tenu » d'effectuer le paiement, ce qui implique que les représentants du gouvernement kenyan ont pris l'initiative d'exiger le paiement comme condition de leur acceptation de conclure le contrat.

- Dans le cadre de son mémoire de décembre 2002, le demandeur a joint la déclaration de son PDG, M. Ali. Parce qu'elle fournit une expression rare et franche de la pratique commerciale qui n'est souvent entendue que dans des anecdotes, les parties pertinentes de cette déclaration sont reproduites ici dans leur intégralité, comme l'a fait le Tribunal World Duty Free dans sa sentence : (i) En ma qualité d'homme d'affaires de premier plan à Dubaï, j'ai rencontré dans les cercles commerciaux habituels un certain Rashid Sajjad, un Kényan, qui venait fréquemment à Dubaï pour acheter des marchandises à exporter vers le Kenya pour sa société, Bawazir & Co.(ii) Mes discussions avec Sajjad m'ont permis de comprendre qu'il avait des relations politiques et puissantes au sein du gouvernement kenyan. Souhaitant élargir mon activité de parfumeur au marché hors taxes, j'ai fait part de mon intérêt à Sajjad et lui ai demandé conseil pour l'obtention des licences nécessaires et des aéroports de Mombasa. Sajjad m'a informé qu'il organiserait pour moi des réunions avec les responsables concernés au Kenya.

conséquence, le WDF a accusé le Kenya d'expropriation et de violation de ses droits en vertu du contrat de 1989 et a demandé une restitution, des frais de justice et des dommages-intérêts.<sup>1</sup>

Le Kenya a répondu à ces demandes en faisant valoir que la fraude était prescrite et qu'il n'y avait pas eu de violation de l'accord de 1989. Il a également soutenu que l'accord de 1989 était inapplicable et a demandé le rejet des demandes du WDF au motif que l'accord avait été obtenu en corrompant le président de l'époque.

La clause d'arbitrage contenue dans le contrat de 1989 a servi de base aux demandes du WDF, ce qui a donné lieu à un arbitrage CIRDI fondé sur un contrat plutôt que sur un accord. Le contrat prévoyait que les lois anglaise et kenyane soient applicables.

#### □ I. Les faits

Dans le cadre de son mémoire de décembre 2002, le demandeur a joint la déclaration de son PDG, M. Ali. Parce qu'elle fournit une expression rare et franche de la pratique commerciale qui n'est souvent entendue que dans des anecdotes, les parties pertinentes de cette déclaration sont reproduites ici dans leur intégralité, comme l'a fait le Tribunal World Duty Free dans sa sentence :

Avec une sincérité frappante, l'investisseur a raconté dans son mémoire les événements qui ont conduit à la signature du contrat : afin de pouvoir faire des affaires avec le gouvernement du Kenya, M. Ali a été obligé en mars 1989 de faire un « don personnel » à M. Daniel Arap Moi, alors président de la République du Kenya. Le demandeur ajoute que ce don s'élevait à 2 millions de dollars américains et soutient que ce don faisait « partie de la contrepartie payée par House of Perfume pour obtenir le contrat ».

Quelques éléments méritent d'être soulignés dans ce passage :

- (i) Le paiement de 2 millions de dollars US par le PDG de ce dernier a été effectué en mars 1989, immédiatement avant la conclusion du contrat en avril de la même année ;
- (ii) Le paiement a été qualifié de « partie de la contrepartie » payée pour obtenir le contrat, ce qui implique qu'il s'agissait (au moins dans l'esprit du PDG) d'un coût

---

<sup>1</sup> K. BETZ, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, p. 75.

pour faire des affaires ; et, ce qui est peut-être le plus remarquable, (iii) il a été dit que l'investisseur avait été «tenu» d'effectuer le paiement, ce qui implique que les représentants du gouvernement kenyan ont pris l'initiative d'exiger le paiement comme condition de leur acceptation de conclure le contrat.

Dans le cadre de son mémoire de décembre 2002, le demandeur a joint la déclaration de son PDG, M. Ali. Parce qu'elle fournit une expression rare et franche de la pratique commerciale qui n'est souvent entendue que dans des anecdotes, les parties pertinentes de cette déclaration sont reproduites ici dans leur intégralité, comme l'a fait le Tribunal World Duty Free dans sa sentence :

- (i) En ma qualité d'homme d'affaires de premier plan à Dubaï, j'ai rencontré dans les cercles commerciaux habituels un certain Rashid Sajjad, un Kényan, qui venait fréquemment à Dubaï pour acheter des marchandises à exporter vers le Kenya pour sa société, Bawazir & Co.
- (ii) (ii) Mes discussions avec Sajjad m'ont permis de comprendre qu'il avait des relations politiques et puissantes au sein du gouvernement kenyan. Souhaitant élargir mon activité de parfumeur au marché hors taxes, j'ai fait part de mon intérêt à Sajjad et lui ai demandé conseil pour l'obtention des licences nécessaires et des aéroports de Mombasa. Sajjad m'a informé qu'il organiserait pour moi des réunions avec les responsables concernés au Kenya.

M. Ali décrit son expérience en mars 1989, lorsqu'il a été informé par Sajjad qu'il devait faire un « don personnel » à Son Excellence Daniel Arap Moi (HEDAM) afin d'établir des complexes hors taxes dans les aéroports de Nairobi et de Mombasa. Sajjad a indiqué à l'auteur que le montant approprié de la donation était de 2 millions de dollars américains, à verser en espèces. M. Ali a obtenu une lettre de crédit pour ce montant et a remis l'argent à Sajjad. L'auteur s'est ensuite rendu à Nairobi et a rencontré HEDAM, qui lui a présenté son projet d'investissement. M. Ali mentionne que Sajjad était proche de HEDAM et qu'il avait échangé le don en espèces contre des shillings kenyans, qui ont ensuite été remplacés par du maïs frais. L'auteur se dit mal à l'aise à l'idée de donner un pot-de-vin, mais il s'est senti obligé de le faire pour obtenir le contrat d'investissement. Ils documentent le paiement comme faisant partie de la contrepartie du contrat.

Dans la présentation de l'investissement proposé, il a été démontré que les complexes hors taxes au Kenya apporteraient plusieurs avantages. Tout d'abord, ils devraient générer d'importantes recettes en devises, ce qui était crucial compte tenu du strict contrôle des changes

en vigueur à l'époque. Le chiffre d'affaires des unités de vente au détail existantes dans les complexes aéroportuaires de Nairobi/Mombasa était d'environ 1,5 million de dollars par an, alors que le chiffre d'affaires prévu pour l'investissement proposé était de plus de 10 millions de dollars au cours de la première année d'exploitation.

Dans la présentation de l'investissement proposé, la personne qui s'est exprimée a mis en évidence les avantages potentiels des complexes hors taxes au Kenya. Ces avantages comprenaient la génération de recettes en devises, la prise en charge par l'entreprise des coûts de construction et de rénovation, la promotion du Kenya en tant que destination touristique et commerciale, la création d'emplois et l'amélioration de la gestion des complexes. L'investissement a été approuvé par le président et des réunions ont été organisées avec de hauts fonctionnaires pour obtenir les permis et licences nécessaires. Le contrat a finalement été signé par le comptable et le secrétaire permanent/administration du cabinet du président. Le contrat d'investissement comprenait un bail pour une période déterminée et une superficie spécifique dans les aéroports de Nairobi et de Mombasa. Au cours du processus de négociation, l'orateur a reçu des demandes de cadeaux de la part de représentants du gouvernement kenyan, auxquelles il a donné suite.

Le témoignage de M. Ali lors d'une audience en janvier 2006, en plus de sa déclaration de témoin, a révélé qu'il avait eu une réunion avec l'ancien président, M. Arap Moi, au cours de laquelle sa proposition de projet avait été accueillie favorablement. Au cours de cette réunion, M. Sajjad, qui était présent, a exprimé sa satisfaction en voyant le maïs à l'intérieur d'une mallette, qui avait remplacé l'argent. Cela a été interprété comme une indication positive que le Président appréciait la proposition. De plus, M. Sajjad a montré à M. Ali des copies de journaux britanniques qui auraient discuté de l'allocation officielle des fonds Harambee à M. Arap Moi. Par conséquent, M. Ali a conclu que le paiement qu'il avait effectué était une contribution légitime à Harambee et qu'il ne s'était pas livré à des actes de corruption pour obtenir le contrat.

D'après le témoignage de M. Ali, plusieurs observations peuvent être faites. Premièrement, M. Ali a reçu de l'aide pour contacter le gouvernement et effectuer le paiement demandé de la part de M. Sajjad, qui semblait avoir une relation étroite avec le président Arap Moi et qui a servi d'intermédiaire pour les deux parties. Deuxièmement, M. Ali pensait que le

«don personnel» de 2 millions de dollars US était une pratique courante dans les relations commerciales avec le gouvernement kenyan et le considérait comme légal, même s'il estimait qu'il n'avait pas le choix s'il voulait obtenir le contrat d'investissement. Troisièmement, M. Sajjad a remis personnellement 500 000 USD en espèces au président Arap Moi, en présence de M. Ali, qui s'est senti mal à l'aise car il s'agissait apparemment d'un pot-de-vin. Quatrièmement, M. Ali pensait que son investissement profiterait au Kenya grâce à l'amélioration des aéroports, à l'augmentation des recettes en devises, à la promotion du tourisme et à la création d'emplois. Toutefois, il n'est pas certain que ces engagements soient prévus dans le contrat. Enfin, après la signature du contrat en 1989, d'autres demandes douteuses de cadeaux ont été faites par des fonctionnaires kenyans et payées par M. Ali.

M. Ali a investi environ 27 millions de dollars dans la construction de complexes hors taxes aux aéroports de Nairobi et de Mombasa au Kenya. Ces complexes ont été inaugurés en 1990 par le président et le vice-président du Kenya. Cependant, en avril 1992, M. Ali aurait été contraint par le président Arap Moi de participer à un système de fraude impliquant M. Pattni, un émissaire du président. La valeur estimée de la fraude était d'au moins 438 millions de dollars américains. L'investisseur affirme que les autorités kenyanes n'ont pas poursuivi la fraude avant 1994, sous la pression du Fonds monétaire international. L'investisseur affirme également que le gouvernement kenyan a exproprié les actifs, les actions et le contrôle de la société World Duty Free en 1998 par le biais d'actions en justice, qui ont déclaré M. Pattni propriétaire de la société et l'ont placée sous séquestre. L'administrateur judiciaire nommé par le tribunal a mal géré la société, ce qui a entraîné la destruction de l'investissement et des actifs de l'investisseur au Kenya. M. Ali a tenté de faire lever la mise sous séquestre en 1999, mais il lui a été demandé de dissimuler les preuves de la fraude, ce qu'il a refusé de faire. Au lieu de cela, il a fait des déclarations publiques contre le président Arap Moi et d'autres personnes, ce qui lui a valu d'être arrêté et expulsé. En septembre 1999, la Haute Cour du Kenya a rendu un jugement confirmant la propriété de M. Pattni sur la société. L'investisseur soutient que ces décisions de justice ont été obtenues par la corruption de M. Pattni.

En juin 2000, l'investisseur, désormais appelé le demandeur, a déposé une demande d'arbitrage auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux

investissements (CIRDI). La compétence du CIRDI a été invoquée sur la base de la clause de règlement des différends contenue dans le contrat, plutôt que sur la base d'un accord d'investissement bilatéral ou multilatéral. Toutefois, la clause de règlement des différends précisait que l'arbitrage se déroulerait conformément à la Convention de Washington et que le contrat portait sur un investissement tel que défini par cette Convention.

En mars 2003, le Kenya a saisi le tribunal d'une requête alléguant que l'accord en question était inapplicable pour cause de corruption. Le Kenya a fait valoir que le contrat, qui constituait la base de la procédure, avait été obtenu par le versement d'un pot-de-vin au président de l'époque, M. Arap Moi. Le Kenya a soutenu qu'en vertu des lois anglaise et kenyane, qui étaient les lois applicables prévues par l'accord, le contrat était entaché d'illégalité et violait l'ordre public fondamental. Par conséquent, le Kenya a demandé le rejet de toutes les demandes avec préjudice sur la base de la corruption présumée. Le Kenya a fait valoir que le contrat résultant n'avait pas force de loi selon l'ordre public kenyan, anglais et international.

En réponse à la demande du Kenya, le demandeur a soumis un mémoire supplémentaire au tribunal. Le demandeur a fait valoir que les faits énoncés dans la déclaration de M. Ali n'équivalaient pas à un aveu de corruption et que la *mens rea* était pertinente dans les questions de corruption. Il a également affirmé que M. Ali croyait que le paiement était légal, qu'il s'agissait d'un paiement de routine et qu'il avait des racines culturelles dans le système Harambee du Kenya.

Le demandeur a également fait valoir que la corruption présumée avait eu lieu avant le contrat lui-même et qu'elle était distincte de celui-ci. Ali et Sajjad pour l'obtention d'une audience avec le président Arap Moi n'était pas mentionné dans le contrat et devait être considéré comme une question distincte. Concernant la violation de l'ordre public, le demandeur a fait valoir qu'il ne s'agissait pas d'un motif d'annulation en vertu de la Convention CIRDI et que l'affaire ne devait donc pas être rejetée pour ce motif. Ils ont également fait valoir que toute illégalité de leur part devait être mise en balance avec les «illégalités plus graves» présumées commises par l'État hôte, le Kenya.

Le demandeur a également invoqué l'attribution, affirmant que les actions du président Arap Moi et de ses collègues étaient celles du gouvernement kenyan. Il a affirmé que le Kenya

avait négocié le contrat en toute connaissance du paiement qu'il cherche maintenant à contester. La question de l'estoppel a également été soulevée, en faisant valoir que le comportement du Kenya après la conclusion de l'accord confirmait le contrat. Le demandeur a soutenu que l'« expropriation illégale » de l'investissement par le Kenya signifiait que le Kenya avait perdu son droit d'annuler le contrat. Enfin, il a fait valoir que le « consensus international émergent » et la violation de l'ordre public international découlant de la corruption ne devraient pas s'appliquer à cette affaire.

□ **II. Le tribunal s'est prononcé sur chacun de ces points successivement**

**a. Caractère du versement : norme culturelle ou pot-de-vin**

Le tribunal a conclu qu'un paiement de 2 millions de dollars, dont 500 000 dollars de shillings kenyans remis au président Arap Moi, avait été établi. Toutefois, la qualification du paiement a été contestée, le Kenya affirmant qu'il s'agissait d'un pot-de-vin utilisé pour obtenir le contrat. Le demandeur a soutenu que le paiement était légal car il s'inscrivait dans le cadre du système culturel kenyan de Harambee, étant donné qu'il s'agissait d'un «cadeau protocolaire ou d'un don personnel fait au président pour être utilisé à des fins publiques».

Le tribunal n'a pas été convaincu que le paiement pouvait être considéré comme légal, car il était basé sur un rapport du ministre kenyan de la justice de 2003 indiquant que l'esprit Harambee avait été grossièrement détourné et lié à des pratiques d'oppression et d'extorsion. Le tribunal a conclu que le paiement avait été effectué à M. Sajjad pour que le président Arap Moi obtienne une audience avec le président et consente à l'accord.

Le tribunal a déterminé que les parties n'étaient pas libres de violer le droit applicable au contrat, y compris le droit anglais et kenyan et l'ordre public transnational. Même si la coutume locale kenyane avait validé la corruption, le tribunal aurait refusé de la reconnaître pour violation de l'ordre public international et (si différent) de l'ordre public anglais en tant que partie intégrante du droit anglais.

Le tribunal a confirmé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions relatives à la preuve et à la charge de la preuve, étant donné que les éléments de preuve décisifs provenaient du demandeur lui-même, y compris le témoignage écrit et oral de M. Ali. Cela a permis au tribunal

d'éviter les difficiles questions de preuve qui ont contrarié de nombreux autres tribunaux traitant de la corruption.

### **b. Les effets juridiques de la corruption sur le contrat**

Le tribunal a examiné les conséquences de la violation du droit, le Kenya faisant valoir que l'accord, en vertu du droit anglais et kenyan et de l'ordre public international, n'avait pas force de loi, ce qui a entraîné le rejet de toutes les demandes, après examen de chaque source de droit.

### **c. L'ordre public internationale**

Le tribunal a examiné le concept d'« ordre public international », qui est essentiellement un ordre public national appliqué aux sentences étrangères et qui est propre à chaque État. Dans ce cas, il s'agit d'un consensus international sur des normes universelles de conduite qui doivent être appliquées dans tous les forums. Le tribunal a d'abord prouvé que la corruption violait l'ordre public transnational en s'appuyant sur le droit kenyan, dont la loi sur la prévention de la corruption date de 1956. Il a ensuite mentionné de nombreux instruments régionaux et internationaux de lutte contre la corruption, qui traitaient principalement du droit pénal et démontraient la volonté commune des États de lutter contre la corruption, tant au niveau national que dans le cadre d'une coopération internationale. Le tribunal a également cité des décisions de tribunaux nationaux et des sentences arbitrales internationales qui affirmaient l'existence d'une politique publique internationale contre la corruption. Dans l'affaire n° 1110 de la CCI, l'arbitre a refusé d'exercer sa compétence, ce qui montre qu'il est important de vérifier soigneusement l'existence objective d'une règle particulière d'ordre public transnational.

Le Kenya soutient que l'accord de 1989 obtenu par la corruption n'a pas de valeur juridique en vertu de l'ordre public international, ainsi que du droit kenyan et anglais. Le concept d'ordre public international est examiné, avec deux significations distinctes identifiées. Le premier sens se réfère au concept d'ordre public dans les systèmes juridiques, où il constitue un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des jugements ou sentences étrangers s'ils sont en contradiction avec l'ordre public de l'État d'exécution. Ce concept étroit est souvent appelé « ordre public international », mais il s'agit essentiellement d'un ordre public national appliqué aux sentences étrangères, dont le contenu et l'application varient d'un État à l'autre. La



seconde acception fait référence à un consensus international sur des normes universelles de conduite, connu sous le nom d' « ordre public transnational » ou d'« ordre public véritablement international ». Lorsque les tribunaux arbitraux internationaux fondent leurs décisions sur cet ordre public transnational, l'existence de ces règles doit être soigneusement examinée à travers les conventions internationales, le droit comparé et les sentences arbitrales. En l'espèce, le tribunal a déterminé que la corruption était illégale dans la plupart des pays sur la base des lois kenyanes, des conventions internationales telles que la convention de l'OEA, la convention de l'OCDE sur la corruption, les conventions du Conseil de l'Europe, la convention de l'Union africaine et la CNUCC, ainsi que des décisions des tribunaux nationaux et des sentences arbitrales de la CCI. Ces sources établissent que le trafic d'influence ou la corruption vont à l'encontre de la politique publique internationale, même s'ils sont répandus dans certains pays.

<sup>1</sup> Le Tribunal a conclu ce qui suit :

*« À la lumière des lois internes et des conventions internationales relatives à la corruption, et à la lumière des décisions prises en la matière par les tribunaux judiciaires et arbitraux, ce Tribunal est convaincu que la corruption est contraire à l'ordre public international de la plupart, sinon de tous les États ou, pour utiliser une autre formule, à l'ordre public transnational. Ainsi, les demandes fondées sur des contrats de corruption ou sur des contrats obtenus par corruption ne peuvent être retenues par ce tribunal arbitral. »<sup>2</sup>*

Le tribunal a noté que les tribunaux arbitraux ont souvent refusé des contrats fondés sur des allégations de corruption, soit en les niant, soit en refusant de les appliquer pour des raisons d'ordre public international. Certains tribunaux ont refusé de tolérer de telles pratiques, déclarant que la corruption était contraire à l'ordre public international ou transnational. Le tribunal s'est rallié à cette conclusion, reconnaissant la corruption comme contraire à l'ordre public international ou transnational et refusant de faire droit à des demandes fondées sur des contrats obtenus par la corruption.

---

<sup>1</sup> K. Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*, Cambridge University Press, August 31, 2017, p.78.

<sup>2</sup> *World Duty Free v. Kenya*, para. 157.

#### d. Le droit anglais et le droit kenyan

Le tribunal a souligné que le droit kenyan permet l'application de la common law anglaise, à moins qu'elle ne soit modifiée par des lois écrites kenyanes ultérieures. Le tribunal s'est concentré sur le traitement des contrats entachés de corruption par les tribunaux anglais. Il a identifié deux principes : la règle de procédure, relative au refus d'accès aux tribunaux, et la question de fond de l'annulation des contrats. Le tribunal a constaté qu'en vertu du droit anglais, si un contrat a été conclu illégalement, les tribunaux ne l'appliqueront pas et n'offriront pas de recours. Même si la culpabilité est partagée, le défendeur se trouve dans une meilleure position.

« Non pas dans l'intérêt du défendeur, mais parce que [les tribunaux] ne prêteront pas leur concours à un tel demandeur. . . L'«effet de l'illégalité n'est pas substantiel mais procédural», il empêche le demandeur d'exécuter la transaction illégale. La « défense *ex turpi causa*». . . » repose sur un principe d'ordre public selon lequel les tribunaux n'aideront pas un plaignant qui s'est rendu coupable d'une conduite illégale (ou immorale) dont les tribunaux devraient prendre connaissance. Ce principe s'applique si, dans toutes les circonstances, il serait contraire à la conscience publique d'accorder au demandeur la réparation qu'il demande parce que le tribunal semblerait ainsi aider ou encourager le demandeur dans sa conduite illégale ou encourager d'autres personnes à commettre des actes similaires». Les contrats illégaux ne sont pas dépourvus d'effets juridiques, mais la maxime *ex turpi causa* implique qu'aucune action sur le contrat ne peut être maintenue. »<sup>1</sup>

Le tribunal a reconnu la possibilité d'une réparation par restitution pour un demandeur en vertu du droit anglais, à condition qu'il puisse prouver son droit de propriété sans s'appuyer sur sa propre illégalité. Toutefois, le principe ne s'appliquait pas dans ces circonstances. En ce qui concerne les aspects substantiels du droit anglais, le tribunal a adopté l'avis juridique de Lord Mustill (dont le contenu a été reconnu correct par les deux parties) comme une déclaration

---

<sup>1</sup> « Le Tribunal aborde la question de l'application des droits anglais et kenyan au cas d'espèce. Il soutient que le versement du pot-de-vin faisait partie intégrante de l'accord et que, par conséquent, les actes de M. Ali devraient être attribués à la fois à House of Perfume et au WDF. Le Tribunal déclare également que le pot-de-vin a été versé au chef d'État kenyan et qu'il ne peut être imputé au défendeur. Il précise que sa compétence ne s'étend pas au président kenyan, qui n'a pas participé à la procédure. Le Tribunal reconnaît que la coutume locale du « Harambee » ne peut justifier un comportement qui viole l'ordre public transnational ou le droit étranger applicable. Enfin, le Tribunal conclut qu'en vertu du droit anglais et du droit kenyan, le WDF ne peut maintenir ses prétentions en raison du principe selon lequel aucune action en justice ne peut être fondée sur une cause illégale. », voir en général, K. Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*, Cambridge University Press, August 31, 2017, p.79.

faisant autorité sur les principes généraux régissant la question. Distillant la common law anglaise en la matière, Lord Mustill a formulé l'hypothèse suivante :

Si, au cours de la négociation d'un contrat entre X et Y, B (agissant pour le compte de Y) offre à A (agissant pour le compte de X) une incitation induue qui cause ou contribue à la conclusion d'un contrat, et si ce fait est découvert par la suite, dans quelle mesure X est-il lié par le contrat ainsi conclu ?

La réponse à cette question, en termes de droit anglais, est la suivante :

- (a) X a le droit, à son choix, de résilier le contrat et, en tout état de cause, de le considérer comme n'étant plus contraignant pour l'avenir ;
- (b) X n'est toutefois pas contraint de suivre cette voie. Il peut choisir de renoncer à son droit de résilier le contrat, de maintenir le contrat en vie et de l'exécuter conformément à ses termes.

Le contrat ne peut être annulé par la partie X.

Deux conséquences en découlent :

- (a) Le contrat est valide s'il n'est pas annulé, et il n'est pas nul ab initio. Toutefois, la partie lésée doit avoir la possibilité de se libérer de ses charges, car les circonstances dans lesquelles il a été conclu l'exigent.
- (b) Puisque le recours de la partie X prend la forme d'une option de considérer le contrat comme résilié, il peut, comme toute autre option, faire l'objet d'une renonciation par des mots ou par un acte. En particulier, si la partie X, *en connaissance des circonstances pertinentes*, choisit de poursuivre l'exécution du contrat, elle peut être considérée comme ayant perdu le droit de le faire annuler par la suite. Les mots en italique sont toutefois cruciaux. Une partie ne peut pas renoncer à un droit dont elle ignore l'existence.

Le tribunal a précisé le caractère annulable des décisions obtenues par la corruption en vertu du droit anglais et kenyan. Il a noté que le paiement de 2 millions de dollars américains n'était pas mentionné dans l'accord et qu'il avait été effectué clandestinement. Le demandeur, World Duty Free, ne devrait pas être tenu responsable de la corruption de son prédécesseur, House of Perfume. Toutefois, le tribunal a observé que M. Ali avait admis être la force motrice des deux sociétés et qu'un successeur ne peut pas acquérir une meilleure position juridique ou équitable que son prédécesseur. Les actes de M. Ali étaient donc imputables au demandeur.

### **e. La corruption ne peut être imputée à l'État**

Bien que le pot-de-vin soit reçu par le chef d'État du Kenya, le président Arap Moi, le tribunal n'a pas estimé que cela suffisait pour considérer que le pot-de-vin était imputable au Kenya lui-même. Le motif de cette décision est assez sommaire :

« Le paiement de M. Ali a été reçu de manière illégale par le chef d'État kenyan ; il s'agissait d'un pot-de-vin caché et, par conséquent, sa réception ne doit pas être légalement imputée au Kenya lui-même. S'il en était autrement, le paiement ne serait pas un pot-de-vin. Il est également important de rappeler que le défendeur dans cette procédure n'est pas l'ancien président du Kenya, mais la République du Kenya. C'est cette dernière qui est la partie contractante à la Convention CIRDI ; et bien que l'accord du 27 avril 1989 décrive le gouvernement du Kenya comme la partie cocontractante du demandeur, ce dernier a considéré ce contrat comme ayant été conclu avec la République du Kenya tout au long de la présente procédure, pour des raisons évidentes. »

Plus loin dans la décision, le tribunal revient également sur la question de l'attribuabilité dans le contexte de la demande du demandeur selon laquelle le Kenya avait renoncé à l'illégalité ou affirmé la validité du contrat grâce à la « connaissance du président kenyan attribuable au Kenya » :

Le président a agi de manière malhonnête, au détriment du Kenya et en violation de la loi kenyane (y compris la loi de 1956 [interdisant la corruption]). Le droit anglais ou kenyan ne permet pas d'attribuer à l'État (en tant que mandant par ailleurs innocent) la connaissance d'un agent de l'État engagé comme son mandataire dans la corruption. Le demandeur riposte que le président kenyan était « l'un des derniers « Big Men » d'Afrique, qui, en vertu de la Constitution de l'État à parti unique, avait le droit de dire, comme Louis XIV, qu'il était l'État » . . . De l'avis du Tribunal, cette affirmation est mal fondée au regard du droit kenyan : le président occupait un poste élu en vertu de la Constitution kenyane, soumise à l'État de droit (y compris la loi de 1956). Comme l'a dit Lord Denning MR dans l'affaire *Ex-p. Blackburn* [1968] 2 QB 118, 148 (citant Thomas Fuller) : Ne soyez jamais si haut, la loi est au-dessus de vous » ; et en droit, au Kenya comme en Angleterre, la situation est matériellement la même.

### **f. Le pot-de-vin n'est pas dissociable du contrat**

Le tribunal a rejeté l'argument du demandeur selon lequel le pot-de-vin faisait partie d'une transaction collatérale entre M. Ali et M. Sajjad, qui pouvait être dissociée de l'accord lui-même. Le tribunal a jugé que le pot-de-vin était secret et confidentiel, et qu'il ne s'agissait pas d'un accord distinct. Le tribunal a estimé que cet argument était erroné, car des paiements distincts sauveraient chaque transaction illégale entachée de corruption. La séparation n'est pas

possible lorsque le pot-de-vin fait partie intégrante de la transaction globale, sans laquelle aucun contrat n'aurait été conclu.

**g. L'équilibre entre la corruption et la faute de l'État d'accueil n'est pas autorisé**

Le demandeur a fait valoir que le tribunal pouvait adapter l'ordre public anglais pour mettre en balance la corruption et la prétendue faute de l'ex-président de l'État, dans le but de soulager le demandeur de la charge unilatérale de l'ordre public. Le tribunal a rejeté cet argument pour deux raisons : (1) le droit anglais adhère à la conception orthodoxe de l'ordre public, qui remonte à plus de 200 ans et a été réaffirmée récemment par la Chambre des Lords ; et (2) les faits de l'affaire s'opposent à tout exercice discrétionnaire de mise en balance. Le requérant n'était pas une partie innocente prise involontairement dans une illégalité accessoire ou périphérique. Le tribunal a considéré l'affaire comme un cas de « par delictum » entre M. Ali et le président Arap Moi, le pot-de-vin n'ayant pas été obtenu par la contrainte, l'oppression, la force ou une influence indue. Le moment où le pot-de-vin a été versé est également remarquable, puisqu'il n'y a pas eu de prise d'otage pendant la « période concernée », M. Ali ou son mandant n'ayant pas investi ou pris d'engagement au Kenya. Accorder une réparation au demandeur semblerait l'aider et l'encourager dans sa conduite illégale, ce qui serait un outrage à la conscience publique.

**h. La corruption est une défense complète invoquée par l'État d'accueil**

Le tribunal a reconnu que ces décisions pouvaient sembler injustes, car elles permettaient au Kenya d'utiliser la corruption de son ancien chef d'État comme moyen de défense contre l'expropriation présumée de l'investissement du demandeur. Le tribunal a constaté que le pot-de-vin avait été sollicité par le président lui-même et qu'aucune procédure n'avait été engagée pour poursuivre ou récupérer le pot-de-vin. Le tribunal a noté que M. Ali se sentait fortement concerné par l'injustice de l'affaire, mais il a invoqué l'ordre public anglais, déclarant que la loi protège le public, y compris les contribuables et les citoyens de l'un des pays les plus pauvres au monde. Le tribunal a également cité la décision de Lord Mansfield dans l'affaire *Holman v. Johnson* :

« ... l'objection selon laquelle un contrat est immoral ou illégal entre le demandeur et le défendeur, sonne toujours très mal dans la bouche du défendeur. Ce

n'est pourtant pas pour lui que l'objection est admise, mais elle est fondée sur des principes généraux d'ordre public, dont le défendeur bénéficie, contrairement à la véritable justice, entre lui et le demandeur, mais accidentellement, si j'ose dire. Le principe de l'ordre public est le suivant : *ex-dolo malo non oritur actio*. Aucun tribunal ne prêtera son assistance à un homme qui fonde sa cause d'action sur un acte immoral ou illégal. Si, d'après les déclarations du demandeur lui-même ou d'une autre manière, la cause de l'action semble résulter *ex turpi causa*, ou de la transgression d'une loi positive de ce pays, le tribunal déclare qu'il n'a pas le droit d'être assisté. C'est sur cette base que le tribunal se prononce, non pas dans l'intérêt du défendeur, mais parce qu'il ne prêtera pas son aide à un tel demandeur. Ainsi, si le demandeur et le défendeur changeaient de camp et que le défendeur intentait son action contre le demandeur, ce dernier aurait alors l'avantage ; car lorsque les deux sont également en faute, *potior est condition defendantis*. »

L'application neutre de ce principe aurait, selon le tribunal, été également appliquée au Kenya s'il s'était rendu coupable de corruption et avait agi en tant que demandeur dans cette affaire

#### **i. L'annulation de l'accord en temps utile**

L'objection selon laquelle un contrat est immoral ou illégal entre un demandeur et un défendeur n'est pas admise dans l'intérêt du défendeur, mais se fonde sur des principes généraux de la politique. Le principe d'ordre public stipule qu'aucun tribunal ne prêtera son appui à une personne qui a basé sa cause d'action sur un acte immoral ou illégal. Si la cause d'action semble résulter *ex turpi causa*, ou de la transgression d'une loi positive de ce pays, le tribunal déclare que le plaignant n'a pas le droit d'être assisté. En effet, le tribunal ne prêtera pas son aide à un tel demandeur. Si le demandeur et le défendeur changent de camp et que le défendeur intente une action contre le demandeur, ce dernier aura l'avantage, car les deux sont également fautifs.

#### **j. La renonciation et les défenses affirmatives du demandeur**

Le tribunal était prêt à recevoir des arguments concernant la validité continue du contrat s'il y avait eu une renonciation ou une affirmation valide de la part du Kenya. Ces arguments dépendaient toutefois de l'allégation selon laquelle le Kenya avait connaissance du pot-de-vin « bien avant décembre 2002 », date à laquelle le paiement occulte a été révélé pour la première fois par le demandeur par le biais de la déclaration de M. Ali. À cet égard, le tribunal a noté l'absence de toute indication du paiement dans le contrat, ou dans toute correspondance contemporaine entre les parties au cours des 11 années précédant l'introduction de l'affaire en

juin 2000. Le Kenya ne peut donc pas renoncer à un droit dont il ignore l'existence. En outre, comme nous l'avons vu plus haut, le fait que le président kenyan ait eu connaissance du paiement illégal n'a pas été considéré comme une affirmation ou une renonciation dans cette affaire, car la participation à la corruption ne pouvait pas être imputée à l'État.

#### **k. La restitution**

Le tribunal a conclu son analyse par deux « points mineurs ». Premièrement, il a laissé ouverte la possibilité de « conséquences juridiques à la suite de l'annulation du Contrat », ce qui implique qu'une certaine forme de restitution est possible - bien que cela ait été nuancé en déclarant que « la *restitutio in integrum* ne peut pas inclure la restitution du pot-de-vin au requérant ». Cependant, parce que ces « conséquences juridiques » n'ont pas été plaidées par le demandeur, « elles ne font pas partie de la présente sentence ».

#### **l. Séparabilité**

Le tribunal a examiné la séparabilité de la clause d'arbitrage dans le cadre d'un contrat, sur la base du principe de séparabilité. Il a précisé qu'il agissait en vertu de principes juridiques établis en droit anglais et kenyan, et que la convention d'arbitrage restait valable et efficace pour la procédure et le prononcé de la sentence, aucun moyen n'ayant été avancé pour démontrer que la clause avait été obtenue par la corruption.

#### **m. conclusion sur le fond**

Le tribunal a résumé ses décisions comme suit : 1) Le défendeur, le Kenya, était légalement en droit d'annuler et a effectivement annulé légalement par son contre-mémoire daté du 18 avril 2003 le «contrat de la Maison du parfum», à savoir le contrat du 27 avril 1989 modifié le 11 mai 1990, en vertu des lois applicables, à savoir les lois de l'Angleterre et du Kenya ; 2) le défendeur, le Kenya, n'a pas perdu son droit d'annuler ledit contrat par affirmation ou autrement avant le 18 avril 2003 en vertu de ces lois applicables ; et 3) le demandeur n'est pas légalement autorisé à maintenir l'une quelconque de ses demandes dans la présente procédure en raison de l'ordre public international et de l'ordre public en vertu des lois applicables au contrat.

#### **n. Les coûts**

Le tribunal a décidé que le succès du Kenya était fondé sur l'ordre public international et les lois applicables et que, par conséquent, il ne pouvait y avoir de partie gagnante sur le fond au sens traditionnel du terme. Par conséquent, chaque partie supporte ses propres frais de justice, sans possibilité de recouvrement auprès de l'autre partie. Les frais d'arbitrage, y compris les honoraires versés aux arbitres et au CIRDI, ont également été divisés en deux. Cette décision est fondée sur la compréhension qu'a le tribunal de l'arbitrage international et de l'ordre public.

#### **o. Notes finales**

L'état et la viabilité de l'investissement de l'investisseur à l'époque des allégations ne ressortent pas clairement de la sentence. Toutefois, le conseiller international de l'État hôte a déclaré que l'investissement avait de graves problèmes économiques et n'était pas financièrement sain à la période concernée. La position du Kenya était que l'affaire concernait simplement l'annulation d'un contrat pour défaut de paiement par l'investisseur des loyers stipulés. Le demandeur a formulé des allégations de corruption à l'encontre de l'État hôte, faisant valoir que la corruption était évidente dans les décisions des tribunaux kenyans nommant un séquestre et expropriant l'investissement. Le Kenya a nié ces allégations et le tribunal n'a pas cherché à les résoudre. Le PDG de l'investisseur, M. Ali, a volontairement déclaré qu'il avait payé ce qui semblait être un pot-de-vin, mais il a également maintenu qu'il considérait ce paiement comme un coût pour faire des affaires au Kenya et qu'il avait justifié le déboursement de 2 millions de dollars américains de cette manière. L'affaire était de la plus haute importance pour le public, car elle représentait plus que le budget du pays à l'époque et l'on craignait beaucoup que si elle aboutissait, le développement économique et social du Kenya serait stoppé et le pays deviendrait un État en faillite. L'invalidation du contrat d'investissement a envoyé un signal aux parties engagées dans des pratiques de corruption dans le monde entier.

#### **□ B. Niko Resources c. Bangladesh**

Le demandeur dans cette affaire est Niko Resources (Bangladesh) Ltd. ("Niko"), une société de droit barbadien. Sa société mère est Niko Resources Ltd, une société canadienne ("Niko Canada"). Les parties défenderesses sont la Bangladesh Petroleum Exploration &



Production Company Limited ("BAPEX") et la Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (« Petrobangla »).<sup>1</sup>

Au mois d'août 1999, Niko a signé un contrat avec BAPEX pour la découverte de gisements de gaz marginaux ou abandonnés au Bangladesh. Après une évaluation, Niko a décidé d'explorer deux gisements, Chattak et Feni. Au mois d'octobre 2003, Niko et BAPEX ont conclu un contrat de coentreprise ("JVA") à cet égard. Les livraisons de gaz à partir du gisement de Feni ont commencé en novembre 2004, et les partenaires de l'entreprise commune ont commencé à négocier un contrat d'achat et de vente de gaz ("GPSA") avec Petrobangla, qui a été signé en décembre 2006. Des livraisons de gaz ont été effectuées à Petrobangla avant même la conclusion de ce contrat, mais Niko affirme qu'une grande partie de ce gaz n'a pas été payée. L'exploitation du gisement de Chattak a toutefois été moins fructueuse et deux éruptions se sont produites en 2005. En 2008, après avoir estimé les dommages causés, le gouvernement du Bangladesh et Petrobangla ont intenté une action en justice contre Niko devant un tribunal de première instance du pays, en vue d'obtenir une indemnisation.<sup>2</sup>

Pendant les négociations de l'accord GPSA, Niko a livré en mai 2005 une voiture d'une valeur de 190 000 dollars canadiens au ministre de l'Énergie et des ressources minérales du Bangladesh. En juin 2005, Niko Canada a invité le ministre à Calgary, en prenant en charge ses frais de voyage et d'hébergement pour un montant de 5 000 dollars canadiens. Lorsque l'affaire a été rendue publique, le ministre a démissionné le 18 juin 2005 et a rendu la voiture à la BAPEX le 20 juin 2005. À l'époque, le projet de GPSA n'avait pas encore été approuvé par le gouvernement du Bangladesh. Après une enquête sur ces événements au Canada, Niko Canada a consenti à un exposé des faits et a été condamnée en 2011 à une amende de 9,5 millions de dollars canadiens.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Niko c. LE Bangladesh

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

□ **C. Siemens c. Argentina (2007)**

□ **I. La sentence de 2007 et les procédures d'annulation et de révision**

En février 2007, un tribunal CIRDI a statué que l'Argentine devait payer 217 millions de dollars US à Siemens, une société allemande, pour avoir violé l'accord de protection des investissements entre l'Allemagne et l'Argentine. Le tribunal a estimé que l'Argentine avait exproprié l'investissement de Siemens, entraînant la violation de l'accord. L'Argentine a ensuite demandé l'annulation de cette décision et, en juillet 2008, alors que la procédure d'annulation était en cours, l'Argentine a demandé au CIRDI de réviser la sentence. Cette demande était fondée sur de nouveaux éléments de preuve suggérant que l'investissement en question, un contrat portant sur des cartes d'identité nationales, avait pu être obtenu par le biais de pots-de-vin. Bien que des allégations de corruption aient entouré le contrat litigieux depuis le début, elles n'ont jamais été prouvées devant un tribunal.

Au début de l'année 2008, un ancien cadre de Siemens a témoigné devant un tribunal allemand que le contrat en question avait été obtenu grâce à des pots-de-vin. Dans le cadre de la procédure d'annulation, l'Argentine a fait valoir que le tribunal du CIRDI n'avait pas tenu compte d'éléments de preuve cruciaux concernant l'avancement d'une enquête sur la corruption en Argentine en rapport avec le contrat de Siemens. L'Argentine a tenté de présenter des témoins et des preuves au cours de la procédure de sentence de 2007 pour étayer ses allégations de corruption, mais le tribunal n'a pas admis ces preuves, affirmant que les allégations avaient été soulevées tardivement au cours de la procédure d'arbitrage.<sup>1</sup> L'Argentine a répondu que les éléments de preuve n'émergeaient que lentement des enquêtes nationales sur la corruption. En juillet 2008, l'Argentine a demandé une révision de la sentence de 2007 sur la base du témoignage du cadre de Siemens, suggérant que si ces preuves avaient été connues au cours de la procédure initiale, elles auraient pu prouver l'illégalité de l'investissement de Siemens.

---

<sup>1</sup> L'Argentine et Siemens ont demandé au panel d'annulation de suspendre la procédure, afin que les arbitres initiaux puissent examiner les preuves de corruption, Investment Arbitration Reporter, 28 juillet 2008, disponible sur : <https://www.iareporter.com/articles/argentina-and-siemens-ask-annulment-panel-to-suspend-proceedings-so-original-arbitrators-can-look-at-bribes-evidence/>

□ **II. Accords de coopération avec le ministère de la justice des États-Unis (DOJ) et l'arbitrage commercial secret (contrat de corruption)**

Siemens AG, une société d'ingénierie basée à Munich, en Allemagne, est la société mère des filiales Siemens Business Services GmbH & Co. et Siemens S.A. Cette affaire porte sur des allégations concernant un projet de développement d'une nouvelle carte d'identité nationale en Argentine. Tous les accusés dans cette affaire ne sont pas des citoyens américains. Uriel Sharef, qui possède la double nationalité allemande et israélienne, a siégé au conseil d'administration de Siemens AG. Herbert Steffen, citoyen allemand, était le président du groupe d'exploitation des systèmes de transport de Siemens AG et, auparavant, le PDG de Siemens Argentine. Andres Truppel, qui possède la double nationalité allemande et argentine, a travaillé comme consultant pour Siemens et était auparavant directeur financier de Siemens Argentine. Ulrich Bock, de nationalité allemande, a travaillé comme consultant pour Siemens et a occupé précédemment le poste de chef commercial dans la subdivision des grands projets de SBS. Eberhard Reichert, de nationalité allemande, a occupé le poste de chef technique dans la subdivision des grands projets de la SBS. Stephan Signer, de nationalité allemande, a travaillé en tant que responsable commercial de la SBS.<sup>1</sup>

En 1994, le gouvernement argentin a lancé un appel d'offres pour remplacer un système existant de cartes d'identité nationales créées manuellement par des cartes d'identité nationales ultramodernes (le « projet DNI »). Selon l'acte d'accusation, les accusés ont payé et promis de payer des pots-de-vin à des fonctionnaires du gouvernement argentin pour obtenir le contrat, qui a finalement été attribué à Siemens. Les accusés se sont efforcés de dissimuler les paiements illicites par divers moyens, notamment des contrats fictifs et des sociétés écrans associées à Sergi, Czysch et d'autres intermédiaires. En mai 1999, cependant, le gouvernement argentin a suspendu le projet DNI. Lorsqu'un nouveau gouvernement a pris le pouvoir en Argentine, et dans l'espoir de faire reprendre le projet DNI, les accusés auraient versé des pots-de-vin

---

<sup>1</sup>United States c. Uriel Sharef, Herbert Steffen, Andres Truppel, Ulrich Bock, Eberhard Reichert, Stephan Signer, Carlos Sergi, et Miguel Czysch (S.D.N.Y. 2011), dans, « FCPA Digest of Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 », Shearman & Sterling LLP, January 3, 2012, disponible sur : [https://www.shearman.com/-/media/files/newsinsights/publications/2012/01/shearman--sterlings-recent-trends-and-patterns-i\\_/files/view-full-january-2012-ifcpa-digesti/fileattachment/fcpadigestjan2012.pdf](https://www.shearman.com/-/media/files/newsinsights/publications/2012/01/shearman--sterlings-recent-trends-and-patterns-i_/files/view-full-january-2012-ifcpa-digesti/fileattachment/fcpadigestjan2012.pdf)

supplémentaires aux nouveaux fonctionnaires. Lorsque le projet a été interrompu en mai 2001, les accusés auraient réagi en adoptant une stratégie à multiples facettes pour surmonter l'interruption du projet. Selon l'acte d'accusation, les accusés ont cherché à récupérer les recettes attendues du projet DNI, malgré la résiliation, en amenant Siemens AG à déposer une demande d'arbitrage frauduleuse à l'encontre de la République d'Argentine. Les accusés auraient fait en sorte que Siemens cache activement au tribunal arbitral le fait que le contrat DNI avait été obtenu par le biais de pots-de-vin et de corruption. Une autre procédure d'arbitrage a été engagée en Suisse pour faire appliquer un contrat fictif entre SBS et Mfast Consulting, une société écran contrôlée par les intermédiaires Sergi et Czysch. L'acte d'accusation affirme également que les accusés ont poursuivi le système de corruption jusqu'en août 2009, afin d'empêcher la divulgation de la corruption dans le cadre de l'arbitrage et de garantir la capacité de Siemens à obtenir de futurs contrats gouvernementaux en Argentine. <sup>1</sup>

En décembre 2008, le ministère américain de la justice (DOJ) et Siemens ont conclu des accords de plaider coupable concernant leur incapacité à maintenir des contrôles internes anti-corruption adéquats et des violations des dispositions relatives aux livres et registres de la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) Siemens AG, ainsi que sa filiale Siemens Argentina SA, ont plaidé coupable <sup>2</sup> à ces accusations. L'accord de coopération a révélé que Siemens Argentina avait effectué des paiements substantiels à des fonctionnaires du gouvernement argentin en échange d'un traitement favorable, en enregistrant frauduleusement ces paiements comme des frais de consultation légitimes dans leurs livres. Ces paiements illicites ont également été effectués dans le cadre du contrat relatif à la carte d'identité nationale, qui a fait l'objet de la procédure CIRDI de 2007.<sup>3</sup>

Siemens Argentina et un groupe de consultants ont mené une procédure d'arbitrage commercial secrète à Zurich en 2005-2006. L'arbitrage a été réglé par un paiement de 3,8 millions de dollars, et aucune information sur les réclamations ou les preuves n'a été rendue

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> United States Of America V. Siemens Aktiengesellschaft, Affaire N° OBr36, 01/06/2009, disponible sur : <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/05/02/01-06-09siemensakt-judgment.pdf>

<sup>3</sup> K. Betz, Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration, Cambridge University Press, August 31, 2017, p.82.

publique. Siemens n'a pas révélé que ces procédures ont été menées en parallèle pendant les procédures du CIRDI qui ont abouti à la sentence de 2007. La déclaration d'infraction stipule que le CIRDI n'est pas compétent pour statuer sur des réclamations fondées sur des contrats obtenus par la corruption, et Siemens n'a pas affirmé ou laissé entendre que le projet était entaché de corruption au cours de l'arbitrage.<sup>1</sup>

□ **III. La renonciation de Siemens à ses droits dans le cadre de la sentence arbitrale de 2007**

En août-septembre 2009, Siemens a abandonné ses droits au titre de la sentence de 2007 contre l'Argentine dans le cadre d'un règlement plus large, dans lequel les parties ont demandé au CIRDI de mettre fin à la procédure de révision ainsi qu'à la procédure d'annulation. Les deux parties ont également abandonné leurs droits de poursuivre d'autres actions en justice en relation avec le différend relatif au contrat de carte d'identité nationale, et ont supporté leurs propres frais de justice et honoraires.<sup>2</sup>

□ **IV. L'analyse**

L'affaire Siemens-Argentine illustre la manière dont les procédures pénales nationales peuvent avoir un impact sur les procédures du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). L'Argentine a tenté de présenter des témoins et des preuves concernant des allégations de corruption au cours de la procédure CIRDI qui a abouti à la sentence de 2007.<sup>3</sup> Cependant, le Tribunal a rejeté ces preuves et l'Argentine n'a pas été en mesure de soulever ces allégations lors des audiences. Il est intéressant de noter que la sentence de 2007 ne mentionne pas du tout la corruption, les pots-de-vin ou la fraude. Le témoignage d'un ancien cadre de Siemens devant un tribunal allemand en 2008 a eu une influence significative sur les actions de l'Argentine, l'amenant à demander une révision de la sentence de 2007. L'issue de l'enquête du ministère américain de la justice (DOJ), qui a débouché sur des plaidés coupable de la part de Siemens AG et de Siemens Argentina SA, ainsi que sur la déclaration d'infraction convenue entre le DOJ américain et Siemens Argentina, a

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> K. Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*, Cambridge University Press, August 31, 2017, p.83.

<sup>3</sup> Siemens A.G C. The Argentine Republic, ICSID CASE No. ARB/02/8, 06/02/2007, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

finalement contraint Siemens à renoncer à ses droits au titre de la sentence de 2007. Des incertitudes subsistent quant à un arbitrage commercial secret qui s'est déroulé à Zurich en 2005-2006. Si les preuves de cet arbitrage avaient été mises à la disposition du tribunal CIRDI au cours de la procédure de la sentence de 2007, l'issue aurait probablement été différente. En outre, il semble que le tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial ait permis au groupe de consultants argentins d'appliquer un contrat de pots-de-vin, car les preuves suggèrent que des pots-de-vin ont été versés au nom de Siemens Argentine à des fonctionnaires argentins. Lorsque le gouvernement argentin a résilié le contrat relatif à la carte d'identité nationale, l'Argentine Consulting Group a poursuivi la filiale de Siemens pour les paiements non effectués dans le cadre du contrat de corruption, ce qui a abouti à un règlement dans lequel une filiale de Siemens a versé 8,8 millions de dollars au demandeur. Ce paiement pourrait avoir été illégal en vertu des lois argentines, suisses ou allemandes.<sup>1</sup>

#### □ D. Spentex c. Ouzbékistan

L'affaire Spentex Netherlands, B.V., impliquant l'Ouzbékistan, est une affaire récente du CIRDI dans laquelle les arguments de corruption ont été décisifs. L'analyse du tribunal arbitral dans cette affaire reflète une approche créative et révolutionnaire des questions de corruption dans l'arbitrage international d'investissement, marquant la première fois qu'une telle approche a été utilisée.<sup>2</sup>

En septembre 2013, Spentex, une société constituée aux Pays-Bas, a déposé une demande d'arbitrage contre l'Ouzbékistan auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Cette demande a été faite en vertu du traité bilatéral d'investissement (ABI) entre les Pays-Bas et l'Ouzbékistan. La procédure d'arbitrage s'est achevée en décembre 2016 par une décision sur la compétence du tribunal arbitral. Spentex, une filiale de la société indienne Spentex Industries Limited, avait investi en Ouzbékistan en 2006 en acquérant trois usines de fabrication de textiles. Le demandeur affirme que ses activités en Ouzbékistan ont été confrontées à une grave crise financière et que les

---

<sup>1</sup> *Ibid.* p.84.

<sup>2</sup> A. TUSSUPOV, *Corruption and fraud in investment arbitration: procedural and substantive challenges*, EYIEL Monographs Studies in European and International Economic Law, n° Volume 22, Cham, Switzerland, Springer, 2022, p. 77.

actions des autorités ouzbèkes ont conduit à sa faillite. Bien que la société soit indienne, Spentex a choisi d'exercer un recours en vertu de l'accord bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et l'Ouzbékistan en utilisant la présence de sa société aux Pays-Bas.<sup>1</sup>

#### □ I. Conclusions et analyse du Tribunal

Dans une affaire portée devant le tribunal CIRDI, le défendeur a contesté la compétence du tribunal en invoquant des allégations de corruption. Il a souligné que Spentex Industries Limited, la société mère du demandeur, aurait effectué des paiements corrompus à des fonctionnaires par le biais de deux sociétés intermédiaires, Trade Development Ltd. et First Finance Solutions. Ces paiements auraient eu lieu avant que Spentex Industries Limited n'acquière son investissement par le biais d'un appel d'offres public en 2006. Cette affaire a été portée à l'attention de la Commission européenne.<sup>2</sup>

Dans la présente affaire, l'argumentation du défendeur s'articulait autour d'une série de circonstances considérées comme des signaux d'alerte. Ces signaux d'alerte ont été portés à l'attention du tribunal arbitral par le biais d'observations écrites et orales. Le défendeur a notamment souligné que les consultants impliqués dans la transaction s'étaient vu promettre d'importants honoraires de conseil deux jours seulement avant que Spentex, le demandeur, ne soumette son appel d'offres pour l'acquisition de deux usines textiles en Ouzbékistan. En outre, les consultants n'avaient aucune expérience pertinente qui aurait été cruciale pour la préparation d'une offre de cette ampleur.<sup>3</sup>

En réponse à ces signaux d'alerte, le défendeur a demandé au tribunal arbitral de déterminer que l'investisseur ne pouvait pas bénéficier de la protection offerte par le TBI Pays-Bas-Ouzbékistan. Cet argument reposait principalement sur l'affirmation selon laquelle le comportement corrompu présumé de l'investisseur allait à l'encontre de l'ordre public et du principe des mains propres. L'investisseur, Spentex, a nié toutes les allégations et a expliqué que ses consultants agissaient en tant que conseillers légitimes, fournissant des services tels que le soutien sur le terrain, la gestion logistique, l'étude du marché local et la banque

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 79.

d'investissement. En outre, le demandeur a contesté les aspects juridiques de l'argument du défendeur, déclarant qu'il n'y avait aucune limitation dans l'accord bilatéral d'investissement exigeant le respect de la loi de l'État d'accueil, et que la mauvaise foi et les mains sales ne pouvaient pas être des raisons autonomes pour refuser d'admettre et d'entendre des réclamations en droit international public.<sup>1</sup>

#### □ II. Les effets de la corruption sur l'arbitrage

Le tribunal s'est d'abord demandé si la corruption pouvait affecter l'ensemble de l'arbitrage et conduire au rejet des demandes de l'investisseur. Sur la base de la jurisprudence, des principes de l'ordre public international et de la doctrine des mains propres, le tribunal a déterminé que la corruption aurait pour effet de rejeter l'ensemble de la demande.<sup>2</sup>

Le tribunal arbitral dans l'affaire Spentex a fait une constatation importante concernant l'objectif et les limites du système d'investissement. Il a souligné que le système est conçu pour protéger les investisseurs étrangers contre les actions qui violent l'État de droit et pour promouvoir l'État de droit lui-même. Toutefois, le tribunal a également déclaré que si l'investissement étranger a été obtenu par le biais d'une activité illicite, telle que la corruption, il ne peut bénéficier de la protection offerte par les accords internationaux d'investissement. Il est important de noter que le tribunal a déterminé que la légalité de l'investissement est une norme générale qui doit être appliquée indépendamment de la définition spécifique de l'investissement dans l'instrument juridique applicable. Les membres du tribunal n'étaient pas tous d'accord sur l'issue procédurale de la constatation de la corruption, certains estimant qu'elle affecte la recevabilité des demandes et un arbitre dissident estimant qu'elle priverait le tribunal de sa compétence. En fin de compte, le tribunal a conclu que les deux approches conduiraient au rejet des plaintes. Ce conflit d'opinions met en évidence l'absence de sécurité juridique dans la détermination de l'issue procédurale appropriée dans les affaires de corruption. Pour définir la corruption, le tribunal s'est référé à la Convention anti-corruption et à la Convention des Nations unies contre la corruption de 2003.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 82.



### □ III. Charge et Standard de la preuve

Dans une situation où il n'y a pas d'accord entre les parties ou de normes pertinentes dans les instruments juridiques applicables, le tribunal arbitral Spentex a dû déterminer la charge et le standard de la preuve. Après avoir examiné les arguments du défendeur, le tribunal a reconnu que l'utilisation d'une norme de preuve stricte, telle qu'une preuve «claire et convaincante», rendrait presque impossible de prouver ou de réfuter les allégations de corruption. Par conséquent, le tribunal a décidé d'adopter une approche flexible du standard de la preuve, sans accepter les standards proposés par les parties. Reconnaisant la nature opaque de la corruption, le tribunal a déterminé qu'une méthode appelée «relier les points» serait la plus appropriée. Il s'agit d'examiner et d'analyser chaque élément de preuve et de considérer la situation dans son ensemble dans le contexte d'autres faits établis. Le tribunal a estimé que cette approche nuancée permettrait un examen approfondi de toutes les circonstances et de tous les faits pertinents liés aux allégations de corruption. En ce qui concerne la charge de la preuve, le tribunal a pris en compte la coopération des parties au cours du processus d'établissement des faits, mais a finalement conclu que chaque partie devait prouver les faits sur lesquels elle s'appuyait.<sup>1</sup>

### □ IV. Les signaux d'alerte (« Red flags »)

Dans cette affaire, le tribunal arbitral a décidé de s'appuyer sur des preuves circonstanciées et sur l'accumulation de signaux d'alerte qu'il avait identifiés. Ces signaux d'alerte incluaient des honoraires de services anormalement élevés, un manque de qualifications des consultants pour fournir les services attendus, un manque de clarté quant aux services à fournir et l'absence de preuves montrant les services spécifiques rendus et leur valeur économique. En outre, le tribunal s'est inquiété du manque de transparence, les paiements controversés ayant été effectués sur des comptes au Luxembourg et dans les îles Vierges britanniques, connues pour leurs services bancaires discrets. Après avoir analysé ces facteurs et « relié les points », le tribunal a conclu que l'investissement avait clairement été réalisé grâce à des activités de corruption de la part de l'investisseur et des fonctionnaires du défendeur.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 87.

□ **V. Une histoire de pots-de-vin et de tromperie « It Takes Two to Tango... »**

Le tribunal a estimé que la corruption impliquait deux parties et que toute allégation de corruption impliquait les propres fonctionnaires du défendeur. Cependant, il n'y a pas de preuve directe que des pots-de-vin ont été versés à des fonctionnaires du gouvernement ouzbek. Le tribunal a conclu que des pots-de-vin avaient effectivement été versés à des fonctionnaires ouzbeks, sur la base d'une commission de 6 millions USD versée à un consultant quelques jours avant un appel d'offres public. Le demandeur et le défendeur ont tous deux été impliqués dans l'activité de corruption qui a conduit à l'établissement de l'investissement. Le tribunal arbitral a décidé à la majorité que les demandes liées à l'investissement étaient irrecevables.

□ **VI. La critique du Tribunal et l'évaluation des coûts**

**a. Le manque de coopération de la part du défendeur**

Le tribunal Spentex a exprimé sa désapprobation quant au manque de coopération de l'Ouzbékistan dans l'identification de la personne du gouvernement ouzbek susceptible d'avoir été soudoyée par le demandeur. Le tribunal estime que l'Ouzbékistan a délibérément dissimulé cette information, créant un « lien logique » entre l'information dissimulée et la déduction qui peut en être tirée. Le défendeur soutient que le tribunal n'a pas besoin de connaître le nom exact du fonctionnaire pour rejeter les demandes de l'investisseur. Cependant, le tribunal n'est pas satisfait de cet argument et se montre mécontent de la réticence de l'Ouzbékistan à enquêter et à poursuivre les fonctionnaires impliqués dans le système de corruption. L'Ouzbékistan prétend qu'il n'a pas les ressources nécessaires pour lancer une telle enquête, mais le tribunal estime que le gouvernement n'est tout simplement pas disposé à prendre des mesures à l'encontre des personnes impliquées.<sup>1</sup>

Le tribunal arbitral estime que la conduite du défendeur est considérée comme entraînant des conséquences importantes pour l'ensemble du système si elle n'est pas sanctionnée. Le tribunal reconnaît que :

*« Une telle approche renforcerait les incitations perverses pour les États défendeurs dans le contexte de la corruption. Elle demanderait à un tribunal d'investissement de*

---

<sup>1</sup> A. TUSSUPOV, *Corruption and fraud in investment arbitration*, op. cit.

*rejeter la demande d'un demandeur, tout en accordant l'impunité à un État défendeur, tant en ce qui concerne la corruption présumée que les demandes d'investissement du demandeur. »<sup>1</sup>*

#### **b. L'évaluation des coûts**

La décision sur les frais dans le litige entre l'Ouzbékistan et Spentex a soulevé des questions sur les pouvoirs des tribunaux arbitraux dans les affaires impliquant des allégations de conduite illicite. Le tribunal a exhorté l'Ouzbékistan à réformer sa politique de lutte contre la corruption et à contribuer à un programme international de lutte contre la corruption. Bien que le tribunal ait reconnu qu'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner à l'Ouzbékistan de faire un don, il a offert une forte incitation en conditionnant l'ordre de paiement des frais à une telle contribution. La majorité du tribunal a présenté deux options : soit l'Ouzbékistan fait un don de 8 millions de dollars à un fonds anticorruption des Nations unies dans un délai de 90 jours, en plus de couvrir ses propres honoraires d'avocat et 50 % des frais de procédure, soit il paie 75 % des honoraires d'avocat du demandeur et 100 % des frais de procédure, en plus de ses propres honoraires d'avocat. Le montant de 8 millions de dollars a été choisi après avoir pris en compte le montant des pots-de-vin en jeu, les coûts de la défense de la position dans l'arbitrage et l'impact potentiel de la contribution. Le tribunal a également choisi avec soin les bénéficiaires potentiels de la contribution, en privilégiant les programmes du PNUD plutôt que d'autres organisations. Depuis, l'Ouzbékistan a versé une contribution au programme anti-corruption des Nations unies et a lancé des projets conjoints pour lutter contre la corruption dans le pays. Toutefois, on peut se demander si le tribunal n'a pas outrepassé ses pouvoirs en rendant cette décision. Un arbitre a exprimé son désaccord, arguant que le fait de conditionner la condamnation aux dépens au respect de la recommandation par le défendeur équivaut à une injonction, ce qui ne relève pas de la compétence du tribunal. Certains craignent également que le fait d'ordonner aux États de supporter les frais des demandeurs dans les affaires de corruption ait des effets négatifs sur le système, car cela pourrait permettre à des demandeurs corrompus

---

<sup>1</sup> « *Such an approach would reinforce perverse incentives for respondent States in the context of corruption. It would ask an investment tribunal to dismiss a claimant's claim, while granting impunity to a respondent State both in respect of the alleged corruption and the claimant's investment claims.* »

d'obtenir des dommages-intérêts sans frais supplémentaires. Dans l'ensemble, cette décision sur les coûts est sans précédent dans l'ISDS et l'arbitrage en général.<sup>1</sup>

### **c. Les propositions pour la rédaction des traités ultérieurs**

Le tribunal Spentex, en plus de statuer sur le fond du litige, a également formulé plusieurs propositions pour le développement futur de l'IIL :

*« D'une part, le demandeur ne peut pas voir sa demande accueillie (en raison d'un manque de compétence ou de recevabilité). D'autre part, un tribunal devrait être en mesure d'examiner la demande comme s'il n'y avait pas eu de corruption et, s'il juge l'État responsable, de calculer les dommages auxquels aurait eu droit un demandeur ayant réalisé un investissement sans recourir à la corruption, puis d'ordonner que ce montant soit transféré non pas au demandeur, mais à un organisme approprié de l'ONU, de l'OCDE ou de tout autre organisme luttant contre la corruption. »<sup>2</sup>*

Le tribunal arbitral a recommandé l'inclusion de mécanismes dans la rédaction ultérieure des traités internationaux d'investissement afin de garantir leur application effective et contraignante.<sup>3</sup>

#### **□ VII L'analyse**

L'affaire Spentex est un exemple unique et important dans le domaine du droit international de l'investissement et de l'arbitrage. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a adopté une approche proactive pour statuer sur le fond du litige et a tenté de réexaminer la situation juridique actuelle afin de traiter les questions de corruption et de pots-de-vin. Le tribunal a décidé de sanctionner à la fois l'investisseur et l'État pour s'être livrés à des pratiques de corruption, ce qui est rare. L'affaire a également fourni une analyse de l'application de l'exigence de légalité et de la norme de preuve dans les cas de conduite illicite. Le tribunal a appliqué une norme de preuve souple et a admis les signaux d'alarme comme preuve de corruption. Il a

---

<sup>1</sup> A. TUSSUPOV, *Corruption and fraud in investment arbitration*, op. cit., p. 90.

<sup>2</sup> « On the one hand, the claimant cannot have its claim entertained (due to a lack of jurisdiction or admissibility). On the other hand, a tribunal should be able to entertain the claim as if no corruption had occurred and, in case it finds the State liable, calculate the damages that a claimant having made an investment without resort to corruption would have been entitled to and then order that such amount be transferred not to the claimant, but to an appropriate body of the UN, the OECD, or any other body fighting against corruption. » voir, Spentex Netherlands, B.V. c. République d'Ouzbékistan, affaire CIRDI n° ARB/13/26, sentence, 27 décembre 2016.

<sup>3</sup> « L'affaire Spentex Netherlands B. V. c. République d'Ouzbékistan illustre parfaitement cette approche appliquée aux questions de corruption (29). Cette vision nous semble incorrecte, les tribunaux arbitraux ne peuvent remplacer la volonté des rédacteurs du traité par leur propre volonté lorsque ces derniers ont choisi de ne pas subordonner la protection du traité à une condition de légalité. », dans, Emmanuel GAILLARD, « LA CORRUPTION SAISIE PAR LES ARBITRES DU COMMERCE INTERNATIONAL », Revue de l'arbitrage 2017 - No 3

également discuté de la charge de la preuve et de la possibilité de la déplacer ou de la partager entre les parties. Le tribunal a estimé qu'en cas de corruption, les deux parties devaient être tenues pour responsables dans une certaine mesure. L'arbitre dissident s'est inquiété des conséquences potentielles de l'obligation faite à l'État de couvrir les frais d'arbitrage et les frais de justice, car cela pourrait inciter les investisseurs corrompus à engager des litiges sans crainte d'une charge financière. L'approche du tribunal s'aligne sur le point de vue selon lequel les États impliqués dans des pratiques de corruption ne devraient pas être en mesure d'invoquer la corruption comme moyen de défense. L'affaire a également mis en évidence la nécessité de réformer le droit international de l'investissement pour lutter efficacement contre la corruption, éventuellement par le biais de l'arbitrage. Cela ouvre de nouvelles voies de recherche dans le domaine du règlement des différends entre investisseurs et États.

**□ Section 2 : Une nouvelle stratégie pour les États d'accueil (« corruption defense »)**

L'arbitrage entre investisseurs et États peut constituer un moyen puissant pour lutter contre les paiements corrompus. Une tendance s'est dessinée dans laquelle les tribunaux se sont montrés hostiles à l'exécution de contrats d'investissement lorsque ces contrats ont été conclus par le biais de la corruption. Cela peut s'avérer d'une importance cruciale pour créer des conditions de concurrence équitables entre les investisseurs internationaux de divers pays, y compris des pays tels que la Russie et la Chine qui ne sont pas connus pour leur application stricte des réglementations anti-corruption.<sup>1</sup>

Le choix du tribunal d'aborder les obligations d'un investisseur lors de la phase juridictionnelle ou de la phase du fond est une question complexe, sur laquelle les avis divergent fortement. Certains auteurs ont cherché à distinguer différentes façons dont un investissement peut être illégal, avec différentes options pour les tribunaux dans chaque situation, suggérant que la jurisprudence montre maintenant une certaine convergence sur la façon de traiter les différentes situations de fait. Toutefois, des désaccords subsistent quant à la meilleure approche à adopter en cas de violation des obligations de l'investisseur en vertu du droit national. Dans

---

<sup>1</sup> T.H. MORAN, *Combating corrupt payments in foreign investment concessions: closing the loopholes, extending the tools*, Washington, D.C., Center for Global Development, 2008.

le cas particulier de la corruption, World Duty Free et Metaltech ont suscité un débat important sur la question de savoir si le rejet d'une affaire comme moyen de faire respecter les obligations de l'investisseur de ne pas verser de pots-de-vin aboutit à encourager, voire à inciter, les fonctionnaires de l'État hôte à solliciter ou à accepter des pots-de-vin. En effet, la variété - et l'imprévisibilité - des approches qu'un tribunal peut utiliser pour faire respecter les obligations de l'investisseur suggère indirectement que des clauses spécifiques dans un AII seraient utiles.<sup>1</sup>

□ **§1. La corruption dans le cadre de la défense de l'état d'accueil**

□ **A. Les origines de la défense contre la corruption : Le sentence « Lagergren »<sup>2</sup>**

Le juge Lagergren, dans le cadre d'un litige concernant un contrat de commission, a remis en question sa compétence de sa propre initiative, en déclarant que le contrat était condamné par les bonnes mœurs et la morale publique. Il a constaté que les lois argentine et française condamnaient les obligations contraires aux «bonnes mœurs». Il a fait valoir que les contrats qui violent les bonnes mœurs ou l'ordre public international sont invalides ou inexécutables et ne peuvent être sanctionnés par les tribunaux ou les arbitres. Le contrat de commission était considéré comme encourageant la corruption publique, ce qui était considéré comme un mal international contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public international commun. Du point de vue de la bonne gouvernance ou de l'éthique commerciale, il était impossible pour le juge Lagergren de fermer les yeux sur les effets destructeurs d'une telle corruption sur le progrès industriel. Il était donc obligé de décliner sa compétence. Il a expliqué que les parties qui s'allient dans une entreprise impliquant des violations significatives des bonnes mœurs et de l'ordre public international perdent leur droit de demander l'assistance des tribunaux nationaux ou des tribunaux arbitraux pour régler leurs différends.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Jarrett, Martin, Sergio Puig, and Steven Ratner. « Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals. » *Journal of International Dispute Settlement* 14, no. 2 (December 4, 2021): 259–80.

<sup>2</sup> Pour la décision Lagergren (la totalité) voir, Annex 1.

<sup>3</sup> Jason Webb Yackee, « Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States? », Conférence internationale de Taipei sur l'arbitrage et la médiation, Université nationale de Taiwan, le 2 septembre 2011.

La sentence du juge Lagergren a été critiquée parce qu'elle aurait mal appliqué le principe de séparabilité des clauses d'arbitrage. Le principe de séparabilité stipule que les défauts d'un contrat ne doivent pas annuler une clause d'arbitrage. La question est de savoir si un contrat corrompu doit être traité comme une question de compétence ou de recevabilité. Les commentateurs modernes estiment aujourd'hui que c'est cette dernière question qui devrait être abordée, plutôt que celle de la compétence, dans les cas où un vice dans le contrat n'est pas annulé. <sup>1</sup>

□ **B. Les États hôtes en tant que plaignants – (Les allégations en matière de corruption)**

L'arbitrage entre investisseurs et États, également appelé ISDS (Investor-State Dispute Settlement), aurait été conçu non pas pour protéger les intérêts des États d'accueil, mais pour protéger les investissements et les investisseurs. L'ISDS, dont l'arbitrage CIRDI est l'exemple le plus célèbre, repose sur une relation déséquilibrée entre les investisseurs (les demandeurs) et les États d'accueil (les défendeurs), exclusivement en faveur des premiers. Il a ainsi été qualifié d'«asymétrique», d'«unilatéral» et de «pro-investisseur». Ce déséquilibre découle de l'objectif fondamental des AII (accords internationaux d'investissement) : protéger et promouvoir l'investissement. En d'autres termes, l'arbitrage d'investissement n'a pas été conçu pour créer une responsabilité pour les investisseurs. Cette caractéristique fondamentale de l'ISDS a provoqué de nombreux problèmes, l'un d'entre eux portant sur la capacité limitée à traiter la question de la corruption dans les investissements étrangers. <sup>2</sup>

Bien que la corruption soit largement réglementée par les lois nationales et le droit international, il n'est pas encore clair quel type de conséquences juridiques sur les individus peut être trouvé par rapport à la corruption, en particulier dans le cadre du droit international de l'investissement. Si la sanction juridique est limitée au niveau national, elle doit être la même que dans les réglementations traditionnelles. Il peut toutefois être possible de tenir les investisseurs pour responsables dans le cadre de l'ISDS et de rééquilibrer ainsi la relation entre les investisseurs et les États, du moins en ce qui concerne les allégations de corruption. Cette

---

<sup>1</sup> *Ibid*

<sup>2</sup> Lalani, Shaheez, and Rodrigo Polanco Lazo, eds. *The Role of the State in Investor-State Arbitration*. Nijhoff International Investment Law Ser., 2014, p.103.

contribution se réfère à certaines caractéristiques fondamentales de l'arbitrage afin d'explorer cette possibilité et propose des solutions à cet égard.<sup>1</sup>

Les AII n'imposent normalement pas d'obligations aux investisseurs et, par conséquent, il n'est pas facile d'attribuer une responsabilité à un investisseur dans le cadre de l'ISDS. Toutefois, même si l'on admet que l'ISDS est un système déséquilibré, ces déséquilibres ne sont pas soutenus par le texte des AII. En fait, l'objectif des AII n'est pas seulement de protéger les investissements, mais aussi de promouvoir le développement économique des États d'accueil, et c'est pourquoi il doit y avoir une certaine réglementation ou un certain contrôle concernant les actes illicites des investisseurs qui nuisent à l'économie des États d'accueil. Certaines ONG ont pris des mesures pour clarifier ce point. L'Institut international du développement durable (IIDD)<sup>2</sup> a élaboré un modèle d'AII qui prévoit la responsabilité des investisseurs et comprend des dispositions sur la corruption (Art. 13)<sup>3</sup>, la Gouvernance et pratiques d'entreprise (article 15)<sup>4</sup>, la responsabilité sociale des entreprises (article 16), la responsabilité des investisseurs (article 17), ainsi que des dispositions obligatoires pour la protection des normes minimales en matière d'environnement et de travail (article 22). Ce modèle d'AII, bien qu'il n'ait pas encore

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> <https://www.iisd.org/>.

<sup>3</sup> **rt. 13** stipule que : « **(A)** Avant ou après l'établissement d'un investissement, les investisseurs et leurs investissements n'offriront, ni ne promettent ou n'octroieront un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public de l'État d'accueil ou à un membre de sa famille, à l'un de ses associés ou à toute autre personne qui lui est proche, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir toute préférence quant à un investissement proposé ou à des licences, permis, contrats ou autre quelconque droit connexes à un investissement. **(B)** Les investisseurs et leurs investissements ne se rendront complices d'aucun acte décrit au paragraphe (A), y compris l'incitation, la complicité et la conspiration connexes à la commission ou à l'autorisation des dits actes. »

<sup>4</sup> **Art. 15** stipule que : « (A) les investissements devront atteindre ou excéder les normes de gouvernance d'entreprise acceptées à l'échelle nationale et internationale pour le secteur en question, en particulier en ce qui concerne la transparence et les pratiques comptables; (B) les investisseurs et les investissements devront mettre à la disposition du public tout contrat ou toute entente d'investissement signé avec le ou les gouvernements de l'État d'accueil qui participent au processus d'autorisation de l'investissement, sous réserve de l'élimination de tout renseignement commercial confidentiel. Les investisseurs ou investissements devront publier tous les renseignements liés aux paiements versés aux pouvoirs publics de l'État d'accueil, y compris les taxes, dividendes, redevances, surtaxes, droits et tous autres paiements; (C) les investissements établiront et maintiendront, le cas échéant, des processus de liaison avec la collectivité locale conformément aux normes acceptées à l'échelle internationale lorsqu'elles sont disponibles; (D) lorsque les normes acceptées à l'échelle internationale pertinentes du genre décrit dans le présent article ne sont pas disponibles ou ont été élaborées sans la participation des pays en développement, la Conférence des Parties peut établir lesdites normes. »



été incorporé dans des AII réels, a pour but de rééquilibrer les droits et les obligations entre les investisseurs et les États d'accueil. Certains États ont suivi cette voie non seulement dans des modèles de traités bilatéraux d'investissement (ABI), mais également dans les accords actuels.<sup>1</sup>

□ **C. Les demandes reconventionnelles, un moyen de tenir l'investisseur pour responsable de son acte illicite**

□ I. Les demandes reconventionnelles dans l'intérêt de l'État d'accueil

Les AII définissent les obligations de l'État d'accueil en matière de promotion et de protection des investissements, mais sont silencieux sur les obligations de l'investisseur. L'accès à l'arbitrage en matière d'investissement fondé sur les AII<sup>2</sup> est généralement limité aux investisseurs. De nombreux universitaires soulignent également le droit de l'État d'accueil de présenter des demandes reconventionnelles dans le cadre d'un arbitrage d'investissement.<sup>3</sup>

En dépit de l'opinion dominante, l'égalité d'accès à l'arbitrage pour l'État d'accueil et l'investisseur étranger est un principe fondamental du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Les directeurs exécutifs de la Banque mondiale, qui ont rédigé la Convention CIRDI, ont clairement exprimé cette idée dans un rapport annexé à la Convention. Selon le paragraphe 13 de ce rapport, les États d'accueil et les investisseurs étrangers devraient avoir un accès égal à l'arbitrage sous les auspices de la Convention<sup>4</sup>

*« [W]hile the broad objective of the Convention is to encourage a larger flow of private international investment; the provisions of the Convention maintain a careful balance between the interests of investors and those of host States. Moreover, the Convention permits the institution of proceedings by host States as well as by investors and the*

---

<sup>1</sup> *Ibid*

<sup>2</sup> « L'État d'accueil accepte de régler les différends en matière d'investissement par le biais de la clause relative au règlement des différends prévue par l'AII. Il s'agit d'une offre d'arbitrage adressée aux investisseurs (potentiels) de l'autre ou des autres partie(s) contractante(s) à l'AII et une convention d'arbitrage est conclue si l'investisseur accepte l'offre en soumettant sa demande d'arbitrage. Par contre, la demande d'arbitrage doit être présentée par l'État d'accueil et l'investisseur doit y consentir séparément. Il en résulte qu'une convention d'arbitrage ne peut être conclue tant que l'investisseur n'accepte pas la demande d'arbitrage spécifique de l'État d'accueil », dans G. Laborde, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, January 12., 2010.

<sup>3</sup> J. HO et M. SATTOROVA (éds.), *Investors' international law*, *Studies in International Trade and Investment Law*, n° volume 24, Oxford; New York, Hart, 2021, p. 195.

<sup>4</sup> Laborde, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, January 12, 2010.

*Executive Directors have constantly had in mind that the provisions of the Convention should be equally adapted to the requirements of both cases* ». <sup>1</sup>

De plus, les règles d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ne limitent pas l'accès des États d'accueil à l'arbitrage en matière d'investissement. <sup>2</sup>

La « demande reconventionnelle » est une notion de droit national ; plus précisément, il s'agit d'une notion de droit privé et, en particulier, de droit de la procédure civile. Son adoption dans le contentieux international, en général, et dans le règlement de procédure de la Cour internationale de justice et de son prédécesseur, la Cour permanente de justice internationale, en particulier, constitue un exercice d'analogie de droit privé dans la sphère du droit international. <sup>3</sup> Le droit d'un défendeur d'introduire des demandes reconventionnelles ou « actions croisées » est admis par pratiquement toutes les législations nationales en matière de procédure civile. La raison principale est qu'on peut raisonnablement s'attendre à ce que les parties concernées par une certaine transaction ou un certain fait fassent valoir des demandes découlant de cette transaction ou de ce fait. Ainsi, si l'une d'entre elles (le demandeur) engage une procédure en faisant valoir une créance contre l'autre (le défendeur), cette dernière peut avoir un intérêt non seulement à ce que cette créance soit rejetée par le tribunal, mais aussi à « obtenir un jugement contre le demandeur sur sa propre créance ». En outre, la demande reconventionnelle du défendeur n'est pas considérée comme un moyen de défense visant uniquement à faire échec à l'action du demandeur, mais plutôt comme « un exercice indépendant de son droit d'intenter une action ». <sup>4</sup> Demande reconventionnelle ne peut être introduite qu'au cours de la procédure engagée par l'action du demandeur et elle dépend de cette dernière.

---

<sup>1</sup> « Si l'objectif général de la Convention est d'encourager un flux plus important d'investissements privés internationaux, les dispositions de la Convention maintiennent un équilibre prudent entre les intérêts des investisseurs et ceux des États d'accueil. En outre, la Convention permet aux États d'accueil et aux investisseurs d'engager des procédures et les directeurs exécutifs ont toujours eu à l'esprit que les dispositions de la Convention devaient être adaptées de la même manière aux exigences des deux cas. »

<sup>2</sup> J. HO et M. SATTOROVA (éds.), *Investors' international law*, Studies in International Trade and Investment Law, n° volume 24, Oxford ; New York, Hart, 2021, p. 193.

<sup>3</sup> Antonopoulos, Constantine. *Counterclaims before the International Court of Justice*. Springer Science & Business Media, 2011, p.7.

<sup>4</sup> Antonopoulos, Constantine. *Counterclaims before the International Court of Justice*. Springer Science & Business Media, 2011, p.10.

L'arbitrage en matière d'investissement est généralement perçu comme un processus unilatéral,<sup>1</sup> dans lequel il est rare qu'un État d'accueil dépose une plainte à l'encontre d'un investisseur.<sup>2</sup> La plupart des affaires CIRDI dans lesquelles les accords ont servi de base au consentement à l'arbitrage (investisseur-État) ont été initiées par des investisseurs (314), moins de 3 % d'entre elles impliquant des demandes reconventionnelles présentées par l'État hôte, au cours des cinq dernières années. Les demandes reconventionnelles intéressent également de plus en plus les négociateurs en matière d'investissement, certains AII et modèles d'AII de pays d'Afrique, des Caraïbes et d'Amérique latine comprenant des dispositions détaillées sur les demandes reconventionnelles. Ces développements suggèrent que le système est de plus en plus conscient de la question des demandes reconventionnelles dans les accords d'investissement, bien que la Convention (CIRDI) ait prévu la possibilité de demandes reconventionnelles à l'article 46 il y a près d'un demi-siècle.<sup>3</sup> Les demandes reconventionnelles introduites dans le cadre d'un accord auprès du CIRDI sont distinctes des demandes introduites devant le CIRDI dans le cadre d'un contrat. Dans le cas des accords, le consentement à l'arbitrage international serait exprimé dans l'accord lui-même et dans la demande d'arbitrage de l'investisseur, et non pas dans un contrat.

L'objectif de la clause - demande reconventionnelle dans la convention CIRDI selon les travaux préparatoires est que les parties et le tribunal restent impliqués dans la procédure engagée avec la demande d'arbitrage et la demande initiale, au lieu d'engager une nouvelle procédure distincte pour une demande reconventionnelle. Pendant ces travaux un délégué d'un État a expliqué que permettre le recours au demande reconventionnelle ne va pas élargir la

---

<sup>1</sup> « Ce phénomène a été critiqué, les États d'accueil ayant adopté le rôle de « défendeur perpétuel ». Les investisseurs sont accusés d'utiliser l'arbitrage comme une épée contre les États, alors qu'il est censé être utilisé comme un bouclier. Les investisseurs utilisent agressivement cet outil pour «attaquer» plutôt que pour se protéger. Le nombre total cumulé d'affaires connues fondées sur des accords au 31 juillet 2019 dépassait 983, contre 560 en 2013. », dans Chaisse, Julien, Leïla. Choukroune, and Sufian Jusoh, eds. *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2021, p.1283.

<sup>2</sup> Chaisse, Julien, Leïla. Choukroune, and Sufian Jusoh, eds. *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2021, p.1282.

<sup>3</sup> Kalicki, Jean E., and Anna Joubin-Bret, eds. *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, 2015, p.779.

compétence du tribunal. <sup>1</sup> Avec ces mises en garde et après délibération l'article 46 de la convention du CIRDI a été adopté :

*« Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre. ».*<sup>2</sup>

L'État d'accueil qui souhaite introduire une demande reconventionnelle se heurte à un obstacle juridictionnel. Il est encore nécessaire de s'attaquer à cet obstacle que les États doivent franchir pour pouvoir introduire avec succès une demande contre les investisseurs. Le pouvoir d'un tribunal de trancher un litige découle du consentement des parties. Il est obtenu par l'interprétation de la clause d'arbitrage et des règles d'arbitrage régissant la procédure. Certains accords autorisent explicitement les parties à introduire une demande ou prévoient la possibilité d'une demande reconventionnelle. <sup>3</sup> Fonction de la convention d'arbitrage, les États d'accueil peuvent présenter des demandes reconventionnelles à l'encontre des investisseurs étrangers. <sup>4</sup>

## □ II. L'État d'accueil en tant que (« Parens Patriae ») <sup>5</sup>

Principe selon lequel l'État a la qualité pour agir au nom de sa population en général ou de certains citoyens en particulier. En général, le gouvernement d'un État est autorisé à agir en tant que parens patriae <sup>6</sup> dans la sphère internationale au nom de ses citoyens pour défendre leurs droits lorsqu'ils n'ont pas la qualité ou la capacité de le faire eux-mêmes. Dans certaines circonstances, il est soutenu qu'un État hôte devrait être autorisé à déposer des demandes

---

<sup>1</sup> *Ibid*

<sup>2</sup> Voir art. 46 dans : <https://icsid.worldbank.org/fr/reglement/convention/convention-cirdi/chapitre-IV>.

<sup>3</sup> Chaisse, Julien, Leïla. Choukroune, and Sufian Jusoh, eds. Handbook of International Investment Law and Policy, 2021, p.1282.

<sup>4</sup> Art. 46 de la convention CIRDI, source :

<https://icsid.worldbank.org/fr/reglement/convention/convention-cirdi/chapitre-IV>

<sup>5</sup> parens patriae (en common law) ou patria potestas (en droit civil), voir, S. Morin, « Autorité parentale et patriarcat d'État au Canada, » Revue générale de droit, Consortium Erudit, October 20, 2014, vol. 39, no. 1, pp. 127-201.

<sup>6</sup> « Doctrine by which the state has standing to act on behalf of its population generally or of specific citizens; the state acting in such capacity. Generally, a state government is considered empowered to act as parens patriae in the international arena on behalf of the state's citizens to protect their rights when they have no standing or ability to do so themselves. », dans, A.X. FELLMETH et M. HORWITZ, *Guide to Latin in international law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009, p. 215.

reconventionnelles au nom des victimes. La doctrine *parens patriae*, qui trouve son origine dans le droit anglais, apporte un appui normatif à cette proposition. <sup>1</sup>

*Parens patriae* (parent de la nation) est un concept qui définit le rôle d'un dirigeant ou d'un État en tant que protecteur du peuple, en particulier de ceux qui ne sont pas en mesure de prendre soin d'eux-mêmes. Ce principe attribue à l'État le rôle de gardien de ses citoyens et l'oblige à assurer le bien-être de la population et reconnaît l'autorité inhérente de l'État pour assurer la protection et le bien-être des personnes non *sui juris*, telles que les mineurs, les aliénés et les personnes incapables, et pour agir en tant que parent de tout enfant ou individu ayant besoin d'une protection afin de protéger leurs intérêts et leurs biens. <sup>2</sup>

Le principe de *parens patriae* remonte au règne du roi Édouard Ier (1272-1307). La doctrine était initialement basée sur le concept de prérogative royale, qui stipule que le pouvoir de tutelle du roi découle de son devoir de veiller sur ses sujets qui sont légalement incapables de s'occuper de leur propre personne, tels que ceux que l'on qualifiait d'imbéciles. Plus tard, le pouvoir de tutelle a été étendu aux successeurs mineurs dans le cadre de la tenure féodale, <sup>3</sup> et il est devenu une source de revenus pour le souverain. <sup>4</sup>

Un comportement qui viole les lois pénales, les lois civiles ou d'autres dispositions réglementaires compromet la souveraineté même de l'État et peut faire l'objet d'une action civile intentée au nom de l'État. Les intérêts d'un État susceptible de subir des dommages peuvent être souverains, quasi-souverains ou patrimoniaux. Les intérêts quasi-souverains d'un État comprennent son intérêt pour la santé, la sécurité et le bien-être de ses citoyens ainsi que pour un environnement sain. Les tribunaux ont élargi le principe pour y inclure la possibilité pour le gouvernement d'intenter une action en réparation d'un préjudice causé à des intérêts « quasi-souverains ». Un intérêt « quasi-souverain » est l'intérêt direct et indépendant d'un État,

---

<sup>1</sup> J. HO et M. SATTOROVA (éds.), *Investors' international law*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>2</sup> J.R. Rowan, « *Parens Patriae is Wrong (Parent Supporter is Right)* », *Juvenile Justice*, Wiley, July 14, 2009, vol. 27, no. 2, pp. 17-23.

<sup>3</sup> « Tenure féodal : Le régime féodal est un système dans lequel la terre est détenue par des locataires, mais appartenant à des seigneurs ou à des personnes de classe supérieure. », source : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/fief/>.

<sup>4</sup> J. HO et M. SATTOROVA (éds.), *Investors' international law*, *op. cit.*, p. 204.

contrairement aux efforts déployés par un État pour recouvrer les bénéfices d'une action en justice.<sup>1</sup>

Les tribunaux américains reconnaissent uniformément le pouvoir d'un État d'intenter une action en justice, en tant que *parens patriae*, pour défendre les intérêts de l'État et de ses citoyens. La doctrine *parens patriae* aux États-Unis suit généralement les mêmes principes dans les tribunaux fédéraux et les tribunaux des États.<sup>2</sup> Au début du vingtième siècle, les États se sont appuyés sur ce principe pour exercer leur pouvoir de police afin de protéger leurs intérêts «quasi souverains», tels que «le confort général, la santé ou les droits de propriété de ses habitants», avant qu'il ne devienne une alternative aux recours collectifs pour les litiges antitrust et d'autres litiges économiques<sup>3</sup>.

Plusieurs affaires entendues par des cours et tribunaux internationaux ont invoqué le principe *parens patriae*. Ainsi, dans le cadre de la Convention sur le génocide « La Croatie demande à la Cour de dire et juger que la République fédérale de Yougoslavie<sup>4</sup> l'obligation de verser à la République de Croatie, en son nom propre et en tant que *parens patriae* pour ses citoyens, des réparations pour les dommages aux personnes et aux biens... causés par les violations du droit international susmentionnées, pour un montant à déterminer par la Cour ». La Croatie a demandé à la Cour de statuer et de déclarer, notamment, ce qui suit :

*« [T] he Federal Republic of Yugoslavia has an obligation to pay to the Republic of Croatia, in its own right and as parens patriae for its citizens, reparations for damages to persons and property, as well as to the Croatian economy and environment caused by the foregoing violations of international law in a sum to be determined by the Court. »*

Le principe du *parens patriae* n'a pas atteint le statut de droit international coutumier. Elle ne fait pas non plus partie des «principes généraux de droit reconnus par les nations

---

<sup>1</sup> A. Kanner, *The Public Trust Doctrine, Parens Patriae, and the Attorney General as the Guardian of the State's Natural Resources*, 16 *Duke Environmental Law & Policy Forum*, pp.57-116

<sup>2</sup> A. Kanner, *The Public Trust Doctrine, Parens Patriae, and the Attorney General as the Guardian of the State's Natural Resources*, 16 *Duke Environmental Law & Policy Forum*, pp.57-116.

<sup>3</sup> J. HO et M. SATTOROVA (éds.), *Investors' international law, op. cit.*, p. 206.

<sup>4</sup> L'application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Croate c. Serbe), C.I.J. n° 118, arrêt du 18 novembre 2008, p. 6, dans, FELLMETH Aaron Xavier et HORWITZ Maurice, *Guide to Latin in international law*, Oxford University Press, 2009, p. 215.

civilisées» tels que définis à l'article 38, paragraphe 1, point c), du statut de la Cour internationale de justice. En effet, alors que le consentement de la majorité (voire de la totalité) des États est nécessaire pour qu'un principe existant dans l'ordre juridique interne soit élevé au rang de principe général de droit international. Cependant, il n'est pas nécessaire d'appliquer le principe *parens patriae* pour établir la compétence sur les demandes reconventionnelles dans l'arbitrage d'investissement lorsqu'il s'agit d'évaluer s'il est approprié d'autoriser l'Etat défendeur à soumettre des demandes reconventionnelles au nom de ses citoyens. Le raisonnement qui fonde le principe *parens patriae*, à savoir qu'il apporterait une satisfaction et une protection effectives aux citoyens affectés, fournira un soutien normatif à la recevabilité de ces demandes reconventionnelles.<sup>1</sup>

□ **D. L'actions directe de l'états d'accueil- une méthode efficace pour la lutte contre la corruption dans les contrats d'investissement**

Le litige d'arbitrage d'investissement classique met en scène un investisseur qui, s'appuyant sur les dispositions d'un traité d'investissement, d'un contrat d'investissement ou, de plus en plus souvent, sur les deux, dépose des demandes à l'encontre d'un État souverain hôte. C'est ce que l'on peut appeler le paradigme classique des différends en matière d'investissement. La croissance prodigieuse des différends en matière d'investissement au cours des dernières décennies repose, à quelques exceptions près, uniquement sur la consolidation croissante de ce paradigme classique. La notion même de demandes de l'État d'accueil peut initialement susciter des réactions allant d'un scepticisme curieux à une méfiance totale. En effet, l'opinion dominante, portée par des universitaires de renom, est que l'arbitrage d'investissement vise principalement, voire uniquement, à protéger les droits des investisseurs. Ainsi, Thomas Waïde et Todd Weiler, par exemple, affirment que l'arbitrage d'investissement équivaut à un «examen quasi judiciaire international de l'action réglementaire nationale». Enfin, Emmanuel Gaillard est allé jusqu'à comparer l'évolution du contrôle exercé par les tribunaux arbitraux sur la conduite de l'État hôte à « celle qui, au dix-neuvième siècle, a vu naître le contrôle juridictionnel des actes de l'administration française par le Conseil d'État ».<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> J. HO et M. SATTOROVA (éds.), *Investors' international law*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>2</sup> Laborde, G. « The Case for Host State Claims in Investment Arbitration. » *Journal of International Dispute Settlement* 1, no. 1 (January 12, 2010): 97–122.

Les actions directes<sup>1</sup> sont des demandes introduites par des États à l'encontre des investisseurs. Du point de vue de la procédure, elles diffèrent des demandes reconventionnelles car elles permettent d'engager des procédures d'arbitrage relatives aux différends entre investisseurs et États. Les actions directes au niveau international se présentent sous deux formes : (i) les actions fondées sur des contrats, (ii) les actions fondées sur des accords.

- (i) Les actions directes fondées sur des contrats sont régies par des contrats entre l'investisseur et l'État, qui contiennent souvent des clauses d'arbitrage. Ces actions obligent les États à soumettre à l'arbitrage les demandes formulées à l'encontre des investisseurs, s'ils se plaignent de la performance de l'investisseur dans le cadre du contrat. L'arbitrage peut être mené de manière ad hoc ou administré par des institutions telles que le CIRDI. Pour que l'arbitrage soit mené dans le cadre de la convention du CIRDI, l'État d'origine de l'investisseur et l'État d'accueil doivent tous deux être parties à la convention. Si ce n'est pas le cas, le CIRDI peut toujours servir d'institution arbitrale.<sup>2</sup>
- (ii) Les actions directes fondées sur des accords et engagées par des États à l'encontre des investisseurs portent sur des allégations de violation des obligations de l'investisseur découlant de l'accord. À l'heure actuelle, il n'existe aucune procédure permettant de formuler de telles demandes. Toutefois, la tendance visant à en faire une réalité s'est accentuée, avec l'inclusion d'obligations de l'investisseur dans les accords internationaux d'investissement (AII). Les obligations de l'investisseur sont essentielles car toute action directe doit être basée sur une demande concernant une obligation légale non respectée. L'accord bilatéral d'investissement entre l'Inde et le Kirghizistan<sup>3</sup> est un exemple de ce type d'obligation.<sup>4</sup>

Le cadre procédural actuel pour les actions directes fondées sur un accord se compose d'une seule disposition : l'article 36 de la convention CIRDI. Cet article est rédigé de la manière suivante :

---

<sup>1</sup> Dans le cas des demandes reconventionnelles, les États doivent attendre que les investisseurs déposent une demande à leur encontre. Avec les actions directes, les États peuvent prendre l'initiative.

<sup>2</sup> Jarrett, Martin, Sergio Puig, and Steven Ratner. « Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals. » *Journal of International Dispute Settlement* », 14, no. 2 (December 4, 2021): 259–80.

<sup>3</sup> « Chapitre III - Les obligations de l'investisseur Article 11 Conformité aux lois ... (iv) Un investisseur fournira les informations que les Parties pourront demander concernant l'investissement en question, l'historique de l'entreprise et les activités de l'investisseur, à des fins de prise de décision en rapport avec cet investissement ou uniquement à des fins statistiques. »

<sup>4</sup> Jarrett, Martin, Sergio Puig, and Steven Ratner. « Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals. » *Journal of International Dispute Settlement* 14, no. 2 (December 4, 2021): 259–80



« (1) Un État contractant ou le ressortissant d'un État contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie. »

La demande d'arbitrage peut être introduite par l'État d'accueil ou par l'investisseur. Dans la pratique, la demande d'arbitrage émane presque toujours de l'investisseur. L'investisseur n'a besoin d'aucune autorisation de l'État dont il a la nationalité pour engager une procédure. <sup>1</sup>

- **§2. La corruption dans l'arbitrage entre investisseurs et États : compétence, recevabilité et le bien-fondé**
- A. La corruption un moyen de défense de l'état d'accueil

La recevabilité est d'abord définie comme une exception préliminaire qui ne relève pas directement du fond. D'apparence évidente, la distinction est en réalité parfois délicate. Il n'est pas inhabituel en effet que des plaideurs, pour tenter d'obtenir le rejet des demandes à un stade préliminaire, présentent comme des exceptions d'irrecevabilité des arguments qui relèvent en réalité d'une défense au fond. Tout est ici question de degré, comme l'a indiqué Rosenne dans son étude sur la Cour internationale de Justice :

« The distinction between a preliminary objection, especially to the admissibility, and a defense to the merits, is also subtle. As a rough rule of thumb, it is probable that when the facts and arguments in support of the objection are substantially the same as the facts and arguments on which the merits of the case depend, or when to decide the objection would require decision on what, in the particular case, are substantive aspects of the merits, the plea is not an objection but a defense to the merits »

La notion de recevabilité est définie par opposition à la compétence. Pour certains auteurs, qui voient deux dimensions distinctes dans la notion de compétence, celle-ci désigne d'abord l'aptitude de la juridiction à connaître d'une affaire et à la trancher en droit : c'est la compétence en tant que « pouvoir ». Elle désigne ensuite les types de rattachement qui conditionnent l'étendue de ce pouvoir, généralement définis par référence aux critères *ratione*

---

<sup>1</sup> Schreuer, Christoph H. The ICSID Convention: A Commentary, 2009, p.455.

*materiae, ratione personae* et *ratione temporis* (le droit interne imposant également la composante *ratio ne loci*) : c'est la compétence en tant que « sphère ».

□ **I. La compétence du tribunal arbitral**

La compétence fait référence à la capacité d'un tribunal à connaître d'un litige porté devant celui-ci par les parties. Il est très difficile de faire la distinction entre la compétence et la recevabilité. Dans son article « Compétence et recevabilité », Jan Paulsson écrit que, bien que les deux concepts soient aussi différents que le jour et la nuit, «il existe une zone d'ombre». Dans *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, le juge Fitzmaurice distingue les concepts comme suit : une exception d'incompétence « est une exception selon laquelle le tribunal lui-même est incompétent pour rendre une décision, que ce soit sur le fond ou sur la recevabilité de la demande », tandis qu'une exception d'irrecevabilité matérielle est « une exception selon laquelle le tribunal devrait déclarer la demande irrecevable pour un motif autre que son bien-fondé en dernier ressort ». <sup>1</sup>

La notion de compétence, <sup>2</sup> désigne d'abord l'aptitude de la juridiction à connaître d'une affaire et à la trancher en droit : c'est la compétence en tant que « pouvoir ». Elle désigne ensuite les types de rattachement qui conditionnent l'étendue de ce pouvoir. La compétence d'un tribunal arbitral dépend généralement de la question de savoir si le demandeur satisfait aux quatre exigences juridictionnelles nécessaires pour établir l'existence d'un pouvoir juridictionnel. <sup>3</sup>

- (i) *ratione voluntatis* : le consentement de l'État et de l'investisseur à l'arbitrage.
- (ii) *ratione personae* : le demandeur doit être un investisseur couvert par l'accord.
- (iii) *ratione materiae* : l'objet de la demande doit relever du champ d'application de l'accord et l'investissement et doit être couvert par l'accord. L'argument du défendeur est que si un investisseur a participé à des activités illégales, le

---

<sup>1</sup> Brown, Chester, and Kate Miles, eds. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011.p.192

<sup>2</sup> « L'une des caractéristiques de la compétence en droit international, contrairement à la compétence juridictionnelle en droit interne, elle est entièrement fondée sur le consentement des parties. »

<sup>3</sup> Brown, Chester, and Kate Miles, eds. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011.p.192

tribunal n'est pas compétent pour entendre la demande parce que le différend ne découle pas d'un investissement «couvert». <sup>1</sup>

(iv) *ratione temporis* : l'accord doit être en vigueur au moment de la naissance du litige.

**a. La bonne foi comme condition implicite de la compétence du tribunal arbitral**

Le concept de bonne foi est un principe fondamental du droit international, comparable au rôle qu'il joue dans les systèmes juridiques nationaux. Il sert de source de normes qui garantissent l'adaptation des règles juridiques aux nécessités constitutionnelles, aux valeurs fondamentales et aux évolutions de la société. La bonne foi est liée à d'autres principes juridiques et peut être considérée comme un cadre de justice, d'équité et de raisonnable pour une bonne administration de la justice. Elle est particulièrement pertinente dans le contexte de la protection juridique internationale des investissements étrangers et de l'arbitrage d'investissement. Les tribunaux peuvent être prudents lorsqu'il s'agit de s'appuyer uniquement sur la bonne foi en raison de craintes d'insécurité juridique ou d'arbitraire, mais elle doit être considérée comme un moyen d'améliorer l'argumentation et de contrer les recours en annulation. La bonne foi a une incidence sur divers aspects des obligations juridiques, de la négociation à l'exécution, et influence l'interprétation et l'application du droit applicable par le tribunal. Elle s'applique à tous les acteurs impliqués dans la procédure, y compris l'État défendeur, les arbitres individuels, le tribunal dans son ensemble et l'investisseur. <sup>2</sup>

Les tribunaux ont considéré le principe de bonne foi un critère juridictionnel indépendant. <sup>3</sup> Alors qu'il est reconnu que le principe de bonne foi est un principe général du droit international. <sup>4</sup> Les conséquences de sa violation pour les procédures d'arbitrage des accords d'investissement restent incertaines. Certains tribunaux arbitraux ont même affirmé que

---

<sup>1</sup> Chaisse, Julien, Leïla. Choukroune, and Sufian Jusoh, eds. *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2021. P.893

<sup>2</sup> A. GATTINI, A. TANZI et F. FONTANELLI (éds.), *General principles of law and international investment arbitration*, Nijhoff international investment law series, n° volume 12, Leiden ; Boston, Brill Nijhoff, 2018, pp. 192-195.

<sup>3</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5. Disponible dans [italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf)

<sup>4</sup>

tout investissement devait être réalisé légalement et de bonne foi, même lorsque ces conditions ne sont pas expressément énoncées dans un AII.<sup>1</sup>

Le tribunal dans l'affaire Hamester contre Ghana, a déclaré au début de son analyse par exemple que, indépendamment des dispositions conventionnelles spécifiques, un investissement réalisé par corruption et fraude en violation du principe de bonne foi ne serait pas couvert par le régime de protection du CIRDI. Selon les termes du tribunal :

« {U}n investissement ne sera pas protégé s'il a été créé en violation des principes nationaux ou internationaux de la bonne foi, au moyen de la corruption, de la fraude ou d'une conduite trompeuse, ou si sa création elle-même constitue une utilisation abusive du système de protection internationale des investissements en vertu de la Convention CIRDI. Il ne sera pas non plus protégé s'il a été créé en violation du droit de l'État d'accueil [...]. »<sup>2</sup>

En outre, le tribunal *Inceysa v. El Salvador* a également appliqué plusieurs principes, notamment les principes de bonne foi, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et l'ordre public international.<sup>3</sup>

Le nouvel Accord économique et commercial global (« CITA ») entre le Canada et l'UE stipule expressément dans l'article 8.18(3) : « Il est entendu qu'un investisseur ne peut présenter une plainte en vertu de la présente section si l'investissement a été effectué au moyen d'une déclaration frauduleuse, d'une dissimulation, d'une corruption ou d'un comportement équivalant à un abus de procédure ». Reconnaissant la divergence entre l'intention des États et l'interprétation arbitrale des clauses de légalité, Jason Webb Yakee a proposé un nouvel « article X » que les États peuvent incorporer dans les ABI. L'article X retire explicitement la compétence des accords bilatéraux d'investissement aux investissements qui ne sont pas établis

---

<sup>1</sup> J. HO et M. SATTOROVA (éds.), *Investors' international law*, *op. cit.*, p. 282.

<sup>2</sup> *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, disponible sur [INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES \(italaw.com\)](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf)

<sup>3</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>

et exploités conformément au principe international de bonne foi et aux lois et réglementations de l'État d'accueil. <sup>1</sup>

Ce principe largement acceptés est un outil suffisant pour lutter de manière cohérente contre la corruption commise par les investisseurs, et n'exigent pas des tribunaux qu'ils analysent en profondeur et évaluent qualitativement des lois nationales souvent floues. <sup>2</sup>

Le texte type pour l'accord bilatéral d'investissement indien, qui a été publié fin 2015, précise que « investissement » signifie une entreprise. Le modèle de l'ABI indien exige que l'« investissement » couvert présente toutes les caractéristiques fondamentales de Salini, y compris, notamment, l'« importance pour le développement » de l'État d'accueil., il exige aussi spécifiquement qu'un « investissement » soit constitué, organisé et exploité conformément à la loi et au principe de la bonne foi. <sup>3</sup>

Les tribunaux Phoenix c. République tchèque et Hamester c. Ghana ont établi que les investissements réalisés en violation des principes de bonne foi, tels que la corruption ou la fraude, ne sont pas protégés par le mécanisme de règlement des différends de l'ICSID. Le tribunal dans l'affaire World Duty Free c. Kenya a en outre souligné que les demandes introduites par des investisseurs qui se sont livrés à des actes de corruption ou à des comportements frauduleux seraient rejetées. Le principe de bonne foi est considéré comme un facteur déterminant de la légalité et de la recevabilité des demandes d'investissement. Dans l'affaire Mamidoil c. Albanie, le tribunal a établi une distinction entre les violations des règles de fond et de procédure, déclarant qu'une violation du droit matériel entraînerait un déni de protection, tandis qu'une violation des exigences procédurales nécessiterait une analyse au cas par cas. Le tribunal a également souligné la nécessité d'un seuil de minimis et d'un lien interne entre l'acte illégal et l'investissement lui-même pour refuser la protection. Dans l'ensemble, la jurisprudence indique

---

<sup>1</sup> M.N. Alrashid et al. (éds.), *Investment treaty arbitration and international law. 12* / Meriam N. Alrashid, Kabir Duggal, Miriam Harwood and Todd Weiler ; Rekha Rangachari (associate editor), Huntington, N.Y, Juris, 2018, p. 48.

<sup>2</sup> M.N. ALRASHID *et al.* (éds.), *Investment treaty arbitration and international law. 12* / Meriam N. Alrashid, Kabir Duggal, Miriam Harwood and Todd Weiler ; Rekha Rangachari (associate editor), Huntington, N.Y, Juris, 2018, p. 52.

<sup>3</sup> I.A. LAIRD *et al.* (éds.), *Investment treaty arbitration and international law. 10* / Ian A. Laird, Borzu Sabahi, Frédéric G. Sourgens, Todd J. Weiler, editors; Kabir Duggal, associate editor, Huntington, N.Y, Juris, 2017, p. 127.

que les allégations de corruption et de violation de la bonne foi peuvent avoir un impact sérieux sur l'issue des demandes d'investissement.<sup>1</sup>

#### **b. Les clauses de légalité dans les accords d'investissement**

Les accords bilatéraux d'investissement contiennent souvent des dispositions stipulant que les investissements protégés doivent être réalisés « conformément à la loi ». Cette exigence juridictionnelle exclut les investissements qui violent le droit de l'État d'accueil, et les tribunaux rejettent les demandes concernant des investissements qui n'ont pas été réalisés « conformément à la loi », soumises dans le cadre de ces traités. Plus d'une centaine d'États se sont engagés à criminaliser les actes de corruption commis par des fonctionnaires, y compris les pots-de-vin. Les investissements obtenus par la corruption sont susceptibles de violer la loi de l'État d'accueil et de se voir refuser la protection en vertu de tout traité limitant la couverture aux investissements réalisés légalement. Les tribunaux ont rejeté des demandes fondées sur des clauses conventionnelles limitant les investissements couverts à ceux effectués légalement. Par exemple, dans l'affaire *Inceysa c. El Salvador*, le Tribunal a estimé que l'Espagne et le Salvador excluaient de la protection du traité applicable les investissements qui n'étaient pas réalisés conformément aux lois de l'État d'accueil. Dans l'affaire *Tokios Tokelès c. Ukraine*, le Tribunal a estimé que même si les documents relatifs aux investissements enregistrés présentaient des défauts administratifs mineurs, cela ne priverait pas le demandeur de la protection du traité bilatéral d'investissement.<sup>2</sup>

Cependant, il est peu probable que les États, dans l'espoir d'encourager l'investissement étranger, souhaitent que la seule mention des lois d'un État ait un impact considérable sur le champ d'application de l'arbitrage d'investissement en écartant totalement la possibilité d'un recouvrement. Quand les États hôtes veulent élargir ou limiter le champ d'application d'un accord, ils peuvent le faire et le font de manière expresse. Ils ne comptent pas sur les tribunaux

---

<sup>1</sup> A. GATTINI, A. TANZI et F. FONTANELLI (éds.), *General principles of law and international investment arbitration*, *op. cit.*, pp. 202-204.

<sup>2</sup> A.J. Menaker, « The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations, » *ICSID Review*, Oxford University Press (OUP), March 1, 2010, vol. 25, no. 1, pp. 67-75.

pour «lire entre les lignes» et élargir considérablement leur mandat sur la base d'indices perçus cachés dans une phase de quatre mots telle que « conformément à la loi ». <sup>1</sup>

Les clauses de légalité revêtent différentes formes. À titre préliminaire, de nombreux accords d'investissement les ignorent, comme l'accord bilatéral d'investissement Argentine-France, l'accord sur la charte de l'énergie et les accords bilatéraux d'investissement types des États-Unis. Certains ABI, associent l'expression « conformément à la législation locale » uniquement à la définition de l' « investissement » :

« Le terme « investissement » désigne tout type d'actif réalisé conformément aux lois et réglementations applicables, détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur... »

D'autres accords bilatéraux d'investissement associent cette expression à la définition et à l'admission des investissements, comme l'accord bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et les Philippines, qui stipule ce qui suit :

Article 1(1) : Le terme « investissement » désigne tout type d'actif reconnu conformément à la législation et à la réglementation de chacun des États contractants...

Article 2, paragraphe 1 : Chaque État contractant encourage dans la mesure du possible les investissements effectués sur son territoire par des investisseurs de l'autre État contractant et accepte ces investissements conformément à sa Constitution, à ses lois et à ses règlements mentionnés à l'article 1, paragraphe 1.

Enfin, d'autres exigent expressément le strict respect de la législation locale pour bénéficier de la protection d'un ABI, comme c'est le cas de l'ABI Kazakhstan-Ouzbékistan<sup>2</sup>. L'article 12 de ce dernier prévoit ce qui suit :

« Le présent accord porte sur les investissements réalisés sur le territoire de l'État d'une partie contractante, conformément à sa législation, par des investisseurs de l'État de l'autre partie contractante... »

---

<sup>1</sup> M.N. ALRASHID *et al.* (éds.), *Investment treaty arbitration and international law. 12 / Meriam N. Alrashid, Kabir Duggal, Miriam Harwood and Todd Weiler ; Rekha Rangachari (associate editor), op. cit.*, p. 40.

<sup>2</sup> L'accord entre le gouvernement de la République du Kazakhstan et le gouvernement de la République d'Ouzbékistan, disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

La seule mention de la loi d'un État n'est que la prise en compte de la règle de la *lex situs*, selon laquelle un État doit reconnaître les droits de propriété tangibles ou intangibles attachés à l'actif de l'investisseur étranger. Autrement dit, un investisseur ne peut faire valoir un droit en vertu d'un ABI que si ce droit existait en vertu de la législation nationale. Par exemple, si un investisseur étranger a obtenu un terrain qui, selon la législation nationale, ne comprend pas de droits sur le sous-sol, et que l'État a exploité des ressources sous son terrain, il ne peut pas invoquer une violation de ses droits en vertu d'un ABI, parce qu'il n'avait pas de droits sur le sous-sol en vertu de la législation locale.

Le contenu d'une condition [de légalité] est un problème d'interprétation d'un accord, et non un problème de jurisprudence ou d'analogie. Pour une interprétation appropriée d'un accord, les tribunaux s'appuient généralement sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la «CVDT») : «° Pour une interprétation correcte d'un accord, les tribunaux s'appuient généralement sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la « CVDT ») : Pour une interprétation appropriée d'un accord, les tribunaux s'appuient sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la « CVDT ») .<sup>1</sup>

### **c. L'ordre public transnational un obstacle à la compétence du tribunal arbitral**

Le terme « transnational » - « au-delà » des nations - se distingue du terme « international » - « parmi » ou « entre » les nations. Bien qu'il n'existe pas de définition officielle du terme transnational, la définition qui semble évidente est celle du consensus. Lorsque la grande majorité des nations a accepté (comme le prouvent les conventions internationales et/ou la similitude des lois sur l'arbitrage) de respecter les mêmes principes en ce qui concerne la procédure d'arbitrage international, on peut dire qu'il existe un ordre public procédural « transnational ». <sup>2</sup>

Le principe de l'ordre public transnational a été une préoccupation importante des tribunaux de l'ISA lors d'un deuxième cycle d'examen ou d'une enquête sua sponte sur des

---

<sup>1</sup> Voir, l'article 31 de la convention de vienne sur le droit des traités

<sup>2</sup> F. Mantilla-Serrano, « Towards a Transnational Procedural Public Policy,« Arbitration International, Oxford University Press (OUP), December 1, 2004, vol. 20, no. 4, pp. 333-354.



personnes soupçonnées de corruption. Plus important encore, ce principe a également été fréquemment invoqué dans le cadre des allégations de corruption de l'État d'accueil pour demander au tribunal de rejeter les demandes de l'investisseur. Les tribunaux de l'ISA dans *World Duty Free* et dans *Spentex* se sont tous deux appuyés sur la notion d'ordre public international pour soutenir les allégations de corruption des États défendeurs. Alors que le communiqué de presse (limité) publié sur l'affaire *Spentex* a introduit brièvement le point de vue du tribunal sur cette question, à savoir qu'« un investissement obtenu par la corruption va à l'encontre de l'ordre public international », le tribunal *World Duty Free* a expliqué en détail pourquoi « les réclamations fondées sur des contrats de corruption ou sur des contrats obtenus par la corruption ne peuvent pas être maintenues ». <sup>1</sup>

## □ II. La recevabilité de la demande

La recevabilité est une question relative à l'exercice du pouvoir juridictionnel du tribunal, une question qui ne se pose qu'après que le tribunal a établi l'existence d'un tel pouvoir (compétence). La recevabilité <sup>2</sup> concerne la nature de la demande et la question de savoir s'il existe des obstacles à son examen par un tribunal correctement constitué. <sup>3</sup>

Jan Paulsson suggère que la question peut être formulée de la manière suivante : la partie qui conteste s'en prend-elle au tribunal ou à la demande. Si la contestation aboutit parce que « la demande n'a pas pu être portée devant le forum saisi, la question est généralement celle de la compétence et peut faire l'objet d'un recours ultérieur ». Si la contestation aboutit parce que « la demande ne devrait pas être entendue du tout (ou du moins pas encore), la question est normalement celle de la recevabilité et la décision du tribunal est finale ». Cette distinction a des conséquences importantes. Si un tribunal affirme de manière inappropriée sa compétence, sa sentence peut être examinée pour excès de compétence. Si la question porte sur la recevabilité de la demande, la décision du tribunal est généralement finale. Dans le cas de la recevabilité, le

---

<sup>1</sup> Yan Y., « Anti-Corruption Provisions in International Investment Agreements: Investor Obligations, Sustainability Considerations, and Symmetric Balance, » *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press (OUP), December 1, 2020, vol. 23, no. 4, pp. 989-1013.

<sup>2</sup> « La recevabilité est d'abord définie comme une exception préliminaire qui ne relève pas directement du fond. La jurisprudence a parfois assimilé les notions de recevabilité et de procédure »

<sup>3</sup> Brown, Chester, and Kate Miles, eds. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011.p.192

tribunal exerce son pouvoir juridictionnel pour prendre une décision sur la demande dont il est saisi.

□ **III. La distinction entre compétence et recevabilité**

La compétence fait référence à la capacité d'un tribunal à connaître d'un litige porté devant celui-ci par les parties. Par comparaison, le concept de recevabilité est une objection au type particulier de demande présentée à un tribunal. Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Waste Management Inc v. United Mexican States*, Keith Highet a présenté la distinction de manière très simple : « *la compétence est le pouvoir du tribunal de connaître de l'affaire ; la recevabilité est la question de savoir si l'affaire elle-même est défectueuse - si le tribunal a le droit de la juger* ». Si la distinction est facilement compréhensible en théorie, son application est problématique. L'importance de cette distinction ne peut être sous-estimée. Les décisions relatives à la compétence peuvent être annulées lors d'un recours, alors que les décisions relatives à la recevabilité sont finales. Lorsqu'une question de recevabilité est classée à tort comme étant une question de compétence, il peut en résulter une prolongation injustifiée des possibilités de contestation d'une sentence. Cette distinction procédurale est également importante étant donné que les questions de recevabilité sont considérées comme faisant partie du fond, bien qu'elles soient préliminaires et de nature procédurale. Contrairement à l'analyse de la recevabilité, l'examen de la compétence peut avoir lieu sans évaluation du fond. Un défendeur coupable peut utiliser cela à son avantage : les contestations de compétence peuvent constituer un moyen de distraction astucieux.<sup>1</sup>

La différence entre la compétence et la recevabilité peut être illustrée par un moyen de défense couramment utilisé pour contester une demande, à savoir l'allégation selon laquelle un investissement a été obtenu par le biais de la corruption. Cette défense peut être soulevée à la fois comme une question de compétence et comme un motif d'irrecevabilité d'une demande. L'examen de la jurisprudence antérieure montre que l'argument de la corruption peut entraîner

---

<sup>1</sup> Chaisse, Julien, Leïla. Choukroune, and Sufian Jusoh, eds. *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2021, p.1290.

l'incompétence d'un tribunal ou l'irrecevabilité d'une demande en raison du principe des mains propres.<sup>1</sup>

La distinction entre la corruption et la légalité d'un investissement peut être rationalisée en considérant l'aspect juridictionnel. La corruption implique un manque de compétence, en particulier lorsque la légalité d'un investissement était explicitement requise par le consentement des parties à la compétence. C'est ce que l'on constate souvent dans des clauses telles que « conformément au droit de l'État d'accueil », que l'on trouve dans de nombreux accords bilatéraux d'investissement (ABI).<sup>2</sup>

Dans l'affaire Metal-Tech, le tribunal a déterminé qu'il y avait eu corruption, ce qui a conduit à un manque de compétence sur les réclamations conventionnelles de Metal-Tech et sur les réclamations fondées sur la loi ouzbèke. Le tribunal a expliqué que la violation de la clause « conformément au droit de l'État hôte » dans l'accord bilatéral d'investissement signifiait que le différend ne répondait pas à l'exigence de consentement de la Convention du CIRDI. Par conséquent, le tribunal a conclu qu'il pouvait rejeter l'exception d'irrecevabilité fondée sur le droit ouzbek.<sup>3</sup>

Dans l'affaire World Duty Free, le tribunal n'a pas invoqué l'absence de compétence pour rejeter une demande fondée sur un contrat. Au lieu de cela, il a jugé les demandes irrecevables en déclarant que les contrats impliquant la corruption ou obtenus par des moyens corrompus ne peuvent être maintenus par le tribunal. De même, le tribunal Plama a également estimé que les contrats obtenus par le biais de fausses déclarations frauduleuses ne devaient pas être appliqués. Cela implique que les demandes fondées sur des contrats obtenus illégalement sont également considérées comme irrecevables.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> A. GATTINI, A. TANZI et F. FONTANELLI (éds.), *General principles of law and international investment arbitration*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 150.

### □ **B. La corruption en tant que défense au fond**

En droit international des investissements, il est essentiel de faire la distinction entre l'exigence juridictionnelle d'un investissement et l'objet de la protection. Pour établir sa compétence, un tribunal arbitral devra prendre en considération l'ensemble des activités de l'investisseur. Une fois la compétence établie, le tribunal devra évaluer si le droit particulier qui a été prétendument entravé est protégé par la définition de l'investissement dans l'accord de protection des investissements applicable.<sup>1</sup>

D'autres affaires ont abordé la question de la corruption au cours de la phase de fond, mais sans trouver de preuves suffisantes de corruption.<sup>2</sup>

### □ **§.3. Les différentes approches sur la corruption dans l'arbitrage international de l'investissement**

#### □ **A. La responsabilité de l'État**

En invoquant diverses manifestations du principe général de bonne foi, telles que l'estoppel, Le consentement et les attentes légitimes du demandeur, les tribunaux ont également rejeté les moyens de défense fondés sur l'illégalité lorsque l'État d'accueil lui-même a participé à cette illégalité, ou a accepté ou pris connaissance de cette illégalité.

Par conséquent, un défendeur peut être empêché d'invoquer l'exception d'illégalité lorsqu'il a découvert l'identité des acteurs corrompus avant le lancement de l'arbitrage, mais qu'il a choisi de ne pas les poursuivre en justice. Dans l'affaire *Wena Hotels Limited c. République arabe d'Égypte*, l'Égypte a allégué que le demandeur avait embauché un consultant pour qu'il se livre à des actes de corruption en faveur des activités de l'investisseur. Le tribunal a refusé d'« immuniser l'Égypte de toute responsabilité » en raison des actes illégaux présumés

---

<sup>1</sup> P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, and F. Francioni, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, OUP Oxford, 2010, p..234.

<sup>2</sup> *Lao Holdings NV c. République démocratique populaire lao*, affaire CIRDI no ARB(AF)/12/6, sentence (6 août 2019). Voir également *Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. Bangladesh Petroleum Exploration and Production Co Ltd et Bangladesh Oil Gas and Mineral Corp*, affaire CIRDI n° ARB/10/11 et ARB/10/18, décision sur la demande relative à la corruption (25 février 2019). *Lao Holdings* est particulièrement créative dans la mesure où la mauvaise conduite de l'investisseur est jugée non pas comme privant le tribunal de sa compétence, mais plutôt comme démontrant que la manière dont l'État d'accueil s'est comporté vis-à-vis de l'investisseur n'était pas une violation du traité en question.

du demandeur parce que, entre autres, les autorités égyptiennes avaient eu connaissance de la corruption présumée impliquant le consultant du demandeur avant l'introduction de l'arbitrage, « mais avaient décidé (pour quelque raison que ce soit) de ne pas engager de poursuites » contre le consultant.<sup>1</sup>

D'autres tribunaux ont appliqué le principe du consentement tacite pour rejeter une objection juridictionnelle à une objection d'illégalité lorsque l'illégalité alléguée était connue ou aurait dû être connue du défendeur, que le demandeur et le défendeur ont tous les deux agi de bonne foi en croyant que les investissements étaient légaux, et/ou que l'État hôte n'a jamais soulevé la question de l'illégalité alléguée jusqu'à la procédure d'arbitrage. Par exemple, dans l'affaire *Franck Charles Arif c. République de Moldova*, le tribunal a rejeté les moyens de défense du défendeur fondés sur l'illégalité parce que « au moment où l'investissement a été réalisé, et pendant de nombreux mois par la suite, les deux parties ont cru et ont été autorisées à croire que les [contrats relatifs à l'investissement] étaient valides et que l'investissement avait été réalisé conformément à la législation de la Moldova ». <sup>2</sup>

Il convient de noter que dans toutes les décisions sur l'illégalité, à une exception près, les États d'accueil n'ont joué aucun rôle dans les actes illégaux qui ont conduit au refus de la compétence ou au rejet des demandes. La seule exception <sup>3</sup> est *Metal-Tech*, qui impliquait la réception de pots-de-vin par des agents gouvernementaux ou des personnes agissant en leur nom. <sup>4</sup>

Les articles de la CDI portent sur l'attribution des actes illicites d'un État afin d'établir sa responsabilité, et les actes ultra vires peuvent être imputés à l'État conformément à des

---

<sup>1</sup> M.N. ALRASHID *et al.* (éds.), *Investment treaty arbitration and international law. 12 / Meriam N. Alrashid, Kabir Duggal, Miriam Harwood and Todd Weiler ; Rekha Rangachari (associate editor), op. cit.*, p. 37.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> « Des observateurs ont critiqué *Metal-Tech* pour avoir pénalisé de manière disproportionnée les investisseurs et n'avoir pas puni l'État hôte pour son propre rôle dans la corruption. Ces critiques reflètent une interprétation erronée du droit international sur la responsabilité de l'État et ne tiennent pas compte de l'objectif de la défense fondée sur l'illégalité. Tout d'abord, cette critique suppose que l'individu qui a accepté le pot-de-vin et l'État d'accueil sont une seule et même personne. Or, en droit international, les actes individuels ne sont pas automatiquement attribuables à l'État. Au contraire, lorsqu'un représentant de l'État se livre à des actes privés, par opposition à des actes relevant de ses pouvoirs gouvernementaux, ce comportement n'est pas imputable à l'État. »

<sup>4</sup> M.N. ALRASHID *et al.* (éds.), *Investment treaty arbitration and international law. 12 / Meriam N. Alrashid, Kabir Duggal, Miriam Harwood and Todd Weiler ; Rekha Rangachari (associate editor), op. cit.*, p. 37.

principes bien établis. Le cas *World Duty Free v. Kenya* ne soulève pas de questions liées à l'attribution en vertu de la première partie des articles de la CDI. La question portait sur le caractère exécutoire d'une transaction corrompue dans des situations de *pari delicto*. Une corruption significative à l'origine d'une transaction d'investissement invalide cette dernière, et le préjudice repose là où il se trouve. La partie corrompue à l'origine de la transaction ne peut pas faire appel à la responsabilité de l'État pour répartir les pertes.<sup>1</sup>

L'affaire *World Duty Free v. Kenya* portait sur une demande contractuelle impliquant une rupture de contrat et une demande de restitution. Le contrat a été jugé illégal et annulable en vertu des lois kenyanes et anglaises, et le tribunal a estimé que le commentaire sur l'«attribution» n'était pas pertinent par rapport à l'argument selon lequel le Kenya avait connaissance de la corruption. Aloysius Llamzon estime que le droit international de l'investissement a créé des difficultés morales pour les représentants de l'État et risque de compromettre la bonne gouvernance. Il suggère que la loi sur la responsabilité de l'État pourrait contribuer à contrer ce potentiel et à rétablir l'équilibre dans la répartition des coûts économiques et des coûts moraux de la corruption. La règle primaire matérielle pertinente dans le contexte de la corruption déclare que les contrats d'investissement entachés d'une corruption importante sont illégaux et nuls, ce qui permet aux parties d'assumer leurs pertes là où elles se trouvent. Cette règle, généralement dérivée du droit national, échouera également dans les demandes de clause parapluie fondées sur un marché corrompu, étant donné que la deuxième condition pour qu'un État agisse de manière internationalement illicite est la violation d'une obligation internationale.<sup>2</sup>

Une exception à la règle de fond déclarant nuls les contrats obtenus grâce à des pots-de-vin concerne les «petits paiements de facilitation», appelés «paiements de graisse», destinés à accélérer les processus administratifs de routine. La manière de réglementer de tels actes diffère

---

<sup>1</sup> M. Kinnear, G.R. Fischer, *Building International Investment Law*, Kluwer Law International B.V., December 22, 2015.

<sup>2</sup> M. Kinnear, G.R. Fischer, *Building International Investment Law*, Kluwer Law International B.V., December 22, 2015.

selon les systèmes juridiques nationaux. C'est cette exception possible à la règle qui explique la partie du Commentaire de l'article 7 qui stipule que :

*« Lorsqu'un État offre des pots-de-vin à un organe d'un autre État pour qu'il exécute un acte officiel, l'État auteur de la corruption serait responsable en vertu de l'article 8 ou de l'article 17. La question de la responsabilité de l'État dont le fonctionnaire a été corrompu à l'égard de l'État corrupteur dans un tel cas ne peut guère se poser, mais il pourrait y avoir des problèmes de responsabilité à l'égard d'un tiers, qui seraient résolus de manière appropriée en vertu de l'article 7. »<sup>1</sup>*

Le principe d'attribution dans le contexte de la corruption que Llamzon finit par mettre au point :

*« [S]i l'agent public accepte un pot-de-vin, l'État dont relève l'agent corrompu n'est pas responsable vis-à-vis de la partie qui a versé le pot-de-vin, car cette corruption relève d'un comportement purement privé dont l'investisseur avait connaissance, et ne peut donc être imputée à l'État d'accueil (l'État d'accueil peut donc invoquer la corruption comme moyen de défense) ... L'État d'accueil peut néanmoins être responsable à l'égard de tiers qui n'ont pas eu connaissance des actes de corruption en question ou qui n'y ont pas participé. »*

#### □ **B. Le principe zéro-tolérance**

La plus complète analyse de l'approche adoptée à l'égard de la corruption a été réalisée par le tribunal dans l'affaire *World Duty Free c. Kenya*. Si, jusqu'à la récente affaire *Metal-Tech c. Ouzbékistan*, aucun autre tribunal arbitral n'a conclu à l'existence d'une corruption, plusieurs tribunaux ont néanmoins formulé des commentaires reflétant leur approche quant à la manière dont la corruption aurait dû être traitée si elle avait été prouvée.

Dans cette affaire, le gouvernement du Kenya était accusé d'expropriation. *World Duty Free* a affirmé que le gouvernement avait exproprié ses biens et détruit ses droits par le biais des actions de son exécutif, du pouvoir judiciaire, des administrateurs judiciaires. Le tribunal a énuméré huit violations alléguées du contrat entre les parties que le demandeur a mentionnées. Premièrement, *World Duty Free* a été impliquée dans le scandale Goldenberg ; deuxièmement, la société a été illégalement expropriée ; troisièmement, *World Duty Free* a été placée sous séquestre ; quatrièmement, elle a subi des dommages du fait du séquestre nommé par le tribunal ; cinquièmement, les tribunaux ont refusé de protéger *World Duty Free* ; sixièmement, Ali, le

---

<sup>1</sup>

directeur général de World Duty Free, a été expulsé ; septièmement, un jugement définitif a été rendu « au mépris du CIRDI » ; et huitièmement, un double de World Duty Free a été enregistré alors que la procédure du CIRDI était en cours. <sup>1</sup>

Après avoir établi que le contrat d'investissement avait été obtenu par la corruption, le tribunal a rejeté la demande pour deux raisons. Premièrement, le tribunal a conclu que la corruption est contraire à l'ordre public international ou à l'ordre public transnational, raison pour laquelle « les demandes fondées sur des contrats de corruption ou sur des contrats obtenus par la corruption ne peuvent être retenues ». Deuxièmement, il a analysé les conséquences des constatations de corruption en droit anglais et kenyan. En raison de la violation de l'ordre public kenyan et anglais, le contrat obtenu par corruption était annulable et formellement écarté par le Kenya dans son contre-mémoire. De l'avis du tribunal, le Kenya n'a eu connaissance du paiement corrompu qu'au cours de la procédure et n'a donc pas pu renoncer à son droit d'annuler le contrat ou de le confirmer. Dans ce contexte, il a souligné qu'en vertu du droit anglais ou kenyan, la connaissance du président du Kenya ne pouvait être attribuée au Kenya. <sup>2</sup>

Une fois de plus, il convient de noter que l'affaire World Duty Free contre Kenya était un arbitrage fondé sur un contrat. Les questions juridiques soulevées dans cette affaire sont donc, dans une certaine mesure, différentes de celles rencontrées dans un arbitrage de traité d'investissement. Néanmoins, le simple fait qu'il s'agisse d'un arbitrage d'investissement fondé sur un contrat ne diminue en rien l'importance de cette affaire pour l'analyse de l'approche adoptée à l'égard de la corruption. En particulier, il est important de garder à l'esprit que la décision est fondée sur deux motifs distincts : l'ordre public transnational et le droit anglais en tant que droit applicable au contrat. En fait, les commentateurs omettent souvent d'analyser ces deux motifs séparément. <sup>3</sup>

En raison des difficultés liées à la preuve de nombreux tribunaux arbitraux aient examiné des allégations de corruption, il n'y a eu, jusqu'à très récemment, qu'une seule

---

<sup>1</sup> I.T. Odumosu, « International Investment Arbitration and Corruption Claims: An Analysis of World Duty Free v. Kenya », *The Law and Development Review*, Walter de Gruyter GmbH, January 22, 2011, vol. 4, no. 3.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> K.E. DAVIS, « CONTRACTS PROCURED THROUGH BRIBERY OF PUBLIC OFFICIALS: ZERO TOLERANCE VERSUS PROPORTIONAL LIABILITY », s.d., vol. 50.



conclusion positive de corruption dans un arbitrage d'investissement sous les auspices de l'ICSID. Malgré les résultats négatifs de la corruption, de nombreux tribunaux ont fait des déclarations indirectes concernant la corruption, qui reflètent l'approche que le tribunal aurait adoptée au cas où la corruption aurait été établie. Dans l'affaire Wena contre Égypte, par exemple, l'État hôte a allégué que l'investisseur avait obtenu les baux de deux hôtels par des moyens corrompus. Bien que le tribunal ait estimé que l'Égypte n'avait pas réussi à prouver la corruption, il a néanmoins déclaré en passant que : <sup>1</sup>

Dans une perspective de tolérance zéro, les commentateurs soutiennent que la corruption devrait être abordée lors de la phase juridictionnelle de l'arbitrage. Certains spécialistes affirment que la corruption est un obstacle à la compétence du tribunal arbitral, tandis que d'autres la considèrent comme une question de recevabilité, rendant les demandes entachées de corruption irrecevables. Ce groupe de chercheurs offre une vue d'ensemble des différents points de vue sur la corruption dans l'arbitrage des traités d'investissement.

#### □ C. L'approche équilibré

L'approche équilibrée repose sur le principe qu'il n'existe pas de solution unique à un problème qui comporte autant de couches et de visages différents, ce qui rend nécessaire une différenciation plus nuancée des circonstances individuelles de l'affaire. S'il peut y avoir de solides arguments en faveur d'une approche stricte de la corruption dans les procédures d'application de la loi où l'action est intentée à chaque partie impliquée individuellement, une telle approche n'est pas adaptée au contexte de l'arbitrage des accords d'investissement, où la relation entre l'investisseur et l'État d'accueil est réciproque. <sup>2</sup>

L'approche équilibrée remet en question l'approche de la tolérance zéro, car elle ne sanctionne que l'investisseur et ne tient aucun compte de la responsabilité que l'État d'accueil pourrait avoir pour les actes de corruption de ses agents publics. Une telle sanction unilatérale aboutit à l'effet contraire à long terme qu'elle recherchait à l'origine. Étant donné que, dans le

---

<sup>1</sup> K.E. DAVIS, « Civil Remedies for Corruption in Government Contracting: Zero Tolerance Versus Proportional Liability », *SSRN Electronic Journal*, 2009, disponible sur <http://www.ssrn.com/abstract=1393326> (Consulté le 4 janvier 2023).

<sup>2</sup> Wendler, Carsten (2016). *Corruption in Investment Treaty Arbitration - A Balanced Approach to Corruption Issues*. PhD thesis, Universität zu Köln.

cadre de l'approche de tolérance zéro, ni l'État d'accueil ni les agents publics corrompus n'ont à craindre de répercussions ou de devoir rendre compte de leurs actes illicites, aucune amélioration de l'environnement corrompu ne peut être attendue. L'approche de la tolérance zéro peut donc en fait avoir un effet encourageant sur les agents corrompus et les régimes kleptomanes. On ne peut donc pas dire qu'elle protège le public - comme elle le prétend. En outre, elle ouvre la voie à l'utilisation abusive de la défense contre la corruption. <sup>1</sup>

En particulier en prenant en compte les objectifs ultimes de la lutte internationale contre la corruption et du régime des accords d'investissement, qui visent tous deux, entre autres, le développement économique, l'approche équilibrée cherche à rapprocher les intérêts conflictuels grâce à un équilibre sur mesure. Le mécanisme permettant d'atteindre cet équilibre est le principe de proportionnalité. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Ibid.

## ❑ TITRE II : L'ARBITRAGE AU SERVICE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION À L'ÉCHELLE INTERNATIONALE

L'arbitrage international est depuis longtemps confronté à la question complexe de la corruption, avec des développements significatifs dans les années 1960. Ces premières doctrines sont toujours d'actualité. Toutefois, les années 1990 ont été marquées par une augmentation du nombre d'affaires de corruption, ce qui a entraîné une hausse notable du nombre d'arbitrages internationaux sur ce sujet. Ces arbitrages englobent désormais des affaires impliquant des responsables de haut rang, tels que des présidents et des membres du cabinet, ainsi que des cas de corruption à des niveaux inférieurs de la hiérarchie. Notamment, dans les projets d'infrastructure d'importance nationale, l'implication de hauts fonctionnaires est plus probable.

Dans le domaine de l'arbitrage, de nombreuses juridictions ont de plus en plus tendance à prendre en considération les règles impératives d'un pays, même si la loi de ce pays ne régit pas le contrat, lorsque la situation en cause présente un lien étroit avec ce pays. Ce même raisonnement peut être appliqué à la prise en compte des principes d'ordre public international dans les cas de corruption. Dans les litiges entre un État et un investisseur étranger en vertu de la convention CIRDI, le tribunal arbitral est tenu d'appliquer à la fois le droit de l'État contractant et les règles applicables du droit international. La référence au droit international peut être nécessaire dans les cas où le droit national est inadéquat ou n'est pas conforme aux principes du droit international.

La convention CIRDI étant un instrument international public, tout tribunal doit respecter les règles contraignantes du droit international public et ne peut accepter l'argument d'une partie selon lequel le droit national, en violation du droit international, devrait prévaloir. Déterminer si un investissement a été obtenu par la corruption ou si ses conditions ont été affectées par la corruption peut nécessiter une analyse juridique spécifique aux faits, prenant en compte des obligations conventionnelles spécifiques ou des principes généraux de droit. Dans l'ensemble, la qualification de la corruption dans les transactions commerciales internationales comme un crime grave et un sujet de préoccupation générale rend ces transactions illégales, indépendamment du droit applicable ou des tentatives de dissimulation de la corruption. Dans

ce titre, nous allons examiner la notion « ordre public international (chapitre 1), et la conformité des sentences arbitrales avec l'ordre public international (chapitre 2).

## ❑ CHAPITRE : 1 : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET L'ÉMERGENCE D'UN ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL

En matière de droit, il existe un consensus croissant sur le fait que l'interdiction de la corruption d'agents publics étrangers fait partie intégrante de l'ordre public transnational

La corruption dépasse les frontières nationales et nécessite une réponse mondiale. Avec le développement du commerce et des investissements internationaux, la lutte contre la corruption devient de plus en plus cruciale pour préserver l'intégrité des marchés mondiaux et le respect des valeurs fondamentales. La corruption est donc un défi à la fois national et transnational, qui nécessite un examen attentif de la manière dont le droit, en particulier droit de l'arbitrage en matière d'investissements, peut contribuer à l'émergence d'un ordre public transnational efficace. Ce premier chapitre examine la lutte contre la corruption en tant que pierre angulaire de la création d'un ordre public transnational. Nous explorerons les différentes dimensions de ce défi, en nous concentrant sur deux aspects clés : la relation entre la corruption et l'ordre public. (**Section 1**). Et les défis de la preuve de la corruption dans le contexte de l'arbitrage d'investissement (**Section 2**).

### ❑ Section 1 : La corruption et l'ordre public

La lutte contre la corruption à l'échelle internationale repose sur la préservation de l'ordre public, un concept fondamental qui traverse les frontières nationales et les divers systèmes juridiques. Cette section de notre étude vise à éclairer la relation complexe entre la corruption et l'ordre public, en se concentrant sur deux aspects cruciaux. En va aborder l'ordre public en général (1), Nous analyserons les complexités des affaires impliquant des allégations de corruption dans un contexte transnational, où plusieurs systèmes juridiques et normes culturelles entrent en jeu. Nous explorerons comment les tribunaux d'arbitrage international abordent la corruption en tant que menace pour l'ordre public et comment ils évaluent les preuves pour garantir la conformité des sentences arbitrales avec l'ordre public international (2).

- **§1. L'ordre public une vue d'ensemble**
- **A. Les différents concepts de L'ordre public**
- **I. L'ordre public national et international**

La notion d'ordre publique n'est pas figée et il est difficile de la définir. Il varie d'un pays à l'autre et évolue avec le temps. Le juge détermine et fait respecter l'ordre public en veillant à ce que « les principes et les normes qui sont si sacro-saints qu'ils doivent être maintenus à tout prix et sans exception » soient respectés.<sup>1</sup>

La notion d' « ordre public » revêtant une signification différente selon les traditions juridiques, il convient d'en définir le champ d'application. Dans la tradition juridique anglo-saxonne, le sens de « public policy » est assez étroit, se référant à « des questions de morale publique, de santé, de sécurité, de bien-être et autres » et se distingue des questions liées au respect de la légalité. Selon la tradition européenne continentale, l'ordre public désigne un éventail plus large de questions judiciaires, qui englobe les manquements à la procédure judiciaire.<sup>2</sup>

Il faut donc préciser clairement dès le départ que, dans le contexte et la tradition des pratiques en matière d'arbitrage international, le sens reconnu de l'expression « ordre public » est le plus large. Le rapport de la Commission de la CNUDCI sur la Loi type sur l'arbitrage commercial international stipule en effet que :

[I]l était entendu que le terme « ordre public », utilisé dans la convention de New York de 1958 et dans de nombreux autres instruments, couvrait les principes fondamentaux du droit et de la justice, aussi bien sur le plan du fond que sur le plan de la procédure.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Julian DM Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, p. 532

<sup>2</sup> F. Mantilla-Serrano, « Towards a Transnational Procedural Public Policy, » *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), December 1, 2004, vol. 20, no. 4, pp. 333-354.

<sup>3</sup> UN Doc. A/40/17, para. 29, disponible sur :

[https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiFpce2w9WBAXVGVAQEhU1LAPsQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fdigitallibrary.un.org%2Frecord%2F90550%2Ffiles%2FA\\_40\\_17-EN.pdf&usq=A0vVaw2OaxtqjhPmhr9b-thDFbrx&opi=89978449](https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiFpce2w9WBAXVGVAQEhU1LAPsQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fdigitallibrary.un.org%2Frecord%2F90550%2Ffiles%2FA_40_17-EN.pdf&usq=A0vVaw2OaxtqjhPmhr9b-thDFbrx&opi=89978449)

L'ordre public comprend à la fois des dispositions obligatoires (normes d'application immédiate/norme impérative). Et les principes de la politique public.

L'ordre public se divise en ordre public national et ordre public international, contrairement à ce qu'a affirmé la Cour suprême de l'Inde dans l'affaire Remisagar :

« ...In view of the absence of a workable definition of 'international public policy' it would be difficult to construe public policy as used in Article V of the New York Convention to mean international public policy. Hence, as used in the Indian Foreign Award Act, the expression means the doctrine of public policy as applied by the courts of India and must be construed narrowly. »<sup>1</sup>

L'ordre public international représente cette partie de la politique publique qui est la plus vitale pour le système juridique, dont les principes sont plus jalousement respectés et qui ne peuvent être influencés par l'accès à ce système juridique d'une disposition (ou d'une décision) étrangère qui est en conflit avec eux. C'est cet ordre public qui doit être pris en compte à cette fin. L'ordre public national comprend les autres éléments de politique publique qui n'interviennent que dans les relations internes au pays et qui, par conséquent, n'empêchent pas l'accès au système juridique par des dispositions étrangères différentes. Cette distinction est importante et semble plus claire que celle faite par la Cour de cassation française dans l'arrêt Grands Moulins de Strasbourg<sup>2</sup> :

« L'ordre public international ... est une notion d'ordre public moins stricte que celle appliquée par le droit interne français. »

En matière d'arbitrage international d'investissement, la faute de l'investisseur peut être une question de compétence, de recevabilité et de bien-fondé. Dans le cadre de la corruption, le tribunal World Duty Free a conclu que « [l]e demandeur n'est pas légalement habilité à maintenir l'une quelconque des demandes qu'il a formulées dans le cadre de la présente procédure pour des raisons d'ordre public international », sans préciser s'il s'agissait d'une

---

<sup>1</sup> « Compte tenu de l'absence d'une définition pratique de l'«ordre public international», il serait difficile d'interpréter l'ordre public tel qu'il est utilisé à l'article V de la Convention de New York comme signifiant l'ordre public international. Par conséquent, telle qu'elle est utilisée dans la loi indienne sur les sentences arbitrales étrangères, l'expression signifie la doctrine de l'ordre public telle qu'elle est appliquée par les tribunaux indiens et doit être interprétée de manière stricte». »

<sup>2</sup> Rubino-Sammartano, M., International Arbitration Law and Practice, Third Edition, Juris Publishing, Inc., 2014, pp.505-506

question de fond ou d'une question de compétence. Deux interprétations ont été proposées par les commentateurs : l'une a interprété « n'est pas légalement habilitée à maintenir aucune de ses demandes » comme il n'y a pas de cause légale d'action ou de demande », ce qui concerne le fond ; l'autre considère que les demandes sont irrecevables en raison d'une violation de l'ordre public transnational.

Le tribunal s'est également penché sur une autre affaire - *Niko Resources v. Bangladesh* - dans laquelle il s'agissait également d'un différend en matière d'investissement fondé sur un contrat et dans laquelle des allégations de corruption ont été présentées par les défendeurs.

Le concept « ordre public transnational » constitue un élément de la jurisprudence arbitrale. Le processus a débuté avec la sentence dite « Lagergren » de 1963 (CCI). En effet, cette sentence, qui accordait la primauté (a) à l' « ordre public international » et aux « principes généraux » sur (b) les « règles nationales d'arbitrabilité », jouissait d'un tel prestige que les tribunaux s'y référaient régulièrement, même avant sa publication officielle, trois décennies plus tard, en 1994. Pierre Lalive (universitaire et arbitre bien connu) a publié en 1986 un article fondateur dans lequel il considère l'ordre public transnational comme un domaine juridique à part entière. Lalive a défini ce domaine comme un ensemble particulier de principes généraux qui lient les tribunaux et prévalent sur toutes les autres normes applicables, qu'elles soient nationales, internationales ou contractuelles <sup>1</sup>

« L'arbitre international applique, et est limité par, un droit international privé [qui] ne peut être lui-même que «transnational», c'est-à-dire composé d'un certain nombre de principes généraux, soit communs à toutes les parties (et États) dans des domaines spécifiques ... dont certains sont même universels. » <sup>2</sup>

L'ordre public transnational, un concept hiérarchique, peut avoir des effets constitutionnels. Dans le cas de la CCI n° 6320 (1992), un tribunal arbitral a décidé qu'il n'avait

---

<sup>1</sup> A. STONE SWEET et F. GRISEL, *The evolution of international arbitration: judicialization, governance, legitimacy*, New York, NY, Oxford University Press, 2017, p. 147.

<sup>2</sup> Pierre Lalive, 'Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international' (1986) 3 *Revue de l'arbitrage* 329, disponible sur : [https://www.trans-lex.org/125600/\\_/lalive-pierre-ordre-public-transnational-et-arbitrage-international-revdarb-1986-at-329-et-seq/#head\\_3](https://www.trans-lex.org/125600/_/lalive-pierre-ordre-public-transnational-et-arbitrage-international-revdarb-1986-at-329-et-seq/#head_3)

pas le pouvoir d'examiner certaines dispositions de la loi RICO en vertu du droit américain, préférant les examiner sous l'angle de l'ordre public transnational. L'ordre public transnational comprend des normes de droit supérieur similaires au droit constitutionnel national, notamment l'interdiction de l'esclavage, de la corruption, du commerce de la drogue, du terrorisme, du génocide et de la réglementation du commerce des organes et des armes. Il comprend également des principes directeurs permettant à l'Assemblée générale ou au Conseil de sécurité des Nations unies d'adopter des résolutions importantes. <sup>1</sup>

## □ II. La loi de police

En outre, l'ordre public ne doit pas être considéré comme un synonyme de lois de police ou de règles impératives. Bien sûr, les deux partagent la caractéristique d'avoir une application obligatoire, mais l'ordre public exige des exigences supplémentaires. <sup>2</sup>

Les lois de police ou règles impératives présentent des similitudes avec l'ordre public puisqu'elles visent également à protéger les intérêts vitaux d'un État et ont un caractère impératif. Ces deux concepts empêchent l'application stricte de la loi choisie par les parties. Cependant, alors que l'ordre public a une fonction corrective en ce qui concerne les lois de police, les règles impératives ont un caractère obligatoire. Les lois de police ou règles impératives présentent des similitudes avec l'ordre public puisqu'elles visent également à protéger les intérêts vitaux d'un État et ont un caractère impératif. Les deux concepts empêchent l'application stricte de la loi choisie par les parties. Toutefois, alors que l'ordre public a une fonction corrective en ce qui concerne la loi applicable, les règles de police sont appliquées immédiatement sans qu'il soit nécessaire d'appliquer les méthodes conventionnelles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable. <sup>3</sup>

La relation entre les lois de police et l'ordre public est contestée. Certains observateurs affirment qu'une violation des lois de police constituerait également une violation de l'ordre

---

<sup>1</sup> A. STONE SWEET et F. GRISEL, *The evolution of international arbitration*, op. cit., p. 147.

<sup>2</sup> J. Mante, « Arbitrability and public policy: an African perspective », *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), September 9, 2016.

<sup>3</sup> E. GAILLARD, « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration », *Arbitration International*, mars 2019, vol. 35, n° 1, pp. 1-19, disponible sur <https://academic.oup.com/arbitration/article/35/1/1/5470845> (Consulté le 14 avril 2023).



public, étant donné que, du point de vue de l'État concerné, les intérêts protégés seront toujours essentiels. <sup>1</sup> D'autres commentateurs soutiennent qu'une violation des lois de police ne fera pas partie des exceptions d'ordre public, à moins qu'un principe fondamental ne soit en danger. Il est toutefois incontestable que l'application de règles impératives ne peut violer l'ordre public international ou transnational. <sup>2</sup>

La mise en œuvre de lois de police locales dans les États pour lutter contre la corruption est une question controversée. Par exemple, la législation algérienne interdit les intermédiaires dans les contrats publics, la Syrie, la Libye, l'Arabie Saoudite et l'Inde dans les années 1980. Les arbitres doivent respecter le choix de la loi par les parties et appliquer les lois de police qui font partie de la *lex contractus*. Cependant, la pertinence des lois de police autres que celles appartenant à la *lex contractus* a été débattue, car les parties choisissent rarement une *lex contractus* qui les invaliderait automatiquement. <sup>3</sup>

Il est souvent avancé que les arbitres doivent appliquer les lois de tout État ayant un lien étroit avec un litige, comme le lieu de l'arbitrage et la loi du lieu d'exécution probable de la sentence. Cette théorie suggère que les arbitres devraient suivre les règles énoncées à l'article 9, paragraphe 3, du règlement Rome I pour les juges des États membres de l'UE et à l'article 19, paragraphe 1, de la loi fédérale suisse sur le droit international privé pour les juges suisses. Toutefois, ce raisonnement est erroné car il ne tient pas compte du fait que les pays qui accordent de tels pouvoirs aux juges ont édicté des règles spécifiques qui s'appliquent lorsque les parties ont fait un choix exprès de la loi, et qui prévalent sur les règles régissant les pouvoirs du juge. Par exemple, en France, les arbitres sont tenus d'appliquer les règles de droit choisies par les parties, sans se référer au règlement Rome I.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> P. Mayer, « Mandatory rules of law in international arbitration, » *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), October 1, 1986, vol. 2, no. 4, pp. 274-293.

<sup>2</sup> A. Mourre, « Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator, » *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), March 1, 2006, vol. 22, no. 1, pp. 95-118.

<sup>3</sup> E. GAILLARD, « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration », *op. cit.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

□ **III. L'impact de l'ordre publiques sur l'arbitrage international**  
**a. L'arbitrage commercial international**

Le plus remarquable du mode d'arbitrage des parties dans l'arbitrage commercial est que la recherche de précédents va au-delà du droit applicable à chaque affaire. Même dans les situations les plus courantes où les parties ont opté pour le droit d'un État spécifique pour réguler leur relation, il leur semble essentiel d'accumuler des précédents obtenus dans d'autres affaires, même si le droit applicable à celles-ci était différent. C'est pour aider l'arbitre à croire que la solution proposée est raisonnable, car d'autres tribunaux arbitraux l'ont déjà adoptée. L'obligation de minimiser les pertes est peut-être l'exemple le plus évident de ce mode de développement de la règle de droit dans l'arbitrage. Bien que le droit français ne considère pas la question des dommages de cette manière, les arbitres peuvent toujours faire référence à l'obligation de minimiser ses pertes pour éviter d'accorder à un demandeur des dommages qui auraient pu être évités s'il n'était pas resté passif et que des solutions réalistes auraient pu le contenir.

**b. L'arbitrage international des investissements**

Dans l'arbitrage commercial, l'aspect le plus remarquable est que la recherche de précédents par les parties va au-delà de la loi applicable à chaque affaire. Même dans les cas où les parties ont choisi un État spécifique pour régir leurs relations, il est essentiel d'accumuler les précédents obtenus dans d'autres affaires pour aider l'arbitre à estimer que la solution proposée est raisonnable. L'obligation de minimiser les pertes est peut-être l'exemple le plus évident de cette évolution de la règle de droit dans l'arbitrage. Bien que le droit français n'envisage pas les dommages de cette manière, les arbitres peuvent toujours se référer à l'obligation de minimiser les pertes pour éviter d'accorder à un demandeur des dommages qui auraient pu être évités si l'affaire n'était pas passive et si des solutions réalistes pouvaient être trouvées.

□ **§2. La corruption et l'ordre public transnational dans l'arbitrage international des investissements**

En 1988, dans la première sentence CCI « Hilmarton v OTV », l'arbitre a estimé que la loi algérienne applicable aux faits de cette affaire ne visait pas à servir le seul intérêt de l'État algérien, au contraire, elle garantissait des pratiques commerciales saines et loyales pour lutter

contre la corruption en général. C'est pourquoi il a été décidé que « la violation d'une telle loi, qui fait partie de l'ordre public international, doit être jugée comme contraire à la notion de bonnes mœurs ». Dans l'affaire « Westacre c. Jugoimport », le tribunal arbitral a reconnu en 1994 que la lutte contre la corruption relevait de « l'ordre public international ». <sup>1</sup>.

En pratique internationale, les tribunaux refusent souvent de rendre exécutoires, pour des motifs d'ordre public, des sentences arbitrales approuvant une fraude ou une illégalité grave, ou ne les prenant pas en compte de manière appropriée. Ainsi, dans l'affaire Soleimany v. Soleimany, la Cour d'appel anglaise a rejeté l'exécution d'une sentence arbitrale donnant effet à un contrat entre un père et son fils, qui impliquait la contrebande de tapis hors d'Iran, en violation de la législation fiscale iranienne et des contrôles à l'exportation. Les tribunaux français ont eux aussi précisé que, si les arbitres sont habilités à déterminer si un contrat est entaché d'une grave illégalité (par exemple, la corruption), leur décision à cet égard est sujette à un contrôle de novo par les tribunaux lors de la phase d'exécution de la sentence, laquelle serait sans effet si elle approuvait une telle illégalité.

Dans l'affaire CCI « Frontier AG & Brunner Sociedade vs. Thomson CSF » du 31 juillet 1996, connue sous le nom d' « affaire des frégates de Taiwan », le fabricant français Thomson CSF a signé un « contrat-lettre » avec une société intermédiaire régie par le droit suisse, Frontier AG, qui lui a promis une commission dans le cadre du contrat. Le contrat-lettre a fait l'objet d'un arbitrage, pour donner suite à un refus de Thomson de payer la commission prévue. Le tribunal arbitral a considéré dans sa décision qu' « un contrat dont la cause et l'objet consistent à exercer un trafic d'influence par le versement de pots-de-vin est [...] contraire à l'ordre public international et à l'éthique des transactions internationales telles qu'elles sont conçues par la plupart des Etats de la communauté internationale » :

*« [L]a fraude fait exception a toutes les règles et lorsqu'elle est établie, elle justifie l'annulation d'une sentence ou fait obstacle à son intégration dans l'ordre juridique national .... En raison de sa contrariété à l'ordre public international ; tel est précisément le cas lorsque des manœuvres frauduleuses accomplies par l'une des parties ont déterminé en tout ou partie la décision des arbitres ou encore lorsqu'il s'avère que*

---

<sup>1</sup> Westacre Investments Inc v Jugoimport-SDRP Holding Company Ltd [1999] APPL.R. 05/12, disponible sur : <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a938b4060d03e5f6b82bcb4>

*le contrat dont l'exécution est poursuivie avait pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence. ».*<sup>1</sup>

La Cour de justice des Communautés européennes a également exigé à plusieurs occasions des tribunaux des États membres d'annuler ou de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale qui ne répond pas aux exigences d'ordre public du droit de l'UE.<sup>2</sup>

## ❑ **Section 2 : la preuve de la corruption dans l'arbitrage relatives aux investissements**

Dans les litiges et les arbitrages internationaux, il est essentiel de fournir des preuves suffisantes de l'existence de pratiques de corruption afin de pouvoir déposer une demande avec succès. Le principe « *idem est non probari non esse* » stipule que ce qui n'est pas prouvé n'existe pas et ne peut servir de base à la décision du tribunal. Dans l'arbitrage international, le terme « preuve » a un sens plus large que dans les systèmes de common law ou de droit civil, puisqu'il englobe tous les moyens permettant de prouver ou de réfuter la véracité d'un fait allégué. Il est donc essentiel de présenter des preuves convaincantes pour persuader le tribunal dans les affaires impliquant des allégations de corruption. Dans cette section nous allons examiner les différents principes : Arbitrabilité, séparabilité, et compétence-compétence (§1), la preuve en matière de corruption (§2).

### ❑ **§.1 Arbitrabilité, séparabilité et Le principe compétence-compétence**

#### ❑ **A. Le principe d'arbitrabilité**

##### ❑ **I. Un aperçu**

La Convention de New York stipule qu'un litige doit être « susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage », ce qui n'est pas une critique des arbitres ou de la procédure d'arbitrage elle-même. Les arbitres doivent être aussi capables que les juges de trancher un litige. Toutefois, les législations nationales peuvent considérer que certains litiges relèvent davantage des tribunaux publics que des tribunaux arbitraux privés. Par exemple, un litige portant sur le statut matrimonial peut être considéré comme inapproprié par le droit national d'un État, mais il est plus juste de dire qu'il n'est pas permis de régler le litige par voie d'arbitrage. Il est important

---

<sup>1</sup> Voir, en général l'affaire Thomson CSF v. Societe Brunner Sociedade Civil de Administracao Limitada and Societe Frontier AG Bern, Paris Court of Appeal (Sept. 10, 1998), Revue de l'arbitrage (2001),

<sup>2</sup> L'affaire, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, Case C-126/97, disponible sur : [eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0126](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0126)

de déterminer quels sont les litiges « arbitrables » et quels sont ceux qui ne le sont pas. Il est également important de noter la définition correcte de l'«arbitrabilité», telle qu'elle est employée dans les conventions internationales, afin d'éviter la confusion dans laquelle certains tribunaux et avocats plongent. <sup>1</sup>

## □ II. L'arbitrabilité dans les affaires liées à la corruption

Depuis longtemps, les allégations de corruption ou autres allégations similaires posent des problèmes en termes d'arbitrabilité. Les arbitres étaient réticents à agir dans de tels cas. En 1963, G. LAGERGREN a décliné sa compétence dans une affaire de corruption impliquant des agents publics. Des décisions arbitrales récentes ont rejeté cette interprétation et ont reconnu la compétence des arbitres pour statuer sur les allégations de corruption. <sup>2</sup> En conséquence, les allégations de corruption peuvent désormais faire l'objet de procédures arbitrales dans presque tous les systèmes juridiques développés. <sup>3</sup> Dans la majorité des cas, Le tribunal arbitral est confronté à des allégations de corruption de la part d'une des parties (Investisseur ou État), ou à des soupçons d'une corruption dans le cadre des points en litige. Dans ce cas, le litige porte donc sur une opération qui vise à échapper à la loi, malgré une apparence de conformité à la loi. Cette hypothèse est la plus fréquente.

Certaines personnes interrogées soutiennent que les affaires de corruption ne peuvent généralement pas être soumises à l'arbitrage dans la mesure où elles portent sur des problèmes de droit public, d'ordre publics et sur des questions de droit pénal. Certains tribunaux nationaux ont confirmé ce point de vue, notamment la Cour suprême du Pakistan dans son jugement dans l'affaire HUBCO, qui a conclu que les affaires de corruption exigeaient une « recherche de la criminalité alléguée » et ne pouvaient donc pas faire l'objet d'un arbitrage. Dans l'affaire SGS c. Pakistan, la Cour suprême du Pakistan a estimé que dans la procédure d'arbitrage, la République du Pakistan était limitée aux « réclamations fondées sur les termes et conditions de l'accord en question », ce qui signifie que les questions liées à la corruption ne doivent pas être

---

<sup>1</sup> A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, January 1, 2004, p.73.

<sup>2</sup> ICC CASE No 1110 - AWARD, voir l'annexe N° 1

<sup>3</sup> World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, disponible sur [https://www.trans-lex.org/241400/highlight\\_ICSID\\_corruption/world-duty-free-co-ltd-v-the-republic-of-kenya-icsid-case-no-arb-00-7/](https://www.trans-lex.org/241400/highlight_ICSID_corruption/world-duty-free-co-ltd-v-the-republic-of-kenya-icsid-case-no-arb-00-7/)

abordées. Selon cette idée, une affaire de corruption « n'est pas un litige commercial résultant d'un contrat incontesté et légalement valide, ou lié à un tel contrat ». L'une des raisons de ces décisions peut être que les États hôtes préfèrent que la corruption commise par leurs officiels ne soit pas une question à discuter dans le cadre d'un arbitrage international. <sup>1</sup>

□ **B. Le principe de séparabilité**

□ **I. Vue d'ensemble**

Le concept de la séparabilité de la clause compromissoire est à la fois utile et intéressant en théorie. Il signifie que la clause d'arbitrage d'un contrat est considérée comme séparée du contrat principal dans lequel elle est insérée et, à ce titre, elle survit à la résiliation de ce contrat. En effet, il serait tout à fait inutile qu'une rupture de contrat ou une demande d'annulation du contrat soit suffisante pour mettre fin à la clause d'arbitrage. ; c'est une des situations dans lesquelles la clause d'arbitrage est la plus nécessaire. <sup>2</sup>

La séparabilité permet ainsi d'éviter que le contrat ne soit détruit à toutes fins utiles si, à titre d'exemple, une partie prétend qu'il y a eu rupture totale du contrat par l'autre partie. Au contraire :

Le contrat survit pour mesurer les droits découlant de la rupture, et la clause compromissoire survit pour déterminer le mode de règlement de ces droits. Les objectifs du contrat ont échoué, mais la clause d'arbitrage n'est pas l'un des objectifs du contrat. <sup>3</sup>

□ **II. Le principe de la séparabilité dans le cas des allégations de corruption**

Le principe de la séparabilité permet d'isoler la convention d'arbitrage du reste du contrat et ne conduit à la non-compétence du tribunal arbitral uniquement si la convention d'arbitrage elle-même a été conclue par la corruption, mais pas lorsque le contrat en tant que tel est entaché par la corruption. Par conséquent, bien que *World Duty Free v Kenya* soit l'arrêt précurseur de

---

<sup>1</sup> H. RAESCHKE-KESSLER et D. GOTTWALD, « Corruption in Foreign Investment-Contracts and Dispute Settlement between Investors, States, and Agents », *op. cit.*

<sup>2</sup> A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, January 1, 2004, p.60.

<sup>3</sup> *Heyman contre Darwins Ltd* [1942] AC 356, disponible sur : <http://uniset.ca/other/css/1942AC356.html>

la notion selon laquelle la corruption est contraire à l'ordre public international, il a porté sur des obstacles juridictionnels différents de ceux rencontrés dans les affaires des accords d'investissement relative la corruption.

Les affaires révèlent que de plus en plus de tribunaux arbitraux ont abordé les questions d'illégalité et la corruption comme une question de compétence. Cette approche a également été privilégiée par divers spécialistes. Toutefois, la question de savoir si l'illégalité en général et la corruption en particulier devraient relever de la compétence ou plutôt de la recevabilité ou du fond fait débat. <sup>1</sup> La sentence n° 110 de 1963 de la CCI, a été largement critiquée pour avoir ignoré le principe de séparabilité de la convention d'arbitrage du contrat principal. Depuis, les tribunaux arbitraux ont adopté une position différente et se déclarent désormais compétents pour examiner les allégations de corruption.

Le principe d'arbitrabilité, qui est défini et évalué de manière étroite, détermine l'éventail des questions que les arbitres peuvent aborder. Les litiges portant sur des questions liées à des enjeux d'intérêt public requièrent souvent une intervention judiciaire plutôt qu'un arbitrage. C'est notamment le cas des litiges relevant du droit pénal, un domaine généralement supervisé par les autorités publiques. Lorsque des allégations de corruption, relevant du droit pénal, sont soulevées au cours de l'arbitrage, des questions se posent quant à l'arbitrabilité de ces affaires. La question clé est de savoir si un tribunal arbitral est habilité à statuer sur des allégations selon lesquelles le contrat faisant l'objet de la procédure d'arbitrage est corrompu. Si des allégations de corruption sont formulées en rapport avec le contrat ou la convention d'arbitrage elle-même, la question se pose de savoir si les arbitres perdent alors leur compétence.

□ **III. Le principe de la séparabilité maintient la compétence du tribunal indépendamment de la légalité de l'investissement**

Le principe de la séparabilité préserve la compétence d'un tribunal sur un différend en matière d'investissement, même lorsque la corruption ou d'autres illégalités entachent ou annulent le reste de l'accord, parce que la convention d'arbitrage se trouve dans le cadre de l'accord bilatéral d'investissement lui-même.

---

<sup>1</sup> Voir, chapitre

Selon ce principe, une convention d'arbitrage est généralement indépendante (ou «séparable») par rapport au reste du contrat. Une exception d'illégalité peut porter soit sur le contenu du contrat, soit sur la convention d'arbitrage elle-même, mais ce dernier cas est extrêmement rare. Comme l'a reconnu le tribunal Plama, la convention d'arbitrage en matière d'investissement se trouve dans le TCE, et non dans les autres contrats :

« Ce n'est pas dans [les documents relatifs à la vente des actions et à la décision de la Bulgarie] que l'on trouve la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage de la Bulgarie se trouve dans le TCE, un accord multilatéral, un document complètement séparé. Le défendeur n'a pas allégué que la prétendue fausse déclaration du demandeur annulait le TCE ou son consentement à l'arbitrage contenu dans le TCE. Ainsi, non seulement les dispositions relatives au règlement des différends du TCE, y compris l'article 26, sont autonomes et séparables de la partie III de cet accord, mais elles sont indépendantes de l'ensemble de la transaction de Nova Plama ; ainsi, même si le contrat des parties concernant l'achat de Nova Plama est considéré comme nul en raison des fausses déclarations du demandeur, la convention d'arbitrage reste valable. »<sup>1</sup>

□ **Le principe de séparabilité face aux allégations de corruption**

Le principe de séparabilité permet de protéger une convention d'arbitrage et la compétence de l'arbitre contre la nullité du contrat en cause. Toutefois, il peut s'avérer difficile d'isoler la convention en présence d'autres motifs de nullité, en se fondant principalement sur la gravité de la violation de l'ordre public. La question est de savoir si la corruption constitue un motif suffisamment grave pour bloquer l'application du principe de séparabilité. La doctrine de la séparabilité suppose que les litiges relatifs au contrat principal n'influencent pas de manière inhérente la convention d'arbitrage. Toutefois, toute contestation visant directement la convention d'arbitrage pourrait potentiellement compromettre l'application du principe de la séparabilité.<sup>2</sup>

Dans le domaine de l'arbitrage international, la question de savoir si toute allégation de corruption, quelle que soit sa gravité, devrait suffire à remettre en cause le principe de séparabilité a déclenché une polémique. Deux approches opposées ont émergé : l'une défend une approche de tolérance zéro, affirmant que toute implication dans la corruption viole sans

---

<sup>1</sup> M.N. ALRASHID *et al.* (éds.), *Investment treaty arbitration and international law. 12 / Meriam N. Alrashid, Kabir Duggal, Miriam Harwood and Todd Weiler ; Rekha Rangachari (associate editor), op. cit.*, p. 58.

<sup>2</sup> Inan Uluc , *Corruption In International Arbitration* , thèse, The Pennsylvania State University School Of Law, 2016, p.128-137.



équivoque l'ordre public et devrait remettre en cause la séparabilité ; l'autre, plus nuancée, postule que seules les violations graves de l'ordre public devraient remettre en cause la séparabilité. Ce dernier point de vue insiste sur le fait que la corruption doit être exceptionnellement grave pour remettre en cause le principe de séparabilité. La conclusion de ce débat a des implications concrètes et est illustrée par la manière dont les tribunaux anglais ont géré l'affaire Westacre, dans laquelle ils ont évalué le caractère acceptable de la corruption dans le contexte de l'ordre public. Cette affaire met en évidence l'équilibre délicat entre le maintien du caractère inviolable des sentences arbitrales internationales et la sauvegarde du principe de légalité. En fin de compte, l'issue de ces affaires souligne le rôle essentiel du principe de séparabilité dans l'arbitrage international, qui permet de répondre aux allégations de corruption tout en respectant le processus d'arbitrage et la compétence des arbitres. Les interprétations jurisprudentielles reflétées dans ces décisions soulignent l'importance d'une approche bien calibrée et nuancée de cette question complexe. <sup>1</sup>

□ **C. Le principe compétence – compétence (« kompetenz-kompetenz »)**

□ **I. Le pouvoir de l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence**

Les parties qui cherchent à faire traîner l'arbitrage n'ont pas réussi à résoudre leur différend procédural malgré l'autonomie de la clause compromissoire. Elles ont décidé d'attaquer directement la compétence arbitrale pour éviter de contaminer le contrat. Ils estiment que la clause compromissoire est nulle et ne concerne pas la question litigieuse. La compétence arbitrale est inconnue à ce stade, ce qui rend absurde la détermination de sa compétence. Il est temps de mettre fin à l'arbitrage. C'est pour contrer cet argument que la règle de compétence-compétence a été créée, une règle objective du droit de l'arbitrage qui permet au juge arbitral de déterminer sa propre compétence. <sup>2</sup>

Le droit moderne de l'arbitrage commercial international reconnaît la compétence du tribunal arbitral pour décider de sa propre compétence une fois qu'il est saisi de l'affaire. Cette

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> E, Gaillard, « L'apport de la pensée juridique française à l'arbitrage international », article tiré d'une communication donnée à Paris le 17 octobre 2016 à l'Académie des sciences morales et politiques.

compétence autonome est connue sous le nom allemand de Kompetenz-Kompetenz.<sup>1</sup> En outre, l'article II de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« la Convention de New York ») contient une règle de priorité claire entre les procédures parallèles concurrentes, judiciaires et arbitrales. Il oblige le tribunal à suspendre sa procédure lorsque la partie à une convention d'arbitrage le demande pour toute question qui doit être soumise à l'arbitrage en vertu de la convention, à moins que la convention d'arbitrage ne soit nulle et non avenue, sans effet ou impossible à exécuter.<sup>2</sup> En France, le recours au principe Kompetenz-Kompetenz a conduit à l'adoption d'une règle, applicable à la fois en matière d'arbitrage international et en matière d'arbitrage français, qui exige que la juridiction étatique s'en remette au tribunal arbitral sur une question de compétence arbitrale, même si celui-ci n'est pas encore constitué, à condition que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle et non avenue.<sup>3</sup>

Le professeur Park William de l'université de Boston a récemment fait un commentaire sur le principe de Kompetenz-Kompetenz :

*« Ce principe très controversé possède une qualité de caméléon qui change de couleur en fonction du contexte national et institutionnel dans lequel il est appliqué ... Dire que les arbitres peuvent prendre des décisions en matière de compétence n'est qu'une partie de l'histoire. Chaque décision juridictionnelle rendue par un arbitre soulève deux autres questions, l'une relative au délai et l'autre au caractère définitif. La question de l'opportunité est de savoir quand les juges doivent intervenir dans la procédure arbitrale pour contrôler d'éventuels excès de compétence. »<sup>4</sup>*

Bien que la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence, qui concerne le juge étatique, n'ait pas encore été acceptée de manière unanime en droit comparé, notamment en ce

---

<sup>1</sup> « En droit constitutionnel allemand, le terme Kompetenz-Kompetenz désigne précisément la procédure de répartition des compétences entre l'État fédéral (Bund) et les entités fédérées (Länder), telle que définie à l'article 79 de la Loi fondamentale allemande. C'est ce dispositif qui a suscité l'étude de H. BÖHLAU (l'article 78 de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord du 24 juin 1867 stipule que « [l]es modifications de la Constitution se font par voie législative ; mais au Conseil fédéral, ces modifications nécessitent une majorité des deux tiers des voix représentées » ). », voir, Magali Boucaron-Nardetto. Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2011.

<sup>2</sup> P.A. Kyriakou, « Lis Pendens in International Commercial Arbitration », SSRN Electronic Journal, Elsevier BV, 2015., p.46.

<sup>3</sup> *Ibid.* p.202.

<sup>4</sup> Park, William W., The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction (March 18, 2007). 13 ICCA Congress Series 55 (Permanent Court of Arbitration, The Hague, 2007), Boston Univ. School of Law, Public Law Research Paper No. 17-33, disponible sur : SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3019225>

qui concerne l'autonomie de la clause compromissoire ou du principe de compétence-compétence pour les arbitres dont la compétence est contestée. Elle est reconnue non seulement en France et en Suisse, mais aussi à Hong-Kong et aux Philippines. En 2016, la Cour suprême du Venezuela l'a approuvée, suivie en 2015 par la Cour d'appel de Singapour et en 2005 par la Cour suprême indienne. Elle a également fait son apparition dans des décisions judiciaires récentes en Colombie et au Brésil. L'Allemagne demeure réticente envers l'arbitrage, tandis que les États-Unis, qui privilégient l'arbitrage à l'échelle nationale, continuent de l'adopter. <sup>1</sup>

□ **II. Le principe de la compétence face aux allégations de corruption**

□ **§2. La preuve en matière de corruption**

□ **A. L'obligation de donner suite aux allégations de corruption**

Les tribunaux ont certaines obligations qui vont au-delà des parties directement impliquées dans un différend en matière d'arbitrage d'investissement. Ils ont aussi des obligations envers le public de l'État hôte et la communauté internationale dans son ensemble. C'est pourquoi le droit international public, y compris le droit international de la lutte contre la corruption, est intégré au droit qui doit être appliqué dans les arbitrages d'investissement. Par conséquent, lorsque certains faits émergent et soulèvent des préoccupations quant à la corruption en relation avec l'investissement, les tribunaux doivent aborder la question de leur propre initiative (*proprio motu*) et de bonne foi, dans le cadre de leur devoir d'application de ces obligations. En fait, certains observateurs affirment que les tribunaux arbitraux ont le devoir d'enquêter *sua sponte* (de leur propre chef) sur des questions de corruption potentielle, non seulement pour se conformer aux normes internationales de lutte contre la corruption, mais aussi pour garantir la force exécutoire de leurs sentences. <sup>2</sup>

L'approche adoptée par les tribunaux pour résoudre les problèmes de corruption dans le cadre de l'arbitrage d'investissement n'est pas uniforme. Certains préfèrent laisser la procédure contradictoire se dérouler sans intervention directe, à moins qu'il n'y ait des indications

---

<sup>1</sup> *Ibid*

<sup>2</sup> A.P. LLAMZON, *Corruption in international investment arbitration*, Oxford International arbitration series, Oxford, UK, Oxford University Press, 2014, p. 227.

convaincantes de corruption. D'autre part, dans certains cas, les tribunaux font preuve d'une tendance plus inquisitoriale.<sup>1</sup>

L'affaire Metal-Tech c. Ouzbékistan illustre bien l'approche plus proactive d'un tribunal. Dans cette affaire, la déposition du principal témoin du demandeur a permis d'admettre des faits concernant la relation de l'investisseur avec ses consultants sous contrat. Il a révélé que les services fournis étaient en fait une « activité de lobbying » plutôt qu'une assistance aux aspects opérationnels de la coentreprise, et qu'un paiement de 4 millions de dollars américains avait été effectué. Usant de ses pouvoirs *ex officio* en vertu de l'article 43 de la Convention du CIRDI, le tribunal a rendu des ordonnances de procédure de sa propre initiative afin de recueillir des informations supplémentaires auprès des parties. Il a ensuite demandé des témoignages et des preuves supplémentaires par le biais d'ordonnances de procédure ultérieures, obtenant finalement suffisamment d'informations pour s'assurer de l'existence de la corruption dans ce cas particulier.<sup>2</sup> Cet exemple montre que certains tribunaux sont prêts à exercer leurs pouvoirs et à prendre des mesures proactives pour enquêter sur les allégations de corruption et recueillir des preuves. Toutefois, il convient de noter que tous les tribunaux ne suivent pas cette approche et que le niveau d'intervention varie d'un cas à l'autre en fonction des circonstances spécifiques et des preuves présentées.

□ **B. La preuve en matière de corruption dans les contrats d'investissement**

□ **I. La difficulté de prouver la corruption**

Lorsqu'ils sont confrontés à des allégations de corruption, les arbitres sont généralement d'accord pour dire que la corruption transnationale est à la fois illégale et moralement répréhensible, et qu'elle mérite des sanctions appropriées. Cependant, le principal défi pour la plupart des tribunaux consiste à déterminer comment ces allégations doivent être examinées et prouvées. La forme de corruption la plus répandue dans les investissements transnationaux, les pots-de-vin, est souvent orchestrée par des parties puissantes et expérimentées qui s'entendent

---

<sup>1</sup> A.P. LLAMZON, *Corruption in international investment arbitration*, Oxford International arbitration series, Oxford, UK, Oxford University Press, 2014, p. 228.

<sup>2</sup> *Ibid.*

activement pour éviter de laisser la moindre trace de leurs activités illicites. Dans de rares cas tels que World Duty Free, Azpetrol et Metal-Tech, les investisseurs ont librement admis, à des degrés divers, l'existence de la corruption au cours de la procédure d'arbitrage. On s'attend également à ce qu'à l'avenir, il y ait une augmentation des situations dans lesquelles les investisseurs admettent l'existence de la corruption devant les procureurs et les tribunaux nationaux de leur pays d'origine, car les États exportateurs de capitaux prennent des mesures pour lutter efficacement contre la corruption transnationale. <sup>1</sup>

Toutefois, il est important que les tribunaux arbitraux évaluent les faits essentiels de manière indépendante, quelles que soient les conclusions des autorités nationales. Dans la majorité des cas où la corruption est alléguée, les arbitres sont souvent confrontés au défi de déterminer s'il y a eu corruption sur la base de preuves imparfaites, épisodiques et contradictoires, avec une aide limitée des autorités nationales. En l'absence d'une chaîne de faits claire et complète établissant définitivement la corruption, les arbitres s'appuient sur des outils juridiques établis utilisés par les cours et tribunaux nationaux et internationaux. Ces outils comprennent les règles de preuve, les normes et les charges de la preuve, les présomptions et les déductions qui aident à relier les points et à arriver à une conclusion appropriée. Pour éviter toute ambiguïté et garantir la régularité de la procédure d'arbitrage, les arbitres doivent fournir aux parties des indications sur la charge et le niveau de la preuve, si possible avant la présentation des éléments de preuve. Cela permet aux parties de s'adapter aux exigences spécifiques et aux normes de preuve, renforçant ainsi l'équité globale de la procédure d'arbitrage. <sup>2</sup>

□ **II. La charge de la preuve, les présomptions, les déductions et les « Red Flag ».**

La question de savoir à quelle partie incombe la charge de la preuve de la corruption est généralement claire, malgré quelques incertitudes théoriques concernant les règles de conflit de lois qui peuvent s'appliquer. Le principe dominant, suivant la maxime *onus probandi incumbit actori* (ou *actori incumbit probatio*), est que chaque partie à la charge de prouver les faits sur

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 225.

lesquels elle s'appuie. Lorsque la corruption est invoquée comme moyen de défense, la charge de la preuve incombe à l'État d'accueil. En revanche, si les investisseurs cherchent à prouver qu'il y a eu sollicitation ou extorsion de fonds par des agents publics de l'État d'accueil, la charge de la preuve incombe à l'investisseur. Cette répartition de la charge de la preuve est largement reconnue et constamment confirmée dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux.<sup>1</sup>

La question de la répartition de la charge de la preuve dans les cas d'allégations de corruption dans le cadre d'un arbitrage international est un sujet controversé. De nombreux juristes considèrent qu'il est difficile d'accepter que la charge de la preuve passe de la partie qui affirme la corruption à la partie qui la défend. Le transfert direct de la charge de la preuve dans les cas d'allégations de corruption est rarement approuvé dans l'arbitrage international, et il n'existe pas de telles approbations dans l'arbitrage international d'investissement. Toutefois, le transfert de la charge est plus couramment utilisé dans les décisions de l'OMC, où la charge de la preuve peut être transférée une fois qu'une violation *prima facie* a été établie. Certains spécialistes plaident en faveur du transfert de la charge de la preuve dans les affaires de corruption, en particulier ceux qui cherchent à améliorer l'efficacité de l'arbitrage dans la lutte contre la corruption.<sup>2</sup>

Des institutions telles que la Banque mondiale ont également recours à l'inversion de la charge de la preuve dans leurs enquêtes sur la corruption, reconnaissant les limites auxquelles elles sont confrontées en l'absence de pouvoirs de citation à comparaître ou d'outrage. L'absence de cas où l'existence de la corruption a été établie, à l'exception des cas où des aveux ont été faits par les témoins principaux, suggère que l'approche actuelle est inefficace. La nature complexe de la corruption transnationale exige que l'on reconnaisse franchement qu'à moins que les principes de preuve appliqués par les tribunaux ne soient à la hauteur de l'ingéniosité de ceux qui se livrent à la corruption, il sera difficile de prouver l'existence de la corruption dans le cadre d'un arbitrage. Certaines législations nationales ont transféré à une partie la charge

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>2</sup> *Ibid.*

d'expliquer pourquoi la corruption ne devrait pas être établie une fois que certains faits ont été prouvés. Ces méthodes ont commencé à faire leur chemin dans la jurisprudence. <sup>1</sup>

Les indicateurs de corruption, connus sous le nom de « Red flags », peuvent être considérés comme des preuves circonstanciennes qui, une fois établies, peuvent conduire à un renversement de la charge de la preuve, exigeant de la partie défenderesse qu'elle réfute les allégations avec des preuves contraires. Les preuves indirectes, en particulier lorsqu'il n'existe pas de preuves directes de corruption, sont acceptées avec prudence mais largement comme outil d'évaluation des allégations de corruption dans les tribunaux internationaux. Des conclusions défavorables peuvent être tirées lorsqu'une partie ne produit pas les preuves demandées ou possède des preuves à décharge mais ne les présente pas. La menace de conclusions défavorables à l'encontre d'une partie est considérée comme une sanction efficace dans l'arbitrage international. Bien que les tribunaux prennent généralement leurs décisions sur la base de faits établis et non de déductions, il arrive que des conclusions soient tirées sur la base de déductions, en particulier lorsque les preuves ne sont pas produites comme demandé. Les présomptions et les déductions peuvent aider à établir des preuves directes ou circonstanciennes suffisantes pour satisfaire à la charge de la preuve ou de la défense d'une partie. Toutefois, il ne faut pas confondre les questions de charge de la preuve et de standard de preuve. L'incertitude demeure quant à l'établissement de standards de preuve dans les cas d'actes répréhensibles de la part d'un investisseur. <sup>2</sup>

### □ III. Le standard de preuve

La charge de la preuve fait référence à la responsabilité d'une partie de fournir des preuves à l'appui d'une allégation. D'autre part, le niveau de preuve détermine le niveau de preuve requis pour établir soit un fait ou une allégation spécifique, soit l'ensemble du dossier d'une partie. Cette distinction est clairement établie par le tribunal Rompetrol, qui déclare que la charge de la preuve est absolue, alors que le niveau de preuve est relatif. Essentiellement, tout au long de la procédure judiciaire, la partie qui présente initialement une revendication ou une allégation de fait est chargée de la prouver, et cette responsabilité reste la même. Les

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 229.

standards de preuve sont considérés comme relatifs parce que la détermination de la preuve d'une proposition dépend non seulement des preuves présentées par la partie à qui incombe la charge de la preuve, mais aussi de l'évaluation globale de toutes les preuves présentées par les deux parties, qu'elles soutiennent ou s'opposent à la proposition. Autrement dit, la charge de la preuve identifie la partie responsable de prouver une affirmation spécifique, tandis que le niveau de preuve évalue si les preuves fournies sont suffisantes pour établir cette affirmation. <sup>1</sup>

Le standard de preuve utilisé en droit national varie en fonction du système juridique, en particulier entre la common law et le droit civil. Dans les systèmes de common law, la norme générale de preuve pour les actions civiles est communément connue sous le nom de «balance des probabilités», où la preuve doit établir qu'il est plus probable qu'improbable que la demande soit vraie. En revanche, les systèmes de droit civil utilisent généralement l'«intime conviction» de l'arbitre comme standard de preuve. Dans l'arbitrage international, l'approche de la «balance des probabilités » est souvent adoptée pour déterminer la preuve des faits. Toutefois, lorsque des allégations sérieuses d'actes répréhensibles sont formulées dans le cadre d'une procédure civile, les deux systèmes juridiques exigent généralement un niveau de preuve plus élevé. Le standard de preuve « clair et convaincant », dérivé du droit américain, est fréquemment utilisé dans de tels cas. Des affaires récentes en droit anglais ont soulevé des doutes quant à l'établissement d'un lien entre la gravité de la faute alléguée et le niveau de preuve applicable. Dans l'affaire *Re B (Children)*, la Chambre des Lords a conclu qu'il n'existe qu'une seule norme de preuve en matière civile, qui consiste à établir que le fait en question a plus de chances de s'être produit que de ne pas s'être produit. La jurisprudence en matière d'arbitrage d'investissement concernant la mauvaise conduite d'un investisseur a appliqué à la fois le standard renforcé et le standard ordinaire, ce qui témoigne de l'influence de diverses traditions juridiques sur les questions de preuve. <sup>2</sup>

Les tribunaux d'arbitrage commercial international adhèrent généralement à des normes de preuve élevées. Dans une affaire importante d'arbitrage CCI, *Westinghouse c. National Power Corporation*, République des Philippines, qui portait sur des questions de corruption et

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 234.



sur la validité du contrat principal (et non pas seulement d'un contrat de consultance), le tribunal a considéré la corruption comme une forme de fraude dans les affaires civiles. Par conséquent, le tribunal a exigé des « preuves claires et convaincantes » conformément aux lois américaines et philippines applicables. Le tribunal a souligné que la fraude dans les affaires civiles doit être prouvée par des preuves claires, convaincantes et dépassant la simple preuve prépondérante. La spéculation ne peut à elle seule justifier une conclusion de fraude, car la fraude ne se présume pas facilement. Cette approche est conforme au principe selon lequel les allégations de fraude nécessitent des preuves substantielles pour établir leur validité. Des normes de preuve aussi élevées ont été observées dans d'autres décisions d'arbitrage commercial international.<sup>1</sup> Les tribunaux d'investissement, qui ne sont pas liés par les normes nationales en matière de preuve, ont généralement adopté des normes de preuve élevées. Un cas illustratif est l'affaire EDF c. Roumanie, dans laquelle le tribunal a imposé un niveau de preuve élevé sans contraintes significatives.<sup>2</sup>

Il est particulièrement difficile de prouver la corruption, car il n'y a souvent pas de preuves matérielles. Compte tenu de la gravité des allégations de corruption dans la présente affaire, qui impliquent de hauts fonctionnaires du gouvernement roumain de l'époque, un niveau de preuve élevé, tel qu'une preuve claire et convaincante, est justifié. Les tribunaux internationaux et les observateurs s'accordent généralement sur la nécessité d'une norme de preuve stricte lorsqu'il s'agit d'affaires de corruption. Toutefois, il convient de noter que les arbitres ont envisagé d'autres approches en matière de preuve qui correspondent mieux à la nature clandestine de la corruption transnationale. L'affaire Siag c. Égypte<sup>3</sup> constitue un exemple intéressant à cet égard.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>3</sup> Voir, la sentence arbitral : Waguih Elie George Slag and Clorinda Vecchi v. the Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, disponible sur : [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf)

<sup>4</sup> A.P. LLAMZON, *Corruption in international investment arbitration*, *op. cit.*, p. 236.

## ❑ CHAPITRE 2 : LA CONFORMITÉ DES SENTENCES ARBITRALES AVEC L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

Dans le contexte de l'ordre public transnational, le tribunal World Duty Free a reconnu l'existence de l'ordre public dans divers systèmes juridiques et a souligné son importance dans l'arbitrage international. Cela apparaît clairement dans la Convention des Nations unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), qui permet de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pour des raisons d'ordre public. Une disposition similaire figure également dans la loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Le concept d'ordre public relatif aux sentences étrangères est souvent appelé « ordre public international ». Par opposition, l'ordre public interne fait référence aux principes fondamentaux d'un système juridique spécifique. L'ordre public transnational, quant à lui, représente un consensus international sur des normes universelles et acceptées qui doivent être appliquées dans tous les forums. Le contenu de l'ordre public transnational peut inclure les règles fondamentales du droit naturel, les principes de la justice universelle, le jus cogens du droit international public. Le deuxième chapitre de notre étude constitue une exploration du rôle que joue l'arbitre dans le cadre des allégations ainsi que la preuve dans les affaires de corruption (section 1), et finalement le refus de l'exécution des sentences arbitrale par l'ordre juridique interne (section 2).

□ **Section 1 : Le rôle de l'arbitre dans le cadre des allégations et des preuves de corruption**

□ **§1. Le rôle de l'arbitre dans les litige investisseur-État**

□ **A. Le devoir de l'arbitre de mener une enquête sur la corruption**

Des devoirs éthiques peuvent s'imposer lorsqu'un arbitre soupçonne que la procédure d'arbitrage est piratée à des fins criminelles. <sup>1</sup> La position des arbitres concernant leurs devoirs vis-à-vis de l'enquête a fortement évolué au cours des dernières décennies. Dans l'affaire ICC 7047 (Westacre) <sup>2</sup>, les arbitres estimaient toujours que «le mot «corruption» est un terme clair et sans ambiguïté. Si le défendeur ne le prononce pas dans sa présentation des faits, un tribunal arbitral ne doit pas enquêter. Il est aujourd'hui généralement reconnu que les arbitres doivent user de leurs pouvoirs d'investigation *ex officio* lorsqu'ils ont des soupçons de corruption, même lorsque la question n'a pas été soulevée par les parties. Des arguments convaincants ont été avancés selon lesquels « les arguments relatifs à la morale et à l'ordre public sont tout à fait compatibles avec - et peut-être même un corollaire nécessaire de - la mission fondamentale du tribunal arbitral consistant à évaluer les demandes des parties au regard du droit applicable, ce qui inclut les dispositions relatives à l'ordre public ». Les arbitres qui ne prennent pas en compte les soupçons de corruption encourent le risque de se rendre complices de la corruption. <sup>3</sup>

Les tribunaux arbitraux peuvent identifier des problèmes de corruption par le biais d'enquêtes menées de leur propre initiative. Dans l'affaire Metal-Tech c. Ouzbékistan, le tribunal a ordonné la présentation de documents, de déclarations de faits et de témoignages, ce qui a permis de conclure que les demandeurs avaient corrompu des agents de l'État. Dans l'affaire CCI n° 1110, le fait que l'arbitre ait insisté pour enquêter sur les relations réelles entre les parties, malgré le caractère exécutoire de leur contrat, a permis de conclure à des actes de corruption. Ces deux affaires démontrent le pouvoir de la pratique arbitrale dans la résolution des affaires de corruption. <sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, January 1, 2004, p.84.

<sup>2</sup> [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties\\_publications//C3765/Respondent%27s%20Counter-Memorial/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0048.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications//C3765/Respondent%27s%20Counter-Memorial/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0048.pdf)

<sup>3</sup> C.L. LIM (éd.), *The Cambridge companion to international arbitration*, *op. cit.*, p. 436.

<sup>4</sup> *Ibid.*

Si l'arbitre a des raisons de soupçonner une infraction pénale, chaque partie doit avoir la possibilité de s'expliquer. Lorsque le tribunal estime qu'il dispose d'une justification suffisante, il peut alors évaluer les faits. Dans les cas de fraude ou de corruption, cela aura probablement un impact sur l'issue du litige. En cas de blanchiment d'argent ou d'autres manipulations de la procédure par les parties, le tribunal devrait mettre fin à la procédure en considérant qu'il n'y a pas de véritable différend. Dans le cas d'une sentence arbitrale, le tribunal peut rendre une décision refusant d'approuver le règlement. <sup>1</sup>

En résumé, Les arbitres internationaux ne sont pas les esclaves des parties, mais ils ne doivent pas devenir les instruments d'activités illégales. Ils doivent être attentifs aux signaux d'alerte suspects dans les transactions internationales afin d'éviter d'être utilisés comme outils pour valider des contrats illégaux et rendre des titres exécutoires par le biais de sentences arbitrales positives. Les arbitres doivent être disposés à procéder à un examen plus approfondi des circonstances sous-jacentes et être en mesure de détecter les signaux suspects afin de garantir l'équité et la justice dans le cadre du différend.

#### □ **B. L'obligation de l'arbitre à dénoncer la corruption**

Les arbitres n'ont pas l'obligation générale de signaler les soupçons de corruption aux autorités du pays. Les lois, règles et lignes directrices en matière d'arbitrage ne contiennent, dans la mesure où l'auteur les a examinées, aucune obligation de signaler les cas de corruption aux autorités. De même, il semble que la plupart des législations nationales s'abstiennent d'obliger les arbitres à signaler les soupçons de corruption. <sup>2</sup>

#### □ **§2. La jurisprudence du CIRDI sur le rôle de l'arbitre dans les affaires de corruption**

##### □ **A. Le rôle passif**

Dans le domaine de l'arbitrage international, les arbitres peuvent adopter une position passive, estimant que leur rôle est strictement juridictionnel et non judiciaire. Cette attitude peut conduire à une réticence à aborder la question de la corruption, un sujet controversé

---

<sup>1</sup> A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, January 1, 2004, p.95.

<sup>2</sup> *Ibid.*

généralement laissé aux juges et procureurs nationaux. Dans ce rôle, les arbitres se voient comme des agents au service des parties impliquées, se limitant aux arguments et aux preuves qui leur ont été présentés. Leur intervention se résume souvent aux questions explicitement soulevées par les parties, et ils peuvent même éviter de s'engager sur des sujets controversés. Cette approche passive peut se manifester de différentes manières, allant de l'examen des seules questions soulevées par les parties à une exclusion pure et simple des sujets litigieux. Toutefois, cette indifférence peut favoriser les pratiques de corruption, car les arbitres peuvent involontairement valider des contrats qui seraient autrement considérés comme illégaux par les procureurs nationaux. Ainsi, le rôle passif des arbitres dans l'arbitrage international peut entraîner des conséquences majeures, car ils peuvent être des auxiliaires involontaires de la corruption. <sup>1</sup> En France, l'arbitre peut ordonner à la partie qui possède des preuves de les présenter sous peine d'amende. Il peut également convoquer un tiers devant le président du tribunal de grande instance pour qu'il produise un acte authentique ou sous seing privé auquel une partie souhaite se référer dans le cadre de la procédure d'arbitrage. <sup>2</sup>

#### □ **B. Le rôle active**

Les arbitres jouent un rôle crucial dans l'arbitrage international, en tant que gardiens du droit et administrateurs de la justice. Ils peuvent mener des enquêtes, analyser les faits et le droit au-delà des arguments des parties et suggérer différents arguments et conclusions pour trouver la vérité et la justice. Ils peuvent également influencer et façonner les procédures afin de trouver une solution raisonnable et acceptable pour toutes les parties concernées. Le rôle actif d'un arbitre implique la production de preuves, l'ouverture d'enquêtes et l'établissement de faits par des moyens appropriés.

Le rôle d'un arbitre est plus complexe que les rôles passif et actif, avec un rôle « interactif » basé sur une communication constante entre l'arbitre et les parties. Cela permet l'échange d'informations et l'adaptation à des points de vue contradictoires. L'arbitre doit demander des explications aux parties lorsqu'il est confronté à des circonstances suspectes. Le

---

<sup>1</sup> M.A. Raouf, « How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues? » ICSID Review, Oxford University Press (OUP), March 1, 2009, vol. 24, no. 1, pp. 116-136.

<sup>2</sup> Voir, L'article 1467 §3 du Code de procédure civile français.

rôle actif de l'arbitre a gagné du terrain, les États confiant de plus en plus à l'arbitrage international le soin de trancher des questions délicates. Cette confiance dans l'arbitre assure la protection des principes fondamentaux, qui ne peut être garantie que si l'arbitre joue un rôle actif dans la protection de ces principes.

À mesure que le champ d'application de l'arbitrage s'élargit dans les législations nationales, la responsabilité des arbitres s'accroît, ce qui conduit à un respect des principes fondamentaux. La plupart des règlements d'arbitrage accordent à l'arbitre une grande souplesse et un large pouvoir d'appréciation pour lui permettre de mener à bien sa mission et de prendre une décision éclairée, la seule limite en la matière résidant dans le respect des règles de procédure. Par essence, le rôle actif d'un arbitre est limité par les principes fondamentaux d'équité et d'impartialité, garantissant ainsi une égalité entre les parties et une possibilité raisonnable de faire valoir leur point de vue.

#### **□ Section 2 : L'examen des sentences arbitrales dans les cas d'allégations et de preuves de corruption**

Dans l'intérêt de la justice, il est essentiel de répondre aux allégations de corruption au cours des procédures d'arbitrage. Lorsqu'un arbitre ne prend pas correctement en compte ces allégations, cela peut conduire à une action en justice. La partie à l'origine de l'allégation de corruption peut engager un recours dans une juridiction compétente pour s'opposer à l'exécution et à la reconnaissance de la sentence, en faisant valoir que le tribunal n'a pas correctement examiné les allégations de corruption et que l'exécution du contrat va à l'encontre de l'ordre public. La convention de New York et la loi type de la CNUDCI reconnaissent toutes deux l'importance de l'ordre public dans le refus de l'exécution et de la reconnaissance d'une sentence. Par ailleurs, la CNUDCI permet l'annulation d'une sentence par un tribunal compétent si elle viole l'ordre public. Dans ce contexte, cette section nous allons examiner l'exécution (§1), et le refus de l'exécution (§2) des sentences arbitrales.

□ **§1. L'exécution des sentences arbitral**

□ **A. L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la convention de New York**

L'une des questions empiriques les plus importantes soulevées par les études sur la judiciarisation concerne la mesure dans laquelle la judiciarisation d'un système de règlement des différends influence la prise de décision des autorités opérant dans d'autres systèmes.

Au nombre des conventions internationales, il faut citer en premier lieu la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958. <sup>1</sup>Un succès exceptionnel pour une convention de droit privé. Il est par ailleurs remarquable que le mouvement d'adhésion ne se soit pas encore éteint : en effet, après le Canada en 1986 et la République populaire de Chine en 1987, l'Algérie a rejoint la longue liste des pays liés par cette Convention en 1988. <sup>2</sup> Son adhésion est significative car elle était l'un des pays les plus réservés, pour des raisons politiques, à l'égard d'un mode de règlement des différends dans le commerce international qui est souvent dénoncé comme une exigence des pays industrialisés, incompatible avec les prérogatives inaliénables de la souveraineté économique des jeunes États. Si des résistances à la Convention de New York subsistent, elles se situent en Amérique latine où elle a été en partie contournée, dans les relations latino-américaines, par l'adhésion de 10 États à la Convention de Panama de 1975, <sup>3</sup> dont les dispositions reproduisent celles de New York. <sup>4</sup>

Au sein du cadre prévu par la Convention de New York, les juridictions étatiques exercent une fonction de contrôle à travers des pouvoirs d'exécution. L'article V(2)(b) de la Convention de New York autorise un tribunal national à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale « contraire à l'ordre public [de cet État] ». Dans un commentaire classique sur la Convention publié en 1981, van den Berg a clairement distingué les principes

---

<sup>1</sup> P, Fouchard, « Où va l'arbitrage international ? », McGill LAW JOURNAL, Vol. 34, 1989, pp.436-453.

<sup>2</sup> Loi no. 88-18 du 12 juillet 1988 portant adhésion d la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangers, adopté par la conférence des Nations Unies, New-York le 10 juin 1958, JORADP., 13 juillet 1988, p.771, disponible sur : <https://www.joradp.dz/FTP/Jo-Francais/1988/F1988028.pdf>

<sup>3</sup>

<sup>4</sup> *Ibid.*

d'ordre public couverts par l'article V(2)(b) et la notion d'« ordre public transnational », en soutenant que cette dernière ne s'applique pas aux procédures d'exécution en vertu de la Convention. Il a également déclaré que le « fondement » de l'ordre public ne pouvait être que national, puisqu'il ne pouvait être « sanctionné que par un juge national ». Dans la décennie qui a suivi, l'ordre arbitral a renforcé ses propres notions d'« ordre public transnational », sous la forme d'un ensemble de normes préventives qui l'emportent sur l'application de toute autre loi applicable.<sup>1</sup>

La convention de New York prévoit deux actions fondamentales. La première action est la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, c'est-à-dire des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un autre État (contractant). Ce champ d'application est défini à l'article I. L'obligation générale pour les États contractants de reconnaître la force obligatoire de ces sentences et de les exécuter conformément à leurs règles de procédure est prévue à l'article III. La partie qui demande l'exécution d'une sentence étrangère doit fournir au tribunal (a) la sentence arbitrale et (b) la convention d'arbitrage (art. IV). La partie contre laquelle l'exécution est demandée peut s'y opposer en apportant la preuve de l'un des motifs de refus d'exécution énumérés de manière limitative à l'article V(1) :<sup>2</sup>

(a) nullité de la convention d'arbitrage ; (b) violation des droits de la défense ; (c) excès de pouvoir de l'arbitre ; (d) irrégularité dans la composition du tribunal arbitral ou dans la procédure arbitrale ; (e) la sentence n'est pas obligatoire ou est suspendue ou annulée dans le pays d'origine. En outre, un tribunal peut refuser l'exécution d'office si l'objet du litige n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ou s'il est contraire à l'ordre public de sa législation (article V, paragraphe 2). Si la sentence fait l'objet d'un recours en annulation dans le pays ou

---

<sup>1</sup> A. STONE SWEET et F. GRISEL, *The evolution of international arbitration*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>2</sup> L'article V.1(a) de la Convention de New York, selon lequel : « Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that ... the agreement referred to in article II ... is not valid under the law to which the parties have subjected it. »



selon la loi duquel elle a été rendue (« le pays d'origine »), le tribunal étranger devant lequel l'exécution de la sentence est demandée peut ajourner sa décision sur l'exécution (art. VI).<sup>1</sup>

Bien que l'article V.1(a) mentionne les cas dans lesquels la reconnaissance et l'exécution de la « sentence » peuvent être refusées, il est clair qu'en l'absence de sentence arbitrale ou, en d'autres termes, au stade précédant la sentence, le critère à appliquer doit être exactement le même. Par conséquent, on peut affirmer qu'une fois qu'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une convention d'arbitrage international donnée a été présentée au tribunal d'un État contractant, toute décision sur la « validité » ou la « nullité » de la convention - en vertu de l'article II.3 de la convention de New York - doit également être prise sur la base de « la loi à laquelle les parties l'ont soumise ».<sup>2</sup>

#### □ **B. La convention du CIRDI**

La Convention du CIRDI a instauré le Centre pour faciliter le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements et, par conséquent, pour favoriser l'investissement étranger. Le point qui doit être souligné à moins qu'une sentence du CIRDI ne soit révisée ou annulée en vertu des procédures internes du CIRDI, est que chaque État contractant doit reconnaître une sentence du CIRDI comme s'il s'agissait d'un jugement définitif prononcé par ses propres tribunaux nationaux et exécuter les obligations découlant de cette sentence. Pour cela, les États contractants devront désigner un tribunal ou une autorité compétente qui sera chargé(e) de traiter les demandes d'exécution d'une sentence du CIRDI.<sup>3</sup>

L'article 53(1) de la convention CIRDI stipule que les sentences sont contraignantes pour toutes les parties et ne peuvent faire l'objet d'un appel ou d'un recours que dans le cadre des voies de recours prévues. Les États parties sont tenus de reconnaître et d'exécuter les obligations pécuniaires imposées par une sentence sur leur territoire, comme s'il s'agissait d'un jugement définitif rendu par un tribunal de cet État. Les recours mentionnés à l'article 53(1)

---

<sup>1</sup> A.J. Van Den Berg, « The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975 : Redundancy or Compatibility? », Arbitration International, Oxford University Press (OUP), September 1, 1989, vol. 5, no. 3, pp. 214-229.

<sup>2</sup> J.C. Betancourt, « State Liability for Breach of Article II.3 of the 1958 New York Convention », Arbitration International, Oxford University Press (OUP), May 29, 2017, vol. 33, no. 2, pp. 203-247.

<sup>3</sup> A. Redfern, M. Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, January 1, 2004, p. 155.

sont limités à l'annulation, la révision ou l'interprétation d'une sentence, et ne peuvent être obtenus que par le biais du CIRDI. Un comité d'annulation peut annuler une sentence et les tribunaux nationaux ne peuvent pas la réviser. L'article 52(1) énumère les motifs d'annulation, notamment la formation irrégulière du tribunal, l'excès manifeste de pouvoirs, la corruption, la dérogation aux règles fondamentales ou l'absence de motivation de la sentence. L'histoire du CIRDI a connu des interprétations larges de ces motifs, mais ces dernières années ont vu une approche plus étroite et moins d'annulations de sentences du CIRDI. <sup>1</sup>

#### □ **C. La Convention de Moscou**

La convention de Moscou a été signée le 26 mai 1972, les premiers signataires étaient les États d'Europe centrale et orientale réunis au sein du Conseil d'assistance économique mutuelle (CAEM). Aujourd'hui, la République démocratique allemande a cessé d'exister tandis que la Pologne, la République tchèque et la Hongrie se sont retirées. La convention ne s'applique plus qu'à la Bulgarie, à Cuba, à la Mongolie, à la Roumanie et à la Russie, bien qu'il n'y ait guère de preuves de son utilisation actuelle. La convention prévoit le règlement par arbitrage des différends relatifs à la coopération économique, scientifique et technique entre les pays membres du CAEM.

La convention dispose que les sentences arbitrales «sont définitives et obligatoires» et qu'elles doivent être exécutées «volontairement» par les parties, faute de quoi elles peuvent être exécutées de la même façon que les décisions définitives prononcées par les tribunaux du pays où elles sont exécutées. La procédure de mise à exécution doit être entamée dans les deux ans qui suivent la date de la sentence, et les trois causes de refus de la mise à exécution sont étroitement liées à celles de la convention de New York, à savoir l'incompétence, le refus d'une audience équitable et l'annulation de la sentence. <sup>2</sup>

#### □ **D. Les conventions du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord**

L'accord arabe de Riyad sur la coopération judiciaire, connu sous le nom de « convention de Riyad », est entré en vigueur en 1985 et est l'une des conventions les plus utilisées

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid*

au Moyen-Orient pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Cependant, à la différence de la Convention de New York, la Convention de Riyad impose, pour l'exécution d'une sentence arbitrale rendue dans un autre pays arabe, l'obtention d'une autorisation d'exécution dans le pays où la sentence a été prononcée. De la même manière, l'accord sur l'exécution des décisions, des demandes d'assistance judiciaire et des notifications judiciaires, conclu par le Conseil de coopération du Golfe en 1995 et donc connu sous le nom de « Convention du CCG », comporte la même exigence et, bien qu'il ne fasse pas spécifiquement référence aux sentences arbitrales, il est considéré comme applicable à ces dernières.

Les États membres de la Ligue arabe et de l'Organisation de la coopération islamique (OCI) ont conclu des accords régionaux d'investissement, tels que l'Accord pour la promotion, la protection et la garantie des investissements et l'Accord unifié pour l'investissement des capitaux arabes dans les États arabes. Ces accords autorisent l'arbitrage international pour régler les différends entre investisseurs et États. Si une sentence arbitrale n'est pas appliquée, si les parties ne recourent pas à l'arbitrage ou si le tribunal ne rend pas de sentence dans un délai prescrit, le litige sera examiné par une cour d'investissement arabe permanente. Les décisions de ces tribunaux sont exécutoires comme s'il s'agissait de décisions définitives et exécutoires des tribunaux nationaux de l'État dans lequel l'exécution est demandée.<sup>1</sup>

#### □ §.2 Le refus d'exécution des sentences arbitrales par les juridictions Nationales

Le droit français en matière de procédure civile énonce cinq motifs exclusifs de refus de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère ou d'annulation d'une sentence arbitrale internationale rendue en France. Deux de ces motifs concernent spécifiquement la procédure arbitrale : d'une part, lorsque le tribunal arbitral a été mal formé ou que l'arbitre unique n'a pas été désigné de manière adéquate et, par ailleurs, lorsque le « principe de la contradiction », à savoir le droit à une procédure contradictoire, n'a pas été respecté. De même, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère peut être refusée et une sentence arbitrale internationale rendue en France peut être annulée si elle est

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

jugée « contraire à l'ordre public international ». Le droit français stipule explicitement que les tribunaux nationaux français doivent examiner le caractère exécutoire des sentences étrangères ou internationales sous l'angle de l'ordre public international et non de l'ordre public national français, reprenant en ce sens les termes de la Convention de New York. <sup>1</sup>

Le droit suisse de l'arbitrage international offre les mêmes motifs de procédure exclusifs pour annuler une sentence rendue en Suisse ou refuser d'exécuter une sentence étrangère en Suisse, à savoir « lorsque l'arbitre unique a été nommé de manière incorrecte ou que le tribunal arbitral a été constitué de manière irrégulière », et « lorsque le principe de l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues dans le cadre d'une procédure contradictoire n'a pas été respecté ». Enfin, en vertu du droit suisse de l'arbitrage international, une sentence peut être attaquée pour vice de procédure, à la fois selon ces motifs spécifiques « et en vertu de la clause attrape-tout (catch-all) ... concernant l'ordre public ». <sup>2</sup>

Aux États-Unis, dans la loi fédérale sur l'arbitrage, les États-Unis ont repris en bloc la convention de New York en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Les tribunaux américains ont toutefois considéré que les normes procédurales applicables, conformément à l'article VI(b) de la convention de New York, aux arbitrages internationaux se déroulant aux États-Unis, étaient celles de la clause de régularité de la procédure : notification et possibilité d'être entendu. Quant aux motifs d'annulation ou de révocation d'une sentence arbitrale rendue aux États-Unis, les motifs procéduraux sont les suivants : « lorsque la sentence a été rendue par la corruption, la fraude ou des moyens indus », « partialité évidente ou corruption » de l'un ou de « l'autre » des arbitres, et « mauvaise conduite de l'arbitre » telle que « refus de reporter l'audience, sur la base d'un motif raisonnable, refus de recevoir des preuves pertinentes et importantes dans le cadre de la controverse, ou toute autre mauvaise conduite ayant porté atteinte aux droits de l'une des parties ». <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> F. Mantilla-Serrano, « Towards a Transnational Procedural Public Policy », « Arbitration International, Oxford University Press (OUP), December 1, 2004, vol. 20, no. 4, pp. 333-354.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

La Cour suprême des États-Unis a déclaré que la sentence d'un tribunal arbitral ne sera pas reconnue si elle ne tient pas compte de la fraude et de l'illégalité grave. Dans l'affaire *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*<sup>1</sup> la Cour a déclaré qu'un tribunal arbitral pouvait recevoir des plaintes pour violation des lois antitrust américaines, mais qu'il devait se tenir prêt à refuser la reconnaissance en vertu de la défense d'ordre public de la Convention de New York si la sentence ne rendait pas justice à ces lois. Dans l'affaire *Scherk c. Alberto-Culver Co.*,<sup>2</sup> la Cour a déclaré que la fraude pouvait être invoquée au titre de l'article V de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. V de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères pour contester l'exécution de sentences arbitrales rendues dans le cadre d'un arbitrage.

En Belgique, une sentence arbitrale rendue à Alger a été déclarée exécutoire par le tribunal de première instance de Bruxelles en 1988, alors qu'elle avait été annulée par un arrêt de la cour d'appel d'Alger en 1986. Cette décision refuse l'application de la Convention de New York, à laquelle l'Algérie n'a pas adhéré depuis 1988. Le Code judiciaire belge pour l'exequatur des décisions arbitrales à l'étranger (articles 1719 à 1723) est respecté, et aucun motif possible de refus n'est invoqué ou présenté. L'arbitrage international était soumis au règlement de la Convention de Bruxelles sur le droit de la mer (CCT), et les parties se sont engagées à exécuter la décision. Le Tribunal ne reconnaît pas « l'inexistence » de la sentence algérienne en raison de l'arrêt de la Cour d'appel d'Alger, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles le 9 janvier 1990.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985), disponible sur : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>

<sup>2</sup> *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974), disponible sur: <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/417/506.html>

<sup>3</sup> Philippe FOUCHARD, « la portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Revue de l'arbitrage*, N° 3, 1997.

## ❑ CONCLUSION

La reconnaissance du rôle du droit des contrats dans la lutte contre la corruption devient de plus en plus importante. Les recours juridiques tels que l'annulation des contrats et l'octroi de dommages-intérêts peuvent avoir un impact significatif sur les personnes impliquées dans des contrats corrompus, souvent plus sévère que les procédures pénales. L'engagement d'une action civile peut offrir une issue plus favorable dans certains cas, notamment lorsque l'auteur de l'infraction a échappé aux poursuites pénales. Les tribunaux civils peuvent rendre des décisions fondées sur des preuves, même lorsque la coopération d'autres États est politiquement bloquée. En outre, la charge de la preuve est généralement moins lourde dans les procès civils, ce qui est crucial dans les affaires de corruption où les allégations peuvent être difficiles à étayer.

Les contrats impliquant des pots-de-vin sont universellement reconnus comme nuls et les parties impliquées dans des contrats corrompus n'ont pas droit à une protection juridique. Ce principe s'applique non seulement aux tribunaux nationaux, mais aussi aux tribunaux d'arbitrage. Le refus de la protection juridique vise à saper la confiance entre les individus impliqués dans des transactions corrompues et à les encourager à renoncer à leurs promesses illicites.

Dans le domaine du droit international, les contrats impliquant des pots-de-vin sont généralement considérés comme illégaux dans la plupart des juridictions. Toutefois, la définition précise de la corruption peut varier d'un pays à l'autre.

En Algérie, il y a un manque de législation précise et de littérature académique concernant les conséquences en droit civil des actes de corruption. Ce manque de clarté soulève des inquiétudes quant à la sécurité juridique. Bien qu'il n'y ait pas de règles spécifiques concernant les droits des victimes de la corruption en droit civil ou dans la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, des règles générales semblent fournir des instruments adéquats aux tribunaux nationaux et aux tribunaux d'arbitrage pour traiter ces droits. Toutefois, ces instruments sont rarement invoqués par les tribunaux algériens.

Dans les litiges internationaux en matière d'investissement, la corruption est souvent utilisée comme stratégie par les États défendeurs pour contrer les revendications des investisseurs. L'Algérie, malgré ses échecs consécutifs en matière d'arbitrage international des

investissements,<sup>1</sup> à l'écart de cette tactique. Cela soulève des questions sur les stratégies de l'Algérie dans la gestion des litiges internationaux en matière d'investissement.<sup>2</sup>

Cette thèse soutient que l'arbitrage international a la capacité de faire respecter l'ordre public international, y compris les mesures de lutte contre la corruption. Cependant, les mesures réglementaires prises par les États d'accueil qui enfreignent l'accord d'investissement ne correspondent pas toujours à la découverte d'un pot-de-vin versé par l'investisseur. Souvent, les États d'accueil n'enquêtent pas ou ne poursuivent pas les fonctionnaires impliqués dans des actes de corruption avant le début de la procédure d'arbitrage. Cela soulève des doutes quant à la motivation des allégations de corruption.

Les tribunaux d'arbitrage des investissements internationaux ont toujours adopté une approche binaire de la corruption avérée, rejetant les demandes des investisseurs si un acte de corruption a eu lieu entre l'investisseur et un agent public pour faciliter l'investissement. Si aucun acte de corruption n'est constaté, la procédure se poursuit pour évaluer le bien-fondé des demandes de l'investisseur.

Dans certains cas, les tribunaux d'arbitrage des investissements internationaux ont recommandé à l'État défendeur de prendre des mesures correctives, par exemple en faisant un don substantiel à un programme de développement des Nations unies axé sur la lutte contre la corruption. Le non-respect de ces recommandations peut entraîner d'autres sentences défavorables en matière de coûts.

La détermination de la responsabilité de l'État dans les affaires impliquant des allégations de corruption et de complicité d'agents de l'État manque d'un cadre juridique

---

<sup>1</sup> Pica Ouazi, « L'Algérie perd 95% de ses affaires devant la Cour internationale d'arbitrage », 04/03/2022, disponible sur : <https://avocatalgerien.com/lalgerie-perd-95-de-ses-affaires-devant-la-cour-darbitrage-international/>; L. Farid, « sur un projet de 245 millions d'euros : l'Algérie perd un arbitrage contre un groupe espagnol », 31/08/2023, disponible sur : <https://www.algerie360.com/sur-un-projet-de-245-millions-deuros-lalgerie-perd-un-arbitrage-contre-un-groupe-espagnol/>

<sup>2</sup> L'Algérie a perdu un arbitrage international contre un fonds d'investissement émirati dans l'affaire de Dounia Park. « Une entité détenue par la famille royale d'Abu Dhabi s'est vu attribuer plus de 228 millions de dollars, les intérêts et les frais, dans le cadre d'une plainte du CIRDI contre l'Algérie pour un projet raté de développement d'un parc métropolitain », voir : M. F. Gaïdi, Me Nasr-Eddine Lezzar. Ex-membre de la Cour internationale d'arbitrage : « La sentence de l'affaire Dounia Park comporterait une opinion dissidente d'un arbitre », 31/05/2023, disponible sur : <https://elwatan-dz.com/me-nasr-eddine-lezzar-ex-membre-de-la-cour-internationale-darbitrage-la-sentence-de-laffaire-dounia-park-comporterait-une-opinion-dissidente-dun-arbitre>

cohérent. Les tribunaux devraient utiliser des lignes directrices pratiques pour équilibrer la gravité de l'infraction et déterminer le niveau de culpabilité afin de garantir la justice et l'équité.

La question de savoir si les produits de la corruption doivent être conservés est complexe. La règle *ex turpi causa* empêche généralement le corrupteur de demander la restitution de l'argent déjà versé, même si la partie corrompue ne remplit pas sa part du contrat illégal. Toutefois, il existe des exceptions à cette règle dans les cas où le corrupteur n'est pas également fautif. En fin de compte, le corrupteur ne conserve que temporairement le produit de la corruption et, dans certains pays, l'argent doit être restitué à la personne lésée par la corruption ou confisqué par l'État dans le cadre d'une procédure pénale.

Les conséquences juridiques appropriées pour les contrats obtenus par la corruption n'ont pas été définitivement résolues. Les différentes juridictions ont des approches différentes, allant de l'annulation automatique du contrat à la préservation partielle de sa validité. Dans les cas où le contrat d'investissement est considéré comme nul ou annulé par l'État, la question se pose de savoir si l'investisseur a droit à une compensation pour les services déjà rendus. Certains tribunaux ont appliqué la défense d'illégalité à cette relation, ce qui a eu pour conséquence que l'investisseur a perdu la totalité de son investissement tandis que l'État a bénéficié d'une manne financière. Ces questions mettent en évidence la complexité et l'évolution constante du paysage juridique entourant la corruption dans le droit des contrats et l'investissement international.



## ❑ RECOMMANDATION

- 1- Contrairement au législateur mongol qui a intégré une définition des contrats d'investissement dans la réforme de la loi sur le développement de l'investissement, le législateur algérien n'a pas défini les contrats d'investissement.
- 2- Le manque de définition et de cadre juridique pour les contrats PPP dans la législation algérienne nécessite une attention accrue de la part du législateur
- 3- Le droit international de l'investissement, avec sa nature hybride qui combine des éléments de la Common Law et du droit continental, est un domaine complexe. La jurisprudence arbitrale, principalement rédigée en anglais, utilise largement les principes de la Common Law dans la formulation des sentences arbitrales. Cette pratique est souvent perçue comme hostile par une majorité d'auteurs algériens, notamment en raison de l'utilisation fréquente de termes et de locutions latines. Il est donc impératif de porter une attention particulière à ce domaine en introduisant de nouvelles spécialités et formations au sein des universités.
- 4- Les récentes sentences arbitrales relatives à la corruption, notamment la sentence *Spentex c. Ouzbékistan*, sont le fruit des précédentes sentences telles que *World Duty Free c. Kenya*. Ces sentences représentent une piste prometteuse pour contrer les demandes d'arbitrage abusives de la part des investisseurs étrangers.
- 5- La sentence arbitrale *World Duty Free* a suscité de nombreuses réactions. Il a été observé qu'elle n'a pas été bien accueillie par les auteurs et les commentateurs occidentaux (des pays développés) car elle n'a pas pris en compte la responsabilité de l'État hôte et a rejeté la demande de l'investisseur.
- 6- Les demandes reconventionnelles constituent un moyen de défense efficace contre la corruption et la fraude, permettant de contrer les demandes des investisseurs étrangers. Elles représentent une arme redoutable entre les mains de l'État d'accueil et constituent une piste qui mérite d'être explorée et étudié.
- 7- Le droit civil est présenté comme une alternative au droit pénal, qui est la méthode traditionnelle de lutte contre la corruption par le biais de sanctions. Il convient

d'exploiter cette alternative en ciblant les contrats entachés de corruption plutôt que de sanctionner le corrupteur et de priver ce dernier de sa liberté. En effet, une fois la sanction épuisée, le corrupteur peut profiter de ses richesses acquises illégalement à sa sortie de prison. Cette perspective mérite donc d'être étudié.

- 8- L'absence de dispositions spécifiques concernant les droits des victimes dans la loi 06-01 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption ne semble pas être en conformité avec la Convention des Nations Unies contre la Corruption (CNUCC).
- 9- Il est impératif que le législateur algérien revoie tous les accords bilatéraux d'investissement qui ont été signés et ratifiés par l'Algérie, afin d'y instaurer des dispositions anti-corruption.
- 10- L'instauration d'une loi pour protéger les lanceurs d'alerte dans le cadre de la prochaine réforme pourrait contribuer à réduire et à démasquer la corruption dans les contrats d'investissement.
- 11- L'intégration de clauses anti-corruption dans les contrats est effectivement une solution prometteuse pour lutter contre la corruption

□ **ANNEXES**

# **ANNEX N°1**

**La sentence Lagergren - affaire ICC n° 1110 de 1963**

between

Mr [X], Buenos Aires, Claimant, ["Claimant"] and [Company A], Respondent, ['Respondent'].

I, the undersigned, Gunnar Lagergren, Vice President of the Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany, Koblenz, duly appointed Sole Arbitrator in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce, in conformity with my terms of reference signed by the parties on 8 March 1961 and subsequently approved by the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce and having regard to the Court's extension of the time limit for making the award to \_\_\_\_\_ 1963, render the following award.

Mr [X], the Claimant, is an engineer of Argentine nationality and since the middle of the 1930's an active business man in Buenos Aires with large commercial and industrial interests. The Respondent is a wholly owned daughter company of [Company B], the shares of which are held by [Company C] \_\_\_\_\_

The parties to this dispute first got in touch with each other in 1950 in Buenos Aires. The Argentine authorities, among them [Argentine Company D] were then contemplating increasing the production of electrical power in the region of Buenos Aires, and [the Respondent], which maintained an office in Buenos Aires, became interested in this undertaking as a potential supplier of electrical equipment.

At that time an increase in the capacity of the electrical station in [place] \_\_\_\_\_ was under consideration as an actual project.

Officials from [the Respondent] asked Mr [X], who had considerable influence in governmental as well as in commercial and industrial circles, to promote the placing of an order (or orders) for electrical equipment with [the Respondent].

An oral agreement was concluded between the parties and reduced in writing by the letters quoted below, addressed to Mr [X] by Mr [Y], who was at that time Manager of [the Respondent's] Buenos Aires office:

Senor [X]  
BUENOS AIRES

3rd November, 1950

Dear Sir,

We confirm that on the placing of an order with us and after the confirmation that the corresponding irrevocable credit has been opened in our favour and when the payment of the first instalment has been made in accordance with the terms and conditions of payment for the said order and subject to and when the necessary consent from the British Foreign Exchange Control has been obtained, we will place at your entire disposal five per cent of the total F.O.B. sterling value of the said order, in pounds sterling, without charge or obligation on your part.

Yours faithfully,  
[The Respondent]  
(sgd.) [Mr Y]  
MANAGER

I hereby transfer all rights accruing to me by virtue of the above letter to  
(sgd.) [Mr X]

Senor [X]  
BUENOS AIRES

3rd November 1950

Dear Sir,

We confirm that six months after the payment of the first instalment and after the following six instalments have been paid to us in accordance with the terms and conditions of payment for the said order, and subject to and when necessary consent from the British Foreign Exchange Control has been obtained, we will place at your entire disposal two and one half per cent of the total F.O.B sterling value of the said order in pounds sterling without charge or obligation on your part.

Yours faithfully,  
[The Respondent]  
(sgd.) [Mr Y]  
MANAGER

I hereby transfer all rights accruing to me by virtue of the above letter to  
(sgd.) [Mr X]

Senor [X]  
BUENOS AIRES

3rd November 1950

Dear Sir,

We confirm that twelve months after the payment of the first instalment and after the following twelve instalments have been paid to us in accordance with the terms and conditions of payment for the said order, and subject to and when necessary consent from the British Foreign Exchange Control has been obtained, we will place at your entire disposal two and one half per cent of the total F.O.B. sterling value of the said order in pounds sterling without charge or obligation on your part.

Yours faithfully,  
[The Respondent]  
(Sgt.) [Mr Y]  
MANAGER

I hereby transfer all rights accruing to me by virtue of the above letter to  
(sgd.) [Mr X]

Senor [X]  
BUENOS AIRES

3rd November 1950

Dear Sir,

We confirm our letters of 3rd November 1950 and hereby authorize you to transfer the benefits specified in said letters to the person or persons selected by you.

Yours faithfully,  
[The Respondent]  
(sgd.) [Mr Y]  
MANAGER

As to the scope and consequences of the above-mentioned agreement, the parties are of different opinions. They do agree, however, that the promise of [the Respondent] to pay a commission to Mr [X] was to cover any contract obtained on the basis of an offer made by [the Respondent] on 30 October 1950 for the supply

between

Mr [X], Buenos Aires, Claimant, ["Claimant"] and [Company A], Respondent, ['Respondent'].

I, the undersigned, Gunnar Lagergren, Vice President of the Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany, Koblenz, duly appointed Sole Arbitrator in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce, in conformity with my terms of reference signed by the parties on 8 March 1961 and subsequently approved by the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce and having regard to the Court's extension of the time limit for making the award to \_\_\_\_\_1963, render the following award.

Mr [X], the Claimant, is an engineer of Argentine nationality and since the middle of the 1930's an active business man in Buenos Aires with large commercial and industrial interests. The Respondent is a wholly owned daughter company of [Company B], the shares of which are held by [Company C] \_\_\_\_\_

The parties to this dispute first got in touch with each other in 1950 in Buenos Aires. The Argentine authorities, among them [Argentine Company D] were then contemplating increasing the production of electrical power in the region of Buenos Aires, and [the Respondent], which maintained an office in Buenos Aires, became interested in this undertaking as a potential supplier of electrical equipment.

At that time an increase in the capacity of the electrical station in [place] \_\_\_\_\_ was under consideration as an actual project.

Officials from [the Respondent] asked Mr [X], who had considerable influence in governmental as well as in commercial and industrial circles, to promote the placing of an order (or orders) for electrical equipment with [the Respondent].

An oral agreement was concluded between the parties and reduced in writing by the letters quoted below, addressed to Mr [X] by Mr [Y], who was at that time Manager of [the Respondent's] Buenos Aires office:

Senor [X]  
BUENOS AIRES

3rd November, 1950

Dear Sir,

We confirm that on the placing of an order with us and after the confirmation that the corresponding irrevocable credit has been opened in our favour and when the payment of the first instalment has been made in accordance with the terms and conditions of payment for the said order and subject to and when the necessary consent from the British Foreign Exchange Control has been obtained, we will place at your entire disposal five per cent of the total F.O.B. sterling value of the said order, in pounds sterling, without charge or obligation on your part.

Yours faithfully,  
[The Respondent]  
(sgd.) [Mr Y]  
MANAGER

of a number of turboalternator sets at a total price of £3,245,000 and additional equipment (transformers, circuit breakers etc.) at a total price of £276,000 and that it also would have covered any contract awarded to [the Respondent] pursuant to its further offers during the first five months of 1951. All these offers related mainly to the [place] project.

On 30 October 1951, however, the contract for the [place] station was awarded not to [the Respondent] but to a competing German consortium. Shortly thereafter Mr [X] directed his efforts to obtaining for [the Respondent] a contract for the construction and installation of a thermo-electric power station for Greater Buenos Aires, which was to be situated on [river]; at first a site on the left bank at a place called [first location] was contemplated, later a location at [second location] on the opposite bank of the same river was decided upon.

After a series of events, which need not be stated here, a contract for the supply and installation of the electrical equipment for a thermo-electric power station at [the second location] with a capacity of 600,000 KW was awarded in October 1957 to an *ad hoc* partnership between [Company E and Company G]. This contract had an F.O.B. value of £23,087,833, whereas [the Respondent] at the same time was awarded only a contract for a ring of substations and interconnections with an F.O.B. value of £3,874,301. The contracts were signed in 1958. The British [Company E] is a wholly owned subsidiary of the British [Company F], the shares of which are held by [Company C], the same company which hold the shares of [Company B] and indirectly those of [the Respondent] also. [Company G] is a wholly owned daughter company of [Company H], a company in the boiler and combustion equipment industry.

Referring to the commission letters quoted above, which, according to his opinion also covered the 1958 contracts, Mr [X] in a letter of 9 July 1958 to [the Respondent] demanded that the commission agreed upon be placed at his disposal. After [the Respondent's] refusal to pay any such commission the parties agreed to submit their dispute to arbitration as laid down in the following document, signed in London and Paris:

Les soussignés:

6th July 1959

M [X], ressortissant argentin, demeurant \_\_\_\_\_ BUENOS AIRES,  
et [the Respondent], société de droit anglais ayant son siège \_\_\_\_\_, LONDON,  
sont d'accord pour faire trancher définitivement toutes les réclamations de M [X] envers la [the Respondent], et notamment sa demande de commission, qui ont fait l'objet en dernier lieu d'un échange de correspondance entre les soussignés depuis le 9 juillet 1958, suivant le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un arbitre nommé conformément à ce règlement.

Les soussignés désirent que l'arbitrage ait lieu a PARIS.

(sgd.) [M X] (sgd.) illegible  
SECRETARY

In my terms of reference, which were drawn up in Paris in the presence of the parties, the crucial point at issue was stated to be as follows:

What was the extent of the agreement between the parties which became expressed in the commission notes, and particularly whether or not it entitles the Claimant to any commission in respect of all or any of the 1958 contracts which were awarded to the Respondents and to the partnership formed by [Company E].



In the written pleadings and at the oral hearings of the case in Paris on 17, 18, 19 and 22 September 1962, the parties made statements to the following effect:

The Claimant:

Before the intervention of the Claimant, [the Respondent] held a completely secondary position in the Argentine. Anxious to improve that position [the Respondent] approached the Claimant who was to open the doors for [the Respondent] to the Argentine market. For such purpose the Claimant was engaged to act as [the Respondent's] commercial and financial agent. The Claimant's activities in such capacity were not to be confined to a special project such as the [place] station but were to embrace the general project entertained by the authorities for the supply of electric power in the Argentine. His activity, finally, resulted in the 1958 contracts.

The Claimant agreed in 1950 to act as the Respondent's agent in the Argentine and did so until June 1955, when he was forced to go to Germany for serious medical reasons, remaining immobilized there until July 1958. Prior to his departure in June 1955 he devoted considerable efforts and activity towards influencing the placing of orders for the construction and installation of power stations with the Respondent, and the 1958 contracts related to plans which were the mere development of the previous projects to which the Claimant had devoted his efforts.

Admittedly a part of the business was awarded to the *ad hoc* partnership constituted by [Company E] and [Company G]. The former company and [the Respondent], however, were both integral parts of the same organisation, [Company C], and therefore, for the purpose of the payment of the commission, the orders in their entirety must be deemed to have been awarded to [the Respondent].

Moreover, the competition between the *ad hoc* partnership and [the Respondent] had been in appearance only, and [the Respondent] which voluntarily and deliberately had passed over a part of the orders to the said partnership, could not thereby deprive the Claimant of any commission attributable to such part of the orders.

The Claimant based his claim on the contractual relationship in its totality as it had developed between the parties since 1950, and in respect of which the commission notes only constituted the most important piece of evidence. The contractual relationship between the parties, guaranteeing the Claimant a commission of 10 per cent on all contracts awarded to the Respondent in relation to public electric power stations in the Argentine was also orally confirmed in July 1953 by [Witness 1], the then Manager for South America of [the Respondent]. However, should it be considered that the agreement of 1950 would by that time have run out, and that [Witness 1's] promise constituted a new undertaking on the part of [the Respondent], separate and distinct from that of 1950, the Claimant would then be entitled to base his claim on this new agreement, which covered not only a never realised project of 1953 for a power station of 300,000 KW, but likewise the power station of 1958 with a capacity of 600,000 KW.

The Claimant therefore has asked me to condemn the Respondent to pay to him a commission of 10 per cent on the aggregate amount of the two above mentioned contract sums, £3,874,301 and £23,087,833. If the Claimant should not be entitled to commission on the part of the orders attributed to [Company G], being a

company independent of the [Company C] concern, he asks for 10% commission on the order awarded to [the Respondent], £3,874,301, and on that part of the *ad hoc* partnership's order which appertained to [Company E], that is £15,087,833. Should the Claimant be denied any commission on the contract awarded to the *ad hoc* partnership constituted by [Company E] and [Company G], his claim would then be reduced to a 10 per cent commission on the order awarded to [the Respondent] itself.

The Respondent:

To describe the Respondent's position in the Argentine market as completely secondary before the advent of Mr [X] would not be in accord with the true facts. The activities of [the Respondent] in the Argentine, trading there since 1914, were considerable already before the intervention of Mr [X].

Mr [X] was at no time the financial or commercial agent of the Respondent, his connexion with [the Respondent] being limited to the use of his admittedly considerable influence with the political appointees of the Peron regime for promoting [the Respondent's] interests in relation to specific matters: the [place] project in 1950–1951 and another project in 1953 which never was realised.

The text of the commission notes expressly and by necessary implication limits them to the 1950 [place] project. Each of the notes uses the definite article in referring to 'the order'. On 3 November 1950 the only relevant order which could be meant was the [place] order for which [the Respondent] had submitted a provisional offer just four days previously. It would lead to commercial absurdities to apply the notes for an unlimited time to all future electric power stations in the Argentine. The limited scope of the 1950 agreement is also shown by the fact that the parties found it necessary to conclude a new agreement in July 1953. Under this agreement the Claimant was promised a commission at a rate of 10 per cent of the F.O.B. value of any contract concluded as a result of a visit which [Witness 1], accompanied by Mr [X], was about to pay to President Peron. In fact, had the Claimant succeeded through his efforts in obtaining for [the Respondent] a contract for the project, envisaged in 1953, the Respondent would of course have paid him a commission of 10 per cent as [Witness 1] had arranged with him. But this would have nothing to do with the commission notes on which Mr [X] now bases his claim.

The contracts finally awarded to the *ad hoc* partnership and [the Respondent] related to a project totally different from that which was in the parties' minds when the commission notes were written or at the time when the agreement of July 1953 was made. The new project was double the size of the 1953 project and differently planned. Mr [X] was not even present in the Argentine when the new project was first announced in 1956, and while part of this project was awarded to [the Respondent] this result can in no way be attributed to any efforts or activities carried on by the Claimant. Had Mr [X] remained in the Argentine after the revolution in September 1955, he would certainly not have been *persona grata* with the new regime.

The Claimant's contention that the competition between [the Respondent] and the *ad hoc* partnership consisting of [Company E] and [Company G] was in appearance only does not accord with the facts. Furthermore, [Company H] and its subsidiary [Company G] are companies which have no associations whatever with [the Respondent], [Company B], [Company F], [Company E] or [Company C]

whether financial, technical, managerial or otherwise. Therefore, the Claimant could under no circumstances be entitled to any commission on the part of the orders placed with the *ad hoc* partnership and particularly not on the part placed with [Company G].

The Respondent contests the right of the Claimant now to base his claim subsidiarily on the promise of 1953 thereby presenting a new case against [the Respondent]. Such a new case would neither be covered by the agreement (compromis) of 6 July 1959 to submit to arbitration nor be within the terms of reference of 8 March 1961. This former agreement refers to the previous correspondence between the parties in which no mention is made to any 1953 promise, and the terms of reference are still more exclusively related to the commission notes.

Furthermore, the action in so far as it relies on any voluntary and deliberate passing over of parts of the orders to the *ad hoc* partnership, must be held to be a claim for damages and therefore also a new case outside the arbitration agreement of 6 July 1959 and the terms of reference.

The Respondent does not contest the correctness of the indicated F.O.B. values of the 1958 contracts and the proportions thereof attributed to the different companies.

Both parties have asked me to decide in what manner the costs of the arbitration, including the arbitrator's fees and the administrative costs and the parties' own costs are to be divided between them.

In the course of the oral hearings [Witness 1], [Witness 2] and [Witness 3] were heard as witnesses at the request of the Respondent, and Mr [X] answered questions of the Respondent's counsels.

In this case the Claimant has asked for a commission of 10 per cent on the aggregate amount of the 1958 contracts. He has based his claim primarily on an agreement between the parties of 1950, allegedly confirmed by the Respondent in July 1953. Subsidiarily the Claimant invokes the Respondent's undertaking of July 1953 as an independent ground for his claim. The Respondent submits that the arrangement of July 1953 had nothing to do with the agreement of 1950 and that neither of them extended to the 1958 contracts. The Respondent also contests the right of the Claimant to base his claim subsidiarily on the promise of July 1953, thereby taking up a new case against the Respondent which was not covered by the terms of reference.

For a reason given below I do not have to find out the true meaning of the agreement of July 1953. However, in view of the close connection which exists between the grounds for the Claimant's principal and subsidiary claim, and as the Respondent has had a fair opportunity for defense also in respect of the subsidiary claim, I am of the opinion that the terms of reference by themselves are no bar to my jurisdiction even in the latter case.

The same applies if any part of the Claimant's case would constitute a claim for damages.

It is common ground between the parties that the task of Mr [X] was to consist in a complex of technical, financial and economic activities, all aiming at the promotion of [the Respondent's] business in the Argentine or at least of certain specified projects there.

The Claimant has alleged that his position was to be that of a commercial and financial agent whereas [the Respondent] has emphasised Mr [X's] influence with

political office-holders under the Peron regime and his close associations with them.

The written proceedings in their final stage and the oral hearings have thrown more light upon these words of [the Respondent] and exposed their true meaning as follows.

In its rejoinder of 28 April 1961 the Respondent stated: The main item in Mr X's stock-in-trade, indeed his major asset, upon which he justifiably and frequently prided himself, was the quite remarkable degree of influence which he had with the political appointees of the Peronista Government. The Respondent would not wish it to be thought that it seeks to minimise in any way the degree of this influence or the ability of Mr [X] to negotiate with that particular group of people. The ultimate award of contracts of this type – in the Argentine, at any rate – is a political decision made by politicians and it was for that reason and that reason only that the Respondent retained Mr [X] and was prepared to pay a very high rate of commission, so that it could have the benefit of his influence with precisely these people. And when in July 1953, his commission was fixed at 10 per cent of the F.O.B. value, only 2 per cent was to be for himself the rest being for his collaborators.

These statements were shortly thereafter confirmed by [Witness 1] in a Statutory Declaration of 2 May 1961, where he said, *i.a.*: 'Mr [X's] sole function, as was clearly understood between us, was to make available to [the Respondent] his influence with the Peronista politicians and, should his efforts result in the placing of a contract with [the Respondent] for the project then (July 1953) under discussion, he was to be paid 'commission' at the rate of 10 per cent . . . Mr [X] specifically told me that he would be able to retain only about 2 per cent of that commission and that the remainder was intended for distribution amongst his collaborateurs'.

[Witness 4/Mr Y], who had signed the three letters of commission on behalf of [the Respondent] stated in his Statutory Declaration of 4 May 1961 that the letters had to be split so that Mr [X] would be able to pass them on to persons assisting him.

In a confidential letter of 1 April 1955 from [Witness 5], then the Buenos Aires Manager of [the Respondent], to [Witness 6], then the Manager of the American Division of [the Respondent], [Witness 5] said *i.a.*:

Due to the fact that conditions at this end look very promising, Mr Toots (alias Mr [X]) is going to make an effort to obtain a letter of intent similar to the one that was given to [an American Company] approximately six months ago by the highest authorities in this country.

As far as I can see, this letter could take one of the following three alternatives:

- (1) A letter addressed to us stating that provided we can supply such and such equipment with the conditions of payment stipulated therein, they would buy from us . . .
- (2) A letter similar to the above, but instead of being addressed to us it will be addressed to Mr Toots and would state, roughly: 'Dear Mr Toots, We want to buy such and such equipment from [the Respondent]. We know that it is very difficult to obtain financing arrangements to buy this material spread over X years, and therefore if you can arrange the financial operation requested, we will buy . . .'

If we obtain No. 1, the boys will ask for commission letters from us, and this is a very delicate proposition, as you know. The only solution to this that I can think of would be to find a device by which Mr Toots is nominated our financial adviser for Argentina, or

some sort of similar title, so that he can prove to the boys to be somebody belonging to the firm and thus issue the commission letters on his own account.

The main reason for Mr Toots thinking of obtaining No. 2 is due to the fact with No. 2 in his possession he will be, to all intents and purposes, one of the boys negotiating for the boys, and on receiving the letter of intent with one hand he can hand over his own commission letters with the other. Therefore, as you will realise, No. 2 is extremely attractive to the boys.

From our point of view No. 2 is also very attractive because instead of having to play with mysterious commission letters we can issue a straight-forward letter to Mr Toots saying that as a reward for bringing us the job, we are reserving him a commission of X per cent . . .

Legally, there is no difficulty for a letter like No. 1 to be issued; No. 2 and No. 3 may perhaps be more difficult, but I can confirm that similar letters have been issued in the past in this country.

Thereupon, [Witness 1], who had received a copy of the said letter, wrote strictly confidentially to [Witness 6] on 22 April 1955, stating *i.a.*:

I am afraid that is all very involved, but in South America one needs somebody to handle the delicate side of all large negotiations.

In a Statutory Declaration of 22 March 1961, [Witness 5] said *i.a.*:

Mr [X] told me that he had considerable influence with a number of important political appointees of the Peronista Government, and that in particular the key man in DINIE (Direccion Nacional Industrias del Estado) was a Senor [Z], the Accountant of the Peron family. Mr [X] considered that there was a very good chance of obtaining this order for [the Respondent], provided he could be issued with commission notes in a form satisfactory to Senor [Z]. It was therefore agreed that these notes should be issued to him and he in fact dictated them himself . . .

There was never any question whatever but these commission notes related to the [place] project current in 1950 and to nothing else. Mr [X] often told me that he would only be able to keep about 1/2 to 1 per cent of the total commission of 10 per cent provided for by the commission notes, the rest having to be passed on to his "collaborators", which I took to mean Senor [Z] and possibly some others.

[Witness 7], Chairman and Director of \_\_\_\_\_ and prior Director of [Company E] declared in his Statutory Declaration of 22 August 1962 that the 'Agent' who acted for the *ad hoc* partnership in the same capacity as Mr [X] for [the Respondent] received payments amounting to £961,926.89 for his successful efforts to obtain for the partnership a substantial part of the 1958 contracts. Heard as a witness at the oral hearing [Witness 2], Director and General Manager of the Motor and Control Gear Division of [Company C] added, that this commission was included within the tender-price.

In the course of the oral hearing Mr [X] stated *i.a.* as follows: The commission notes were expressly made payable upon the mere conclusion of the contract and 'without charge or obligation' on Mr [X's] part. Thus, the holder of the notes was liberated from the obligation, which would otherwise exist, to prove that the achievement of that result had occurred through the intervention of Mr [X]. Mr [X] never did transfer the original notes and he never had the intention to do so. He had made a number of photostat copies of all the notes and the cession of his rights to commission was made through the transfer of such a copy accompanied with written declaration through which Mr [X] ceded a certain proportion of the rights contained in the note in question. By such an operation Mr [X] also showed

to his collaborators the original note and the letter of 3 November 1950 authorising the transfer of the notes. – He had in 1950 given a participation in one of the notes to a person, who was in a position to decide upon the conclusion of the contract, the most important person in the field of industry at that time in Argentina, the President of the DINIE (Mr [Z]), see the above mentioned Statutory Declaration of [Witness 5]). However this participation was returned to him upon the failure of the [place] project. In 1953 and 1954 Mr [X] had ceded other participations to influential personalities, who more or less managed the business in question. He did not believe that [the Respondent] or any other company could have obtained a contract in Argentina which would not have been directed or influenced by this clique of people which had a controlling influence upon the Government's economic policy. – Mr [X] had never offered any commission to President Peron personally and he did not know whether his collaborators had done that. – Mr [X] had received from [the Respondent] some additional commission notes dated 29 January 1953, related to specific traction business. These notes guaranteed him a commission of 17 per cent, and eventually another 2,5 per cent on the top thereof.

[Witness 1] stated as witness, *i.a.* as follows: At one stage of the negotiation in July 1953 Mr [X] wanted to have 15 per cent, then he reduced it to 12 per cent, and finally the rate of the commission was settled at 10 per cent. Thereof 2 per cent was for himself and 8 per cent for 'Peron and his boys'. Our intention was to include the special commission to Mr [X] in the tender for the power station of 300,000 KW. At the time of the award of the contract for the bigger station of 600,000 KW we had no similar commission to pay. We had only to give a little bit of money away to the lower grade of civil servants who had offered to us help. The total amount involved in making motor cars etc. available to people like secretaries was about £20,000. The Argentine officials are used to doing business like that, and they only want to do business when they can find persons, such as Mr [X] to act as intermediaries. [Witness 1] had similar experience in Brazil where sums of 8 per cent were involved. Mr [X] himself referred to commissions of 10–15 per cent on some jobs he was doing for the Air Ministry, so [Witness 1] could understand that he was used to working with large sums, the bulk of which had to be given to the Peronista Party. – [Witness 1] had at the time of the negotiations with Mr [X] never heard of the commission notes of 3 November 1950 and as far as he remembers he had not yet been informed of the notes of 29 January 1953. If anybody had a commission note up to 10 per cent, it would be dangerous because it was obvious that this was "dishonest business". It was a habit, sometimes, if there was a suspicion, that the Ministry of Finance would come and raid the office and looked at every paper you had got, and it would not have been safe to have a document of that description, and [the Respondent] did not want to be associated with such a thing. If the collaborators were put in prison and the name of [the Respondent] was shown as giving a bribe through Mr [X], it would not do the company any good. Therefore, Mr [X] agreed to work on the basis of a verbal gentlemen's agreement.

[Witness 3], heard as witness, stated *i.a.* as follows. He was once the General-Manager and a Director of [the Respondent] and was now a Director of [Company C]. One could not get business of any scale in the Argentine, save by using an intermediary who required large commissions to enable him to obtain influence in the Government's Departments. Anybody who had any dealing in the Argentine,

chosen by the parties or, failing such choice, those of the law of the country in which the arbitrator holds the proceedings.

No provision concerning the present question that is whether the case is arbitrable, is given in these Rules, and no law of procedure has been chosen by the parties; but there can still be doubts whether the question of arbitrability is to be qualified as belonging to the Rules governing the proceedings as laid down in this Article.

7. Admittedly, Article 1004 together with Article 83 of the French Code of Civil procedure reserves for the ordinary courts all cases 'communicable to the Public Prosecutor', as for instance those involving public policy. However, these provisions refer only to French public policy, and the Claimant has rightly cited a number of French cases where the breach of foreign laws did not amount to an offense against French public policy. However, from these and other cases it can only be concluded that while infringements of foreign customs or exchange laws, tax statutes and other similar provisions may be immaterial from the point of view of French public policy, there can hardly be any doubt that French public policy will not ignore more serious violations of foreign laws involving grave offences to good morals. Thus, if a contract contemplating the import of contraband into another country includes corruption of the custom officers or involves violence, and not merely clandestine measures (*ruse*), its enforcement will be refused in France. (See, for instance, Note Niboyet S. 1928.1. 305, and Silz S. 1939. 2.25, and the distinction there drawn between 'contrabande anodine' and 'contrabande majeure' as well as the reference to the Anglo-Saxon distinction between 'malum prohibitum' and 'malum in se').

8. Moreover, under the French law the arbitrators are not merely prevented from entertaining cases reserved for the ordinary courts, but they will also, in a general manner, like the courts, not lend their aid to enforce contracts based on grave offence to *bonos mores*, whether committed in France or abroad (cf. Jean Robert, *Arbitrage Civil et Commercial*, 3rd ed., 1961., p. 36). In this context, it might also be of interest to mention that under articles 1108, 1131 and 1133 of the French Civil Code no effect can be given to contracts prohibited by law or contrary to good morals and public policy.

9. In view of these considerations and with regard to the nature of the adventure in which the parties to this dispute have engaged, as set out hereafter, French law cannot admit this case to be settled by arbitration, regardless of whether the adventure was located in France or elsewhere.

10. However, the problem now under discussion might also be considered from another point of view.

11. In the same way as the Resolutions of the Institut de Droit International guide international tribunals in the field of public international law, they are in the field of private international law of great value to arbitrators who have to decide international disputes. The Institute's Amsterdam Resolution of September 1957 on L'Arbitrage en droit international privé provides in Article 5 as follows:

La validité de la clause compromissoire est régie par la loi du siège du tribunal arbitral. –  
Sous cette réserve, le pouvoir de compromettre est régi par la loi applicable au fond du litige; cette loi est déterminée par les règles de rattachement de l'Etat où siège le tribunal arbitral.

This provision, which establishes that the law governing the merits of the case is the law which determines whether or not the case is arbitrable, is, in my opinion, a reasonable one.

one way or the other, had to face this condition. It was a little so before, but in Peron's time it became very much so. – Mr [X] stood in very good relationship with some of the leading political people. It had been suggested to hand over to Mr [X] commission notes up to 15 per cent. [Witness 3] thought it was too high, but left it to [Witness 6] to fix the rate. However, [Witness 3] refused to let him issue any written commission notes, because if they get into the wrong hands, they would have very unfortunate reflections, upon firstly the agent, and secondly upon the company. In [Witness 3's] opinion the bulk of this money would be required for bribing Government officials. President Peron himself had a vested interest in these things. He had a hand in it and his minions collected. – Peron was the chief shareholder in these big commissions that were going to the party. It was pretty certain the money was not needed for anything else than bribery.

## OPINION

1. In view of these statements I raised the question of my jurisdiction to entertain the subject matter of this case.

2. In this respect both parties affirmed the binding effect of their contractual undertakings and my competence to consider and decide their case in accordance with the terms of reference. However, in the presence of a contract in dispute of the nature set out hereafter, condemned by public decency and morality, I cannot in the interest of due administration of justice avoid examining the question of jurisdiction on my own motion (cf. *Oscanyan v. Winchester Arm. Co.*, US Supreme Court 1880, 103 US 261, and *Finger v. Lamalex SA*, Swiss Federal Supreme Court 1954, RO 80 II 45).

3. It might also be noted that under the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, recognition and enforcement of an award may be refused *ex officio* if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that (a) the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country, or (b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

4. The parties have submitted that I may not refuse to take jurisdiction on the merits since the possible offense would be against foreign (Argentine) public policy and not French public policy. The contract (or contracts) between the parties had its (or their) situs in the Argentine and had no connection whatsoever with France, where the arbitral proceedings take place.

5. Of course, there are some good reasons in this case for treating the *compromis* of 6 July 1959 and the terms of reference as agreements separate and distinct from the contractual relationship of the parties on the merits, and to hold these procedural agreements to be governed by French law.

6. Reference to French law might also derive from the following provisions of Article 16 of the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce:

The rules by which the arbitration proceedings shall be governed shall be these Rules and, in the event of no provision being made in these Rules, those of the law of procedure



12. The parties have agreed that Argentine law is the proper law of the commission agreement (or agreements), and should their choice of law, which was only made during the course of the arbitration procedure, not by itself be binding upon me, I have no doubts about the correctness of their conclusion in that respect (cf. Batiffol, *Les Conflits de Lois en Matière de Contrats*, Paris 1938, No. 304.)

13. Therefore, pursuant to Article 5 of the Amsterdam Resolution, the question whether the subject matter of the dispute is capable of settlement by arbitration should be governed by Argentine law.

14. The Argentine Code of Procedure stipulates in Article 768:5 that all questions which affect good morals ('la moral y buenas costumbres') are excluded from arbitration. According to this provision and in view of the nature of the present dispute, as set out hereafter, there is obviously no room for any arbitral jurisdiction in this case – a point of view which seems to be shared by the parties (see also Articles 256 *et seq.* of the Argentine Criminal Law making bribery a criminal offense).

15. It should also be noted that Article 502 of the Argentine Civil Code provides that an obligation contrary to law or public policy can have no effect and Article 1891 of the same Code provides that a mandate concerning an illegal, impossible or unmoral act does not give the principal any cause of action against the mandatory nor the latter any cause of action against the principal.

16. Finally, it cannot be contested that there exists a general principle of law recognised by civilised nations that contracts which seriously violate *bonos mores* or international public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by courts or arbitrators (cf. *Oscanyan v. Winchester Arm. Co.*, cited above). This principle is especially apt for use before international arbitration tribunals that lack a 'law of the forum' in the ordinary sense of the term.

17. Now, reverting to the facts in this case. – As might be expected the documents drawn up seem on their face to be legal and bear the semblance of ordinary commercial documents. However, it is, in my judgment, plainly established from the evidence taken by me that the agreement between the parties contemplated the bribing of Argentine officials for the purpose of obtaining the hoped-for business.

18. In saying this I do not mean to imply that Mr [X] had no more to do than to hand over a commission to his respective collaborators; on the contrary, I am convinced that Mr [X] had to perform other, important, and quite irreproachable, functions. This has to be taken into consideration, but does not obscure the general image that the major part of the commissions to be paid to him were to be used for bribes.

19. Even so, however, there are other circumstances which should be taken into account before it could be established that the action brought before me seriously affects *bonos mores*. I have to accept [Witness 3's] statement that during the Peron regime everyone wishing to do business in the Argentine was faced with the question of bribes, and that the practice of giving commissions to persons in a position to influence or decide upon public awards of contracts seems to have been more or less accepted or at least tolerated in the Argentine at that time. On the other hand it must be remembered that we have to do here not with a mere favour which could be overlooked, or even with the 'little bit of money' which [Witness 1] with some understatement referred to. Huge amounts are involved: in the [place] project the commission, if earned, would have amounted to £352,100; for the 1953

project, if obtained, the commission figures would have been about £1,300,000; and Mr [X] is now claiming £2,696,213.80.

20. Although these commissions were not to be used exclusively for bribes, a very substantial part of them must have been intended for such use. Whether one is taking the point of view of good government or that of commercial ethics it is impossible to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations.

21. However, before invoking good morals and public policy as barring parties from recourse to judicial or arbitral instances in settling their disputes care must be taken to see that one party is not thereby enabled to reap the fruits of his own dishonest conduct by enriching himself at the expense of the other.

22. This, however, cannot happen in the case before me. Mr [X] has not even alleged that he personally has been or will be obliged to pay to anyone any part of the commission notes, nor has he asked for payment of expenses incurred for the benefit of the Respondent.

23. After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.

#### FOR THESE REASONS

- (1) The Respondent's objection that, if any part of the Claimant's demand would constitute a claim for damages, that part of the demand as well as the Claimant's subsidiary demand do not come within the scope of the terms of reference is rejected;
- (2) The Claimant's principal and subsidiary demands are rejected for lack of jurisdiction.
- (3) Each party shall bear its own costs;
- (4) The arbitrator's fees and expenses and the administrative costs of the arbitration amounting to £2,300, are equally divided between the parties.

Done at Paris, on [date unknown] 1963

Gunnar Lagergren.

# **ANNEXE 2**

**WORLD DUTY FREE COMPANY LIMITED c. LA RÉPUBLIQUE  
DU KENYA**

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID):  
WORLD DUTY FREE v. KENYA\*  
[October 4, 2006]  
+Cite as 46 ILM 339 (2007)+

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES  
WASHINGTON, D.C.

In the Proceeding Between

**WORLD DUTY FREE COMPANY LIMITED**  
(CLAIMANT)

AND

**THE REPUBLIC OF KENYA**  
(RESPONDENT)

(ICSID CASE No. ARB/00/7)

---

**AWARD**

---

*MEMBERS OF THE TRIBUNAL*  
**H.E. JUDGE GILBERT GUILLAUME**  
**HON. ANDREW ROGERS, QC**  
**V.V. VEEDER, QC**

*SECRETARIES OF THE TRIBUNAL*  
Ms. MARGRETE STEVENS  
MR. JOSÉ ANTONIO RIVAS  
Ms. ELOÏSE M. OBADIA  
MR. UCHEORA ONWUAMAEGBU

*REPRESENTING THE CLAIMANT*

Mr. GEOFFREY ROBERTSON, QC  
Ms. OLIVIA HOLDSWORTH  
Mr. PETER BUSCEMI  
Mr. PAUL K. MUIE

*REPRESENTING THE RESPONDENT*

Mr. JAN PAULSSON  
Mr. CONSTANTINE PARTASIDES  
Mr. MITESH KOTECHA

## TABLE OF CONTENTS

	Page
<b>I. PROCEDURE</b> .....	[ILM Page 340]
A The Parties.....	[ILM Page 340]
B Procedural History .....	[ILM Page 340]
<b>II SUMMARY OF THE PARTIES' SUBMISSIONS ON THE MERITS</b> .....	[ILM Page 349]
A The Claimant's Request and Memorial.....	[ILM Page 349]
B Kenya's Counter-Memorial .....	[ILM Page 351]
C World Duty Free's Reply .....	[ILM Page 352]
<b>III PRELIMINARY OBJECTIONS TO THE CLAIMS RAISED BY KENYA IN 2000 AND 2001</b> .....	[ILM Page 353]
<b>IV KENYA'S 2003 APPLICATION RELATING TO THE LEGALITY OF THE CONTRACT</b> .....	[ILM Page 354]
<b>V DECISION OF THE TRIBUNAL</b> .....	[ILM Page 356]
A The Existence of a Bribe .....	[ILM Page 357]
B The Consequences of the Bribe.....	[ILM Page 360]
1. International Public Policy .....	[ILM Page 360]
2. English and Kenyan Law .....	[ILM Page 363]
<b>VI LEGAL AND ARBITRATION COSTS</b> .....	[ILM Page 371]
<b>VII DISPOSITIVE PART OF THE AWARD</b> .....	[ILM Page 371]

### I – PROCEDURE

#### *A – The Parties*

1. World Duty Free Company Limited is represented in these proceedings by:

Geoffrey Robertson, QC and  
Ms. Olivia Holdsworth  
11 Doughty Street  
London WC1N 2PG  
United Kingdom

Mr. Paul K. Muite  
P.O. Box 47122  
Nairobi, Kenya

Mr. Peter Buscemi  
Morgan, Lewis & Bockius LLP  
1800 M Street, NW  
Washington, D.C. 20036-5869

The Claimant was also represented by Mr. Philip K. Murgor of Murgor & Murgor Advocates, Nairobi, Kenya until 5 June 2003, when Mr. Murgor was appointed Director of Public Prosecutions.

2. The Republic of Kenya is represented in these proceedings by:

Mr. Jan Paulsson,  
Mr. Constantine Partasides and  
Mr. Mitesh Kotecha  
Freshfields Bruckhaus Deringer  
2-4 rue Paul Cézanne  
75375 Paris Cedex 08  
France

#### *B – Procedural History*

3. It is important to note at the outset that the former President of Kenya, Mr. Daniel arap Moi, was not a party to these arbitration proceedings and was not legally represented in these proceedings. He was not heard as

- ii) that the Respondent file a memorial setting out all, if any, objections to jurisdiction, competence and admissibility it might have together with any evidence proposed to be relied upon no later than 20 May 2001; and
- iii) that, should the Respondent make any such objections, the Claimant file a response memorial together with any evidence proposed to be relied upon no later than 29 June 2001.

These directions were made upon the Claimant undertaking to apply to the court in the Isle of Man within two months from 15 January 2001 for an Order that its name be restored to the register.

10. During the first session, the Claimant raised the issue of Professor Crawford's professional relationship with the law firm of Freshfields Bruckhaus Deringer. By letter of 16 January 2001, Professor Crawford voluntarily resigned from the Tribunal. Pursuant to Rule 10(1) of the ICSID Arbitration Rules, ICSID informed the parties of Professor Crawford's resignation and the proceedings were suspended. On 26 January 2001, the Centre informed the parties that Judge Guillaume and Mr. Rogers had accepted Professor Crawford's resignation pursuant to Arbitration Rule 8(2).

11. By letter of 29 January 2001, the Respondent appointed Mr. V.V. Veeder, QC, a U.K. national, as arbitrator pursuant to ICSID Arbitration Rule 11(1). Mr. Veeder accepted his appointment and ICSID informed the parties on 2 February 2001 that the Tribunal had been reconstituted and that the proceeding was deemed to have recommenced on that date, pursuant to ICSID Arbitration Rule 12.

12. On 29 January 2001, the Respondent also filed a request for provisional measures on confidentiality. The Claimant replied to this request by letter of 15 February 2001. By letter of 26 February 2001, the Respondent maintained its request.

13. By letter of 16 March 2001, the Claimant filed its objections to Mr. Veeder's appointment. By letter of 21 March 2001, the Respondent objected to the Claimant's objection. Mr. Veeder filed his observations on 11 April 2001. By letter of 12 April 2001, the Tribunal requested that the parties submit their observations on Mr. Veeder's letter of 11 April 2001 no later than 19 April 2001. The Claimant filed its observations on 17 April 2001 and the Respondent filed its observations on 18 April 2001.

14. By their respective letters of 18 April 2001, both parties filed comments on the issue of the Claimant's status. The Claimant also requested a 60-day extension of the time limit fixed for the filing of its memorial informing the Tribunal that there had "been delay in the Claimant completing the process of being restored to the [company] register [of the Isle of Man]."

15. By letter of 24 April 2001, the President of the Tribunal and Mr. Rogers informed the parties that they did not consider the Claimant's letters of 16 March 2001 and 18 April 2001 as constituting a proposal for the disqualification of an arbitrator under Article 57 of the ICSID Convention and Rule 9 of the ICSID Arbitration Rules; furthermore, Judge Guillaume and Mr. Rogers had found no basis for upholding the objection to Mr. Veeder's appointment to the Tribunal.

16. On 25 April 2001, the Tribunal issued its Decision on a Request by the Respondent for a Recommendation of Provisional Measures. The Decision reads in part as follows (page 2):

The Request raises the question as to whether there exists any general principle of confidentiality that would operate to prohibit public discussion of the arbitration proceedings by either Party. Neither the ICSID Convention nor the ICSID Arbitration Rules contain any express restriction on the freedom of the Parties in this respect. Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the Parties includes such a restriction, each of them is still free to speak of the arbitration. Especially in an arbitration to which a Government is a Party, it cannot be assumed that the Convention and the Rules incorporate a general obligation of confidentiality which would require the Parties to refrain from discussing the case in public.

In its Decision in the *Amco v. Indonesia* arbitration, the Tribunal refused to endorse provisional measures following the unilateral release of information by a Party during proceedings pending before the Tribunal. The Tribunal said:

“... as to the ‘spirit of confidentiality’ of the arbitral procedure, it is right to say that the Convention and the Rules do not prevent the Parties from revealing their case ... (see ICSID Reports 410, 412).”

Although this decision does not have the force of precedent, it is consistent with the interpretation that we place upon the Convention and the Rules.

The Tribunal nevertheless directs the Parties to avoid any action that would aggravate or exacerbate the dispute. The Tribunal further directs that any public discussion should be an accurate report.

The Request also raises the question of the privacy of the hearings insofar as the Respondent complains that the minutes and the audio-recordings of the preliminary session were disseminated to the press “even though the Claimant [had] yet to make an application to open hearings in these proceedings to the media.” In this respect the Tribunal notes that ICSID Arbitration Rule 32(2) provides that the Tribunal shall decide, with the consent of the Parties, which other persons besides the Parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal may attend the hearings. Under Regulation 22 of the ICSID Administrative and Financial Regulations, the Centre may only arrange for the publication of the minutes and other records of proceedings with the consent of the Parties. The Tribunal concludes that when no decision has been taken to open the hearings to the public, the records of such hearings should not be disseminated unilaterally by one of the Parties.

In the instant case neither Party has submitted a request for the hearings to be open to the public, and no decision has been made in this respect by the Tribunal. Thus, the minutes and audio-recordings of hearings may not be disseminated to the public by one of the Parties.

17. By letter of 25 April 2001, counsel for the Respondent filed its observations on the Claimant’s request of 18 April 2001 for an extension of the time limit for the filing of its memorial. By letter of 1 May 2001, the Tribunal granted the Claimant’s request of 18 April 2001 and fixed the following time limits:

- i) filing of Claimant’s statement of claim no later than 25 June 2001;
- ii) filing of all the Respondent’s objections, if any, to jurisdiction, competence and admissibility no later than 19 July 2001; and
- iii) filing of the Claimant’s response memorial no later than 28 August 2001.

18. By letter of 7 May 2001, counsel for the Respondent requested an extension of the time limit for the filing of its objections to jurisdiction, if any.

19. By letter of 10 May 2001, the President of the Tribunal granted the Respondent’s request of 7 May 2001, and fixed the following time limits:

- i) filing of all the Respondent’s objections, if any, to jurisdiction, competence and admissibility no later than 31 July 2001; and
- ii) filing of the Claimant’s response memorial no later than 10 September 2001.

20. On 28 May 2001, the Centre received from Mr. Charles Kariuki Githungo (“receiver” of World Duty Free Company Limited) a letter dated 24 May 2001, requesting the discontinuance of the proceeding, together with an Order of the High Court of Justice of the Isle of Man dated 26 March 2001. By letter of 6 June 2001, Mr. Githungo’s letter was circulated to the parties. The Respondent filed its comments on 11 June 2001.

21. On 22 June 2001, the Claimant filed its Memorial dated 20 June 2001. By letter of 18 July 2001, the Tribunal requested that the Claimant file its observations on preliminary jurisdictional issues related to the letter sent by the “receiver” of World Duty Free no later than 10 August 2001. By letter of 25 July 2001, the Claimant filed a request for an extension of time, until 25 August 2001, to file its response to the Tribunal’s questions of 18 July 2001. By letter of 31 July 2001, counsel for the Respondent filed its observations on the Claimant’s request

of 25 July 2001. By letter of 3 August 2001, the President of the Tribunal granted the extension of time requested by the Claimant on 25 July 2001.

22. On 24 August 2001, the Claimant filed its observations on the preliminary jurisdictional issues, dated 20 August 2001, together with its supporting documentation. By letter of 24 August 2001, the Claimant submitted further supporting documentation to its observations.

23. By letter of 26 September 2001, counsel for the Claimant forwarded copies of interim Orders of the High Court of Justice of the Isle of Man respecting petitions CP2001/52 and CP2001/121, under which the further hearing of the petitions were adjourned until 15 October 2001. Copies of the petitions were submitted by counsel for the Claimant on 1 October 2001. By letter of 2 October 2001, the Respondent requested an opportunity to respond.

24. By letter of 8 October 2001, Mr. D.P. Craine informed the Tribunal of his appointment as "joint receiver" by the Isle of Man High Court of Justice.

25. By letter of 12 October 2001, the Tribunal invited the Claimant to file, no later than 17 October 2001, any further orders that might be made by the High Court in regard to petitions CP 2001/52 and CP 2001/121; and invited the Respondent to file, no later than 31 October 2001, its response to the issues raised by the Claimant's submissions on the preliminary jurisdictional issues.

26. By letter of 16 October 2001, counsel for the Claimant informed the Tribunal that the hearing of the petitions by the High Court of Justice of the Isle of Man had been adjourned until 19 November 2001. By letter of 15 November 2001, the Tribunal invited the Claimant to file any further Orders that might be made by the High Court in regard to petitions CP 2001/52 and CP 2001/121 no later than 21 November 2001. Meanwhile, the Respondent filed its Preliminary Preliminary Objections on 31 October 2001.

27. By letter of 20 November 2001, counsel for the Claimant informed the Tribunal that the hearing of the petitions by the High Court had been adjourned until 17 December 2001. By letter of 5 December 2001, the Tribunal invited the Claimant to file any further Orders of the High Court no later than 19 December 2001. By the same letter, the Tribunal also requested that the Claimant file, no later than 15 January 2002, its observations on the Respondent's Preliminary Preliminary Objections of 31 October 2001.

28. By letter of 19 December 2001, counsel for the Claimant informed the Tribunal that the hearing of the petitions by the High Court had been adjourned to 28 January 2002. On 17 January 2002, the Claimant filed its response to the Respondent's Preliminary Preliminary Objections, dated 11 January 2002.

29. By letters of 1 and 15 February 2002, counsel for the Respondent requested that the Claimant be ordered to provide copies of "all submissions, petitions, evidence and Orders relating to the proceedings in the Isle of Man." By letters of 5 and 20 February 2002, the Claimant filed its response to the Respondent's letters of 1 and 15 February 2002.

30. By letter of 25 February 2002, counsel for the Respondent reiterated its request for production of documents of 1 and 15 February 2002; and requested, alternatively, that the Tribunal rule on the question of the authority of those that purported to speak for World Duty Free Company Limited on the basis of the Republic of Kenya's Preliminary Preliminary Objections dated 31 October 2001, and that the Tribunal dismiss the claims brought in the proceedings in the name of World Duty Free Company Limited.

31. By letter of 25 March 2002, Mr. Caine wrote to the Tribunal, with the authorization of counsel for the Claimant, to clarify the status of the litigation in the Isle of Man. By letter of 25 April 2002, the Tribunal informed the parties of its decision to hold a one-day hearing on the objections raised by the Respondent to the capacity to bring and maintain the proceedings before ICSID of the Claimant and the authority of its legal representatives.

32. On 26 April 2002, the High Court of the Isle of Man ordered, *inter alia*, "that the Receiver(s) should not proceed in the name of the Company or take part on behalf of the Company in the proceedings brought by the Company against the Republic of Kenya before ICSID," and that in relation to the proceedings before ICSID "the company shall be represented by its directors and by legal representatives appointed by its directors."



of 25 July 2001. By letter of 3 August 2001, the President of the Tribunal granted the extension of time requested by the Claimant on 25 July 2001.

22. On 24 August 2001, the Claimant filed its observations on the preliminary jurisdictional issues, dated 20 August 2001, together with its supporting documentation. By letter of 24 August 2001, the Claimant submitted further supporting documentation to its observations.

23. By letter of 26 September 2001, counsel for the Claimant forwarded copies of interim Orders of the High Court of Justice of the Isle of Man respecting petitions CP2001/52 and CP2001/121, under which the further hearing of the petitions were adjourned until 15 October 2001. Copies of the petitions were submitted by counsel for the Claimant on 1 October 2001. By letter of 2 October 2001, the Respondent requested an opportunity to respond.

24. By letter of 8 October 2001, Mr. D.P. Craine informed the Tribunal of his appointment as "joint receiver" by the Isle of Man High Court of Justice.

25. By letter of 12 October 2001, the Tribunal invited the Claimant to file, no later than 17 October 2001, any further orders that might be made by the High Court in regard to petitions CP 2001/52 and CP 2001/121; and invited the Respondent to file, no later than 31 October 2001, its response to the issues raised by the Claimant's submissions on the preliminary jurisdictional issues.

26. By letter of 16 October 2001, counsel for the Claimant informed the Tribunal that the hearing of the petitions by the High Court of Justice of the Isle of Man had been adjourned until 19 November 2001. By letter of 15 November 2001, the Tribunal invited the Claimant to file any further Orders that might be made by the High Court in regard to petitions CP 2001/52 and CP 2001/121 no later than 21 November 2001. Meanwhile, the Respondent filed its Preliminary Preliminary Objections on 31 October 2001.

27. By letter of 20 November 2001, counsel for the Claimant informed the Tribunal that the hearing of the petitions by the High Court had been adjourned until 17 December 2001. By letter of 5 December 2001, the Tribunal invited the Claimant to file any further Orders of the High Court no later than 19 December 2001. By the same letter, the Tribunal also requested that the Claimant file, no later than 15 January 2002, its observations on the Respondent's Preliminary Preliminary Objections of 31 October 2001.

28. By letter of 19 December 2001, counsel for the Claimant informed the Tribunal that the hearing of the petitions by the High Court had been adjourned to 28 January 2002. On 17 January 2002, the Claimant filed its response to the Respondent's Preliminary Preliminary Objections, dated 11 January 2002.

29. By letters of 1 and 15 February 2002, counsel for the Respondent requested that the Claimant be ordered to provide copies of "all submissions, petitions, evidence and Orders relating to the proceedings in the Isle of Man." By letters of 5 and 20 February 2002, the Claimant filed its response to the Respondent's letters of 1 and 15 February 2002.

30. By letter of 25 February 2002, counsel for the Respondent reiterated its request for production of documents of 1 and 15 February 2002; and requested, alternatively, that the Tribunal rule on the question of the authority of those that purported to speak for World Duty Free Company Limited on the basis of the Republic of Kenya's Preliminary Preliminary Objections dated 31 October 2001, and that the Tribunal dismiss the claims brought in the proceedings in the name of World Duty Free Company Limited.

31. By letter of 25 March 2002, Mr. Caine wrote to the Tribunal, with the authorization of counsel for the Claimant, to clarify the status of the litigation in the Isle of Man. By letter of 25 April 2002, the Tribunal informed the parties of its decision to hold a one-day hearing on the objections raised by the Respondent to the capacity to bring and maintain the proceedings before ICSID of the Claimant and the authority of its legal representatives.

32. On 26 April 2002, the High Court of the Isle of Man ordered, *inter alia*, "that the Receiver(s) should not proceed in the name of the Company or take part on behalf of the Company in the proceedings brought by the Company against the Republic of Kenya before ICSID," and that in relation to the proceedings before ICSID "the company shall be represented by its directors and by legal representatives appointed by its directors."

33. By letter of 30 April 2002, counsel for the Claimant acknowledged the above Order and requested that the Tribunal set dates for a hearing on the merits.

34. By letter of 6 May 2002, the Respondent reiterated its 15 February 2002 request for documents. By the same letter, the Respondent reiterated its "preliminary" jurisdictional objections set out in its letter to the Tribunal of 8 January 2001, namely that:

- i) the claim was not attributable to a party to the contract containing the ICSID clause;
- ii) the claim did not arise under that contract; and
- iii) in any event, the claim was premature.

The Respondent further invited the Tribunal to order the Claimant to respond to its "preliminary" objections in writing.

35. By letter of 10 May 2002, counsel for the Claimant made observations on the Respondent's letter of 6 May 2002 and reiterated his request that hearing dates on the merits be given. By letter of 17 May 2002, counsel for the Respondent made observations on the Claimant's letter of 10 May 2002. By letter of 20 May 2002, counsel for the Claimant made observations on the Respondent's letter of 17 May 2002. On 20 May 2002, the Tribunal confirmed to the parties its decision to hold a one day procedural hearing on 2 July 2002 at The Hague.

36. On 2 July 2002, the Tribunal held a procedural hearing at The Hague.<sup>2</sup> The Tribunal issued a Procedural Order joining the preliminary objections to the merits and decided on the following schedule:

- i) 15 November 2002: Memorial from the Claimant setting out its full factual and legal case; together with all documentary evidence and a detailed synopsis of the testimony of each witness to be called at the oral hearings;
- ii) 16 December 2002: Counter-memorial developing all objections to jurisdiction, competence and admissibility intended to be maintained by the Respondent;
- iii) 17 March 2003: Second Counter-memorial from the Respondent setting out the other factual and legal elements, together with all documentary evidence and a detailed synopsis of the testimony of each witness to be called at the oral hearing;
- iv) 17 April 2003: Reply from the Claimant with any further documentary evidence and synopsis of testimony;
- v) 19 May 2003: Rejoinder from the Respondent with any further documentary evidence and synopsis of testimony;
- vi) 16-20 June 2003: Oral hearing.

The Tribunal also directed the Claimant to supply to the Respondent within 14 days, i.e., no later than 17 July 2002, true copies of the documents filed in the Manx courts or issued by these Courts. The Claimant was to report promptly to the Tribunal on the progress of the proceedings in the Manx courts with true copies of any Orders rendered by these Courts to be provided to the Tribunal and to the Respondent.

37. By letter of 18 October 2002, counsel for the Respondent reminded the Claimant of the Tribunal's direction and requested the Tribunal to direct, once again, the Claimant to provide true copies of the documents filed with, or issued by, the Isle of Man courts since 13 June 2002. By letter of 31 October 2002, counsel for the Claimant indicated that there had been no further Orders made by the Isle of Man courts and that with respect to the other documents filed in the Isle of Man courts, the Tribunal was asked to clarify its Order requiring the Respondent to pay for the copying and sending the documents. Further letters were exchanged by the parties on this issue.

38. By letter of 22 November 2002, the Claimant requested an extension, until 4 December 2002, to file its Memorial. On 27 November 2002, the President of the Tribunal granted the Claimant's request of 22 November 2002. On 5 December 2002, the Claimant filed its Memorial dated 1 December 2002.

39. By letter of 10 December 2002, the Tribunal reiterated its Order of 2 July 2002 directing the Claimant to supply the Respondent with true copies of the documents filed with, or issued by, the Isle of Man courts since 13 June 2002 and clarified the question of the payment of the costs associated with photocopying.
40. By letter of 31 December 2002, counsel for the Respondent indicated the Claimant's failure to submit its Memorial according to the directions given by the Tribunal. Consequently, the Respondent indicated that it would not be able to develop its objections related to the proceedings in the Isle of Man courts and would respond to the Claimant's case only "as presented." Counsel for the Claimant replied by letter of 6 February 2003. By letter of 24 February 2003, counsel for the Respondent asked the Tribunal to rule on these procedural issues. On 12 March 2002, the Tribunal requested that the Respondent file its objections to jurisdiction, competence and admissibility, together with its counter-memorial on the merits no later than 18 April 2003. The Tribunal extended the time limits for the further exchanges of written pleadings. The Claimant was accordingly to file its reply no later than 16 May 2003, and the Respondent its rejoinder no later than 13 June 2003. The Tribunal also fixed 18-20 June 2003 as dates for an organizational hearing.
41. On 19 March 2003, the Respondent filed an Application for Dismissal of the Claimant's Claims with Prejudice. By letter of 26 March 2003, the Tribunal requested that the Claimant file, no later than 12 May 2003, its observations on the Respondent's Application of 19 March 2003.
42. On 22 April 2003, the Respondent filed its counter-memorial dated 18 April 2003. By letter of 5 May 2003, counsel for the Claimant asked the Tribunal whether the Claimant's observations on the Respondent's Application of 19 March 2003 could be incorporated into the Claimant's reply. By letter of 6 May 2003, the President of Tribunal indicated that he had no objection to the Claimant's proposal. On 21 May 2003, the Claimant filed its reply dated 15 May 2003.
43. By letter of 3 June 2003, the Respondent submitted an expert legal opinion of Lord Mustill on certain legal issues raised by the Respondent's Application of 19 March 2003, to which counsel for the Claimant objected by letter of 9 June 2003.
44. On 5 June 2003, counsel for the Claimant asked for a postponement of the hearing scheduled for 18-20 June 2003 due to the withdrawal of Mr. Philip Murgor from the case. As indicated in its letter of 10 June 2003, the Respondent did not object to this postponement.
45. On 21 July 2003, the Claimant proposed to the Tribunal that "a day's pre-hearing" take place, in September 2003, on the preliminary issue raised by the Respondent in its Application of 19 March 2003. By letter of 28 July 2003, the Tribunal requested that the Respondent file, no later than 18 August 2003, its observations on counsel for the Claimant's letter of 21 July 2003. Counsel for the Respondent replied on 21 August 2003 proposing a hearing with another agenda on the Respondent's Application and related procedural matters. Counsel for the Respondent also indicated that Lord Mustill should be heard, as an expert on English law, and that they were trying to find an available date. By letter of 5 September 2003, counsel for the Respondent indicated the months when Lord Mustill would be available.
46. By letter of 29 January 2004, the Tribunal invited both parties to indicate their respective availability for a hearing over the next several months. The Tribunal invited the Claimant to report on the progress of the proceedings in the Manx courts, particularly as to whether there had been any developments since counsel for the Claimant had informed the Tribunal on 15 November 2002 of further delays in the hearing schedule. Finally, the Tribunal invited the Claimant to submit any further observation it might have on the admissibility of the expert opinion of Lord Mustill following counsel for the Respondent's letter of 21 August 2003.
47. Counsel for the Claimant replied on 11 February 2004 and submitted a judgement of the High Court of Justice of the Isle of Man delivered on 14 November 2003, together with the Order of the Court dated 23 December 2003 dismissing an application for a stay of the above judgement. By letter of 24 February 2004, the President of the Tribunal invited the Respondent to reply by 8 March 2004. By letter of 8 March 2004, counsel for the Respondent requested a rescheduling of the hearing on its application to dismiss.
48. By letter of 22 March 2004, the Tribunal indicated that the hearing was scheduled for 30 June and 1 July 2004. It asked the parties to summarize the issues to be dealt with at the hearing, and to make submissions on

any such issues—including the admissibility of Lord Mustill’s expert opinion—by 14 April 2004. The Tribunal further invited the parties to make simultaneous reply submissions by 7 May 2004. On 14 April 2004, the Claimant filed a letter dated 10 April 2004 and its List of Issues and Submissions of Law and Fact dated 13 April 2004. The Respondent also filed a letter on 14 April 2004 on the issues to be dealt with at the hearing.

49. By letter of 13 May 2004, the Tribunal circulated a draft agenda for the hearing. Counsel for the Claimant gave his comments on the draft agenda by letter of 26 May 2004 and counsel for the Respondent by letter of 4 June 2004. A revised draft was circulated on 14 June 2004. On 22 June 2004, counsel for the Claimant submitted a letter dated 19 June 2004 commenting on counsel for the Respondent’s letter of 4 June 2004 and requesting Mr. Veeder to disqualify himself if Lord Mustill’s opinion were to be admitted by the Tribunal. The parties exchanged further letters on this issue before the hearing.

50. The Tribunal held the hearing at The Hague on 30 June and 1 July 2004.<sup>3</sup> At the onset of the hearing, the Claimant withdrew its request for a possible disqualification of Mr. Veeder. During the course of the hearing, the Tribunal decided that it was unnecessary in the circumstances of the case to adduce any expert evidence of English law, but that it considered Lord Mustill’s opinion as part of the materials submitted by the Respondent and would treat it that way. On the second day of the hearing, the Tribunal decided that it would accept a supplemental memorial from the Claimant in response to the application of 19 March 2003, substantially in the form of the draft presented on 1 July 2004, but with the excision of any noncontractual claim. The Tribunal invited such final application of the Claimant to be submitted no later than 15 July 2004, and invited the Respondent to file its reply within one month of its receipt of such application.

51. On 15 July 2004, the Claimant submitted its response, dated 10 July 2004, to the Respondent’s Application of March 2003. On 18 August 2004, the Respondent filed its Response to the Claimant’s memorial in reply.

52. On 15 December 2004, the Tribunal issued a Procedural Order in which it decided the following:

1. Preliminary Issues

[..]

B. The Tribunal orders an oral hearing on preliminary issues on the merits of the Claimant’s claims and the Respondent’s defences, as pleaded in the parties’ respective written pleadings, limited to the following issues:

- i) Whether the Respondent was legally entitled to avoid and did avoid by its Counter-Memorial dated 18 April 2003, the “House of Perfume Contract”;
- ii) Whether the Respondent at any time prior to 18 April 2003 lost its legal right to avoid the “House of Perfume Contract” by affirmation or otherwise; and
- iii) Whether the Claimant is legally entitled to maintain any of its claims in these proceedings as a matter of public policy or *ordre public international*, including any rule based on the maxims “*ex turpi causa non oritur actio*” or “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

As will be self-evident, these issues do not include any issues relating to any breach of the “House of Perfume Contract” or any issue of quantum.

C. The Tribunal intends to decide these preliminary issues on the facts admitted by the parties or not disputed between the parties, or to be found by the Tribunal after the oral hearing referred to in B above. The parties may adduce such further evidence as they may be advised in accordance with the ICSID Arbitration Rules but should restrict any such further evidence to the preliminary issues only.

D. The Tribunal invites the parties to confer and, by no later than 31 December 2004, propose a time table for written submissions, including evidence, considering as first option for the hearing on preliminary issues 9-12 March 2005. As alternative dates for the hearing, the parties are invited to consider 14-17 March 2005.

2. Security for Costs

The Tribunal invites the Claimant to provide written observations by no later than 31 December 2004, on the Respondent's request for security for costs included in its Response of 18 August 2004.

53. By letter of 20 December 2004, received by the Centre on 28 December 2004, the Claimant filed its observations on the Respondent's request for security for costs and proposed a timetable. On 31 December 2004, counsel for the Respondent replied to the Claimant's letter of 20 December 2004. Counsel for the Claimant sent further comments by letter of 11 January 2005. The parties exchanged further letters on these issues.

54. By letter of 25 January 2005, the Tribunal proposed alternative dates in May 2005 for the hearing on preliminary issues. On 31 January 2005, the Tribunal issued a Procedural Order in which it decided that:

- i) the written submissions on the preliminary issues on the merits were to be filed successively by the parties: Memorial by the Claimant, Counter-Memorial by the Respondent and Reply by the Claimant;
- ii) the Respondent's request for security for costs included in its Response of 18 August 2004 was rejected;
- iii) the Claimant's request for the Tribunal to issue witness summons to Messrs. Daniel Toroitch arap Moi and Rashid Sajjad included in Claimant's letter of 11 January 2005 was rejected.

55. On 1 February 2005, counsel for the Claimant indicated that his client was not available for a hearing in May 2005. By letter of 15 February 2005, the Respondent objected to a postponement of the hearing. On 17 February 2005, the Tribunal proposed to hold the hearing on 12-14 September 2005; both parties agreed. On 8 March 2005, the Tribunal issued a Procedural Order by which it decided on the time limits for the filing of written submissions on the preliminary issues on the merits as follows:

- i) 19 April 2005 for the Claimant's Memorial;
- ii) 31 May 2005 for the Respondent's Counter-Memorial; and
- iii) 12 July 2005 for the Claimant's Reply.

The Tribunal reminded the parties that the written submissions, hearing and any further evidence were limited to the three issues identified in its Order of 15 December 2004.

56. On 18 April 2005, the Claimant filed its Memorial on Preliminary Issues on the Merits dated 15 April 2005. On 31 May 2005, the Respondent filed its Submission on the Three Preliminary Issues Identified by the Tribunal. By letter of 19 August 2005, the Claimant informed the Tribunal that it would not file a reply.

57. By letter of 26 August 2005, counsel for the Claimant requested a rescheduling of the hearing and indicated that the Respondent did not object to this request. By letter of 31 August 2005, counsel for the Respondent confirmed that his client was not opposing this request. By e-mail of 5 September 2005, the Tribunal informed the parties that, further to the Claimant's request, the hearing on preliminary issues was postponed until 18-19 January 2006.

58. By letters of 7 September 2005 and 25 October 2005, counsel for the Claimant and counsel for the Respondent respectively confirmed their availability. By letter of 10 November 2005, the Tribunal asked the parties to agree on a timetable for the hearing no later than 5 December 2005. By letter of 9 December 2005, received by the Centre on 13 December 2005, counsel for the Claimant requested that the hearing be re-scheduled to a later date. By letter of 14 December 2005, the Tribunal informed the parties that it had unanimously declined the Claimant's request for a further rescheduling of the hearing.

59. On 18 January 2006, the Tribunal held a hearing on the preliminary issues at The Hague.<sup>4</sup> During the hearing, counsel for the Claimant filed a written submission on the preliminary issues. The Tribunal asked the Claimant to provide copies of the authorities referred to in this submission by 3 February 2006 and invited the Respondent to provide its comments, if any, by 21 February 2006.

60. By letter of 26 January 2006, counsel for the Claimant submitted the authorities referred to in the Claimant's written submission of 18 January 2006 and filed further comments in answer to the observations made by The Respondent during the hearing on this submission. By letter of 21 February 2006, counsel for the Respondent submitted a reply to the Claimant's submission of 18 January 2006.

61. Members of the Tribunal deliberated through various means of communication, including a meeting at The Hague on 19 January 2006, following the hearing of 18 January 2006. The Tribunal has taken into account all pleadings, documents and testimony in this case.

## **II – SUMMARY OF THE PARTIES' SUBMISSIONS ON THE MERITS**

### ***A – The Claimant's Request and Memorial***

62. In its Request of 16 June 2000 and its Memorial of 1 December 2002, the Claimant recalls that Kenya, on 27 April 1989, concluded an agreement for the construction, maintenance and operation of duty-free complexes at Nairobi and Mombassa International Airports with a company called the "House of Perfume". The lease was to be for a period of 10 years, and the company was to have an option to renew it "for a further 10 years upon the same terms and conditions, subject only to renegotiation of the rent payable". The agreement specified that: "In consideration of the grant of the lease, the Company shall pay to the Government the sum of US\$1,000,000 per annum for both Complexes".

63. This agreement was amended on 11 May 1990 to substitute "World Duty Free Company Ltd", a company incorporated under the laws of the Isle of Man (United Kingdom) for "House of Perfume".

64. According to the Claimant, "at the time of the incorporation of World Duty Free and at the time of the 1990 amendment, World Duty Free (like the House of Perfume) was owned by members of the Al-Ghurair family". Those companies were managed by Mr. Nasir Ibrahim Ali, who, on their behalf, signed both the 1989 agreement and the 1990 amendment. However, in September 1991, the Al-Ghurair family sold its shares in World Duty Free. As a result of that transaction, Mr. Ali held in his own name 10% of the World Duty Free shares and 90% of the stock was registered in the name of "Dinky International SA," whose shareholders are Mr. Ali at 90% and his wife, who owns the rest.

65. As a follow-up to the 27 April 1989 Agreement (as amended in 1990) the Lease was signed on 25 August 1995 between the Kenya Airports Authority, acting on behalf of the Government of Kenya and World Duty Free for a term of 10 years from 1 July 1990, under the Terms and Conditions contained in the 1989 Agreement.

66. The Claimant states that in order to be able to do business with the Government of Kenya, Mr. Ali was required in March 1989 to make a "personal donation" to Mr. Daniel arap Moi, then President of the Republic of Kenya. The Claimant adds that this donation amounted to US\$2 million, and contends that the donation was "part of the consideration paid by House of Perfume to obtain the contract".

67. According to the Claimant, Mr. Ali spent approximately US\$27 million to construct and equip the Duty Free complexes at Nairobi and Mombassa Airports, and to renovate and upgrade their passenger facilities. The Claimant adds that the complexes created in terminals 1 and 2 of Nairobi Airport were formally opened by the President and the Vice-President of Kenya in 1990.

68. The Claimant submits that he suffered no interference from the Respondent until April 1992. In that month, however, President Moi "required Mr. Ali to assist his Emissaries, Mr. Joshua Kulès and Kamlesh Pattni to obtain secret funds from abroad to finance his re-election campaign". According to the Claimant, later in 1992, Mr. Pattni devised "a massive fraud through his company, Goldenberg International Ltd, to provide illicit funds for President Moi's campaign" and "It was accomplished through the fabrication of documentation purporting to evidence the export of gold and diamonds to a foreign consignee. On presentation of their documents to the Treasury and the Central Bank of Kenya, Goldenberg was paid export-compensation and an amount in Kenyan shillings equivalent to the hard currency value shown for the exports". The Claimant further asserts that World Duty Free was "shown on most of the false documentation as the consignee of the non-existent gold and diamonds", and that this was done without knowledge or consent of the Claimant. The Claimant contends that the extent of the fraud could be estimated at a minimum of US\$438 million.

69. The Claimant states that it “was initially made aware of this unwitting role in the fraud as a result of media enquiries”. It adds that, notwithstanding threats from representatives of the Kenyan Government, World Duty Free publicly denied having been a Goldenberg consignee and provided an affidavit to this effect to Interpol and to the Kenyan Police. It contends that “the Kenyan prosecutors made no attempts to prosecute the fraud until the beginning of 1994, when, under pressure from the International Monetary Fund, Pattni and a number of persons were arrested”.

70. The Claimant then submits that, “in order to ensure the destruction of essential evidence for any successful prosecution of the fraud”, the Government of Kenya “instigated the take over of the control, shares and assets” of the Claimant. By Order of 24 February 1998, the High Court of Kenya, on Mr. Pattni’s request, declared him the beneficial owner of the company from 1992 and placed it in receivership. According to the Claimant, this Order was unlawful: “no notice of any kind was given to it”, the Order was based on forged documents and was manifestly and grossly erroneous. The Government of Kenya was responsible for this “fabrication of evidence and perversion of justice” and “used its power to block any appeal”. The Claimant was, however, able to prove the forgery and the Kenyan police indicted Mr. Pattni, but “the Government through its Attorney General intervened and refused to bring the case to trial”.

71. The Court-appointed “receiver” immediately enforced the Order of 24 February 1998 with the assistance of the Kenyan police. A new “receiver”, Mr. Githungo, was appointed in July 1998. According to the Claimant, he proceeded to mismanage and run down World Duty Free “and destroyed its investment and assets in Kenya”.

72. The Claimant further submits that in 1999 Mr. Ali persisted in his attempt to have the receivership lifted. He did not succeed and “was informed that the company would only be taken out of receivership and restored to its contractual position if he declined to give prosecution evidence in the Goldenberg trial”. He responded to these threats “by making a statement to the press on 19th July 1999 in which he implicated President Moi and others in the Goldenberg fraud”. On 24 July 1999, he was “unlawfully arrested by Government order, held, and deported to the United Arab Emirates”. According to the Claimant, this was done in order to prevent Mr. Ali from i) challenging the take over of World Duty Free and ii) providing vital evidence for any effective prosecution in the Goldenberg fraud.

73. Finally, the Claimant submits that “following an *ex parte* hearing, a formal judgment and decree was entered in favour of Mr. Pattni” in the High Court of Kenya on 24 and 27 September 2001, “which purported to legitimise the illegal expropriation of World Duty Free”. Following that judgment, “a duplicate World Duty Free” was incorporated by Mr. Pattni in the British Virgin Islands and registered in Kenya with the same place of business as the Claimant.

74. In short, “the Claimant’s contention is that the Government of Kenya expropriated the Claimant’s property and destroyed its rights under the [1989] Agreement in using its executive, judiciary and agents like Kamlesh Pattni and his hand picked purported receivers”. In this respect, the Claimant identifies several breaches of the agreement: i) use of World Duty Free in the Goldenberg fraud; ii) illegal expropriation of the Company; iii) placing of World Duty Free in receivership; iv) damage suffered from Court-appointed “receiver”; v) Court refusal to protect World Duty Free from crime; vi) unlawful deportation of the company’s Chief Executive Officer; vii) final judgment in defiance of ICSID; and viii) registration of a duplicate World Duty Free during the pendency of the ICSID proceedings.

75. The Claimant stresses that “this case is a classic example of the type of investment dispute that ICSID was established to resolve” under the Washington Convention. In this respect, the Claimant recalls that it is incorporated in the United Kingdom (ICSID Convention ratified on 18 January 1967), that it is resident and headquartered in the United Arab Emirates (ICSID Convention ratified on 22 January 1982), and that it operates in Kenya (ICSID Convention ratified on 2 February 1987). The Claimant adds that the consent relied upon as the basis for instituting proceedings is contained in Clause 9 of the 1989 House of Perfume Contract.

76. On that basis, the Claimant states that it “shall seek orders for payment of full compensation. This should take the form of restitution, i.e., return of the duty free complexes at both airports under leases running until April 2009, together with payment of:

- i) Legal costs (on an indemnity basis) incurred in the arbitration and in all Kenyan, IOM [Isle of Man] and any other proceedings concerning the receiver;
- ii) The full amount needed to restore the duty free complexes to world class standards;
- iii) Profits expected to have accrued, if there had been no court order, from February 1998 until the date of full restitution;
- iv) Lost opportunity profits for the above period in respect of this inability to expand his business;
- v) Aggravated and exemplary damages for the bad faith, high-handed and unlawful behaviour the Government of Kenya has demonstrated”.

77. Alternatively, the Claimant submits that “if the Tribunal does not order restitution, there must be compensation assessed on an international law basis, i.e., ‘the value of the undertaking at the moment of dispossession (24 February 1998) plus the interest to the day of payment’. (*Chorzów Factory Case* (1928) PCIJ series A N°17). This, as the arbitral award in *Amco v. Indonesia* (1985) ICSID Reports 2) points out, must encompass ‘the full compensation of prejudice, by awarding to the injured party the *damnum emergens* (loss suffered) and the *lucrum cessans* (expected profits).’ Under this head too, the Claimant will rely on the international rule that unlawful behaviour by a State in dispossessing the property of aliens calls for the award of exemplary damages”.

78. The Claimant adds that “the dispossession destroyed its plans for establishing a matrix of duty free stores” in the region and concludes that it “will be seeking an award of compensation in the vicinity of US \$ 500 million”.

79. It should be noted that the claim for restitution is advanced under a contractual complaint exclusively, arising from the House of Perfume Contract, as the Claimant’s written pleadings confirm. The Claimant states that the Government of Kenya is “responsible for 7 breaches of the investment agreement with WDF”. It stresses that “[t]he nature of the damage caused is irreparable and founds a legitimate claim for damages” (para. 99(a) of the Memorial of 1 December 2002). In addition, the Claimant stresses that the substantive issues “arise from a foreign investment that is the subject of a foreign investment agreement and the deliberate failure of the Government of Kenya and its agents to protect that investment, and their involvement in numerous breaches of it” (para. 100 of the Memorial of 1 December 2002). The pleaded case for restitution is thus clearly founded in contract, based on the different breaches of the investment agreement.

#### ***B – Kenya’s Counter-Memorial***

80. In its Counter-Memorial dated 18 April 2003, Kenya deals from the outset with outstanding matters of procedure and refers to its preliminary objections (see paras. 94 to 104 below).

81. Kenya then submits that the Claimant’s allegations of breach of contract are devoid of merit. In this respect, Kenya recalls first that the Goldenberg fraud was perpetrated in 1992. Under both Kenyan and English Law, a six-year statute of limitation applies to actions founded in contract. The claim based on the use of World Duty Free’s name in that fraud is thus time-barred. In any event, such use did not constitute a breach of the contract by Kenya and no damage to World Duty Free arose from the alleged breach.

82. Kenya further contends that the claims submitted to the Tribunal “relate exclusively to a dispute between two individuals, Nasir Ibrahim Ali and Kamlesh Pattni, over ownership of World Duty Free”; this dispute was first brought before the Kenyan Courts and “no evidence has been presented to taint the ownership proceedings in Kenya with illegality”. “Moreover, even if Mr. Ali were able to establish that the appointment of a receiver” by the Kenyan Court “was corruptly procured by Mr. Pattni, he has certainly presented no evidence to substantiate his allegation that, in doing so, Mr. Pattni was acting as an “agent” of the Government of Kenya”. On this ground also, there has been no breach of contract by Kenya.

83. The Respondent adds that, in fact, “World Duty Free defaulted on its rent payment obligation from the outset” and “remained in default through to early 1998”. Consequently, “in February 1999, the Kenyan Airports Authority purported to terminate the Lease agreement. However, following a vigorous defence of World Duty Free’s rights by the Court-appointed receiver before the Kenyan Courts”, the Lease agreement was renewed and



93. Finally, the Claimant submits that the Respondent's Counter-Memorial is full of deceptive elisions and misrepresentations, which it enumerates and analyses; and it concludes that Kenya has no defence to World Duty Free's claim.

### **III – PRELIMINARY OBJECTIONS TO THE CLAIMS RAISED BY KENYA IN 2000 AND 2001**

94. *In limine litis*, by letter dated 28 December 2000 the Respondent drew the attention of the Tribunal to the fact that World Duty Free had been struck off the Isle of Man Companies Register approximately a year before these proceedings were commenced and required "as a preliminary to its preliminary objections" that those bringing the action demonstrate both "the resurrection of the Company and its authorisation to commence the action".

95. During the first session of the Tribunal in January 2001, the Claimant undertook to apply to the Court in the Isle of Man to have its name restored to the register (see para. 9 above). In fact, this restoration was done on the initiative of the "receiver" appointed by the Kenyan Courts, Mr. Githungo, who for that purpose seized the High Court of Justice of the Isle of Man. By Order of 26 March 2001, this Court also appointed him as receiver of the property and assets of World Duty Free under the laws of the Isle of Man.

96. By letter of 24 May 2001, Mr. Githungo informed the Tribunal of this appointment. In this letter, he objects "to the institution and maintenance of ICSID arbitral proceedings" and asks that the case be struck from the ICSID docket. This request was made part of the file by the Respondent on 10 June 2001.

97. In a letter dated 26 August 2001, the Claimant recalled the various judgments relating to the status of World Duty Free both in Kenya and in the United Kingdom; it contended that "the appointment of a receiver to a Company does not oust the powers of the directors or shareholders to commence or continue an action in the name of the Company" and therefore asked the Tribunal to dismiss Mr. Githungo's request.

98. On 31 October 2001, Kenya developed its "Preliminary Preliminary Objections" to the proceedings; it recalled the Order of the High Court of the Isle of Man of 26 March 2001 and informs the Tribunal that, on 24 September 2001, the High Court had modified its previous Order in appointing two "joint receivers", Mr. David Peter Craine and Mr. Githungo. Kenya stresses that those receivers were empowered to act in the name of the Company and that the directors of World Duty Free were consequently disempowered to do so. Kenya submits that Mr. Githungo had disowned the action initiated by Mr. Ali and that Mr. Craine had requested the "same sort of holding brief", and concludes that, "at this time there is no legal basis on which the arbitration can proceed".

99. In its response of 11 January 2002, World Duty Free contends that "the bona fide directors of the Claimant through its duly constituted organs can commence and maintain actions in the name of the Company without consent and authorisation of Mr. Githungo". It requires that Kenya's "Preliminary Preliminary Objections" be dismissed.

100. By Order dated 26 April 2002, the High Court of Justice of the Isle of Man again modified its previous Orders to specify that the joint receivers of the Company appointed by the Court "should not proceed in the name of the Company or take part on behalf of the Company in proceedings brought by the Company against the Republic of Kenya before ICSID in case N°ARB/00/07 and that relevant to the latter proceedings the Company is to be represented by its directors and by legal representatives appointed by the Company's directors".

101. By letter of 6 May 2002, the Respondent noted the terms of this Order, "which on its face appears for now to answer the Republic of Kenya's concerns as to the authority of those that purport to represent World Duty Free in these proceedings". Proceeding on the grounds that they have such authority, the Respondent recalled, nonetheless, that "in addition to its "Preliminary Preliminary Objections" it has raised "Preliminary Objections" in its letter of 8 January 2001, namely that:

- "(i) the claim is not attributable to the contract containing the ICSID claim;
- (ii) the claim does not arise under the contract;
- (iii) in any event, the claim is premature".

102. At the hearing of 2 July 2002, the Tribunal decided "that the Preliminary Objections, as they now stand, are closely linked with the merits of the dispute and are to be joined to the merits under Rule 41(4) of the ICSID Arbitration Rules".

103. Thus the Tribunal will no longer deal with those remaining objections but will only recall that, in its Counter-Memorial dated 18 April 2003, Kenya reaffirmed that "Mr. Ali is not a party to the House of Perfume Contract and so cannot bring his own claims in these proceedings". However, Kenya added that "subject to the outcome of the ownership proceedings still pending before the Courts of the Isle of Man, which will impact on not only the merits of the claim, but on the capacity of those bringing this action in the name of World Duty Free, the Republic of Kenya is content for this baseless claim to be determined by the ICSID Tribunal on the merits".

104. This Tribunal will also note that, on 14 November 2003, the High Court of Justice of the Isle of Man decided that the judgment rendered on 27 September 2001 by the High Court of Kenya (see para. 73 above) is a judgment *in rem* and that the Kenyan Court had no jurisdiction to make such a judgment.

#### **IV – KENYA'S 2003 APPLICATION RELATING TO THE LEGALITY OF THE CONTRACT**

105. On 19 March 2003, Kenya submitted to the Tribunal an application alleging that the 1989 Agreement is unenforceable and requesting the dismissal of the claims with prejudice on that basis. In that application, the Respondent states that "it is the Claimant's case that the Contract upon which its claims in these proceedings are based was procured by paying a bribe of US\$2 million to the then President of Kenya, Daniel arap Moi". It adds that "the payment of a bribe is criminal". "As a matter of Kenyan, English and International ordre public, the resulting Contract does not have the force of law".

106. The Respondent recalls that the 1989 Agreement refers both to Kenyan Law in its Article 10 (A) and to English Law in its Article 9 (2) (c). It alleges that this "does not change the legal consequences of the Claimant's criminal behaviour. On this fundamental issue of public policy, Kenyan and English Law are unsurprisingly the same". In this respect the Respondent contends that corrupting Governmental officials is in Kenya a crime punishable by up to 10 years' imprisonment and that, in Kenyan Law, "contracts tainted with illegality are unenforceable". The same is true in English Law, as illustrated by judgments rendered recently in *Soleimany v. Soleimany* [1999] 1 QB 785 and *Westacre Investments Inc. v. Juogoisport – SPDR Holding Co. Ltd.* [2000] 1 QB 288.

107. The Respondent further submits that "Bribery of the type that the Claimant has now affirmed is contrary to international public policy". In support of this submission, the Respondent invokes the award given in ICC case n° 1110 by Judge Lagergren; the interim Report of the ILA Committee on International Commercial Arbitration of 2000; the OECD Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions of 21 November 1997; and other conventions concluded or in preparation within the framework of the Council of Europe, the Organisation of American States and the United Nations.

108. In short, the Respondent asks the Arbitral Tribunal to decide that the contract on which the claims rely is unenforceable, that the application requires no oral hearing and that it must be "dismissed with prejudice at the earliest possible juncture".

109. One month later, in its Counter-Memorial dated 18 April 2003, Kenya reaffirmed that "the Claimant's claims must fail because they arise from a contract that, on the Claimant's own case, is unenforceable, and which the Republic of Kenya now avoids". It adds that the submissions on the merits made in the Counter-Memorial "are without prejudice to this position".

110. At the invitation of the Tribunal (see paras. 50 and 51 above), World Duty Free filed, on 10 July 2004, a supplemental memorial in response to Kenya's application of 19 March 2003. The Claimant submits that the facts as laid out in Mr. Ali's witness statement do not amount to a confession of bribery; it stresses that "bribery is not a strict liability offence, mens rea is relevant". Mr. Ali made a payment to President Moi that he believed lawful. At that time, it was routine practice to make such donations in advance of doing business in Kenya; said practice had cultural roots and was buttressed by the "Harambee" system, one which mobilized resources through private donations for public purposes.

111. World Duty Free also contends that the alleged bribery is a collateral contract prior to and severable from the House of Perfume Contract. This collateral contract "between Mr. Ali and Mr. Sajjad was in terms that the latter would procure an audience for Mr. Ali with President Moi for a consideration of US\$2 million". "That

transaction was not referred to in the negotiations and was not treated or even mentioned as part of the consideration for the House of Perfume Contract'. In the present case, the claim does not rest on the US\$2 million transaction, but on the Contract.

112. The Claimant adds that "where a contract is supported by both legal and illegal consideration, the illegal consideration is severable".

113. It also submits that "Article 53 of the ICSID Convention does not set out public policy as a ground for annulment" and that dismissal of the case on such a ground would allow Kenya "to profit from its much more serious illegalities, and in particular from the pressure unlawfully exercised by Kenya upon Mr. Ali. Moreover, in equity, 'where both parties to a transaction are guilty of illegality, but their respective guilt is not equal, the claim of the person who is less blame worthy should not be defeated by the defence of illegality'".

114. World Duty Free submits that the actions of President Moi and his colleagues were the action of the Government of Kenya. Thus Kenya negotiated the Contract with full knowledge of the payment it now seeks to impugn. In addition, Kenya later performed its side of the Contract and is estopped by conduct. In other words, rescission is not available to the Respondent; "it has already affirmed the House of Perfume Contract by its conduct between 1989 and 1998".

115. Moreover, according to the Claimant, Kenya "lost its right of rescission when it breached the House of Perfume Contract by the illegal expropriation of World Duty Free's investment in February 1998". Finally "the emerging international consensus on which the Respondent has founded its charge that the contract is illegal as a matter of international ordre public is inapplicable" *ratione temporis* and ICC case n° 1110 invoked by Kenya "can be distinguished from the situation in this case".

116. In conclusion, World Duty Free requests the immediate dismissal of the Respondent's application of 19 March 2003.

117. On 18 August 2004, Kenya submitted its Reply. It repeats that Mr. Ali bribed President Moi in 1989 and that this bribe was paid to procure the House of Perfume Contract and was successful in its intent. The Respondent notes that the Claimant "confirmed its acceptance of the contents of Lord Mustill's opinion as an accurate reflection of English Law, including the conclusion that a contract procured by bribery is voidable at the instance of the party whose agent was bribed", and states that "bribery was as unacceptable prior to 1997 as it has been since". In its Reply, Kenya stresses that "bribing a head of state does not immunise the Contract from the consequence of illegality", and adds that "the bribe was not a collateral contract to obtain an audience with Mr. Moi" and, further, that "the bribe taints the entirety of the contract". Thus the Contract had been validly avoided.

118. Furthermore, according to the Respondent, "public policy demands that the claims be dismissed". Contrary to what the Claimant contends, the Tribunal does not have to examine the Parties' "relative moral culpability", or to determine whether or not Kenya had breached the Contract. Claims founded on illegality have to be dismissed for the benefit of the public and not for the advantage of the defendant. Moreover, the doctrine of undue influence is not applicable in the present case and, in any event, Mr. Ali "had a free and deliberate choice in deciding whether or not he wanted the investment contract".

119. In accordance with the Orders of the Tribunal dated 15 December 2004, 31 January 2005 and 8 March 2005, the Parties submitted further memorials dealing in particular with three issues raised by the Tribunal (see paras. 52 to 56 above).

120. In its Memorial dated 15 April 2005, the Claimant reiterates and develops its previous arguments and submissions. It adds that "the personal donation" made by Mr. Ali "was sanctioned by customary practices and was regarded a matter of protocol by the Kenyan people". "The Contract was neither illegal, nor voidable". It further stresses that "The Claimant, as a successor in title to the House of Perfume Contract" was not in existence as a juristic person at the time a personal donation was being given to President Moi. Why should its rights to be taken away by acts committed when it was non-existent and when it has no knowledge, actual or constructive, of any payment which could be characterized as improper and unlawful?" It adds that "before the proceedings were filed in the Arbitral Tribunal, the Respondent did not attempt to avoid the contract even though it had" such a knowledge. Additionally, Kenya "is not legally entitled to resile from a contract it breached three years" before

such a filing. In any event, a party should not be “enabled to reap the fruits of his own dishonest conduct by enriching himself at the expense of the other”. Finally, the Tribunal “must pay sufficient regard to the domestic public policy” of Kenya under which the donation made was “not only acceptable, but fashionable”.

121. In its submission of 31 May 2005, Kenya repeats that “[a]ccording to the Claimant’s own evidence and arguments, Mr. Ali paid his bribe specifically in order to obtain the House of Perfume Contract”. This cash payment was made in a “heavily concealed manner”. It could not be considered as an “exchange of gift” and was not acceptable in the Kenya system of “Harambee”. Furthermore as a matter of English law, there “exists an irrebuttable presumption in civil matters that such a payment has been ‘made with the intention that its recipient should be influenced . . . and was influenced by it’”. The Kenyan Prevention of Corruption Act of 1956 also establishes a presumption of bribery in corresponding circumstances. “It is impossible to ‘sever’ a bribe and then to enforce a contract that would never have existed but for the bribe”. Therefore Kenya “was legally entitled to avoid the House of Perfume Contract, which it validly avoided on 18 April 2003”.

122. Kenya further submits that it “cannot be presumed to have had knowledge of Mr. Ali’s bribes”, which “was concealed from everyone other than its recipient and his close associates”. As a consequence, Kenya “has not lost its right to avoid the House of Perfume Contract”.

123. Finally, Kenya contends that “the Claimant’s claims arise ex turpi causa and as such are unsustainable as a matter of public policy” and “Public policy in Kenya is not different from that subsisting in England or internationally”. Moreover and contrary to the Claimant’s allegation, “Kenya has not been enriched by a bribe that was paid to Mr. Moi personally” and in any event such enrichment would be no basis upon which to validate the Claimant’s illegally obtained contract.

124. At the oral hearing held on 18 January 2006, the Parties reiterated and developed their written arguments and submissions.

#### **V – DECISION OF THE TRIBUNAL**

125. The Tribunal observes from the outset that, in the present case, the proceedings have been unusually lengthy. It must be noted that both Parties have some responsibility in this situation. *In limine litis*, Kenya raised “Preliminary Preliminary Objections” relating to the legal personality of World Duty Free and the capacity of the persons who initiated the action to represent the Company. Those questions were to be dealt with under the laws of the Isle of Man, where the Claimant was incorporated. The High Court of the Isle of Man rendered several orders and judgments in this respect from March 2001 to November 2003. In November 2002, Kenya recognised that those orders “on their face” appeared “for now” to answer its initial “concern” (see para. 101 above). It maintained, however, other “Preliminary Objections” which the Tribunal joined to the merits (see para. 102). In March 2003, Kenya alleged, in light of World Duty Free’s memorials, that the Contract invoked by the latter was illegal and unenforceable. A hearing was scheduled for June 2003 but had to be postponed at the request of the Claimant and with the agreement of the Respondent. The holding of this hearing in September 2003 and the following months was contemplated, but it was not possible to schedule the same before July 2004. It was only during this hearing that World Duty Free submitted substantive observations on the Respondent’s application of March 2003. In consideration of memorials which were then exchanged between the Parties, in December 2004 the Tribunal raised three threshold issues on which it asked for comments and proposed to hold a hearing on in March 2005, then in May 2005. These dates not having been agreed on, the Tribunal scheduled the hearing for 12-14 September 2005. On 26 August, the Claimant requested a rescheduling of the hearing. The Respondent did not oppose this request and the hearing was again postponed to 18-19 January 2006. A new request for postponement was presented in December 2005 and was declined by the Tribunal.

126. Proceeding to consideration of the case, the Tribunal recalls that the Government of Kenya, on 27 April 1989, concluded an agreement with a company, called the “House of Perfume” for the construction, maintenance and operation of duty-free complexes at Nairobi and Mombasa Airports. This agreement was amended on 11 May 1990 to substitute “World Duty Free Ltd” for the “House of Perfume”. As a follow-up to this agreement, a Lease was concluded on 25 August 1995 between the Kenya Airports Authority—acting on behalf of the Government of Kenya—and World Duty Free. All of these documents were signed by Mr. Nassir Ibrahim Ali, acting on behalf of the Companies.

127. World Duty Free contends that Kenya breached the 1989 Agreement in several respects, illegally expropriated its properties and destroyed its rights under the agreement. On this basis, it requests restitution or, in the alternative, compensation (see paras. 62 to 79 above).

128. Kenya, for its part, submits that the 1989 Agreement was procured by paying a bribe to the then President of Kenya, Daniel arap Moi. It adds that the payment of such a bribe is criminal and that the resulting contract does not have the force of law. It is unenforceable and the claims cannot be heard as a matter of public policy. Furthermore, as a matter of applicable law, the contract is voidable and has been validly avoided by Kenya. Consequently, the claims must be dismissed with prejudice (see para 105 to 124 above).

129. The Tribunal will consider first whether a bribe has been paid by Mr. Ali to President Moi in the present case, and whether the 1989 Agreement has been procured as a result of such a payment. If so, the Tribunal will have to examine the consequences of the bribe on the enforceability and the validity of the Agreement, both under ordre public international and the applicable laws.

#### ***A – The Existence of a Bribe***

130. In its Procedural Order dated 2 July 2002, the Tribunal required the Parties to provide summaries of the witness evidence they intended to adduce. On 1 December 2002, World Duty Free provided a “full statement” dated 30 November 2002 from Mr. Nasir Ibrahim Ali, “Chief Executive Officer and shareholder of World Duty Free”. In this document Mr. Ali states: “in the mid-1980s, I was the General Manager of a company called the House of Perfume” which “was the leading distributor of famous American and European perfumes in the Middle East”. Mr. Ali adds that in 1988 he attended a seminar in London on the prospect for duty-free market after the European Union became a reality, when duty free in Europe would be abolished. The consensus at the seminar was that the focus should shift to the Middle East and Africa which at that time were ‘virgin’ grounds for the duty free business. “I saw the potential for the development of duty free facilities of an international standard in selected African countries” and “I wanted to begin in Kenya as the logical start for the East African region, given the historically strong trade links between Mombassa and Dubai”.

Then, in paras. 11 to 25 of this statement, Mr. Ali testifies:

“11. As a leading businessman in Dubai, I met in normal business circles, one Rashid Sajjad, a Kenyan, who would come to Dubai frequently in order to buy goods for export to Kenya for his company, Bawazir & Co.”

“12. From my discussions with Sajjad, I came to understand that he was politically and powerfully connected in the Kenya Government. Wishing to diversify my business from perfumes into the duty-free market, I raised my interest with Sajjad and asked his advice on arranging the necessary licences and authorisation for the establishment of duty free complexes in Nairobi and Mombassa airports. Sajjad informed me that he would arrange meetings for me with the relevant officials in Kenya.”

“13. In March 1989 Sajjad informed me that the necessary appointments had been arranged. The first was an audience with His Excellency Daniel arap Moi (HEDAM). Sajjad informed me that although my concept for establishing duty-free complexes at Nairobi and Mombassa airports to an international standard would require heavy investment, which I believed would be for the national benefit of Kenya, Protocol in Kenya required that I should in addition make a ‘personal donation’ to HEDAM. I was given to believe, that this was payment for doing business with the Government of Kenya.”

“14. Sajjad advised me that the appropriate donation, given the estimated value of the investment, was US\$2 million. I was further advised by him that the donation should be in cash.”

“15. Sajjad arranged a letter of credit for the value US\$2 million from his bank, Banque Indosuez, London Branch, dated 7 February 1989 in the name of Mr. Sajjad of Bawazir & Co. Against this letter of credit I remitted US\$ 2 million cash in his favour at Banque Indosuez on 16 February 1989. (See copy of letter of credit and supporting documents at Exhibit 5(b)).”

“21. The President approved my proposed investment and suggested that I meet the Vice-President and the Minister for Finance, Professor George Saitoti. Then followed a series of meetings with other high-level Government officials and ministers, including the Governor of the Kenya Central Bank Eric Kotut, and Minister of Transport and Communications Honourable J.J. Kamotho, in order to obtain the required permits and licences.”

“22. Subsequently, I was introduced to the late Hezekiah Oyugi, who was the Accounting Officer and Permanent Secretary/Administration in the Office of the President, and directly in charge of the Aerodromes Department and of internal security.”

“23. After lengthy discussions, Oyugi approved the project and the contract was drawn up and signed on 27th of April 1989, by him on behalf of the Government of the Republic of Kenya, and by myself on behalf of the House of Perfume. I refer to 4 photographs at Exhibit 3 showing myself, Sajjad, Oyugi & Mr. Wamburra at the signing of the agreement in the Office of the President in Kenya on 27 April 1989.”

“24. The investment agreement made provision for a 10 year renewable lease for the same period for 3,000 square metres at Nairobi and 2,000 square metres at Mombassa Airport, between WDF and Kenya Airports Authority (KAA). The parent ministry of KAA was the Office of the President.”

“25. During the negotiations of the investment agreement, I was frequently travelling backwards and forwards between Dubai and Kenya. During this time I received several requests for gifts to bring for officials in the Kenyan Government. I was not given any money in return for these items and it appeared to me that it was expected that I would bring what they requested. I received a request by fax from Sajjad on 2 May 1989 with a shopping list for watches for Oyugi, his wife and secretary and Mr. Mbindyo who was an official in the Treasury and a signatory of investment agreement and Director of Aerodromes. On 3 May 1989 I received a telex from Sajjad requesting a gift of the latest model Polaroid camera. I refer to copies of said documents at Exhibit 4.”

131. During the hearing held by the Tribunal on 18 January 2006, Mr. Ali was heard as a witness and confirmed his written statement, adding that during his meeting with President Moi, the President welcomed his proposal, and that after that meeting, Mr. Sajjad—having seen the maize inside the briefcase—told him: “the President likes your proposal; it is a very good sign”. Mr. Ali also added that Mr. Sajjad showed him copies of British newspaper articles relating to Harambees officially given to President Moi. He concluded that he did not at any time think he was “bribing to get this job”.

132. The Respondent does not deny Mr. Ali’s payments to President Moi in the circumstances related by the witness in his written statement. Such a payment must then be considered as established.

133. Nevertheless, the Parties differ on the way in which they qualify that payment. Kenya considers that it is a bribe given in order to obtain the Agreement on which the claims are based. World Duty Free considers it a gift of protocol or a personal donation made to the President to be used for public purposes within the framework of the Kenyan system of Harambee; the Claimant recalls that this system is “largely anchored in cultural practices when people are able to pull whatever resources they have, ‘in particular’ to finance community projects”.

134. The Tribunal is aware of the fact that, on the occasion of visits to heads of State, gifts are often exchanged as a matter of protocol. It has also noted the report of the Task Force on Public Collections or “Harambees” presented in December 2003 to the Minister of Justice of Kenya. According to this report “the concept of Harambee had its root in the African culture where societies made collective contribution toward individual or communal activities” and this practice became popularised by President Kenyatta just after Kenyan independence. However, the report adds that “over the years, the spirit of Harambee has undergone a metamorphosis which has resulted in gross abuses. It has been linked to the emergence of oppressive and extortionist practices and entrenchment of corruption and abuse of office”.

135. In the present case, Mr. Ali asked Mr. Sajjad for advice on arranging the necessary licences and authorisations for the establishment of duty-free complexes in Kenya. Mr. Sajjad informed Mr. Ali that he would arrange meetings with the relevant officials for him. The first meeting was to be with President Moi. Before that audience, Mr.

Sajjad informed Mr. Ali that a "personal donation" of US\$2 million in cash should be made to the President, and Mr. Ali understood that "this was payment for doing business with the Government of Kenya". This sum was transferred by Mr. Ali to Mr. Sajjad's account in London in February 1989. Mr. Ali then visited with the President at his residence in Kabarak, and on this occasion US\$500,000 in cash was "left in a brown briefcase by the wall". After the meeting, Mr. Ali "saw that the money had been replaced with fresh corn". Mr. Ali says that he was "uncomfortable with the idea of handing over this "personal donation" which appeared to him to be a bribe". But he adds that he did not have a choice if he wanted the investment contract, and that he paid "the money on behalf of House of Perfume, treating it as part of the consideration for the agreement and documented it fully".

136. Under these circumstances, such as described by Mr. Ali himself, the Tribunal has no doubt that the concealed payments made by Mr. Ali on behalf of the House of Perfume to President Moi and Mr. Sajjad could not be considered as a personal donation for public purposes. Those payments were made not only in order to obtain an audience with President Moi (as submitted by the Claimant), but above all to obtain that audience the agreement of the President on the contemplated investment. The Tribunal considers that those payments must be regarded as a bribe made in order to obtain the conclusion of the 1989 Agreement.

### **B – The Consequences of the Bribe**

137. Kenya submits that as a matter of international public policy, as well as Kenyan and English law, the 1989 Agreement thus obtained "does not have force of law" and that World Duty Free's claims must therefore be dismissed.

#### **1. International Public Policy**

138. The concept of public policy ("ordre public") is rooted in most, if not all, legal systems. Violation of the enforcing State's public policy is grounds for refusing recognition or enforcement of foreign judgments and awards. The principle is enshrined in Article V.2 of the New York Convention of 10 June 1958 and Article 36 of the UNCITRAL Model Law recommended by the General Assembly of the United Nations on 11 December 1985. In this respect, a number of legislatures and courts have decided that a narrow concept of public policy should apply to foreign awards. This narrow concept is often referred to as "international public policy" ("ordre public international"). Although this name suggests that it is in some way a supra-national principle, it is in fact no more than domestic public policy applied to foreign awards and its content and application remains subjective to each State.

139. The term "international public policy", however, is sometimes used with another meaning, signifying an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora. It has been proposed to cover that concept in referring to "transnational public policy" or "truly international public policy" (see, for example, P. Lalive – "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", *ICCA Congress Series n°3*, 1986 p. 257; see also the report of the International Law Association on "International Commercial Arbitration on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", Report of the Seventieth Conference, New Delhi, 2002).

140. Domestic courts generally refer to their own international public policy. One should nonetheless mention some judgments in which reference has been made, in one way or another, to a universal conception of public policy (see, for example, the Milan Court of Appeal decision dated 4 December 1992, reported in (1997) *XXII Yearbook Com. Arb.* 725; the judgment of the Paris Court of Appeal in *European Gas Turbines SA v. Westman International* – 30 September 1993 - *Revue de l'arbitrage* 1994 p. 359; the decision of the Swiss Federal Tribunal in *W. –v- F. and V* dated 30 December 1994 (1995) *Bull. ASA* 217).

141. Arbitral tribunals have more often based their decisions on universal values in using various formulations such as "good morals", "bonas mores", "ethics of international trade" or "transnational public policy" (see Abdulhay Sayed – *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* – Kluwer Law International 2004). But it has been rightly stressed that Tribunals must be very cautious in this respect and must carefully check the objective existence of a particular transnational public policy rule in identifying it through international conventions, comparative law and arbitral awards. (See, for example, Emmanuel Gaillard – *Trente ans de Lex*

142. In this respect, the Tribunal first notes that bribery or influence peddling, as well as both active and passive corruption, are sanctioned by criminal law in most, if not all, countries. This was the case in Kenya in particular in 1989, under the Kenyan Prevention of Corruption Act of 1956, and is still the case under the Anti-Corruption and Economic Crimes Act of 2003.

143. In order to render more effective this general condemnation, a number of international conventions were concluded during the last decade. The first was adopted within the framework of the Organisation of American States on 29 March 1996.<sup>5</sup> A convention on combating the bribery of foreign public officials in international business transactions was then concluded within the Organisation for Economic Cooperation and Development on 21 November 1997.<sup>6</sup> It has thus far been ratified by 36 States. Afterwards, two conventions on corruption—one relating to criminal law and one dealing with civil law—were adopted by the Council of Europe on 27 January 1997<sup>7</sup> and 4 November 1999.<sup>8</sup> The first has been supplemented by a Protocol of 15 May 2003.<sup>9</sup> Those three instruments are in force. The first has been signed by 45 countries and ratified by 31 countries; the second has been signed by 39 countries and ratified by 25 countries.

144. The same trend can be observed in Africa: on 11 July 2003, in Maputo, Mozambique, the Heads of States and Governments of the African Union approved a Convention on Preventing and Combating Corruption<sup>10</sup>, which has been signed by 39 African States (including Kenya) and has already been ratified by 11 of these 39 States. In this Convention, the Member States of the African Union declare themselves “concerned about the negative effects of corruption and impunity on the political, economic, social and cultural stability of African States and its devastating effects on the economic and social development of the African peoples”. They “acknowledge that corruption undermines accountability and transparency in the management of public affairs as well as socio-economic development in the continent”. Article 4 of the Convention lists the acts of corruption to which it applies and covers in particular “the solicitation or acceptance, directly or indirectly, by a public official or any other person, of any goods of monetary value or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage for himself or herself or for another person or entity, in exchange of any act or omission in the performance of his or her public functions”. Under Article 5 of the Convention, legislative and other measures must be taken to establish such acts as offences.

145. For its part, the General Assembly of the United Nations adopted, on 16 December 1996, a Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions.<sup>11</sup> It also established an ad hoc Committee for the preparation of a convention against corruption. This convention was later finalised and was approved by the General Assembly on 31 October 2003 (Resolution 58/4).<sup>12</sup> It has been signed by 140 States and has already been ratified by 46 States (including Kenya). It entered into force on 14 December 2005. It should be noted that, in this Convention, the State Parties declared themselves “concerned about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability and security of societies, undermining the institutions and values of democracy, ethical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law”. In order “to prevent and combat corruption effectively”, each State party to the Convention must adopt a number of legislative and other measures and it must in particular establish bribery of foreign public officials as a criminal offence (Article 16).

146. These various Conventions only bind State parties and do so only from the date States become parties. They deal mainly—and sometimes exclusively—with criminal law. In concluding these Conventions, States have shown their common will to fight corruption, not only through national legislation, as they did before, but also through international cooperation. In doing so, States not only reached a new stage in the fight against corruption, but also solidly confirmed their prior condemnation of it.

147. Domestic courts also had occasion to judge that bribery is contrary to public policy. They did so in most cases by referring to their own international public policy. However, there had been some cases in which Courts also referred to transnational public policy. Thus, in the *European Gas Turbines v. Westman* case, the French Court of Appeal of Paris ruled, on 30 September 1993, that “a contract having influence-peddling or bribery as its motives or object is, therefore, contrary to French international public policy as well as to the ethics of international business as conceived by the largest part of the members of the international community (Abdulhay



148. A number of arbitral tribunals had to consider cases involving corruption. A first award which has often been commented on was rendered in Paris in 1963 by Judge Lagergren in ICC case n° 1110. In that case, Judge Lagergren had to decide whether an agreement, entered into in 1959 between an undertaking and an Argentine businessman, for the payment to that businessman of a 10% commission for an energy project also covered the sale of equipment by the same undertaking in Argentina in 1958 for a similar project. The arbitrator observed that the commissions to be paid involved enormous amounts of money. He added in para. 20 of the award that: “[a]lthough these commissions were not to be used exclusively for bribes, a very substantial part of them must have been intended for such use. Whether one is taking the point of view of good government or that of commercial ethics it is impossible to close one’s eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations.”

Then, after having verified that no party had, in that particular case, been enabled “to reap the fruits of his own dishonest conduct by enriching himself at the expense of the other”, Judge Lagergren concluded:

“After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violation of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.”

(See the award in [1994] *Arbitration International* 277, with a note by Dr. J. Gillis Wetter – “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case n° 1110”).

149. Since 1968, a number of Arbitral Tribunals have had to consider other cases of alleged corruption. They either decided that corruption was not established and applied the contract (see ICC case n° 6401 – *Westinghouse and Burns v. National Power Corporation* – Republic of the Philippines – in Mealey’s *International Arbitration Report* – Vol. 7 – (1) 1992; ICC case n° 7664 – *Frontier AG and Brunner Siedade v. Thomson CSF* – reported in Abdulhay Sayed – *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* – Kluwer Law International – p. 119), or that corruption was proven and refused to apply the contract, referring themselves to international or transnational public policy.

150. In ICC case n° 3916 (*Loewe*), which related to the payment of commissions, the arbitrator referred to Judge Lagergren’s award and added that: “[m]ême si, dans un certain pays et à une certaine époque, la corruption de fonctionnaires est une méthode généralement acceptée dans les relations d’affaires, on ne peut du point de vue d’une bonne administration ni de celui de la moralité dans les affaires, clore ses yeux devant l’effet destructif de telles pratiques nocives”<sup>13</sup> (see Yves Derains – *Collection of ICC Awards 1974-1985* – Kluwer 1990 – p. 507-511). The arbitrator concluded that the contract invoked was contrary to both French and Iranian international public policy and to “ce qui est considéré être la moralité dans les affaires internationales”<sup>14</sup> (see *Journal du droit international* – 1984 – p. 934).

151. In a similar case (ICC case n° 3913) concerning a commission claimed by a British undertaking, the arbitrator also found that “[c]ette solution n’est pas seulement conforme à l’ordre public français interne, elle résulte également de la conception de l’ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît. Si de telles pratiques ont pu être constatées dans certains pays, il est patent, néanmoins, que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s’opposent à toute pratique corruptive”<sup>15</sup> (see Yves Derains – *Collection of ICC Awards – 1974-1985* Kluwer 1990 – p. 497-498; see also *Journal de droit international* 1985 p. 989).

152. In *Hilmarton v. OTV*, ICC case n° 5622, the first Arbitral Tribunal decided “[e]n l’occurrence, il n’a toutefois pu ainsi être établi avec certitude l’existence de versements de pots-de-vin”<sup>16</sup>, but that the claimant had performed its activity in violation of an Algerian law relating to international trade. The arbitrator considered that “la violation d’une telle loi s’inscrivant dans l’ordre public international doit être jugée comme contraire à la notion de bonnes mœurs de l’art. 20 al. 1 CO faisant partie de l’ordre public suisse”<sup>17</sup> (*Revue de l’arbitrage* – 1993 n°2 – p. 334). For this reason, the arbitrator considered the commission contract “nul pour contrariété aux bonnes mœurs”<sup>18</sup> and rejected the application (*Revue de l’arbitrage* – 1993 n°2 – p. 341). The Geneva Court of Justice and the Swiss Federal Tribunal did not share the arbitrator’s qualification of the Algerian law and the award was annulled. However, the Courts, the second arbitrator and the English Courts which had later knowledge of the case all admitted—in the words of the Commercial Court in London—that “a finding of fact of corrupt practices”, if established—which it was not in this particular case—“would give rise to obvious public policy considerations” (*OTV v. Hilmarton* [1999] 2 Lloyd’s Rep 224).

153. In ICC case n° 7047 (*Westacre v. Jugoimport*) which related to the implementation of a “consultancy” contract, the Arbitral Tribunal recognised that legal provisions to fight corruption and bribery are part of the “ordre public international” (Bulletin de l’Association suisse d’arbitrage 1995 p. 332). This was not denied in the subsequent proceedings with the Swiss Federal Tribunal, the Commercial Court in London and the English Court of Appeal, which in that case left the “issue of illegality by reason of corruption to be determined by the ICC Arbitration” (*Westacre v. Jugoimport* – [1998] 2 Lloyd’s Rep. 131).

154. In ICC case n° 7664 (*Frontier AG and Brunner Siedade v. Thomson CSF*), the Arbitral Tribunal decided that “un contrat ayant pour cause et pour objet l’exercice d’un trafic d’influence par le versement de pots-de-vin est [ . . . ] contraire à l’ordre public international français ainsi qu’à l’éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des Etats de la communauté internationale”<sup>19</sup> (Abdulhay Sayed – *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* – Kluwer Law International 2004 p. 307 – Note 947).

155. Finally, in ICC case n° 8891 the Arbitral Tribunal stated that: “[s]ur la base des considerations qui précèdent, le tribunal arbitral estime qu’un contrat incitant ou favorisant la corruption des fonctionnaires est contraire à l’ordre public transnational et que, si tel s’avère être l’objet du contrat de consultance, il n’a d’autre option que d’en constater la nullité”<sup>20</sup> (*Journal du droit international* (2000 p. 1080).

156. The Tribunal notes that, in some of these cases, it was alleged that corruption is widespread either within the purchasing country or in the particular sector of activity. However, all arbitral tribunals concluded that such facts do no [sic] alter in any way the legal consequences dictated by the prohibition of corruption (see ICC case n° 1110 paras. 19-20; ICC case n° 3916, Yves Derains – *Collection of ICC awards 1974-1985* – Kluwer 1990 – p. 509; ICC case n° 8891 – *Journal du droit international* 2000 n°4 p. 1083). They recognised that in some countries or sectors of activities, corruption is a common practice without which the award of a contract is difficult—or even impossible—but they always refused to condone such practices. The present Tribunal agrees with such conclusion.

157. In 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. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal.

## 2. English and Kenyan Law

158. The Tribunal now turns to the applicable laws chosen by the Parties in their Agreement of 27<sup>th</sup> April 1989, as required by Article 42(1) of the ICSID Convention. As already recorded above, Article 9(2)(c) of this Agreement provides that “any arbitral tribunal constituted pursuant to this Agreement shall apply English law”; and Article 10(A) provides that “This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the law of Kenya”.

159. As an express choice of applicable law to their contractual relations, these two provisions are perhaps awkwardly worded. For present purposes, however, no practical difficulty arises from their apparent inconsistency. By Section 2 of the Kenyan Law of Contract Act 1961, the common law of England relating to contract applies

“16. I travelled to Nairobi from Dubai in March 1989 in order to attend my audience with HEDAM. I flew into Nairobi airport and was greeted by Sajjad and two official vehicles. Sajjad drove me to HEDAM’s Kabarak Residence In Nakuru District of Kenya, which is approximately 150 kilometres from Nairobi.”

“17. I was received by one Joshua Kulei (JK), who introduced himself as the Personal Assistant to the President. Sajjad and I met the President and I presented and explained my proposed investment to him. I realise that Sajjad was in fact very close to HEDAM. I refer to a copy of photograph showing Sajjad, seated to the left and behind HEDAM at a critical political meeting on 14 October this year at Exhibit 5(a).”

“18. I understood that Sajjad had received the cash worth US\$500,000 against the letter of credit on 16 February 1989. He had then arranged for this to be exchanged into Kenyan Shillings (KSh). He brought the KSh in cash to my meeting with HEDAM in a brown briefcase. When we entered the room where the President received us, he put the briefcase by the wall and left it there. After the meeting we collected the briefcase from where we had left it. On the departing journey I looked in the briefcase and saw that the money had been replaced with fresh corn.”

“19. I felt uncomfortable with the idea of handing over this “personal donation” which appeared to me to be a bribe. However, this was the President, and I was given to understand that it was lawful and that I didn’t have a choice if I wanted the investment contract. I paid the money on behalf of House of Perfume, treating it as part of the consideration for the agreement and documented it fully as can be seen from the documentary evidence I have referred to.”

“20. During my presentation of the proposed investment I stated that I foresaw that the duty-free complexes would benefit Kenya in the following ways:

- i. It would make considerable foreign exchange earnings. This seemed to me a particularly important consideration given that strict exchange controls operated in Kenya at the time and the economy’s need for more foreign exchange. It was my understanding that at that time the foreign exchange turnover for the seventeen retail units in the Nairobi/Mombassa airport complexes was on average US\$ 1.5 million annually. By contrast WDF’s turnover in the first year of operations was in excess of US\$ 10 million.
- ii. My company would meet the entire cost of the construction and renovation. It was my understanding that at that time, both the Jomo Kenyatta International Airport, Nairobi and the Moi International Airport, Mombassa were in a poor state of disrepair, and required renovation. Surveys I had had carried out showed that both Nairobi and Mombassa Airports required renovation of the immigration hall, ceilings, toilets, corridors and First and Business Class lounges. I did in fact make these extensive renovations and by 1993 WDF had invested just over US\$ 27 million. (I refer to copies of promotional material showing photographs of facilities after renovation at Exhibit 6(a) and 6(b).
- iii. I undertook to advertise Kenya overseas as a tourist and business destination to the cost of US\$ 2 million annually and I did so. (I refer to copies of advertisements arranged by WDF/KDF to promote the Airports and Kenya at Exhibit 45.)
- iv. The investment would create employment. In fact the Airports employed a workforce of over 300 once they were completed.
- v. I undertook to improve management of the complexes. I was given to understand that the complex was at that time poorly managed and little rent was being recovered for use of the retail space. I was given to understand that this was in part due to the fact that the people running the shops had political connections with the President. For instance, I was told that Abraham Kiptanui, who managed the airport at Nairobi before being appointed State House Controller, ran six units out of the seventeen, and JK, the President’s Personal Assistant had four.”

in Kenya, save as modified by (inter alia) Kenya's written laws; and further, as was confirmed by Mr Robertson for the Claimant at the hearing in June 2004, there is no material difference on the specific points at issue between the position at common law in England and Kenya: see the Transcript for 30<sup>th</sup> June 2004, pp. 12-13. Moreover the Tribunal considers the two legal systems to have the same material effect as applied to this case (save where expressly indicated below).

160. It is appropriate to start with English law. The content of the general principles at English common law is not materially at issue between the Parties. It therefore suffices for present purposes to cite two statements of general principle, the first relating to the "procedural" issue of public policy and the second to the "substantive" contractual issue of avoidance.

161. *Public Policy - General Principles:* As to the first, in *Chitty on Contracts*, Volume 1 at paragraph 17-007 (28<sup>th</sup> edition, cited by Kenya as the leading English treatise), the editors express the English common law principles in regard to public policy as follows (with footnotes here omitted):

"Illegality may affect a contract in a number of ways but it is traditional to distinguish between (1) illegality as to formation and (2) illegality as to performance ..."

"Where a contract is illegal as formed, ..., the courts will not enforce the contract, or provide any other remedies arising out of the contract. The benefit of the public, and not the advantage of the defendant, being the principle upon which a contract may be impeached on account of such illegality, the objection may be taken by either of the parties to the contract. 'The principle of public policy', said Lord Mansfield, 'is this: *ex dolo malo non oritur actio*. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causa*, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So if the plaintiff and the defendant were to change sides, and the defendant were to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it; for where both are equally at fault, *potior est conditio defendentis*.'<sup>21</sup> The rules on illegality have been criticised as being unprincipled but a better way of viewing them, as the previous dictum from *Holman v. Johnson* illustrates [see also below], is as 'being indiscriminate in their effect and are capable therefore of producing injustice.' The 'effect of illegality is not substantive but procedural', it prevents the plaintiff from enforcing the illegal transaction. The '*ex turpi causa* defence', as was stated by Kerr L.J. in *Euro-Diam Ltd v. Bathurst* [1990] QB 1, 'rests on a principle of public policy that the courts will not assist a plaintiff who has been guilty of illegal (or immoral) conduct of which the courts should take notice. It applies if in all the circumstances it would be an affront to public conscience to grant the plaintiff the relief which he seeks because the court would thereby appear to assist or encourage the plaintiff in his illegal conduct or to encourage others in similar acts'. ..... illegal contracts are not devoid of legal effect, but the *ex turpi causa* maxim entails that no action on the contract can be maintained."

162. This last reference to an illegal contract's non-contractual legal effects is significant under English law in regard to possible restitutionary and proprietary consequences. For example, as stated by Lord Browne-Wilkinson in *Tinsley v Milligan* [1994] 1 A.C. 340, at p. 385, "A party to an illegality can recover by virtue of a legal or equitable property interest if, but only if, he can establish his title without relying on his own illegality". In the Tribunal's view, as explained further below, this qualification is not relevant for present purposes in deciding the Preliminary Issues listed in paragraph 52 above.

The Tribunal has also considered the passages from Treitel, *The Law of Contract* (11<sup>th</sup> ed; pp. 843-844 above) submitted by the Claimant. The Tribunal is not aware of any material difference in this well-known treatise's treatment of the relevant general principles of English law.

163. *Avoidance - General Principles:* As to the second, the statement of general principle is taken from the legal opinion by Lord Mustill tendered in submission by Kenya (to which reference has already been made earlier in this Decision, at paragraphs 43, 45-46 & 117). This opinion is a useful template for this Tribunal not only

because its author is one of the most eminent jurists in England but also because Mr Robertson for the Claimant expressed at the hearing in June 2004 general agreement as regards its treatment of English legal principle: Transcript for 30 June 2004, pp.13 & 19-20 (whilst nonetheless submitting firmly that on the facts of this case the opinion was "a million miles away"). The Tribunal did not understand Lord Mustill to be advancing any view on any the facts of this case; and if it had, it would discount them. The Tribunal was and remains concerned only to ascertain the relevant legal principles; and it accepted Lord Mustill's opinion not as expert evidence by a party-appointed expert witness but rather "as part of the materials submitted by the Respondent" Transcript for 30 June 2004, p. 56 (and see paragraph 50 above). In the Tribunal's view, Mr Robertson was entirely correct in accepting the general tenor of Lord Mustill's opinion as to English law.

164. The relevant part of Lord Mustill's opinion merits reciting at length. It reads as follows:

"4. In order to avoid any engagement in the factual aspects of the dispute I think it convenient to re-state the question posed [by Kenya's legal representatives] in a more general form, as follows:

If, in the course of negotiating a contract between X and Y, an improper inducement is offered by B (acting on behalf of Y) to A (acting on behalf of X) which causes or contributes to the making of a contract; and if this fact is afterwards discovered, to what extent is X bound by the contract thus made?

I answer this question, in terms of English law, as follows:

(a) X is entitled at his option to rescind the contract; and in any event to regard it as no longer binding for the future;

(b) X is not however compelled to take this course. He may choose to waive his right to rescind the contract; keep the contract alive and enforce it according to its terms.

5. Before stating my reasons for this conclusion, I must clear the ground with some preliminary observations.

6. In the first place, a distinction must be made between contracts which are void and those which are voidable. The former expression denotes a bargain which, although apparently possessing all the indicia (such as consensus, consideration, intention to create legal relations, certainty etc.) which are necessary and sufficient to make an agreement binding as a contract, is in reality so defective as to make it entirely ineffectual in the eyes of the law. It is from the outset empty of content. No lasting consequences can flow from it, and when the vitiating element is later discovered the remedy is not to have the bargain set aside, but to obtain a declaration that it was void *ab initio*.

7. A voidable contract, by contrast is intrinsically valid, but is one which due to the circumstances of its making the court in its equitable jurisdiction will not enforce. In such a case, the injured party on discovering the vitiating circumstances has the option of *rescinding* the contract, declaring itself free from further obligations, and if necessary going to the court to obtain a decree to that effect. The outcome is *restitutio in integrum*. So far as the practicalities permit, the position of the parties is restored to that which they would have occupied if the contract had not been made.

8. In practice, the outcome of these two ways in which a contract may fail is often very much the same, but there are important differences. Notably, in that, in the comparatively rare instances where a contract is *void*, no action by either party is needed to expunge it, for its failure is an automatic and necessary consequence of its inherent defect. Thus, although a party may find it useful to obtain a declaration from the court to clarify the position, the grant of relief does not involve the court in setting the bargain aside, but merely amounts to a formal recognition of a situation which has existed from the start. By contrast, where a contract is voidable, the injured party must take positive action to set it aside; as happened here through the medium of the [Kenyan] Government's Counter-Memorial dated 18 April 2003. He is not compelled to do so, and has the option of waiving his right to rescind, and keeping the contract in being for whatever benefits he may obtain.

9. I should mention at this stage the considerable, and rather amorphous, body of case-law often informally grouped under the heading of illegality. Although this grouping may be convenient, as [exemplifying] generally the reluctance of English courts to recognise contracts and the results of contracts entered into in circumstances of misconduct, it must be recognised that the factual contexts of the decisions and *dicta* are not all the same as each other or as those of the present case. I do not enter upon these authorities here, for in my opinion they shed no light on the question now before me. Instead, I prefer to go straight to a simple answer which is clearly established by a small group of well-established decisions, including most notably *Panama & South Pacific etc. v. India etc. Works Company* (1875) 10 Ch. App. 515; *Armagas v. Mundogas* [1986] 1 A.C. 717; and *LogiRose v. Southend United Football Club* [1988] 1 W.L.R. 1256, copies of which I append to this Opinion [Exhibits 2, 3 and 4 respectively]. For a succinct statement of the English law on the topic as it now stands one need look no further than the judgment of Mr Justice Millett in the latter case. (At the time, the learned judge was sitting in the High Court, so that his decision and reasoning are not formally binding on other courts, but he is now a member of the Appellate Committee of the House of Lords, and one of the most authoritative Chancery Judges of recent times. I am confident in accepting his opinion, which is the same as the one which I would have formed in its absence.) The learned judge said this, at page 1260 of the report:

'It is well established that a principal who discovers that his agent in a transaction has obtained or arranged to obtain a bribe or secret commission from the other party to the transaction is entitled, in addition to other remedies which may be open to him, to elect to rescind the transaction *ab initio* or, if it is too late to rescind, to bring it to an end for the future.'<sup>22</sup>

10. Here we have a direct and unequivocal answer to the question posed for my consideration. The contract is voidable at the option of Party X. Two consequences flow:

(a) The contract is not void *ab initio*, and remains valid unless and until steps are taken to set it aside. There is nothing wrong with it as a contract, the position being simply that the circumstances in which it was made require that the injured party should be given the opportunity to relieve himself from its burdens. (The headnote of the *LogicRose Case* is misleading, so far as it may suggest that the contract was void *ab initio*. This [is] not what Mr Justice Millett said).

[(b)] Since the remedy of Party X takes the shape of an option to treat the contract as rescinded, it may, like any other option, be waived by words or conduct. In particular, if Party X *with knowledge of the relevant circumstances* chooses to continue with its enforcement and performance he may be held to have lost the right thereafter to have it set aside. The words italicised are, however, crucial. A party cannot waive a right which he does not know to exist ...'

165. The Tribunal, as already indicated, treats these English legal principles as forming part of Kenyan law. It is now appropriate to apply these general principles of English and Kenyan law to the facts of this case, as found by the Tribunal.

166. *Public Policy - The Facts*: The relevant facts are indisputable on the evidence adduced before this Tribunal: this is not a case which turns on legal presumptions, statutory deeming provisions or different standards of proof under English or Kenyan law. Indeed the decisive evidential materials came from the Claimant itself, including Mr. Ali's own written and oral testimony.

167. As recited above in Part V(A) of this Decision, Mr. Ali paid a substantial bribe in cash, in Kenyan schillings, to the Kenyan head of state in March 1989. The bribe was made covertly; and it was not included in the contractual consideration set out in Articles 1(iii) and 3(A) of the Agreement of 27 April 1989, despite the "entire agreement" clause in Article 7(A) of the Agreement. This bribe was nonetheless an intrinsic part of the overall transaction, without which no contract would have been concluded between the parties: Mr. Ali himself regarded the payment as part of the contractual consideration paid by his principal, as did the Claimant in its written submissions in support of its claims (pleading the payment as a recoverable "investment cost" and "investment facilitation fee": the Claimant's Reply of 15 May 2003, at p. 6; and the Claimant's Memorial of December 2003, Statement of Facts at paragraph 28). Mr. Ali made the payment to the Kenyan President intending

to induce the President to act in his principal's favour; and he also intended that bribe to remain confidential as between his side and the President, as it did from March 1989 until December 2002, more than thirteen years later. The payment of the bribe was made by Mr. Ali as agent for his principal and with its authority; and the bribe is legally to be imputed to the Claimant.

168. On the facts of this case, contrary to the Claimant's submission, it is not appropriate for the Tribunal to draw any legal distinction between the conduct and knowledge of Mr. Ali and his two successive principals, (a) the House of Perfume of Al-Ghurair Enterprises (of Dubai) as the original contracting party in April 1989 and (b) the Claimant (of the Isle of Man) as its contractual successor in May 1990. As Mr. Ali testified in paragraph 27 of his witness statement: "Just as I had been the driving force behind House of Perfume, I continued to be the driving force for WDF [the Claimant]". The Tribunal thus rejects the Claimant's submission that it cannot be tainted by a bribe paid by other persons before its own legal creation and contractual succession: the common link to both parties was Mr. Ali; and as the alter ego of both companies, it is not appropriate to immunise the Claimant from Mr. Ali. The Claimant cannot in this case acquire a better legal or equitable position than that of the House of Perfume; and for present purposes Mr. Ali's knowledge and conduct is to be treated as the knowledge and conduct of both the House of Perfume and the Claimant.

169. Mr. Ali's payment was received corruptly by the Kenyan head of state; it was a covert bribe; and accordingly its receipt is not legally to be imputed to Kenya itself. If it were otherwise, the payment would not be a bribe. It is also important to recall that the Respondent in this proceeding is not the former President of Kenya, but the Republic of Kenya. It is the latter which is the contracting party to the ICSID Convention; and although the Agreement of 27 April 1989 describes the Government of Kenya as the Claimant's co-contracting party, the Claimant has treated that Agreement as having been made with the Republic of Kenya throughout this proceeding, for obvious reasons.

170. No English or Kenyan statute or other law rendered legal any part of the Claimant's conduct; and as already found by the Tribunal it cannot legally be justified by reference to the Harambee system in Kenya. Indeed, by Sections 3 and 4 of the Kenyan Prevention of Corruption Act 1956, (being in force at the time of the bribe in March 1989), it was a felony for any person or agent corruptly to give or to receive any gift, fee, reward, consideration or advantage whatever, as an inducement to, or reward for, any member, officer or servant of a public body doing, or forbearing to do, or having done or forborne to do, anything in respect of any matter or transaction whatsoever, actual or proposed or likely to take place, in which the public body is concerned ...". The relevant penalties under Section 3 included imprisonment for a term not exceeding fourteen years and, under Section 4, seven years. (This 1956 Act was subsequently repealed and replaced by the Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003: but it likewise does not here assist the Claimant's case).

171. Nor is the Claimant assisted by Article 14(1) and (2) of the Kenyan Constitution, as submitted by the Claimant. Article 14 confers immunity on the Kenyan President for criminal and civil proceedings during his time in office. It does not however bar such proceedings after the expiry of such office, as Article 14(3) makes clear by suspending time-limitations during the barring period. Accordingly, these provisions do not exculpate the President from illegal conduct in office (as distinct from legal proceedings to inculcate him whilst in office); and more particularly, Article 14 cannot relieve the Claimant from its own illegal conduct at any time.

172. It is thus unnecessary for this Tribunal to consider the effect of a local custom which might render legal locally what would otherwise violate transnational public policy or the foreign applicable law chosen by the contractual parties for their transaction. Nonetheless the Tribunal notes the approach taken by the English House of Lords in *Kuwait v Iraqi Airways (Nos 4 & 5)* [2002] AC 883 at 1100ff, as expressed by Lord Steyn in paragraphs 111-116. The House of Lords there declined to recognise as a matter of English public policy a local Iraqi law (as part of the applicable law) which formed part of flagrant breaches of international law by Iraq. Lord Steyn, invoking "l'ordre public véritablement international" relied on, inter alia, the "magisterial paper" by Professor Pierre Lalive cited by the Tribunal earlier in this Decision (at paragraph 139 above). If it had been necessary, therefore, the Tribunal would likewise have been minded to decline in the present case to recognise any local custom in Kenya purporting to validate bribery committed by the Claimant in violation of international public policy and (if different) English public policy as part of English law.<sup>23</sup>

173. In the Tribunal's view, it is significant that in England, historically, the common law has traditionally abhorred the corruption by bribery of officers of state, ranking its offence next to high treason. Such corruption is more odious than theft; but it does not depend upon any financial loss and it requires no immediate victim. Corruption of a state officer by bribery is synonymous with the most heinous crimes because it can cause huge economic damage; and its long-term victims can be legion. The offence lies in bribing a person to exercise his public duty corruptly and not in accordance with what is right and proper for the state and its citizens. Like any other contract, a state contract procured by bribing a state officer is legally unenforceable, as an affront to the public conscience. The fact that the transaction is performed outside England or is subject to a law other than English law is immaterial. As was held by Mr Justice Phillips (now Lord Phillips LCJ) in *Lemenda Trading Co Ltd v. African Middle East Petroleum Co. Ltd* [1988] 1 QB 428: "In my judgement, the English courts should not enforce an English law contract which falls to be performed abroad where (i) it relates to an adventure which is contrary to a head of English public policy which is founded on general principles of morality, and (ii) the same policy applies to the country of performance under the law of that country. In such a situation international comity combines with English domestic public policy to mitigate against enforcement." In the Tribunal's view, this same statement describes the converse position at common law in Kenya.

174. The Tribunal dismisses the Claimant's submissions that the bribe was an independent collateral transaction or at least severable from the Parties' Agreement of 27<sup>th</sup> April 1989. On the facts found in this case, the bribe was no separate agreement or otherwise severable from the Agreement. As to separateness, it is no answer for the Claimant to assert that the fact that the bribe was covert and kept confidential (with no mention of any such payment in the Agreement) is proof that it was a distinct transaction from the Agreement itself. Its secrecy was because it was a bribe; and as such, it therefore cannot be invoked by the Claimant to establish its separateness from the Agreement. This was one overall transaction and not two unrelated bargains. Moreover, the Claimant's submission proves too much: every bribe is intended to be secret by payer and payee; and accordingly the submission of a separate or collateral bribe based on such secrecy would save every illegal transaction tainted by bribery - if the Claimant was right. The Tribunal considers the Claimant's submission to be wrong both in principle and on the facts of the present case.

175. As to severability, Mr Partasides for Kenya submitted at the hearing in January 2006 that the doctrine of severance has no application under English law to any contract procured by bribery. He contended, *inter alia*, that severing a bribe from a contract procured by bribery leaves behind no contract at all, because it is the bribe that brought about the contract. He may be right as regards the traditional approach under English law, but the Tribunal notes that, in the recent *Kuwait* Case (*supra*), the House of Lords was prepared to consider the issue of severance in a non-contractual setting, albeit ultimately rejecting it on the facts of that case. This Tribunal would likewise reject the Claimant's submission on the facts of this case: there can here be no severance when the bribe, as known and intended by Mr. Ali, formed an intrinsic part of the overall transaction without which no contract would have been agreed by the parties.

176. The Claimant also submitted that this Tribunal has a discretion to adjust the application of English public policy, by a balancing operation reflecting the relative misconduct of the Claimant and the Kenyan President so as to relieve the Claimant from the one-sided burden of public policy in this case. The Claimant here invoked a growing groundswell in England of judicial and extra-judicial criticism at this strict English rule procedurally favouring a defendant over a plaintiff, accompanied by like criticism from the common law countries of the British Commonwealth (particularly New Zealand and Australia). Judicially, the Claimant cited Bingham and Nicholls LJ in *Saunders v. Edwards* [1987] 2 All ER 651; Staughton and Taylor LJ in *Howard v. Shirlstar Computer Transport* [1990] 1 WLR 1292; and Nourse LJ in *Tribe v. Tribe* [1996] Ch 107. Extra-judicially, the Claimant cited the English Law Commission's Consultation Paper on Illegal Transactions (1999). In addition, the Tribunal notes the concluding passage in the dissenting judgement of Waller LJ in *Westacre v. Jugoimport* [1992] 2 Lloyd's Rep 65 (partly mirroring the qualification by Judge Lagergren in paragraph 21 of his award in ICC Case No 1110).

177. The Tribunal has some sympathy with these criticisms; but none can be applied in this case for two reasons. First, the strict rule still remains settled English law, whatever the pressure for change by judicial or statutory reforms. It is to be noted that the Law Commission's proposals remain still-born; and judicially, the orthodox view is still that expressed by Lord Mansfield in *Holman v. Johnson* (1775, *supra*). It was confirmed by the House of Lords in *Tinsley v. Milligan* (1994, *supra*), as expressed by Lord Browne-Wilkinson (with whom



Lords Lowry, Jauncey and Goff were expressly in agreement on this point): “[t]he consequences of being a party to an illegal transaction cannot depend on such an imponderable factor as the extent to which the public conscience would be affronted by recognising rights created by a legal transaction”. This strict rule of public policy is thus established by a long line of unbroken English authorities stretching back more than two hundred years, even preceding *Holman v. Johnson*. There is accordingly no legal basis at English law for the Tribunal to operate a discretionary balancing exercise, as requested by the Claimant.

178. Secondly, even if there were, the Tribunal would not be minded to make that exercise in favour of the Claimant because this case, on its facts, does not remotely fall within the class of cases where reform of the strict rule is advocated. This is not a case where an innocent party has been unwittingly caught up in an incidental or peripheral illegality. This is a case where the Claimant (by Mr. Ali) was steeped in illegal conduct in paying the bribe to the Kenyan President. Albeit that the balance of illegality may not be factually identical between Mr. Ali and the Kenyan President, this remains a case, legally, of *par delictum*. The bribe was not procured by coercion or oppression or force by the Kenyan President nor by “undue influence”; and as regards any investment, there was at the material time no “hostage factor” because there was then no investment or other commitment in Kenya by Mr. Ali or his principal. Prior to paying the bribe, Mr. Ali retained a free choice whether or not to invest in Kenya and whether or not to conclude the Agreement; but Mr. Ali chose, freely, to pay the bribe. In the words of Kerr LJ in *Euro-Diam* (supra) it would be “an affront to public conscience” to grant to the Claimant the relief which it seeks because this Tribunal “would thereby appear to assist and encourage the plaintiff in his illegal conduct”. Further, the Tribunal does not identify the Kenyan President with Kenya; and in any balancing exercise between Kenya and the Claimant, the balance against the Claimant would remain one-sided. Accordingly, the Tribunal rejects the Claimant’s submission.

179. In conclusion, as regards public policy both under English law and Kenyan law (being materially identical) and on the specific facts of this case, the Tribunal concludes that the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of *ex turpi causa non oritur actio*. These claims all sound or depend upon the Agreement of 27 April 1989 (as amended); and no other claim is pleaded, including any non-contractual proprietary or restitutionary claim.

180. It remains nonetheless a highly disturbing feature in this case that the corrupt recipient of the Claimant’s bribe was more than an officer of state but its most senior officer, the Kenyan President; and that it is Kenya which is here advancing as a complete defence to the Claimant’s claims the illegalities of its own former President. Moreover, on the evidence before this Tribunal, the bribe was apparently solicited by the Kenyan President and not wholly initiated by the Claimant. Although the Kenyan President has now left office and is no longer immune from suit under the Kenyan Constitution, it appears that no attempt has been made by Kenya to prosecute him for corruption or to recover the bribe in civil proceedings. It is not therefore surprising that Mr. Ali feels strongly the unfairness of the legal case now advanced by Kenya, as eloquently expressed at the hearing in January 2006 in his own evidence, together with Mr Muite’s cogent submissions on the Claimant’s behalf.

181. The answer, as regards public policy, is that the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world. Mr. Ali’s complaint of unfairness was voiced centuries ago by earlier English litigants; and it was fully answered, as recorded in Chitty (see above), by Lord Mansfield in *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp. 341, 343. It merits citing in full:

“... the objection, that a contract is immoral or illegal as between plaintiff and defendant, sounds at all times very ill in the mouth of the defendant. It is not for his sake, however, that the objection is ever allowed; but it is founded in general principles of policy, which the defendant has the advantage of, contrary to the real justice, as between him and the plaintiff, but accidentally, if I may say so. The principle of public policy is this: *ex dolo malo non oritur actio*. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from the plaintiff’s own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causa*, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So if the plaintiff and defendant were to change sides, and the

defendant was to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it; for where both are equally at fault, *potior est conditione defendentis*'.

In other words, if Kenya were guilty of bribery and the claimant in this proceeding, it would likewise fall at the same procedural hurdle, to the benefit of the Claimant as respondent.

182. *Avoidance - The Facts:* As regards the private legal remedy of avoidance under English and Kenyan law, the relevant additional facts can be stated simply. The Claimant asserted for the first time in its Memorial of 1 December 2002 (received by Kenya after 5 December 2002) that Mr. Ali procured the Parties' Agreement by making a covert payment to the Kenyan President; this fact was not previously known to Kenya; Kenya made an application on 19 March 2003 to dismiss the Claimant's pleaded claims on the basis that the Agreement was tainted with illegality and thus unenforceable; and on 18 April 2003, by its Counter-Memorial, Kenya formally avoided the Agreement for bribery by the Claimant.

183. In the Tribunal's view, the avoidance of the Agreement by Kenya was made unequivocally and timeously; and accordingly Lord Mustill's statement of general principle is here satisfied on the facts: "Where a contract is voidable, the injured party must take positive action to set it aside." (*supra*). It is no legal bar to avoidance of the contract that the innocent party may previously have committed a breach of that contract. Subject to the Claimant's several submissions based on waiver or affirmation, the Tribunal decides that Kenya validly avoided the Agreement under both English and Kenyan law. The Tribunal dismisses the Claimant's lesser argument in "estoppel".

184. The Claimant's submissions on waiver and affirmation depend on the allegation that Kenya knew of the bribe long before December 2002. As already indicated above, there was no mention of the payment in the Agreement (or its amendment); nor in any contemporary document exchanged between the Claimant and Kenya over the subsequent eleven years before this proceeding was commenced in June 2000. More significantly, the Claimant itself made no mention of the payment in the early part of this proceeding or throughout the other legal proceedings in the Isle of Man and Kenya. The Tribunal finds that the payment was first made known by the Claimant to Kenya in December 2002, thirty months after the Claimant's Request for Arbitration. It had not previously been known to Kenya. There can be no affirmation or waiver by Kenya without knowledge; and as Lord Mustill stated in his opinion, "[a] party cannot waive a right which he does not know to exist".

185. Moreover, there can be no affirmation or waiver in this case based on the knowledge of the Kenyan President attributable to Kenya. The President was here acting corruptly, to the detriment of Kenya and in violation of Kenyan law (including the 1956 Act). There is no warrant at English or Kenyan law for attributing knowledge to the state (as the otherwise innocent principal) of a state officer engaged as its agent in bribery. The Claimant ripostes that the Kenyan President was "one of the remaining 'Big Men' of Africa, who, under the one-party State Constitution was entitled to say, like Louis XIV, he was the State": paragraph 5 of its written submissions dated 18 January 2006. In the Tribunal's view, this submission is ill-founded under Kenyan law: the President held elected office under the Kenyan Constitution, subject to the rule of law (including the 1956 Act). As Lord Denning MR famously said in *Ex p. Blackburn* [1968] 2 QB 118, 148 (quoting Thomas Fuller): "Be ye never so high, the law is above you"; and in law, in Kenya as in England, the position is materially the same.

186. Two minor points remain for consideration. First, there may be legal consequences following the avoidance of the Agreement, although *restitutio in integrum* cannot include the return of the bribe to the Claimant: see *LogicRose v. Southend United* (1988; *ibid*), per Mr Justice Millett, at pp. 1263-1264. These legal consequences are not pleaded claims by the Claimant in this proceeding and they do not form part of this Award.

187. Lastly, the Tribunal notes that no evidence was adduced or argument submitted by either of the Parties to the effect that the bribe specifically procured Article 9 of the Agreement, containing the Parties' agreement to arbitration under the ICSID Convention. Accordingly, in accordance with well-established legal principles under English and Kenyan law, the Tribunal operates on the assumption that the Parties' arbitration agreement remains subsisting valid and effective for the purpose of this proceeding and Award.

188. In conclusion:

- 1) The Respondent, Kenya, was legally entitled to avoid and did avoid legally by its Counter-Memorial dated 18 April 2003 the "House of Perfume Contract", namely the Agreement of 27 April 1989 as amended on 11 May 1990, under its applicable laws, the laws of England and Kenya;
- 2) The Respondent, Kenya, did not lose its right to avoid the said contract by affirmation or otherwise before 18 April 2003 under these applicable laws; and
- 3) The Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings as a matter of *ordre public international* and public policy under the contract's applicable laws.

#### **VI – LEGAL AND ARBITRATION COSTS**

189. Each party has claimed against the other its own legal costs and its contribution to the costs of the arbitration. It is convenient to address them separately.

190. In different circumstances, the Tribunal would be minded to follow the general practice in transnational arbitration that the successful party under an award should recover its legal costs, i.e., its own costs and expenses reasonably incurred in those arbitration proceedings. Such an approach would not here be appropriate at all. Of the two grounds on which the Respondent's case has prevailed over the Claimant's pleaded claims, the more substantive is *ordre public international* and public policy under the contract's applicable laws. On that ground, in this case, there can be no successful party on the merits in the traditional sense. Accordingly, the Tribunal considers it appropriate that each party shall bear in full, without any recovery from the other party, all its own legal costs. In these circumstances, no issue arises as to the assessment of the parties' legal costs under Article 28(2) of the ICSID Arbitration Rules or otherwise.

191. As to arbitration costs, i.e., the fees and expenses of the Tribunal and charges of ICSID, each party shall bear half such costs, without any recovery from the other party.

#### **VII – DISPOSITIVE PART OF THE AWARD**

192. For the reasons set out earlier in this Award, the Tribunal decides:

- 1) The claim advanced by World Duty Free Limited is dismissed;
- 2) Each party shall bear in full, without any recovery from the other party, its own legal costs;
- 3) As to the costs of the arbitration, each party shall bear half such costs, without any recovery from the other party.

(signed)

\_\_\_\_\_  
H.E. JUDGE GILBERT GUILLAUME  
President of the Tribunal  
Date: (31 August 2006)

(signed)

\_\_\_\_\_  
HON. ANDREW ROGERS, QC  
Member  
Date: (25 September 2006)

(signed)

\_\_\_\_\_  
V.V. VEEDER, QC  
Member  
Date: (5 September 2006)

# **ANNEXE 3**

**La clause anti-corruption de la CCI**

## ICC Anti-corruption Clause

### A. Option I: Incorporation by reference of Part I of the ICC Rules on Combating Corruption 2011

#### Paragraph 1

Each Party hereby undertakes that, at the date of the entering into force of the Contract, itself, its directors, officers or employees have not offered, promised, given, authorized, solicited or accepted any undue pecuniary or other advantage of any kind (or implied that they will or might do any such thing at any time in the future) in any way connected with the Contract and that it has taken reasonable measures to prevent subcontractors, agents or any other third parties, subject to its control or determining influence, from doing so.

#### Paragraph 2

The Parties agree that, at all times in connection with and throughout the course of the Contract and thereafter, they will comply with and that they will take reasonable measures to ensure that their subcontractors, agents or other third parties, subject to their control or determining influence, will comply with Part I of the ICC Rules on Combating Corruption 2011, which is hereby incorporated by reference into the Contract, as if written out in the Contract in full.

#### Paragraph 3

If a Party, as a result of the exercise of a contractually-provided audit right, if any, of the other Party's accounting books and financial records, or otherwise, brings evidence that the latter Party has been engaging in material or several repeated breaches of the provisions of Part I of the ICC Rules on Combating Corruption 2011, it will notify the latter Party accordingly and require such Party to take the necessary remedial action in a reasonable time and to inform it about such action. If the latter Party fails to take the necessary remedial action, or if such remedial action is not possible, it may invoke a defence by proving that by the time the evidence of breach(es) had arisen, it had put into place adequate anti-corruption preventive measures, as described in Article 10 of the ICC Rules on Combating Corruption 2011, adapted to its particular circumstances and capable of detecting corruption and of promoting a culture of integrity in its organization. If no remedial action is taken or, as the case may be, the defence is not effectively invoked, the first Party may, at its discretion, either suspend the Contract or terminate it, it being understood that all amounts contractually due at the time of suspension or termination of the Contract will remain payable, as far as permitted by applicable law.

#### Paragraph 4

Any entity, whether an arbitral tribunal or other dispute resolution body, rendering a decision in accordance with the dispute resolution provisions of the Contract, shall have the authority to determine the contractual consequences of any alleged non-compliance with this ICC Anti-corruption Clause.

## B. Option II: Incorporation in full of Part I of the ICC Rules on Combating Corruption 2011

### Paragraph 1

Each Party hereby undertakes that, at the date of the entering into force of the Contract, itself, its directors, officers or employees have not offered, promised, given, authorized, solicited or accepted any undue pecuniary or other advantage of any kind (or implied that they will or might do any such thing at any time in the future) in any way connected with the Contract and that it has taken reasonable measures to prevent subcontractors, agents or any other third parties, subject to its control or determining influence, from doing so.

### Paragraph 2

The Parties agree that, at all times in connection with and throughout the course of the Contract and thereafter, they will comply with and that they will take reasonable measures to ensure that their subcontractors, agents or other third parties, subject to their control or determining influence, will comply with the following provisions:

#### Paragraph 2.1

Parties will prohibit the following practices at all times and in any form, in relation with a public official at the international, national or local level, a political party, party official or candidate to political office, and a director, officer or employee of a Party, whether these practices are engaged in directly or indirectly, including through third parties:

- a) **Bribery** is the offering, promising, giving, authorizing or accepting of any undue pecuniary or other advantage to, by or for any of the persons listed above or for anyone else in order to obtain or retain a business or other improper advantage, e.g. in connection with public or private procurement contract awards, regulatory permits, taxation, customs, judicial and legislative proceedings.

Bribery often includes:

- (i) kicking back a portion of a contract payment to government or party officials or to employees of the other contracting Party, their close relatives, friends or business partners or
- (ii) using intermediaries such as agents, subcontractors, consultants or other third parties, to channel payments to government or party officials, or to employees of the other contracting Party, their relatives, friends or business partners.

- b) **Extortion or Solicitation** is the demanding of a bribe, whether or not coupled with a threat if the demand is refused. Each Party will oppose any attempt of Extortion or Solicitation and is encouraged to report such attempts through available formal or informal reporting mechanisms, unless such reporting is deemed to be counter-productive under the circumstances.

- c) **Trading in Influence** is the offering or Solicitation of an undue advantage in order to exert an improper, real, or supposed influence with a view of obtaining from a public official an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person.

- d) **Laundering the proceeds of the Corrupt Practices mentioned above** is the concealing or disguising the illicit origin, source, location, disposition, movement or ownership of property, knowing that such property is the proceeds of crime.

“Corruption” or “Corrupt Practice(s)”, as used in this ICC Anti-corruption Clause, shall include Bribery, Extortion or Solicitation, Trading in Influence and Laundering the proceeds of these practices.

### Paragraph 2.2

With respect to third parties, subject to the control or determining influence of a Party, including but not limited to agents, business development consultants, sales representatives, customs agents, general consultants, resellers, subcontractors, franchisees, lawyers, accountants or similar intermediaries, acting on the Party's behalf in connection with marketing or sales, the negotiation of contracts, the obtaining of licenses, permits or other authorizations, or any actions that benefit the Party or as subcontractors in the supply chain, Parties should instruct them neither to engage nor to tolerate that they engage in any act of corruption; not use them as a conduit for any corrupt practice; hire them only to the extent appropriate for the regular conduct of the Party's business; and not pay them more than an appropriate remuneration for their legitimate services.

### Paragraph 3

If a Party, as a result of the exercise of a contractually-provided audit right, if any, of the other Party's accounting books and financial records, or otherwise, brings evidence that the latter Party has been engaging in material or several repeated breaches of Paragraphs 2.1 and 2.2 above, it will notify the latter Party accordingly and require such Party to take the necessary remedial action in a reasonable time and to inform it about such action. If the latter Party fails to take the necessary remedial action or if such remedial action is not possible, it may invoke a defence by proving that by the time the evidence of breach(es) had arisen, it had put into place adequate anti-corruption preventive measures, as described in Article 10 of the ICC Rules on Combating Corruption 2011, adapted to its particular circumstances and capable of detecting corruption and of promoting a culture of integrity in its organization. If no remedial action is taken or, as the case may be, the defence is not effectively invoked, the first Party may, at its discretion, either suspend or terminate the Contract, it being understood that all amounts contractually due at the time of suspension or termination of the Contract will remain payable, as far as permitted by applicable law.

### Paragraph 4

Any entity, whether an arbitral tribunal or other dispute resolution body, rendering a decision in accordance with the dispute resolution provisions of the Contract, shall have the authority to determine the contractual consequences of any alleged non-compliance with this ICC Anti-corruption Clause.

## **C. Option III: Reference to a corporate anti-corruption compliance programme, as described in Article 10 in the 2011 Rules**

### Paragraph 1

Each Party has put into place, at the date of the entering into force of the Contract, or undertakes to put into place soon thereafter, a corporate anti-corruption compliance programme, as described in Article 10 of the 2011 ICC Rules on Combating Corruption, adapted to its particular circumstances and capable of detecting Corruption and of promoting a culture of integrity in its organization.

Each Party will maintain and implement such programme at least throughout the lifetime of the Contract and will on a regular basis inform the other Party about the implementation of its programme through statements prepared by a qualified corporate representative, appointed by it and whose name will have been communicated to the other Party.

**Paragraph 2**

If a Party brings evidence that the other Party's qualified corporate representative statement contains material deficiencies, undermining the other Party's program efficiency, it will notify the other Party accordingly and require such Party to take the necessary remedial action in a reasonable time and to inform it about such action. If the latter Party fails to take the necessary remedial action, or if such remedial action is not possible, the first Party may, at its discretion, either suspend the Contract or terminate it, it being understood that all amounts contractually due at the time of suspension or termination of the Contract will remain payable, as far as permitted by applicable law.

**Paragraph 3**

Any entity, whether an arbitral tribunal or other dispute resolution body, rendering a decision in accordance with the dispute resolution provisions of the Contract, shall have the authority to determine the contractual consequences of any alleged non-compliance with this ICC Anti-corruption Clause 2012.



# ANNEXE 4

CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 17 novembre 2020, État de Libye c. SA  
Société orléanaise d'électricité et de chauffage électrique –SORELEC,  
n° RG 18/02568

CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 17 novembre 2020, État de Libye c. SA Société orléanaise  
d'électricité et de chauffage électrique – SORELEC, n° RG 18/02568

\* [–]

Sur le deuxième moyen d'annulation tiré de la contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public international en ce qu'elle donne effet à un contrat entaché de corruption (article 1520, 5° du code de procédure civile) :

29. L'État de Libye invoque un faisceau d'indices dont il prétend qu'ils sont graves, précis et concordants et démontreront que le Protocole a été obtenu par des procédés illicites qui rendent son exécution par le biais de la sentence contraire à l'ordre public international. [ ... ]

[ ... ]

31. SORELEC réplique en relevant à titre liminaire d'une part, que la critique tirée d'une prétendue corruption n'a pas été soumise au tribunal arbitral pendant les 16 mois qui se sont écoulés entre la date de communication du protocole de 2016 et la date à laquelle la sentence partielle a été rendue alors que le conseil de l'État de Libye était désigné par le département des litiges et que l'État de Libye n'a pas plus formalisé une telle allégation devant le tribunal arbitral entre le 20 décembre 2017 et le 10 avril 2018, date de la sentence finale, aucun fait nouveau n'étant invoqué devant la cour, d'autre part, que la sentence partielle a reconnu le pouvoir du ministre de la Justice mandaté par le conseil des ministres comme engageant valablement l'État de Libye.

[ ... ]

Sur ce :

33. La lutte contre la corruption est un objectif poursuivi, notamment, par la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption du 17 décembre 1997, entrée en vigueur le 15 février 1999, et par la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Merida le 9 décembre 2003, entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

34. Selon le consensus international exprimé par ces textes, la corruption d'agent public, qu'il soit national ou étranger, consiste à offrir à celui-ci, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse

ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu, en liaison avec des activités de commerce international.

35. La prohibition de la corruption d'agents publics est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international. Elle relève en conséquence de l'ordre public international.

36. Lorsqu'il est prétendu qu'une sentence donne effet à un accord des parties entaché de corruption, il appartient au juge de l'annulation, saisi d'un recours fondé sur l'article 1520, 5° du code de procédure civile, de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de cet accord et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international.

37. Le respect de la conception française de l'ordre public international implique que le juge étatique chargé du contrôle puisse apprécier le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public international alors même qu'il n'a pas été invoqué devant les arbitres et que ceux-ci ne l'ont pas mis dans le débat. Ainsi, la circonstance invoquée par SORELEC que le grief tenant à une activité de corruption est nouveau alors qu'il aurait été possible à l'État de Libye d'en saisir le tribunal arbitral, ne prive pas le juge de l'annulation d'examiner si la sentence partielle qui homologue le Protocole n'a pas pour effet de couvrir une telle activité sans laquelle il n'aurait pas été conclu.

38. L'annulation de la sentence partielle en cause est encourue s'il est démontré par un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants qu'en homologuant le Protocole conclu entre l'État de Libye et SORELEC, elle couvrirait des faits de corruption, sans qu'il y ait lieu, en regard au caractère occulte de cette activité, d'exiger que l'État de Libye ait engagé des poursuites pénales. 39. Au surplus, le contrôle du juge de l'annulation a une finalité propre et distincte de celui du tribunal arbitral auquel en l'espèce, le moyen tiré de ce que le Protocole serait entaché de corruption n'a pas été soumis. Le juge de l'annulation peut ainsi, dans le respect du principe de non révision de la sentence, rechercher dans l'ensemble des faits qui lui sont soumis, les indices de nature à caractériser l'illicéité du Protocole, en particulier en examinant si le constattement de procédures internes et des autorités de contrôle libyennes constitue un des indices de la corruption alléguée, nonobstant les motifs que le tribunal arbitral a retenus, en application du principe de l'estoppel et de la théorie de l'apparence, pour juger

que SORELEC pouvait légitimement croire en l'apparente légitimité du ministre de la Justice du gouvernement provisoire émanant de Parlement. [...]

41. Sans que le juge de l'annulation ne soit limité dans son pouvoir de rechercher dans l'ensemble des faits qui lui sont soumis ces indices d'une éventuelle corruption, il convient d'examiner ceux invoqués par l'État de Libye. Les indices tirés de la situation politique de la Libye

42. La reconnaissance par des organisations ou instances, internationales ou nationales, d'un climat de corruption élevé en Libye, aggravé par le contexte politique contemporain de la signature du Protocole, sans pouvoir à lui seul établir que ce dernier est entaché de corruption, constitue un indice pertinent s'il est corroboré par d'autres éléments matériels qui peuvent être tirés des circonstances ayant entouré la conclusion du Protocole lui-même et du Protocole lui-même.

43. La Libye était classée par les organisations internationales dont la compétence est reconnue en matière d'appréciation du niveau de corruption, parmi les pays les plus touchés au monde par la corruption, en particulier pendant la période concernée par la conclusion du Protocole (172 -ème sur 177 pays classés en 2013 par Transparency International). Cette organisation, dans son rapport de 2014, au sujet de la Libye, relevait que la situation politique actuelle entravait la lutte contre la corruption, que le secteur public était majoritairement considéré par la population comme corrompu, avec la perception que la situation s'était aggravée depuis 2011.

44. En 2015 au sein de l'État libyen, le Libyan Audit Bureau, autorité financière de contrôle des comptes publics dont l'organisation Transparency International, dans son rapport de 2014, souligne l'indépendance dont il fait preuve au regard des pouvoirs législatif et exécutif, le reconnaissant comme seul organe de l'État libyen qui adhère réellement aux principes de transparence, a fait le même constat du niveau de corruption des agents publics. 45. Ainsi, en 2015, le Libyan Audit Bureau, dans son rapport annuel général, écrivait que certaines entités locales et étrangères avaient tiré profit de la situation caractérisée « par une division politique et régionale, un manque de stabilité, la détérioration des ressources, la fragmentation des institutions, et une ségrégation de l'État en résultant, fractionné en deux régions, chacune d'elle ayant son propre gouvernement et ses institutions », pour s'engager dans des actes de corruption. [...]

46. Il est établi en effet que la période au cours de laquelle le Protocole a été négocié et conclu entre l'État de Libye et SORELEC est marquée par la guerre civile en Libye, deux gouvernements revendiquant leur légitimité, d'un côté, le « gouvernement de Tobrouk » (également appelé « gouvernement provisoire »), basé à l'Est du pays, de l'autre côté, le « gouvernement de Tripoli » : qu'afin de mettre un terme aux divisions résultant de cette guerre civile libyenne, un processus politique initié fin 2015 sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies a donné lieu à la signature, le 17 décembre 2015 à Sakhirat (Maroc), de l'Accord politique libyen, prévoyant la formation d'un gouvernement d'entente nationale et que même si l'accord de Sakhirat n'a pas été ratifié par le Parlement et si le gouvernement provisoire de Tobrouk s'est en définitive maintenu, ce gouvernement d'entente nationale a été formé en janvier 2016 et reconnu au plan international en mars 2016.

47. La signature du Protocole les 27 et 29 mars 2016 est donc intervenue dans cette période chaotique et incertaine sur le devenir du gouvernement provisoire, la veille de l'installation du président du gouvernement d'entente nationale à Tripoli et avant le deuxième vote du Parlement refusant sa confiance à ce gouvernement en août 2016 (sentence pages 58 à 60), particulièrement propice donc à la corruption des acteurs publics dans un pays connaissant une corruption endémique.

#### **Les indices tirés du Protocole**

##### **I. Le contournement volontaire des procédures par M. Omran**

48. Il n'est pas question à cet égard de vérifier si M. Omran, ministre de la Justice du gouvernement provisoire, avait qualité pour représenter l'État de Libye dans la négociation du Protocole avec SORELEC, ni de déterminer si SORELEC a pu croire en l'apparence légitimité du gouvernement provisoire mais d'examiner les circonstances qui ont accompagné la négociation et la signature du Protocole et en particulier de rechercher si malgré une apparence de formalisme, résultant de la nomination d'une commission et de l'approbation du conseil des ministres, le contournement par M. Omran et le cas échéant, d'autres intervenants à ses côtés, du département du contentieux dont le rôle était connu et reconnu par le gouvernement provisoire, est révélateur d'un comportement qui ne pourrait s'expliquer autrement que par une offre directe ou indirecte émanant de SORELEC lui procurant un avantage indu.

49. Ainsi, M. Omran, en sa qualité de ministre de la Justice à écrit le 7 septembre 2015, au premier ministre du gouvernement provisoire à l'occasion d'une autre demande d'arbitrage qui se trouvait "auprès du Département du contentieux" à Tripoli, qu'il était interdit à un

ministre agissant seul de transiger, que la transaction n'est valable qu'en vertu d'une décision prise en conseil des ministres ou après autorisation du premier ministre, que « L'autorisation du Département du contentieux est nécessaire vu qu'il est le représentant légal de l'État, lequel a le droit de transiger en présence du Département du contentieux ».

50. M. Omran lui-même reconnaissait donc à cette date que même si le département du contentieux relevait de son ministère, et même si une transaction était approuvée par une décision prise en conseil des ministres ou autorisée par le premier ministre, il était nécessaire d'obtenir préalablement l'autorisation du département du contentieux pour qu'un représentant de l'État de Libye, quel qu'il soit, puisse régulièrement approuver une transaction.

51. Par ailleurs, la commission que le ministre de la Justice a personnellement désignée a été particulièrement explicite dans son rapport du 10 janvier 2016 sur l'obligation d'informer le département du contentieux.

52. L'article 6 de la loi de 1971 qui a institué le département du contentieux prévoit que celui-ci donne à la partie administrative son avis motivé et que cette dernière ne peut contrevenir à cet avis qu'en vertu d'une décision du ministre compétent. Il en résulte que ce texte n'il permet au ministre compétent, le cas échéant, comme le soutient SORELEC, de ne pas suivre l'avis du département du contentieux, ne l'autorise pas en revanche à ne pas solliciter son avis préalable. Or, M. Omran n'a pas sollicité cet avis avant de signer le Protocole.

53. L'attitude de M. Omran qui a signé le Protocole fin mars 2016, sans avoir sollicité l'avis du département du contentieux qu'il savait obligatoire et qui n'a communiqué que le 12 avril 2016, ce qu'il a appelé un « projet de protocole transactionnel préparé en vue de régler le différend opposant la société française Sorelec et l'État libyen », en dissimulant qu'il avait déjà signé le Protocole, constitue un indice grave et précis d'une collusion entre SORELEC et le ministre de la Justice qui a signé cet accord dans l'exercice de ses fonctions officielles, susceptible d'en tirer un avantage personnel.

54. Cet indice est d'autant plus sérieux que cette suspicion sur le comportement de M. Omran et de hauts fonctionnaires du ministère de la Justice a été également évoquée et retenue par la sentence Ghena (CNI/DCl), rendue le 24 mai 2019, statuant sur un recours en révision d'une sentence d'accord-parties du 9 décembre 2016.

55. En effet, selon l'exposé des circonstances dans lesquelles la sentence d'accord-parties avait été obtenue, il apparaît que malgré un avis négatif exprimé le 1<sup>er</sup> décembre 2015

par le département du contentieux sur une proposition de transaction et l'opposition exprimée par une autre autorité publique libyenne, par une décision du 7 janvier 2016, le ministre de la Justice a constitué une commission de trois membres dont il était le président pour mener les négociations, que son représentant, M. Dalla, a rencontré M. Ghernia à Tunis pour négocier l'accord transactionnel qui a été signé dès le 16 février 2016, sans que le département du contentieux ait été associé à la négociation et malgré même son avis négatif. À l'issue de cette procédure en révision, le tribunal arbitral a rétracté la sentence d'accord-parties après avoir considéré que "l'examen des faits et l'instruction ont démontré qu'il [M. Ghernia] s'était livré à des manœuvres frauduleuses en collusion avec les agents de l'État agissant à titre personnel et conclu que M. Ghernia avait trompé la religion arbitrale avec la complicité de hauts fonctionnaires du ministère de la Justice".

56. Il importe peu comme le soutient SORELEC que la sentence Ghernia soit une sentence de révision dès lors que les faits évoqués sont contemporains de ceux qui ont conduit à la signature du Protocole et mettent en cause dans des circonstances comparables, le même ministre de la Justice. Il est également sans incidence d'une part, que la sentence ait pointé la responsabilité d'un autre collaborateur dudit ministre, la cour n'ayant pas à identifier des faits précis de corruption contre les personnes nommément citées et d'autre part, que M. Omran n'ait pas fait l'objet de poursuites pénales alors qu'il est décédé le 1er juin 2016. [...]

58. La similitude et la concomitance des faits exposés, notamment des conditions analogues de la signature des accords litigieux par le ministre de la Justice, corroborent donc la suspicion de corruption qui pèse sur lui.

## **2. L'absence de trace de négociation pendant la période précédant immédiatement la signature du Protocole**

59. Le défaut de précision ou la brièveté de la durée des négociations comme l'absence ou l'insuffisance de documents, qui ne sont pas compatibles avec un processus sérieux, susceptible d'avoir permis le rapprochement des parties, sont des indices de corruption.

60. En l'espèce, il résulte de l'historique du différend entre SORELEC et l'État de Libye que si en 2003, les parties étaient arrivées à un accord, celui-ci n'a pas été exécuté, et que par la suite, plusieurs initiatives prises par différentes autorités étatiques, notamment par le ministre des Finances ou le directeur du contentieux en 2012 n'ont pas abouti, ce qui a motivé la saisine de la CCI par SORELEC. Les parties avaient donc tenté de se rapprocher à plusieurs reprises depuis 2003, sans jamais y parvenir.

61. Par ailleurs, les conclusions de l'État de Libye dans la procédure d'arbitrage devant la CCI avant que le Protocole ne soit porté à la connaissance du tribunal arbitral démontre encore que celui-ci contestait fermement les réclamations de SORELEC dans leur intégralité.

62. Dans cette même perspective, le rapport du 10 janvier 2016 de la commission désignée aux fins de négocier un accord préconisait de s'en tenir au principal de la dette telle que constaté dans l'accord signé en 2003, aboutissant après calcul des intérêts joint à son rapport, à la somme de 59 389 889 €.

63. Il s'en déduit qu'au regard des prétentions de SORELEC devant la CCI et du rapport du 10 janvier 2016 manifestant la position recommandée au représentant de l'État de Libye dans les négociations, les positions des parties étaient très éloignées même si elles souhaitaient trouver un arrangement.

64. Or, le Protocole se borne à énoncer que les négociations ont été ardues et ont duré plus d'une semaine. [...]

68. Le seul document produit concernant cette négociation, constitué par le témoignage écrit daté du 18 février 2020 émanant de l'avocat libyen de SORELEC qui, pour les besoins de la présente procédure (pièce 81), atteste quatre ans plus tard, de discussions avec l'expert financier du Parlement, est dépourvu de force probante, faute d'être corroboré par le moindre élément matériel contemporain des discussions alléguées. [...]

70. Enfin, sauf à demander à l'État de Libye d'apporter une preuve négative puisqu'il soutient l'absence de négociations réelles, faute de documents, seule SORELEC était à même de justifier de la réalité et du sérieux desdites négociations. Il ne peut qu'être constaté qu'elle n'a pas déféré à la sommation de produire de tels éléments.

71. Compte tenu de l'éloignement de leurs positions initiales et des enjeux financiers pour l'État de Libye de ce contentieux, la célérité avec laquelle les parties seraient arrivées, prétendument en une semaine, après s'être rencontrés au mieux une journée, à s'accorder sur les termes du Protocole comme l'absence de toute preuve attestant de la réalité de ces négociations, constituent des indices supplémentaires, graves et précis, de ce que ce Protocole couvre une activité de corruption d'un agent public, sans laquelle il n'aurait pas été conclu.

### **3. Les termes et conditions du Protocole**

[...]



73. L'article cinquième, dernier article du Protocole, stipule que pour démontrer sa bonne foi, l'État de Libye s'engage à régler la somme de 230.000.000 euros dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la date de l'acceptation du présent accord et arrangement par la Chambre de commerce internationale de Paris, que toute violation par l'État libyen quant au règlement des créances, rend le rabais consenti nul et non avenu, que SORELEC reprendra alors son droit de réclamer la totalité de sa créance sans rabais, soit le montant de la somme de 452.042.452,85 euro, l'instance arbitrale devant alors prononcer une sentence faisant obligation à l'État libyen de payer cette somme. [...]

81. Il en ressort que le Protocole satisfait à quasiment toutes les prétentions de SORELEC sans contrepartie obtenue par l'État de Libye, ce que met en évidence de façon frappante, la comparaison entre d'une part, le résultat de la prétendue négociation et d'autre part, le mémoire récapitulatif de l'État de Libye du 12 novembre 2015 devant la CCI et le rapport de la commission du 10 janvier 2016 exposant la position qui, aux yeux des membres de ladite commission, correspondait « aux exigences de l'intérêt supérieur de l'État libyen » laquelle préconisait de s'en tenir, rapport financier à l'appui, à la reconnaissance d'une créance de 59.389.889 euros.

82. L'existence d'un tel déséquilibre entre les parties dans un Protocole présenté pourtant comme le résultat d'une négociation, l'absence de concessions réciproques visibles dans les termes et conditions de ce protocole, tellement contraires à la position prise par l'État de Libye dans le cours de la procédure devant la CCI et aux recommandations de la commission spécialement désignée pour préserver ses intérêts dans la recherche d'un accord, conduisent à considérer que celui-ci n'avait aucun intérêt évident à conclure ce Protocole, dont il ne tirait un quelconque avantage économique ou politique.

83. Au surplus, au moment de sa signature, la procédure d'arbitrage était suffisamment avancée pour que cet accord ne lui permette pas de s'épargner la procédure arbitrale et les coûts afférents et qu'il n'ait guère à craindre, compte tenu de ces termes, une décision de la CCI qui lui aurait été plus désavantageuse.

84. Ainsi, ces conditions manifestement dommageables aux intérêts de l'État de Libye, sciemment acceptées par le ministre de la Justice, ne pouvaient trouver leur cause que dans sa corruption par SORELEC et dans la volonté de celle-ci d'assurer le succès de ses prétentions, sans subir les aléas de la procédure d'arbitrage devant la CCI.

85. Il est ainsi démontré par un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants que le Protocole entre l'État de Libye et SORELEC a couvert des relations sous-jacentes entretenues entre cette dernière et M. Ouman, permettant à SORELEC de retirer les bénéfices de ce Protocole obtenu de manière illicite.

86. La sentence partielle rendue le 20 décembre 2017 qui heurte la conception française de l'ordre public international doit en conséquence être annulée. »

## ❑ BIBLIOGRAPHIE

### 1- OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. GATTINI, A. TANZI et F. FONTANELLI (éds.), *General principles of law and international investment arbitration*, Nijhoff international investment law series, n° volume 12, Leiden; Boston, Brill Nijhoff, 2018.

A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, January 1, 2004.

A. STONE SWEET et F. GRISEL, *The evolution of international arbitration: judicialization, governance, legitimacy*, New York, NY, Oxford University Press, 2017.

A.P. LLAMZON, *Corruption in international investment arbitration*, Oxford International arbitration series, Oxford, UK, Oxford University Press, 2014.

Ali LAÏDI, « Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes », Arles, Actes Sud, 2019.

Andreas Kulick, « Global public interest in international investment law, Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge », New York, Cambridge University Press, 2012.

Auby, J.-B., Bonnet, J., & Emmanuel, P. (2014). *Droit des contrats administratifs*.

Brown, Chester, and Kate Miles, eds. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011.

Bücheler, G., *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2015.

C. ROSE, « International anti-corruption norms: their creation and influence on domestic legal systems », Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2015.

C. ROSE, M. KUBICIEL et O. LANDWEHR (éds.), *The United Nations Convention Against Corruption: a commentary*, Oxford commentaries on international law, Oxford, Oxford University Press, 2019.

C.L. LIM (éd.), *The Cambridge companion to international arbitration*, Cambridge companions to law, Cambridge, United Kingdom; New York, NY, Cambridge University Press, 2021.

Caron, D. D., Schill, S. W., Smutny, A. C. and Triantafyllou, E. E., *Practicing Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford University Press, 2015,

CHAISSÉ Julien, CHOUKROUNE Leïla et JUSOH Sufian (dir.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, 2021.

Chaisse, Julien, Leïla. Choukroune, and Sufian Jusoh, eds. *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2021.

D. Smith, « Fraud and Corruption: Fraud and Corruption: Cases and Materials », Springer Nature, October 11, 2022, p.21.

De Schutter, O., *Transnational Corporations and Human Rights*, Bloomsbury Publishing, 2006.

F.A. Mann, « The Law Governing State Contracts », *British Yearbook of International Law*, 1944.

FELLMETH Aaron Xavier et HORWITZ Maurice, *Guide to Latin in international law*, Oxford University Press, 2009.

FELLMETH et M. HORWITZ, *Guide to Latin in international law*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2009.

Frédéric Pierucci, « Le piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoin », Paris, JC Lattès, 2019.

G. Adinolfi et al., *International Economic Law*, Springer, 2016.

Haynes, Kathryn, Alan Murray, and Jesse F. Dillard. « Corporate Social Responsibility », Routledge, 2012.

J. HO et M. SATTOROVA (éds.), *Investors' international law, Studies in International Trade and Investment Law*, n° volume 24, Oxford; New York, Hart, 2021.

J. Mante, « Arbitrability and public policy: an African perspective, » *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), 2016.

J.A. Zerk, « Multinationals and Corporate Social Responsibility », Cambridge University Press, 2006.

J.A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge University Press, 2006.

J.-C. RICCI, *Droit administratif général*, Paris, Hachette Supérieur, 2013.

J.D.H. KARTON, *The Culture of International Arbitration and The Evolution of Contract Law*, s.l., Oxford University Press, 7 mars 2013.

J.O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, BRILL, December 10, 2010

J.R. Rowan, « Prens Patriae is Wrong (Parent Supporter is Right), » *Juvenile Justice*, Wiley, July 14, 2009, vol. 27, no. 2, pp. 17-23.

J.W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment*, Oxford University Press, February 14, 2013,

J.W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment*, Oxford University Press, February 14, 2013.

Jay T. Jorgensen, « Reflections on Walmart's Enhanced Ethics & Compliance Program », October 24, 2017.

John T.S., *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences*, March 22, 2018.

Kalicki, Jean E., and Anna Joubin-Bret, eds. *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, 2015.

Kjos, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press 2013,

L. Zarsky, *International Investment for Sustainable Development*, Routledge, 2012.

Lalani S., Lazo R.P. (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Nijhoff International Investment Law Ser., November 21, 2014.

Leben, Charles. *The Advancement of International Law. French Studies in International Law Ser.* Hart Publishing, 2010.

M. Kinneer, G.R. Fischer, *Building International Investment Law*, Kluwer Law International B.V., 2015.

M. Leblanc-Wohrer, « Le droit, arme économique et géopolitique des États-Unis », *Politique étrangère*, CAIRN, 2019.

M. Pieth, L.A. Low et P.J. Cullen, « The OECD Convention on bribery: a commentary », Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

M. Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, Kluwer Law International B.V., April 24, 2016.

M. SORNARAJAH, « *The International Law on Foreign Investment, THIRD EDITION* », 2010.

M. SORNARAJAH, *Resistance and change in the international law on foreign investment*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015,

M.N. ALRASHID et al. (éds.), *Investment treaty arbitration and international law. 12 / Meriam N. Alrashid, Kabir Duggal, Miriam Harwood and Todd Weiler; Rekha Rangachari (associate editor)*, Huntington, N.Y, Juris, 2018.

P. HAUCK et S. PETERKE (éds.), *International law and transnational organized crime*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2016.

P.H.F. BEKKER et al. (éds.), *Making transnational law work in the global economy: essays in honour of Detlev Vagts*, Cambridge [U.K.]; New York, N.Y, Cambridge University Press, 2010.

P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, and F. Francioni, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, OUP Oxford, 2010.

R. BISMUTH, J. DUNIN-WASOWICZ et P. NICHOLS (éds.), *The transnationalization of anti-corruption law*, *Transnational law and governance*, Abingdon, Oxon; New York, NY, Routledge, 2021, p. 337.

René CHADUS, « *Droit Administratif Général* », Montchrestien, Tome 1, 13e édition, 1998

Sanders, M.I., *Joint Ventures Involving Tax-Exempt Organizations*, John Wiley & Sons, 2013.

Sasse, J. P., *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, 2011.

Sasson M., « *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration* », *Kluwer Law International* January 1, 2017.

Schreuer, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009.

Seto, Karen C., and Anette Reenberg. *Rethinking Global Land Use in an Urban Era*. MIT Press, 2014.

Subedi, S. P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, 2008

T. Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, January 1, 2005.

T. COLE et P. ORTOLANI, *Understanding international arbitration*, Abingdon, Oxon; New York, NY, Routledge, 2020.

Vadi, Valentina., « *Public Health in International Investment Law and Arbitration* », Routledge, 2013.

W. Shan, *The Legal Framework of EU-China Investment Relations*, Bloomsbury Publishing, October 21.

Yescombe, E. R., Edward Farquharson, *Public-Private Partnerships for Infrastructure: Principles of Policy and Finance*. Butterworth-Heinemann, 2018.

## **2- OUVRAGES SPÉCIALISÉS**

(*Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law* 11) Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer (eds.) - *The Impact of Corruption on International Commercial Co*, 2015.

A. MAKINWA, *Private remedies for corruption: towards an international framework*, The Hague, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2013.

K. Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*, Cambridge University Press, August 31, 2017.

Kathrin Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence*, CUP, 2017.

## ARTICLES

A, Sayed, 'La question de la corruption dans l'arbitrage commercial international : Inventaire des solutions', (2000), 18, ASA Bulletin, Issue 4, pp. 653-671.

A. ARGANDOÑA, « The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies », Journal of Business Ethics, août 2007, vol. 74, n° 4, pp. 481-496.

A. Mourre, « Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator, » Arbitration International, Oxford University Press (OUP), March 1, 2006, vol. 22, no. 1, pp. 95-118.

A. TUSSUPOV, Corruption, and fraud in investment arbitration: procedural and substantive challenges, EYIEL Monographs Studies in European and International Economic Law, n° Volume 22, Cham, Switzerland, Springer, 2022.

A.B. Spalding, « Unwitting Sanctions: Understanding Anti-Bribery Legislation as Economic Sanctions against Emerging Markets, » SSRN Electronic Journal, Elsevier BV, 2009.

A.J. Menaker, « The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations,» ICSID Review, Oxford University Press (OUP), March 1, 2010, vol. 25, no. 1, pp. 67-75.

A.J. Van Den Berg, « The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility? » Arbitration International, Oxford University Press (OUP), September 1, 1989, vol. 5, no. 3, pp. 214-229.

A.M. NOOR, S.M. YUNUS et M.N. HARON, « Build, Operate and Transfer (bot) Contract and Its Models from a Shar'ah Perspective », Arab Law Quarterly, novembre 2014, vol. 28, n° 4, pp. 366-391.

Alhamidah, Khalifah. « Administrative Contracts and Arbitration, in Light of the Kuwaiti Law of Judicial Arbitration No. 11 of 1995. » Arab Law Quarterly 21, no. 1 (2007). <https://doi.org/10.1163/026805507x197839>.

Allan Kanner, The Public Trust Doctrine, Parens Patriae, and the Attorney General as the Guardian of the State's Natural Resources, 16 Duke Environmental Law & Policy Forum, 2005, pp.57-116.

Antonopoulos, Constantine. Counterclaims before the International Court of Justice. Springer Science & Business Media, 2011.

Arato, Julian. « The Logic of Contract in the World of Investment Treaties » JEAN MONNET WORKING PAPER NO 1/16, novembre 2016, Microsoft Word - 01\_Julian Arato - The Logic of Contract in the World of Investment Treaties.docx (jeanmonnetprogram.org)

B. Stern, « Les problèmes de nationalité des personnes physiques et de contrôle des personnes morales devant le Tribunal des différends irano-américains, » Annuaire français de droit international, PERSEE Program, 1984, vol. 30, no. 1, pp. 425-445.

Bruno Oppetit, « Le paradoxe de la corruption a l'6preuve du droit du commerce international. », *Journal du Droit International*, 1987, pp. 9-11.

CARRINGTON Paul D., « Law and Transnational Corruption », *Law Contemp. Probl.*, 70, Duke University School of Law, 2007,

CLEVELAND Margot, FAVO Christopher M., FRECKA Thomas J. et al., « Trends in the International Fight Against Bribery and Corruption », *J. Bus. Ethics*, 90, 2009.

D. Bentley, « Corruption and misuse of public office,» *International Affairs*, Oxford University Press (OUP), May 1, 2018, vol. 94, no. 3, pp. 665-666.

D. Kaufmann, *Myths and Realities of Governance and Corruption*, January 1, 2006, Disponible sur SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.829244>

Davis, Kevin E., *Civil Remedies for Corruption in Government Contracting: Zero Tolerance Versus Proportional Liability* (April 22, 2009). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-22, NYU Law and Economics Research Paper No. 09-16, IILJ Working Paper No. 2009/4.

Davis, Kevin E., *Contracts Procured Through Bribery of Public Officials: Zero Tolerance versus Proportional Liability* (July 1, 2018). 50 *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, NYU Law and Economics Research Paper No. 18-22.

E. GAILLARD, « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration », *Arbitration International*, mars 2019, vol. 35, n° 1, pp. 1-19.

Eric Engle, *The International Lawyer*, WINTER 2010, Vol. 44, No. 4 (WINTER 2010), pp. 1173-1188.

F. Mantilla-Serrano, « Towards a Transnational Procedural Public Policy, » *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), December 1, 2004, vol. 20, no. 4, pp. 333-354.

G. Laborde, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, January 12, 2010.

G. ALPA et V. ZENO-ZENCOVICH, *Italian Private Law*, Routledge-Cavendish, 2007, p.17.

G. D. ALTAMIRANO, « The impact of the Inter-American Convention against corruption », *the University of Miami Inter-American Law Review*, Spring/Summer, Vol. 38, No. 3.

GIUDICE Lauren, « Regulating corruption: analyzing uncertainty in current foreign corrupt practices act enforcement », *BOSTON Univ. LAW Rev*, 91.

I.T. Odumosu, « International Investment Arbitration and Corruption Claims: An Analysis of *World Duty Free v. Kenya*, » *The Law and Development Review*, Walter de Gruyter GmbH, January 22, 2011, vol. 4, no. 3.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, « The protection of whistle-blowers in the public service sector », in technical meeting on the protection of whistle-blowers in the public service sector, s.l., International Labour Organization, 2022, pp. 1-42.



J. Hatchard, « Combating the Bribery of Foreign Public Officials: The Impact of the UK Bribery Act 2010,» *The Law and Development Review*, Walter de Gruyter GmbH, January 21, 2011, vol. 4, no. 3.

J.C. Betancourt, « State Liability for Breach of Article II.3 of the 1958 New York Convention,» *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), May 29, 2017, vol. 33, no. 2, pp. 203-247.

J.L. GRAHAM, « The Foreign Corrupt Practices Act: A New Perspective », *Journal of International Business Studies*, September 1984, vol. 15, n° 3, pp. 107-121.

J.R. Rowan, « Parens Patriae is Wrong (Parent Supporter is Right),» *Juvenile Justice*, Wiley, July 14, 2009, vol. 27, no. 2, pp. 17-23.

Jarrett, Martin, Sergio Puig, and Steven Ratner. « Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals. » *Journal of International Dispute Settlement* 14, no. 2 (December 4, 2021): 259–80.

Kaikati, J.G., Sullivan, G.M., Virgo, J.M. et al, « The Price of International Business Morality: Twenty Years Under the Foreign Corrupt Practices Act », *Journal of Business Ethics* 26, 213–222, 2000. <https://doi.org/10.1023/A:1006015110422>

Kalicki J.E., Joubin-Bret A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, January 1, 2015,

Laborde, G. « The Case for Host State Claims in Investment Arbitration. » *Journal of International Dispute Settlement* 1, no. 1 (January 12, 2010): 97–122.

Leben, Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements (Volume 302) », in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, p.212. [https://doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrdc\\_a9789004140219\\_02](https://doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_a9789004140219_02).

M. Cleveland, C. M. Favo, T. J. Frecka and C. L. Owens, « Sixth annual ethical dimensions in business: reflections from the business academic community », *Journal of Business Ethics*, 2009, Vol. 90, Supplement 2, 2009, pp. 199-244.

M.A. LOSCO, « Streamlining Corruption Defense: A Proposed Framework for Fcpa-Icsid Interaction », *Duke Law Journal*, 2014, vol. 63, n° 5, pp. 1201-1242.

MILOŠEVIĆ Goran (dir.), *Dani Arčibalda Rajsa*, Academy of Criminalistic and Police Studies, 2011,

Morin S., « Autorité parentale et patriarcat d'État au Canada, » *Revue générale de droit*, Consortium Erudit, October 20, 2014, vol. 39, no. 1, pp. 127-201

P, Fouchard, « Où va l'arbitrage international ? », *McGill LAW JOURNAL*, Vol. 34, 1989, pp.436-453.

P. LATIMER et A.J. BROWN, « Whistleblower Laws: International Best Practice », *SSRN Electronic Journal*, 2008.

- P. Mayer, « Mandatory rules of law in international arbitration, « *Arbitration International*, Oxford University Press (OUP), October 1, 1986, vol. 2, no. 4, pp. 274-293.
- P. Ranjan, « ‘Necessary’ in Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties: The Indian Contribution», *SSRN Electronic Journal*, Elsevier BV, 2020.
- P. WEBB, « The United Nations Convention Against Corruption », *Journal of International Economic Law*, janvier 2005, vol. 8, n° 1, pp. 191-229,
- P.A. Kyriakou, « Lis Pendens in International Commercial Arbitration, « *SSRN Electronic Journal*, Elsevier BV, 2015.
- Park, William W., *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction* (March 18, 2007). 13 ICCA Congress Series 55 (Permanent Court of Arbitration, The Hague, 2007), Boston Univ. School of Law, Public Law Research Paper No. 17-33.
- Philippe FOUCHARD, « la portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine », *Revue de l'arbitrage*, N° 3, 1997.
- Pierre Lalive, ‘Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international’ (1986) 3 *Revue de l’arbitrage* 329.
- R. BISMUTH, J. DUNIN-WASOWICZ et P. NICHOLS (éds.), *The transnationalization of anti-corruption law*, op. cit., pp. 333-334.
- R. Rajesh Babu, « The United Nations Convention Against Corruption: A Critical Overview,» *SSRN Electronic Journal*, Elsevier BV, 2006.
- Rawding, Nigel. « Protecting Investments Under State Contracts: Some Legal and Ethical Issues » 11, n° 4 ,1 Decembre 1995. <https://doi.org/10.1093/ARBITRATION/11.4.341>.
- Rosst Lauren Ann, « using foreign relations law to limit extraterritorial application of the foreign corrupt practices act », *Duke Univ. Sch. Law*, Vol. 62, No. 2, 2012.
- Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration Law and Practice*, Third Edition, Juris Publishing, Inc., 2014, pp.505-506.
- S. PORCHY-SIMON, *Les obligations : droit civil*, 2e année, Hypercours, Paris, Dalloz, 2016.
- S.H. KIM et S. BARONE, « Is the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 a Success or Failure? A Survey of Members of the Academy of International Business », *Journal of International Business Studies*, septembre 1981, vol. 12, n° 3, pp. 123-126.
- Seto K.C., Reenberg A., *Rethinking Global Land Use in an Urban Era*, MIT Press, March 14, 2014.
- Swee G.K., « Some lessons of recent development experience of ASEAN countries, « *Australian Outlook*, Informa UK Limited, December 1975, vol. 29, no. 3, pp. 270-278.
- T.H. MORAN, *combating corrupt payments in foreign investment concessions: closing the loopholes, extending the tools*, Washington, D.C., Center for Global Development, 2008.

TRARI-TANI Mostefa, « L'ordre public transnational devant l'arbitre international », Arab Law Q., 25, 2011.

WEBB Philippa, « The United Nations Convention Against Corruption », J. Int. Econ. Law, 8, 2005, pp.191-229.

WOUTERS, C. RYNGAERT et A.S. CLOOTS, The Fight Against Corruption in International Law, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2012.

Yan Y., « Anti-Corruption Provisions in International Investment Agreements: Investor Obligations, Sustainability Considerations, and Symmetric Balance », Journal of International Economic Law, Oxford University Press (OUP), December 1, 2020, vol. 23, no. 4, pp. 989-1013.

## DECISIONS

(Liechtenstein v. Guatemala), disponible sur : <https://www.icj-cij.org/case/18>

Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la République des Philippines pour la promotion et la protection réciproque des investissements, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6126.pdf>

AFRICAN HOLDING COMPANY OF AMERICA, INC ET SOCIÉTÉ AFRICAINE DE CONSTRUCTION AU CONGO S.A.R.L. C. LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité, Affaire CIRDI No ARB/05/21, 29 juillet 2008, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0016.pdf>

EDF (Services) Limited V. Romania ICSID Case No. ARB/05/13 (Award dated 8 October 2009).

EDF c. Romania, ICSID CASE NO. ARB/05/13, 08/10/2009, disponible sur: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/03/25), disponible sur:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0340.pdf>

FRAPORT AG FRANKFURT AIRPORT SERVICES WORLDWIDE v. REPUBLIC OF THE PHILIPPINES, ICSID Case No. ARB/03/25, Annulment Proceeding, disponible sur: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf>

F-W Oil Interests V. Trinidad and Tobago ICSID Case No. ARB/01/14 (Award dated 3 March 2006).

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24.

H. Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/99/7), p.7, disponible sur : [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/C183/DC2812\\_en.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/C183/DC2812_en.pdf)

Hotels Limited c. Arab Republic of Egypt, disponible sur: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties\\_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0080.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0080.pdf)

ICC CASE No 1110 – AWARD.

Inceysa Vallisoletana, S.L. (Claimant) v. Republic of El Salvador (Respondent) ICSID Case No. ARB/03126, disponible sur :

[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf)

l'affaire Thomson CSF v. Societe Brunner Sociedade Civil de Administracao Limitada and Societe Frontier AG Bern, Paris Court of Appeal (Sept. 10, 1998), *Revue de l'arbitrage* (2001),.

L'affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) deuxième phase arrêt du 6 avril 1955, disponible sur : <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>.

L'affaire, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV, Case C-126/97,

La sentence de la CCI n° 3916, Coll. ICC Arb. 1982, 507 et s, disponible sur : [https://www.trans-lex.org/203916/highlight\\_ICC\\_no.\\_3916/icc-award-no-3916-coll-icc-arb-awards-1982-507-et-seq/](https://www.trans-lex.org/203916/highlight_ICC_no._3916/icc-award-no-3916-coll-icc-arb-awards-1982-507-et-seq/)

La sentence finale dans l'affaire ICC n° 5943 de 1990, disponible sur : [https://www.trans-lex.org/196594/highlight\\_ICC\\_no.\\_5943\\_de/hascher-dominique-note-to-icc-award-no5943-clunet-1996-at-1017-et-seq/](https://www.trans-lex.org/196594/highlight_ICC_no._5943_de/hascher-dominique-note-to-icc-award-no5943-clunet-1996-at-1017-et-seq/)

La sentence finale dans l'affaire n° 5622 de 1988, disponible sur : [https://www.trans-lex.org/205622/highlight\\_ICC\\_no.\\_5622/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq/](https://www.trans-lex.org/205622/highlight_ICC_no._5622/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq/)

Les sentences intermédiaires et la sentence finale de 1983, 1984 et 1986 dans l'affaire n°. 4145, disponible sur : [https://www.trans-lex.org/204145/highlight\\_ICC\\_no.\\_4145/icc-award-no-4145-yca-1987-at-97-et-seq/](https://www.trans-lex.org/204145/highlight_ICC_no._4145/icc-award-no-4145-yca-1987-at-97-et-seq/)

Methanex Corp. c. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (Award dated 3 August 2005)

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985), disponible sur: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>

Philip Morris Asia Limited C. Le Commonwealth d'Australie, CNUDCI, affaire CPA n° 2012-12.

Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay, affaire CIRDI n° ARB/10/7

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24.

RSM c. Grenade., affaire CIRDI n° ARB/05/14 (décision datée du 7 décembre 2009)

Rumeli c. Kazakhstan, affaire CIRDI n° ARB/05/16 (sentence datée du 29 juillet 2008) ;

Saudi Arabia v Arabian American Oil Co (ARAMCO), Decision (23 August 1958) (1963) 27 ILR 117.

Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974), disponible sur: <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/417/506.html>

Siemens A.G c. The Argentine Republic, ICSID CASE No. ARB/02/8, 06/02/2007, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

Spentex c. Ouzbékistan, L'affaire ARB/13/26 du CIRDI, sentence du 27 décembre 2016. Cette décision n'a pas encore été publiée.

Ticaret A. c. Kyrgyz Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award, 9 September 2009.

United States c. Uriel Sharef, Herbert Steffen, Andres Truppel, Ulrich Bock, Eberhard Reichert, Stephan Signer, Carlos Sergi, et Miguel Czysch (S.D.N.Y. 2011.

United States of America c. Siemens Aktiengesellschaft, Affaire N° OBcr36, 01/06/2009.

United States of America v. Honeywell Uop, United States District Court for the Southern District of Texas Houston Division, Criminal No. 22-cr-624, December 14, 2022. Disponible sur :

[https://www.justice.gov/d9/press-releases/attachments/2023/01/13/honeywell-uop-dpa-from-docket\\_0.pdf](https://www.justice.gov/d9/press-releases/attachments/2023/01/13/honeywell-uop-dpa-from-docket_0.pdf)

Waguïh Elie George Slag and Clorinda Vecchi v. the Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, disponible sur:

[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf)

World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, disponible sur :

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf>

## **THÈSES**

Stefan Riegler, Dalibor Valinčić and Borna Dejanović, « Applicable Law in Investment Treaty Arbitration » , Wolf Theiss, 14 January 2022, disponible sur: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/applicable-law-in-investment-treaty-arbitration>

Wendler, Carsten (2016). Corruption in Investment Treaty Arbitration - A Balanced Approach to Corruption Issues. PhD thesis, Universität zu Köln.

## **CONVENTIONS INTERNATIONALES**

« Projet révisé de Convention des Nations Unies contre la corruption », Nations Unies, Assemblée générale, A/AC.261/3/Rev.1/Add.1, 5 juillet 2002. Revised draft United Nations Convention against Corruption, A/AC.261/3/Rev.1/Add.1, Russian (unodc.org)

Convention civile sur la corruption, Conseil de l'Europe, Strasbourg, n.174, 4.XI.1999. STCE 174 - Convention civile sur la corruption (coe.int)

CONVENTION ET REGLEMENTS DU CIRDI, CIRDI/15 Avril 2006, disponible sur : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>

Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, Journal officiel n° C 195 du 25/06/1997 p. 0002 – 0011. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625(01))

Convention pénale sur la corruption, Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 173, Strasbourg, 27.I.1999. <https://rm.coe.int/168007f3f8>

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958. Disponible sur : <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/2/1/21325.pdf>

La Convention des Nations Unie contre la corruption, CNUCC. [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/uncac\\_french.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/uncac_french.pdf)

Le préambule de la CNUCC, consulté sur : [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-f.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-f.pdf)

Le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, STCE n° 191. Source : <https://rm.coe.int/1680083721>

Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, OCDE, 2008, disponible sur : <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/1922470.pdf>

Senate Treaty Documents Nos. 1-8, 109th Congress-1st Session 4 janvier-22 décembre 2005, idem, Note 40.

UNODC, Travaux préparatoires sur les négociations pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption (UNODC 2010) 299 (ci-après UNODC, Travaux préparatoires).

Voir le projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du conseil de l'OCDE relative au projet de convention, disponible sur : <https://www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/44853865.pdf>

## LES ACCORDS INTERNATIONAUX

Accord de libre-échange nord-américain (ALENA- NAFTA), disponible sur : <https://www.senat.fr/ga/ga-12/GA-121.pdf>

Accord sur la promotion et la protection des investissements entre le Pakistan et l'Allemagne, No. 6575, Signé à Bonn, le 25 novembre 1959, disponible sur : <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-French.pdf>.

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, disponible sur: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/77/download>

Egypt - Finland BIT (2004), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1068/download>.

Treaty between the United States of America and the oriental Republic of Uruguay concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, disponible sur: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2380/download>

## **RAPPORTS**

« Protection des lanceurs d’alerte », Recommandation et exposé des motifs, CM/Rec (2014)7, disponible sur : <https://rm.coe.int/16807096c8>

« Standards for Suppliers », disponible sur : <https://cdn.corporate.walmart.com/bc/8c/97ac8c9b43229f17480057fd684e/standards-for-suppliers-english-updated-6-30.pdf>

Article 8 – Validité des contrats, La Convention civile sur la corruption, Rapport explicatif - STE 174, p.9. Disponible sur : <https://rm.coe.int/16800cce45>

Audit and Finance Committee Charter, Apple Inc, 2018, disponible sur : [https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc\\_downloads/charters/2018.02.12\\_AFC\\_Charter.pdf](https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc_downloads/charters/2018.02.12_AFC_Charter.pdf)  
Supplier Code of Conduct Apple, disponible sur :

CNUCED, Accords bilatéraux d’investissement 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking 81 (2007).

Code of Business Ethics, OMV, 2017, disponible sur: [https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522138416551/Business%20Ethics%20brochure\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522138416551/Business%20Ethics%20brochure_EN)

Code of Conduct – Our Values, OMV, disponible sur: [https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522177201471/dload\\_Code%20of%20Conduct\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522177201471/dload_Code%20of%20Conduct_EN)

Code of Conduct – Our Values, OMV, disponible sur :  
[https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522177201471/dload\\_Code%20of%20Conduct\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522177201471/dload_Code%20of%20Conduct_EN)

Code of Conduct, voestalpine, disponible sur :  
[https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/konzern/compliance/Code-of-Conduct\\_EN.pdf](https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/konzern/compliance/Code-of-Conduct_EN.pdf)

Corporate Responsibility Report, voestalpine, 2019, disponible sur :  
[https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/konzern/compliance/Code-of-Conduct\\_EN.pdf](https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/konzern/compliance/Code-of-Conduct_EN.pdf)

Debevoise & Plimpton LLP Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration, disponible sur :  
[https://www.debevoise.com/~/\\_media/files/capabilities/russia%20comercial%20arbitration/%20arbitration%20protocol.pdf](https://www.debevoise.com/~/_media/files/capabilities/russia%20comercial%20arbitration/%20arbitration%20protocol.pdf).

Environmental Responsibility, Progress Report covering fiscal year 2018, 2019, disponible sur :  
[https://www.apple.com/environment/pdf/Apple\\_Environmental\\_Responsibility\\_Report\\_2019.pdf](https://www.apple.com/environment/pdf/Apple_Environmental_Responsibility_Report_2019.pdf)

GUIDE TECHNIQUE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION, disponible sur :  
[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540\\_Ebook\\_f.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540_Ebook_f.pdf)

[https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple\\_SR\\_2019\\_Progress\\_Report.pdf](https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple_SR_2019_Progress_Report.pdf)

<https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple-Supplier-Code-of-Conduct-and-Supplier-Responsibility-Standards.pdf>

Jason Webb Yackee, « Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States? », Conférence internationale de Taipei sur l'arbitrage et la médiation, Université nationale de Taiwan, le 2 septembre 2011.

K. KARSTEN, A. BERKELEY et ICC INSTITUTE OF WORLD BUSINESS LAW (éds.), Arbitration: money laundering, corruption and fraud, Dossiers / ICC Institute of World Business Law, no. 651, Paris, ICC Pub, 2003.

Le rapport explicatif de la Convention civile sur la corruption, CTE n° 174.

Le rapport explicatif de la convention pénale sur la corruption paragraphe 142, source :  
<https://rm.coe.int/16800cce87>

Leben, Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 302.



Les partenariats public-privé, OCDE, 2015. [https://www.oecd-ilibrary.org/content/component/gov\\_glance-2013-30-fr](https://www.oecd-ilibrary.org/content/component/gov_glance-2013-30-fr)

OECD, International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations: A Companion Volume to International Investment Perspectives, s.l., OECD, 14 mars 2008.

Politique et guides d'audit et d'évaluation, Walmart, Global Ethics & Compliance, disponible sur : [https://one.walmart.com/content/dam/responsible\\_sourcing/guidancedocuments/audit\\_assessment\\_policy\\_and\\_guidance/Resource\\_AuditAssessmentPolicy\\_FRC.pdf](https://one.walmart.com/content/dam/responsible_sourcing/guidancedocuments/audit_assessment_policy_and_guidance/Resource_AuditAssessmentPolicy_FRC.pdf)

Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse du crime de corruption d'agents publics étrangers. Éditions de l'OCDE.

Reflecting on What We've Built: Walmart's Global Ethics & Compliance Program, 2017 Global Ethics & Compliance Program Report, disponible sur <https://cdn.corporate.walmart.com/b0/91/87adea36485aa5e2054c46b84873/2017-global-ethics-compliance-program-report-layout-final-soraya.pdf>

Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), No. 10 (A/61/10), disponible sur: [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a\\_61\\_10.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf)

Standards of business conduct, ExxonMobil, 2017, disponible sur: [https://corporate.exxonmobil.com/-/media/Global/Files/who-we-are/Standards-of-Business-Conduct\\_apr.pdf](https://corporate.exxonmobil.com/-/media/Global/Files/who-we-are/Standards-of-Business-Conduct_apr.pdf)

Supplier Responsibility, Apple, Progress Report, 2019, disponible sur:

Sustainability Report, Non-financial report, 2019, disponible sur: [https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522184656391/dload\\_sustainabilityreport2019\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522184656391/dload_sustainabilityreport2019_EN)

Sustainability Report, Non-financial report, 2019, disponible sur : [https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522184656391/dload\\_sustainabilityreport2019\\_EN](https://www.omv.com/services/downloads/00/omv.com/1522184656391/dload_sustainabilityreport2019_EN)

Le rapport de la CNUCED sur les contrats d'État : [https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411_fr.pdf)

## **LOIS**

10 USC Sec. 2408 relatives aux contrats de marchés publics dans le domaine de la défense.

15 U.S. Code § 78m, disponible sur <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78m>

15 USC Sections 78u(c) ; 78dd-2(g) ; 78dd-3(e) ; 78ff(c).

La directive 2014/24/ UE du 26 février 2014 sur les marchés publics.

La Loi n° 22-18 du 25 Dhou El Hidja 1443 correspondant au 24 juillet 2022 relative à l'investissement.

Le code pénal égyptien n° 58 de 1937 (tel qu'amendé par la loi n° 95 de 2003).

Loi n° 23-12 du 5 août 2023 fixant les règles générales relatives aux marchés publics.

Loi no. 88-18 du 12 juillet 1988 portant adhésion d la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangers, adopté par la conférence des Nations Unies, New-York le 10 juin 1958, JORADP., 13 juillet 1988, p.771, disponible sur : <https://www.joradp.dz/FTP/Jo-Francais/1988/F1988028.pdf>

loi 06-01 du 21 Moharram 1427 correspondant au 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption

## CONVENTIONS

« Projet révisé de Convention des Nations Unies contre la corruption », Nations Unies, Assemblée générale, A/AC.261/3/Rev.1/Add.1, 5 juillet 2002. Revised draft United Nations Convention against Corruption, A/AC.261/3/Rev.1/Add.1, Russian (unodc.org)

Convention civile sur la corruption, Conseil de l'Europe, Strasbourg, n.174, 4.XI.1999. STCE 174 - Convention civile sur la corruption (coe.int)

CONVENTION ET REGLEMENTS DU CIRDI, CIRDI/15 Avril 2006, disponible sur : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>

Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, Journal officiel n° C 195 du 25/06/1997 p. 0002 – 0011. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625(01))

Convention pénale sur la corruption, Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 173, Strasbourg, 27.I.1999. <https://rm.coe.int/168007f3f8>

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958. Disponible sur : <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/2/1/21325.pdf>

La Convention des Nations Unie contre la corruption, CNUCC. [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/uncac\\_french.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/uncac_french.pdf)

Le préambule de la CNUCC, consulté sur : [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-f.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-f.pdf)

Le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, STCE n° 191. Source : <https://rm.coe.int/1680083721>

Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, OCDE, 2008, disponible sur : <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/1922470.pdf>

Senate Treaty Documents Nos. 1-8, 109th Congress-1st Session 4 janvier-22 décembre 2005, idem, Note 40.

UNODC, Travaux préparatoires sur les négociations pour l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption (UNODC 2010) 299 (ci-après UNODC, Travaux préparatoires).

Voir le projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du conseil de l'OCDE relative au projet de convention, disponible sur : <https://www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/44853865.pdf>.

## **CHAPITRES D'OUVRAGES**

BEN HAMIDA (W.), « les contrats BOT à l'heure du Droit international des investissements », Martinus Nijhoff, s.l, 2007.

## **SITES INTERNET**

<http://www.comm.ecowas.int/sec/fr/protocoles/PROTOCOLE-SUR-LA-CORRUPTION-FRAccra-Oct-01-Rev5.pdf>.

<http://www.sadc.int/index/browse/page/122>.

<https://corporate.exxonmobil.com/Corporate-governance/Code-of-ethics#overview>

<https://fr.wikipedia.org/wiki/Externalisation>.

<https://fr.wikipedia.org/wiki/Lockheed>.

[https://unece.org/DAM/ceci/documents/2017/PPP/WP/ECE\\_CECI\\_WP\\_PPP\\_2017\\_04-e.pdf](https://unece.org/DAM/ceci/documents/2017/PPP/WP/ECE_CECI_WP_PPP_2017_04-e.pdf).

[https://unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2018/PPP/Forum/Documents/Contribution\\_to\\_PfPPP\\_definition.pdf](https://unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2018/PPP/Forum/Documents/Contribution_to_PfPPP_definition.pdf)

[https://www.csrhub.com/CSR\\_and\\_sustainability\\_information/Apple-Inc](https://www.csrhub.com/CSR_and_sustainability_information/Apple-Inc)

<https://www.investopedia.com/terms/m/merger.asp#:~:text=The%20five%20major%20types%20of,extension%2C%20horizontal%2C%20and%20vertical>.

[https://www.law.cornell.edu/wex/mergers\\_acquisitions](https://www.law.cornell.edu/wex/mergers_acquisitions)

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000028311944#:~:text=Est%20pu ni%20des%20m%C3%AAs%20peines,ou%20avoir%20accompli%2C%20pour%20s](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028311944#:~:text=Est%20pu ni%20des%20m%C3%AAs%20peines,ou%20avoir%20accompli%2C%20pour%20s)

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000028311947#:~:text=de%20solli citer%20ou%20d%27agr%C3%A9r,fonction%20ou%20facilit%C3%A9%20par%20sa](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028311947#:~:text=de%20solli citer%20ou%20d%27agr%C3%A9r,fonction%20ou%20facilit%C3%A9%20par%20sa)

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000028311915](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028311915)

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042780049#:~:text=Est%20pu ni%20des%20m%C3%AAs%20peines,des%20pr%C3%A9sents%20ou%20des%20avanta ges](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042780049#:~:text=Est%20pu ni%20des%20m%C3%AAs%20peines,des%20pr%C3%A9sents%20ou%20des%20avanta ges)

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042780035#:~:text=Est%20pu ni%20de%20dix%20ans,charg%C3%A9%20d%27une%20mission%20de](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042780035#:~:text=Est%20pu ni%20de%20dix%20ans,charg%C3%A9%20d%27une%20mission%20de)

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042780056#:~:text=Version%2 0en%20vigueur%20depuis%20le%2027%20d%C3%A9cembre%202020,Modifi%C3%A9%2 0par%20LOI&text=La%20peine%20d%27amende%20est,sont%20commises%20en%20band e%20organis%C3%A9e.](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042780056#:~:text=Version%2 0en%20vigueur%20depuis%20le%2027%20d%C3%A9cembre%202020,Modifi%C3%A9%2 0par%20LOI&text=La%20peine%20d%27amende%20est,sont%20commises%20en%20band e%20organis%C3%A9e.)

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042780042](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042780042)

<https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>

<https://www.sba.gov/business-guide/grow-your-business/merge-acquire-businesses>

<https://www.transparency.org/en/press/new-g20-principles-on-whistleblower-protection-must-be-urgently-implemented>

<https://www.village-justice.com/articles/les-clauses-protectrices-contrat-investissement,39333.html>

## **COMMUNIQUÉ DE PRESSE**

Communiqué de presse de Honeywell intitulé : Honeywell Settles Legacy Foreign Corrupt Practices Act Issues And Will Pay A Total Of \$202.7 Million, disponible sur : <https://www.honeywell.com/us/en/press/2022/12/honeywell-settles-legacy-foreign-corrupt-practices-act-issues-and-will-pay-a-total-of-202-7-million>

Communiqué de presse du DOJ intitulé : Honeywell UOP to Pay Over \$160 Million to Resolve Foreign Bribery Investigations in U.S. and Brazil, disponible sur: <https://www.justice.gov/opa/pr/honeywell-uop-pay-over-160-million-resolve-foreign-bribery-investigations-us-and-brazil>

Communiqué de presse du SEC intitulé: SEC Charges Honeywell with Bribery Schemes in Algeria and Brazil, disponible sur: <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-230>

## ❑ TABLE DE MATIERE

REMERCIEMENTS.....	1
❑ SOMMAIRE.....	2
❑ PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	3
❑ INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
❑ CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LA NATURE ET LES FONCTIONS DU RÉGIME CONTRACTUEL DES INVESTISSEMENTS.....	16
❑ SECTION 1 : L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL.....	16
❑ §.1 La notion « investissement ».....	17
❑ A. La définition de l'investissement.....	17
❑ B. La validité des investissements.....	21
❑ C. Les différentes formes d'investissement.....	24
❑ I. Les formes d'investissement national.....	25
❑ a. Droits de propriété et droits contractuels résultant d'investissements..	25
❑ b. Les éléments de contrôle des investissements.....	26
❑ c. Les formes juridiques des entreprises.....	27
❑ II. Les formes d'investissement international.....	28
❑ a. Les investissements directs étrangers (IDE).....	29
❑ b. Les investissements de portefeuille étrangers.....	29
❑ D. Le cadre juridique de l'investissement international : Le cadre juridique national, contractuel, et international.....	30
❑ I. Les contrats investisseur-État.....	30
❑ II. La loi sur les investissements nationaux.....	31
❑ III. Les accords internationaux en matière d'investissement.....	32
❑ §.2 L'investisseur étranger.....	33
❑ A. Personne physique.....	33
❑ B. Personne moral.....	37
❑ SECTION 2 LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT UN INSTRUMENT JURIDIQUE HORS DU COMMUN.....	38
❑ §.1 La notion de « contrat d'État ».....	39
❑ A. La définition.....	40

□	<b>C. La théorie de l'internationalisation.....</b>	<b>45</b>
□	<b>D. Les formes classiques et modernes des contrats d'État .....</b>	<b>50</b>
□	<b>I. Les formes classiques.....</b>	<b>50</b>
□	<b>II. Les formes modernes .....</b>	<b>52</b>
□	<b>a. Les contrats de concession modernes .....</b>	<b>52</b>
□	<b>b. Les contrats de partage de production (Production Sharing Agreements) .....</b>	<b>53</b>
□	<b>c. Les contrats de gestion/Contrats d'assistance technique/Contrats de service .....</b>	<b>53</b>
□	<b>d. Les contrats clés en main (Turnkey Contracts).....</b>	<b>54</b>
□	<b>e. Les contrats de Coentreprise (Joint-Venture Agreements).....</b>	<b>54</b>
□	<b>f. Les contrats de licence et de transfert de technologie .....</b>	<b>54</b>
□	<b>g. Les BOT (Build, Operate and Transfer) .....</b>	<b>54</b>
□	<b>i. Autres contrats (modèles) similaires à contrat BOT .....</b>	<b>56</b>
□	<b>1. Les contrats BOOT (Build, Own, Operate and Transfer) .....</b>	<b>56</b>
□	<b>2. Les contrats BOO (Build, Own and Operate) .....</b>	<b>57</b>
□	<b>3. Les contrats BLT (Build, Lease and Transfer) .....</b>	<b>57</b>
□	<b>4. Les contrats BTO (Build, Transfer and Operate) .....</b>	<b>57</b>
□	<b>5. Les contrats DBFO (Design, Build, Finance and Operate) .....</b>	<b>58</b>
□	<b>6. Les contrats MOOT (Modernize, Own, Operate and Transfer)....</b>	<b>58</b>
□	<b>7. Les contrats BOR (Build, Operate and Renewal) .....</b>	<b>59</b>
□	<b>8. Les contrats LROT (Lease, Renewal, Operate and Transfer) .....</b>	<b>59</b>
□	<b>9. Les contrats BFT (Build, Finance and Transfer) .....</b>	<b>59</b>
□	<b>10. Les contrats LTT (Lease, Training and Transfer) .....</b>	<b>59</b>
□	<b>11. Les contrats BT (Build and Transfer).....</b>	<b>60</b>
□	<b>j. Fusions et acquisitions (F&amp;A).....</b>	<b>60</b>
□	<b>§.2 Les M.P.I (Marchés publics internationaux).....</b>	<b>61</b>
□	<b>A. La définition des marchés publics internationaux.....</b>	<b>61</b>
□	<b>B. La notion d'investissement dans le contexte des marchés publics .....</b>	<b>63</b>
□	<b>C. Les dispositions explicites de l'accord international sur les marchés publics.....</b>	<b>64</b>

□	<b>D. L'arbitrabilité des litiges nés dans le cadre de marchés publics international.....</b>	65
□	<b>§.3 Les Partenariat-public-privé (PPP) .....</b>	66
□	<b>A. Les infrastructures publiques et du secteur privé .....</b>	67
□	<b>B. La définition des PPP .....</b>	67
□	<b>C. Structures .....</b>	71
□	<b>I. Les concessions.....</b>	71
□	<b>II. Les franchises et l'affermage.....</b>	72
□	<b>III. Contrats d'achat d'électricité (Power-Purchase Agreements).....</b>	73
□	<b>IV. Les contrats BOT.....</b>	73
□	<b>§.4 L'arbitrage dans les contrats administratifs.....</b>	75
□	<b>§.5 Le droit applicable aux contrats d'investissement .....</b>	76
□	<b>PREMIÈRE PARTIE : LA REMISE EN QUESTION DES MÉTHODES TRADITIONNELLES POUR UNE LUTTE EFFICACE CONTRE LA CORRUPTION .....</b>	82
□	<b>TITRE I : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT AU MOYEN DU DROIT PÉNAL ET DES MESURES PRÉVENTIVES .....</b>	83
□	<b>CHAPITRE 1 : L'APPROCHE CONTEMPORAINE DU DROIT PÉNAL TRANSNATIONAL EN MATIÈRE DE CORRUPTION .....</b>	84
□	<b>Section 1 : Les instruments internationaux en matière de lutte contre la corruption .....</b>	85
□	<b>§1. Le point de départ : La loi de 1977 sur les pratiques de corruption à l'étranger.....</b>	86
□	<b>A. La FCPA : une loi créée de manière unique dans le contexte économique des Etats-Unis d'Amérique .....</b>	86
□	<b>B. Les interdictions prévues par le FCPA .....</b>	90
□	<b>I. Les dispositions relatives à la lutte contre la corruption.....</b>	90
□	<b>II. Les dispositions relatives aux livres et registres .....</b>	92
□	<b>D. Les critiques de la politique Américaine anti-corruption.....</b>	93
□	<b>E. Les cas récents concernant le FCPA .....</b>	95
□	<b>I. Siemens AG.....</b>	95
□	<b>II. Honeywell.....</b>	98
□	<b>Le Brésil .....</b>	99

	<b>L'Algérie</b> .....	101
	<input type="checkbox"/> <b>Alstom</b> .....	101
	<input type="checkbox"/> <b>ODEBRECHT/BRASKEM</b> .....	103
<input type="checkbox"/>	<b>§.2. La lutte contre la corruption au niveau international par le biais des instruments internationaux et de la législation nationale</b> .....	103
<input type="checkbox"/>	<b>A. Les mesures prises pour lutter contre la corruption au niveau mondial</b> .....	104
<input type="checkbox"/>	<b>I. La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption</b> .....	104
<input type="checkbox"/>	<b>II. La Convention Des Nations Unies Contre La Corruption (CNUCC)</b> .....	107
<input type="checkbox"/>	<b>B. Les mesures de lutte contre la corruption au niveau régional</b> .....	111
<input type="checkbox"/>	<b>I. L'Organisation des États américains (La convention Interaméricain)</b> .....	111
<input type="checkbox"/>	<b>II. Le Conseil de l'Europe (CoE)</b> .....	113
<input type="checkbox"/>	<b>a. La convention pénale sur la corruption</b> .....	113
<input type="checkbox"/>	<b>b. La convention civile sur la corruption</b> .....	115
<input type="checkbox"/>	<b>III. L'Union européenne (Convention contre la corruption impliquant des fonctionnaires)</b> .....	115
<input type="checkbox"/>	<b>IV. La convention de l'Union Africain contre la corruption</b> .....	116
<input type="checkbox"/>	<b>V. La convention arabe contre la corruption</b> .....	118
<input type="checkbox"/>	<b>C. Les mesures de lutte contre la corruption au niveau national</b> .....	119
<input type="checkbox"/>	<b>I. Le Royaume-Uni</b> .....	119
<input type="checkbox"/>	<b>II. France</b> .....	121
<input type="checkbox"/>	<b>Section 2 : La corruption en tant qu'infraction pénale</b> .....	123
<input type="checkbox"/>	<b>§.1 : La corruption et autres délits connexes</b> .....	123
<input type="checkbox"/>	<b>A. Définition</b> .....	123
<input type="checkbox"/>	<b>B. Les différentes formes de corruption</b> .....	124
<input type="checkbox"/>	<b>I. La corruption transnationale des agents publics</b> .....	124
<input type="checkbox"/>	<b>a. Les contrats et les marchés publics</b> .....	125
<input type="checkbox"/>	<b>b. Les paiements de facilitation</b> .....	125
<input type="checkbox"/>	<b>c. La capture de l'État</b> .....	125
<input type="checkbox"/>	<b>II. Trafic d'influence</b> .....	126



□	§2. La corruption dans le contexte de l'investissement direct international .....	126
□	<b>CHAPITRE 2 : LES MESURES PRÉVENTIVES</b> .....	128
□	<b>Section 1 : les normes de conformité et les codes de conduite en matière de lutte contre la corruption</b> .....	129
□	§1. La notion « due diligence» .....	129
□	§.2 Les instruments international .....	133
□	A. Les Nations Unies et ses «agences spécialisées» .....	133
□	B. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales .....	135
□	C. Les autres normes internationales .....	136
□	§.1 Le concept de la « responsabilité sociale des entreprises .....	137
□	§3. Le code de conduite et d'éthique de l'entreprise .....	138
□	A. Les codes de conduite des entreprises aux États-Unis .....	139
□	I. La loi américaine Sarbanes-Oxley de 2002 .....	139
□	II. ExxonMobil Corporation .....	140
□	III. Walmart Inc. ....	141
□	IV. Apple Inc. ....	142
□	B. Les codes de déontologie ou de conduite des entreprises en Autriche en Autriche .....	143
□	I. OMV AG .....	143
□	II. VOESTALPINE GROUP .....	144
□	<b>Section 2 : Les nouveaux aspects de la conformité</b> .....	145
□	§.1 : La protection des lanceurs d'alerte .....	145
□	A. Le Cadre Juridique International.....	145
□	I. Les instruments internationaux de lutte contre la corruption .....	145
□	II. L'action du G20 sur la protection des lanceurs d'alerte.....	146
□	B. La protection des lanceurs d'alerte aux Etats-Unis .....	147
□	I. La protection des lanceurs d'alerte dans le secteur public .....	147
□	II. Encourager la dénonciation par le biais de récompenses (False Claims Act) .....	148

□	<b>§.2 Les contrats une arme anti-corruption dans le secteur privé mondial</b>	151
	.....	
□	<b>A. L'avènement des clauses anti-corruption en tant qu'outils de due diligence pour les entreprises</b>	151
□	<b>B. Mettre en place des clauses anti-corruption à l'aide des clause types (CCI-GIACC)</b>	154
□	<b>TITRE II : LE RECOURS AU DROIT CIVIL ET AU DROIT ADMINISTRATIF</b>	160
	.....	
□	<b>CHAPITRE 1 : LES CONSÉQUENCES DE LA CORRUPTION SUR LES CONTRATS EN GÉNÉRAL</b>	161
□	<b>Section 1 : Les conséquences de la corruption en droit civil</b>	162
□	<b>§ 1. Le recours aux principes généraux du droit</b>	162
□	<b>A. Les principes fondamentaux du droit interne</b>	162
□	<b>I. La notion des bonnes mœurs et de l'ordre public</b>	162
□	<b>II. La nullités des contrats</b>	164
a.	<b>La nullité absolue et la nullité relative</b>	164
b.	<b>Titulaires de l'action en nullité Absolu</b>	164
1.	<b>Les deux contractants et leurs représentants</b>	165
2.	<b>Les tiers et les tiers absolus</b>	165
3.	<b>Le Ministère public</b>	166
□	<b>III. Nullité invoquée par voie d'action et par voie d'exception</b>	167
□	<b>B. les instruments internationaux</b>	167
□	<b>I. La CNUCC</b>	167
□	<b>II. La Convention civile du Conseil de l'Europe contre la corruption</b>	170
.....		
□	<b>§ 2. La validité des contrats résultant de la corruption</b>	171
□	<b>A. La différence entre contrat pour la corruption et contrat obtenus par la corruption</b>	171
□	<b>II. Le contrat obtenus par la corruption</b>	171
□	<b>Le contrat pour la corruption</b>	172
□	<b>B. Les dispositions spécifique relatives aux conséquences de la corruption : exemple de l'Algérie</b>	176
□	<b>I. Conformité à la CNUCC</b>	177

□	<b>II. Article 55 de loi N.06-01</b> .....	179
□	<b>C. Le tierce de bonne foi conformément à la CNUCC</b> .....	180
□	<b>Section 2 : Les conséquences de la corruption en droit administrative</b> .....	181
□	<b>§ 1. L'exclusion comme conséquence collatérale d'une condamnation à des faits de corruption</b> .....	181
□	<b>A. L'article 34 de la CNUCC</b> .....	182
□	<b>B. L'exclusion dans les marchés publics</b> .....	183
□	<b>§2. Le retrait de la concession</b> .....	185
□	<b>A. La concession est une décision administrative</b> .....	185
□	<b>B. Le retrait d'une concession à cause de la corruption</b> .....	186
□	<b>CHAPITRE 2 : LES DROITS DE LA VICTIME DES ACTES DE CORRUPTION</b> .....	187
□	<b>Section 1 : En droit international</b> .....	187
□	<b>§ 1. Les instruments internationaux</b> .....	187
□	<b>A. Les disposition de la CNUCC</b> .....	188
□	<b>B. L'article 35 de la CNUCC</b> .....	192
□	<b>§ 2. Les lois anti-corruption transnational</b> .....	195
□	<b>A. Les sanctions civiles relative à la réglementation Anti-corruption</b> .	195
□	<b>B. Les sanctions civiles relatifs à la comptabilité et aux registres</b> .....	196
□	<b>Section 2 : Les droits des victimes de la corruption en droit national</b> .....	197
□	<b>§ 1. Les droits des victimes de la corruption en droit comparé</b> .....	197
□	<b>A. L'action civiles en matière de corruption et pratique comparé</b> .....	197
□	<b>B. L'action civiles en matière pénale en France</b> .....	203
□	<b>§ 2. Échos de silence du droit Algérien sur les droits des victimes de la corruption</b> .....	207
□	<b>A. Absence d'un cadre juridique spécifique de la protection des victimes de la corruption en Algérie</b> .....	207
□	<b>B. Le recours aux règles général du droit civil et à la constitution partie civil dans le procès pénal</b> .....	207
□	<b>DEUXIEME PARTIE : L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, UN ÉLÉMENT NOUVEAU DANS LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION</b> .....	209

<b>□ TITRE I : LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT AU SERVICE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION .....</b>	<b>210</b>
<b>□ CHAPITRE I : LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX : NORMES ET ARBITRAGE.....</b>	<b>212</b>
<b>□ Section 1 : Les accords bilatéraux d'investissement et l'arbitrage en matière d'investissement.....</b>	<b>213</b>
<b>□ §1. L'arbitrage international des investissements et ses caractéristiques</b>	<b>214</b>
<b>□ A. L'arbitrage international des investissements.....</b>	<b>214</b>
<b>□ L'arbitrage institutionnel et ad hoc .....</b>	<b>214</b>
<b>□ L'arbitrage commercial international et de l'investissement.....</b>	<b>217</b>
<b>□ B. Les avantages de l'arbitrage international.....</b>	<b>217</b>
<b>□ I. La neutralité et la flexibilité.....</b>	<b>217</b>
<b>□ II. Le caractère définitif et contraignant des sentences arbitrales...</b>	<b>218</b>
<b>□ C. Les différentes institutions arbitrales .....</b>	<b>219</b>
<b>□ I. La CCI .....</b>	<b>219</b>
<b>□ II. La Cour permanente d'arbitrage.....</b>	<b>219</b>
<b>□ III. CIRDI .....</b>	<b>220</b>
<b>□ IV. Le Centre international de règlement des différends (ICDR) de l'Association américaine d'arbitrage (AAA).....</b>	<b>220</b>
<b>□ §.2 L'arbitrage des investissements une protection pour les investisseurs</b>	<b>221</b>
<b>□ A. Le droit de l'investissement contemporain.....</b>	<b>221</b>
<b>□ B. Caractéristique et mode de consentement.....</b>	<b>223</b>
<b>□ II. Les caractéristiques de l'Arbitrage international des investissements.....</b>	<b>223</b>
<b>□ III. le mode de consentement à l'arbitrage investisseur-état.....</b>	<b>224</b>
<b>□ Section 2 : Les normes de protection dans les accords internationaux d'investissement.....</b>	<b>225</b>
<b>□ §.1 Les normes de protection : NPF et TN .....</b>	<b>225</b>
<b>□ A. la nation la plus favorisé .....</b>	<b>225</b>
<b>□ B. Le traitement national.....</b>	<b>227</b>
<b>□ §.2 Les normes absolues de protection .....</b>	<b>229</b>
<b>□ A. Pas d'expropriation sans indemnisation.....</b>	<b>229</b>

□	<b>B. Le traitement juste et équitable.....</b>	<b>230</b>
□	<b>I. Le déni de justice et le « due process ».....</b>	<b>231</b>
□	<b>II. Une conduite arbitraire ou déraisonnable .....</b>	<b>232</b>
□	<b>III. Les attentes légitimes (« legitimate expectations ») et la stabilité du cadre juridique .....</b>	<b>232</b>
□	<b>C. Les clauses Parapluie .....</b>	<b>233</b>
□	<b>CHAPITRE II : L'INTERACTION ENTRE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION.....</b>	<b>235</b>
□	<b>Section 1 : L'examen des allégations de corruption dans le cadre de l'arbitrage en matière d'investissement.....</b>	<b>235</b>
□	<b>§1. La corruption, une préoccupation croissante dans l'arbitrage international.....</b>	<b>235</b>
□	<b>A. Contrats entaché par la corruption et la validité de la convention d'arbitrage .....</b>	<b>235</b>
□	<b>A. Le contrat entaché de corruption.....</b>	<b>235</b>
□	<b>B. La convention d'arbitrage.....</b>	<b>236</b>
□	<b>Le contrat ayant donné lieu au litige.....</b>	<b>237</b>
□	<b>Les contrats d'agence « Agency agreement » .....</b>	<b>237</b>
□	<b>Les services attribués à l'agent.....</b>	<b>238</b>
□	<b>La rémunération de l'agent .....</b>	<b>238</b>
□	<b>Le montant de la rémunération .....</b>	<b>239</b>
□	<b>La clause du droit applicable .....</b>	<b>239</b>
□	<b>La convention d'arbitrage .....</b>	<b>240</b>
□	<b>La pratique arbitrale en matière de corruption (ICC).....</b>	<b>240</b>
□	<b>L'affaire ICC no. 3913 de 1981 .....</b>	<b>240</b>
□	<b>L'affaire ICC no. 3916 de 1982 .....</b>	<b>241</b>
□	<b>Sentence intérimaire et sentence finale dans l'affaire ICC no. 4145 de 1983, 1984 et 1986 .....</b>	<b>241</b>
□	<b>L'affaire ICC no. 5622 ; sentence d'août 1982 (annulée) et la deuxième sentence d'avril 1992 (affaire Hilmarton). .....</b>	<b>242</b>
□	<b>L'affaire ICC no. 5943 de 1990 .....</b>	<b>243</b>

□	<b>§.1 Les tribunaux arbitraux (CIRDI) refusent de donner suite aux arguments relatifs à la corruption</b> .....	243
□	<b>A. Methanex c. United States</b> .....	243
□	<b>B. EDF c. Romania</b> .....	244
□	<b>I. L'attribution de la conduite des entreprises à la Roumanie</b> .....	244
□	<b>II. La demande présumée de pots-de-vin</b> .....	245
□	<b>III. L'admissibilité de certains éléments de preuve</b> .....	246
□	<b>IV. L'analyse</b> .....	247
□	<b>C. African Holding c. Republic Democratic du Congo (2008)</b> .....	247
□	<b>I. Les contrats présumés entachés par des pratiques de corruption</b> .....	248
□	<b>II. Le standard de preuve appliqué</b> .....	248
□	<b>III. L'analyse</b> .....	249
□	<b>D. TSA Spectrum c. Argentine (2008)</b> .....	249
□	<b>I. L'objection de l'Argentine à la compétence en matière de corruption</b> .....	249
□	<b>II. Les enquêtes pénales parallèles en Argentine</b> .....	250
□	<b>III. L'analyse</b> .....	250
□	<b>§.2 Les tribunaux arbitraux (CIRDI) confirment les allégations relatives à la corruption</b> .....	251
□	<b>A. World Duty Free c. Kenya</b> .....	251
□	<b>I. Les faits</b> .....	253
□	<b>II. Le tribunal s'est prononcé sur chacun de ces points successivement</b> .....	258
	<b>a. Caractère du versement : norme culturelle ou pot-de-vin</b> .....	258
	<b>b. Les effets juridiques de la corruption sur le contrat</b> .....	259
	<b>c. L'ordre public internationale</b> .....	259
	<b>d. Le droit anglais et le droit kenyan</b> .....	261
	<b>e. La corruption ne peut être imputée à l'État</b> .....	263
	<b>f. Le pot-de-vin n'est pas dissociable du contrat</b> .....	263
	<b>g. L'équilibre entre la corruption et la faute de l'État d'accueil n'est pas autorisé</b> .....	264

<b>h. La corruption est une défense complète invoquée par l'État d'accueil</b>	264
<b>i. L'annulation de l'accord en temps utile</b>	265
<b>j. La renonciation et les défenses affirmatives du demandeur</b>	265
<b>k. La restitution</b>	266
<b>l. Séparabilité</b>	266
<b>m. conclusion sur le fond</b>	266
<b>n. Les coûts</b>	267
<b>o. Notes finales</b>	267
□ <b>B. Niko Resources c. Bangladesh</b>	267
□ <b>C. Siemens c. Argentina (2007)</b>	269
□ <b>I. La sentence de 2007 et les procédures d'annulation et de révision</b>	269
□ <b>II. Accords de coopération avec le ministère de la justice des États-Unis (DOJ) et l'arbitrage commercial secret (contrat de corruption)</b>	270
□ <b>III. La renonciation de Siemens à ses droits dans le cadre de la sentence arbitrale de 2007</b>	272
□ <b>IV. L'analyse</b>	272
□ <b>D. Spentex c. Ouzbékistan</b>	273
□ <b>I. Conclusions et analyse du Tribunal</b>	274
□ <b>II. Les effets de la corruption sur l'arbitrage</b>	275
□ <b>III. Charge et Standard de la preuve</b>	276
□ <b>IV. Les signaux d'alerte (« Red flags »)</b>	276
□ <b>V. Une histoire de pots-de-vin et de tromperie « It Takes Two to Tango »</b>	277
□ <b>VI. La critique du Tribunal et l'évaluation des coûts</b>	277
a. <b>Le manque de coopération de la part du défendeur</b>	277
b. <b>L'évaluation des coûts</b>	278
c. <b>Les propositions pour la rédaction des traités ultérieurs</b>	279
□ <b>VII L'analyse</b>	279
□ <b>Section 2 : Une nouvelle stratégie pour les États d'accueil (« corruption defense »)</b>	280

□	<b>§1. La corruption dans le cadre de la défense de l'état d'accueil.....</b>	281
□	<b>A. Les origines de la défense contre la corruption : Le sentence « Lagergren » .....</b>	281
□	<b>B. Les États hôtes en tant que plaignants – (Les allégations en matière de corruption).....</b>	282
□	<b>C. Les demandes reconventionnelles, un moyen de tenir l'investisseur pour responsable de son acte illicite .....</b>	284
□	I. Les demandes reconventionnelles dans l'intérêt de l'État d'accueil ....	284
□	II. L'État d'accueil en tant que (« Parens Patriae ») .....	287
□	<b>D. L'actions directe de l'états d'accueil- une méthode efficace pour la lutte contre la corruption dans les contrats d'investissement .....</b>	290
□	<b>§2. La corruption dans l'arbitrage entre investisseurs et États : compétence, recevabilité et le bien-fondé.....</b>	292
□	A. La corruption un moyen de défense de l'état d'accueil.....	292
□	I. La compétence du tribunal arbitral.....	293
	a. La bonne foi comme condition implicite de la compétence du tribunal arbitral.....	294
	b. Les clauses de légalité dans les accords d'investissement.....	297
	c. L'ordre public transnational un obstacle à la compétence du tribunal arbitral.....	299
□	II. La recevabilité de la demande.....	300
□	III. La distinction entre compétence et recevabilité .....	301
□	B. La corruption en tant que défense au fond .....	303
□	<b>§3. Les différentes approches sur la corruption dans l'arbitrage international de l'investissement.....</b>	303
□	A. La responsabilité de l'État .....	303
□	B. Le principe zéro-tolérance .....	306
□	C. L'approche équilibré .....	308
□	<b>TITRE II : L'ARBITRAGE AU SERVICE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION À L'ÉCHELLE INTERNATIONALE .....</b>	310
□	<b>CHAPITRE : 1 : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET L'ÉMERGENCE D'UN ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL.....</b>	311
□	<b>Section 1 : La corruption et l'ordre public.....</b>	311



□	<b>§1. L'ordre public une vue d'ensemble</b> .....	312
□	<b>A. Les différents concepts de L'ordre public</b> .....	312
□	<b>I. L'ordre public national et international</b> .....	312
□	<b>II. La loi de police</b> .....	315
□	<b>III. L'impact de l'ordre publiques sur l'arbitrage international</b> .....	317
	<b>a. L'arbitrage commercial international</b> .....	317
	<b>b. L'arbitrage international des investissements</b> .....	317
□	<b>§2. La corruption et l'ordre public transnational dans l'arbitrage international des investissements</b> .....	317
□	<b>Section 2 : la preuve de la corruption dans l'arbitrage relatives aux investissements</b> .....	319
□	<b>§.1 Arbitrabilité, séparabilité et Le principe compétence-compétence</b> ...	319
□	<b>A. Le principe d'arbitrabilité</b> .....	319
□	<b>I. Un aperçu</b> .....	319
□	<b>II. L'arbitrabilité dans les affaires liées à la corruption</b> .....	320
□	<b>B. Le principe de séparabilité</b> .....	321
□	<b>I. Vue d'ensemble</b> .....	321
□	<b>II. Le principe de la séparabilité dans le cas des allégations de corruption</b> .....	321
□	<b>III. Le principe de la séparabilité maintient la compétence du tribunal indépendamment de la légalité de l'investissement</b> .....	322
□	<b>Le principe de séparabilité face aux allégations de corruption</b> .....	323
□	<b>C. Le principe compétence – compétence (« kompetenz-kompetenz »)</b> .....	324
□	<b>I. Le pouvoir de l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence</b> .....	324
□	<b>II. Le principe de la compétence face aux allégations de corruption</b> .....	326
□	<b>§2. La preuve en matière de corruption</b> .....	326
□	<b>A. L'obligation de donner suite aux allégations de corruption</b> .....	326
□	<b>B. La preuve en matière de corruption dans les contrats d'investissement</b> .....	327

<input type="checkbox"/> I. La difficulté de prouver la corruption .....	327
<input type="checkbox"/> II. La charge de la preuve, les présomptions, les déductions et les « Red Flag ». .....	328
<input type="checkbox"/> III. Le standard de preuve.....	330
<input type="checkbox"/> <b>CHAPITRE 2 : LA CONFORMITÉ DES SENTENCES ARBITRALES AVEC L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL.....</b>	<b>333</b>
<input type="checkbox"/> <b>Section 1 : Le rôle de l'arbitre dans le cadre des allégations et des preuves de     corruption .....</b>	<b>334</b>
<input type="checkbox"/> §1. Le rôle de l'arbitre dans les litige investisseur-État .....	334
<input type="checkbox"/> A. Le devoir de l'arbitre de mener une enquête sur la corruption .....	334
<input type="checkbox"/> B. L'obligation de l'arbitre à dénoncer la corruption.....	335
<input type="checkbox"/> §2. La jurisprudence du CIRDI sur le rôle de l'arbitre dans les affaires de corruption .....	335
<input type="checkbox"/> A. Le rôle passif .....	335
<input type="checkbox"/> B. Le rôle active .....	336
<input type="checkbox"/> <b>Section 2 : L'examen des sentences arbitrales dans les cas d'allégations et de     preuves de corruption .....</b>	<b>337</b>
<input type="checkbox"/> §1. L'exécution des sentences arbitral .....	338
<input type="checkbox"/> A. L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la convention de New York .....	338
<input type="checkbox"/> B. La convention du CIRDI.....	340
<input type="checkbox"/> C. La Convention de Moscou .....	341
<input type="checkbox"/> D. Les conventions du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord .....	341
<input type="checkbox"/> §.2 Le refus d'exécution des sentences arbitrales par les juridictions nationals.....	342
<input type="checkbox"/> <b>CONCLUSION .....</b>	<b>345</b>
<input type="checkbox"/> <b>RECOMMANDATION.....</b>	<b>348</b>
<input type="checkbox"/> <b>ANNEXES .....</b>	<b>350</b>
<input type="checkbox"/> <b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>351</b>
<input type="checkbox"/> <b>TABLE DE MATIERE.....</b>	<b>369</b>
<input type="checkbox"/> <b>RÉSUMÉ.....</b>	<b>383</b>

## □ RÉSUMÉ

### ملخص باللغة العربية

وفقا لدراسة للبنك الدولي التي كثيرا ما يتم الاستشهاد بها، فإنه يتم دفع ما يقدر بنحو 1 مليار دولار من الرشاوى كل عام. حيث إن الفساد يزيد من التكلفة الإجمالية لممارسة الأعمال التجارية على مستوى العالم بنسبة قد تصل إلى 10٪ وتكلفة عقود الشراء في البلدان النامية بنسبة تصل إلى 25٪. وهذا يعني أنه بالنسبة للاتحاد الأوروبي وحده، يتم فقدان ما يقرب من 120 مليار يورو، أو 1٪ من ناتجها المحلي الإجمالي، بسبب الفساد كل سنة.

ونتيجة لذلك، بذل المجتمع الدولي جهودا كبيرة لمكافحة مشكلة الفساد، التي أصبحت أولوية قصوى منذ منتصف تسعينيات القرن العشرين. وقد أدت هذه الحركة إلى ظهور عدد كبير من القواعد التي جعلت من مكافحة الفساد نظاما قانونيا مستقلا. على رأس هذا النظام المعقد سلسلة من الاتفاقيات الدولية، التي صادقت عليها العديد من الدول. وتستكمل هذه الاتفاقيات بقوانين وطنية لمكافحة الرشوة، وأشهر الأمثلة عليها هي قانون الممارسات الأجنبية الفاسدة في الولايات المتحدة (FCPA) وقانون الرشوة في المملكة المتحدة (UKBA). كما يتم إثراء المشهد التشريعي من خلال عدد من المبادرات غير الحكومية - من المنظمات غير الحكومية والمنظمات المهنية أو الشركات متعددة الجنسيات - التي تستخدم قواعدها وتوصياتها ومدونات قواعد السلوك الخاصة بها لتعزيز تدابير مكافحة الفساد.

إلى حد الساعة يعتبر القانون الجنائي السلاح المفضل في مكافحة الفساد. وتضمنت غالبية القواعد الدولية التزاما أساسيا على الدول الأعضاء بالمعاقبة على الفساد والجرائم ذات الصلة. من أجل خلق مجال متكافئ في بيئة التجارة الدولية، جعلت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCDE) هذا المبدأ (الذي تعود أصوله إلى قانون الممارسات الأجنبية الفاسدة في الولايات المتحدة - FCPA) المبدأ العام لاتفاقية مكافحة الرشوة الخاصة بها. غير أن التجربة العملية أظهرت أن القانون الجنائي وحده لا يستطيع أن يتصدى لهذه المهمة الصعبة؛ فيجب أيضا إشراك فروع القانون الأخرى لتحقيق هذا الهدف المشترك.

إن أحد فروع القانون الذي تم التقليل من شأن دوره في معالجة الفساد هو قانون العقود، رغم أن الالتزامات ذات الطابع التعاقدية موجودة في العديد من أشكال الفساد المختلفة.

بالنظر إلى القيمة الاقتصادية الهائلة للعقود الاستثمار بصفة عامة، فإن الدراسات القانونية في هذا المجال تعتبر ضئيلة مقارنة مع الدراسات الأخرى، وفي هذا السياق فقد أشارت العديد من التقارير الوطنية لعدد من الدول بندرة (إن لم يكن الغياب التام) في المحاكم للقضايا التي تتعامل مع آثار القانون المدني على الفساد.

ويعتبر كذلك القانون الإداري وسيلة مهمة لمكافحة الفساد بالنظر إلى الآليات المتاحة للدولة في هذا السياق، فمثلا يمكن للإدارة أن تسحب القرار الإداري (امتياز) إن تبين فساد المستفيد من القرار أو منع متعامل اقتصادي من المشاركة للترشح في صفقة عمومية مع أدراجه في القائمة السوداء. كلها آليات قد نصت عليها اتفاقية الأمم المحددة لمكافحة الفساد في المادة 34، التي صادقت عليها الجزائر مع العديد من الدول. في حين أن المادة 35 تتناول على وجه التحديد مسألة حقوق ضحايا الفساد.

إن تحديد مفهوم دقيق لعقود الاستثمار يعتبر أمرا معقدا كون بعضها يتعلق بالاستثمار المحلي (الوطني) والتي لا نجد صعوبة في تحديد مفهومها ونطاقها القانوني، فهي عقود إدارية بامتياز من اختصاص القضاء الإداري كونها تبرم ما بين الدولة ومستثمر محلي. غير أن إدراج العنصر الأجنبي في العقد قد يعقد الأمر نوعا ما فالأصل هو أن عقد الاستثمار هو عقد إداري شريطة ألا يتم تدويله.

تعتبر عقود الدولة وسيلة قانونية لفرار المستثمر الأجنبي من قضاء الدولة المضيفة وذلك بادراج شرط التحكيم وشرط القانون الواجب التطبيق مع شرط الثبات التشريعي في العقد، مما جعل مطالبة الدولة المضيفة بإبطال عقود الاستثمار المشوبة بالفساد من إحصاء هيئات التحكيم الدولية المختلفة. لذي فإن الاهتمام بهذا الموضوع يعتبر في بالغ الأهمية ويستلزم الدراسة والتحليل خصوصا وان الجزائر قد خسرت العديد من قضايا التحكيم أمام كل من غرفة التجارة الدولية (CCI) والمركز الدولي لفض منازعات المتعلقة بالاستثمار (CIRDI).

تعتبر القضية الشهيرة World duty free ضد دولة "كينيا" (2006) مرجعا قانونيا في مجال دراسة مكافحة الفساد في عقود الاستثمار، فلأول مرة يتم التطرق لمفهوم النظام العام الدولي (L'ordre public international) ومدى أهميته في تحديد مسارة قضية مطروحة أمام هيئة تحكيم دولية، التي لجأ إليها المستثمر الأجنبي من أجل مطالبته بتعويضات عن الضرر الذي لحقه جراء تعسف دولة كينيا تجاه استثماره.

وفي الآونة الأخيرة صدر قرارا تحكيمي (c) OUZBAKISTAN .SPENTEX - 2016) - غير منشور- عن المركز الدولي لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار (CIRDI)، حسم الأمر بتبنيه لفكرة عدم قبول دعوى المستثمر للمطالبة بتعويضات من الدولة المضيفة بسبب الفساد.

على إثر ما تم ذكره فقد تناولنا في المبحث التمهيدي الإطار القانوني لعقود الاستثمار من خلال مبحثين في المبحث الأول تنازلنا مفهوم للاستثمار والمستثمر وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى عقود الاستثمار.

في الباب الأول عالجنا فكرة إعادة النظر في الطرق التقليدية لمكافحة الفساد وقمنا بتقسيمه إلى فصلين، في الفصل الأول تطرقنا إلى مكافحة الفساد في نطاق القانون الجنائي من خلال مبحثين، في المبحث الأول تناولنا قانون مكافحة الفساد الحديث و في المبحث الثاني تطرقنا إلى التدابير الاحترازية لمكافحة الفساد ، أما الفصل الثاني فتناولنا اللجوء إلى القانون المدني و القانون الإداري لمكافحة الفساد من خلال مبحثين الأول، في المبحث الأول تطرقنا إلى آثار القانون المدني و القانون الإداري على الفساد و في المبحث الثاني تناولنا حقوق ضحايا الفساد.

في الباب الثاني عالجنا دور التحكيم الدولي في مكافحة الفساد وقمنا بتقسيمه أيضاً إلى فصلين، في الفصل الأول تطرقنا إلى القانون الدولي للاستثمار ومكافحة الفساد من خلال مبحثين، في المبحث الأول تناولنا حماية الاستثمار الأجنبي وفي المبحث الثاني الصلة التي تربط بين التحكيم الدولي للاستثمار ومكافحة الفساد. أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى التحكيم الدولي كوسيلة لمكافحة الفساد على النطاق الدولي وذلك من خلال مبحثين، في المبحث الأول تناولنا مكافحة الفساد ونشأت "النظام العام الدولي" وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى احترام القرارات التحكيمية للنظام العام الدولي.

## Résumé en Français

Conformément à une étude de la Banque mondiale fréquemment citée, on estime qu'approximativement 1 billion de dollars en pots-de-vin sont distribués annuellement. L'impact financier total de la corruption amplifie le coût global des opérations commerciales à l'échelle internationale jusqu'à 10 %, et le coût des contrats d'acquisition dans les pays en voie de développement peut s'accroître jusqu'à 25 %. Cela implique que pour l'Union européenne

uniquement, près de 120 milliards d'euros, équivalant à 1 % de son produit intérieur brut, sont dissipés annuellement en conséquence de la corruption.

En conséquence, d'importants efforts ont été déployés par la communauté internationale pour combattre le fléau de la corruption, qui est devenu une priorité prédominante depuis le milieu des années 1990. Ce mouvement a conduit à l'émergence d'un ensemble substantiel de règles, établissant la lutte contre la corruption comme un système juridique indépendant. Au sommet de ce système complexe se trouvent une série d'accords internationaux auxquels un grand nombre de pays ont adhéré. Ces accords sont complétés par des lois nationales anti-corruption, parmi lesquelles le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) aux États-Unis et le Bribery Act au Royaume-Uni sont les plus notables. De plus, le paysage législatif est enrichi par un certain nombre d'initiatives non gouvernementales, qu'il s'agisse d'organisations non gouvernementales, d'organisations professionnelles ou de sociétés multinationales. Elles emploient leurs propres règles, recommandations et codes de conduite pour renforcer les mesures anti-corruption.

Le droit pénal est actuellement considéré comme l'instrument privilégié de la lutte contre la corruption. La plupart des règles internationales imposent aux États membres une obligation majeure de réprimer la corruption et les délits connexes. Dans le but de créer des conditions de concurrence équitables dans le commerce international, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a formulé ce principe (dont les origines remontent au Foreign Corrupt Practices Act - FCPA - aux États-Unis) comme principe général de sa propre convention anti-corruption. Toutefois, l'expérience pratique a montré que le droit pénal ne peut à lui seul relever ce défi complexe ; il est également impératif d'impliquer d'autres branches du droit afin d'atteindre cet objectif commun.

En effet, le droit des contrats est l'une des branches du droit dont le rôle a été minimisé dans la lutte contre la corruption, bien que les obligations contractuelles soient présentes dans de nombreuses formes de corruption.

En tenant compte de la valeur économique significative des contrats d'investissement, on constate que les études juridiques dans ce domaine sont relativement peu nombreuses par rapport à d'autres domaines de la recherche juridique. Dans ce contexte, de nombreux rapports

nationaux de différents pays ont souligné la rareté, voire l'absence totale, d'affaires portées devant les tribunaux concernant les conséquences du droit civil sur la corruption.

Le droit administratif est également considéré comme un outil essentiel dans la lutte contre la corruption en raison des mécanismes dont dispose l'État dans ce contexte. Par exemple, l'administration peut retirer une décision administrative (concession) si la corruption du bénéficiaire de cette décision est avérée, ou encore exclure un opérateur économique de la participation à un marché public en le plaçant sur une liste noire. Toutes ces mesures sont prévues par l'article 34 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, à laquelle l'Algérie et de nombreux autres pays ont adhéré. L'article 35 porte spécifiquement sur les droits des victimes de la corruption.

La définition exacte des contrats d'investissement est en effet complexe, car certains relèvent de l'investissement national pour lequel il n'y a généralement pas de difficulté à définir leur concept et leur portée juridique, étant donné qu'ils sont du ressort du droit administratif, dans la mesure où ils sont conclus entre l'État et un investisseur local. Néanmoins, la présence d'un élément étranger (investisseur étranger) dans le contrat peut compliquer la situation, la règle générale prévoyant que le contrat d'investissement est un contrat administratif, à condition qu'il ne soit pas internationalisé.

Les contrats d'État sont effectivement un moyen juridique pour les investisseurs étrangers pour contourner la juridiction de l'État d'accueil, en intégrant des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans le contrat, avec une clause de stabilisation. Cette situation a conduit les États hôte à déposer des demandes en annulation de contrats d'investissement entachés de corruption auprès de différentes instances arbitrales internationales.

Les contrats d'État sont fréquemment utilisés par les investisseurs étrangers comme un moyen pour échapper à la juridiction de l'État d'accueil en intégrant dans le contrat des clauses d'arbitrage, de droit applicable et de stabilité juridique. Cela signifie que les demandes d'annulation de contrats d'investissement entachés de corruption relèvent de la compétence des différents organes arbitraux internationaux. Par conséquent, l'attention portée à ce domaine de recherche est d'une importance capitale et nécessite une étude et une analyse approfondies, d'autant plus que l'Algérie a perdu plusieurs affaires d'arbitrage devant des instances telles que

la Chambre de commerce internationale (CCI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

La célèbre affaire *World Duty Free v. Kenya* (2006) constitue en effet un précédent important dans la lutte contre la corruption dans les contrats d'investissement. Pour la première fois, cette affaire aborde le concept d'ordre public international et son importance dans la détermination de la direction à prendre dans une affaire portée devant une institution internationale d'arbitrage. A laquelle l'investisseur étranger a eu recours pour demander une indemnisation pour le préjudice qu'il a subi du fait de ces décisions arbitraires de l'État kenyan à l'égard de son investissement.

Une sentence arbitrale aurait en effet été rendue dans l'affaire *Spentex c. Ouzbékistan* en 2016, bien que la sentence ne soit pas publiée. Il semble que cette sentence arbitrale a conduit au rejet de la demande d'indemnisation de l'investisseur auprès de l'État d'accueil. Dans ce contexte, tribunal arbitral a résolu la question en estimant que la demande de dommages-intérêts de l'investisseur adressée au pays d'accueil ne serait pas acceptée à cause de la corruption.

Ce type de décision arbitrale peut avoir un impact significatif sur les droits et les recours des investisseurs dans le cadre des différends internationaux en matière d'investissement.

Pour donner suite à ce qui a été exposé, nous avons développé dans un chapitre préliminaire le cadre juridique des contrats d'investissement dans deux sections. La première section est consacrée à la notion d'investissement et de l'investisseur et la deuxième section porte sur les contrats d'investissement.

La première partie de ce travail vise à explorer les méthodes contemporaines de lutte contre la corruption, en particulier dans le contexte des contrats d'investissement. Nous remettons en question les approches traditionnelles et proposons des stratégies plus efficaces basées sur le droit pénal transnational et des mesures préventives. Nous examinons également les conséquences de la corruption sur les contrats en général et les droits des victimes d'actes de corruption. Enfin, nous explorons le potentiel du droit civil et du droit administratif comme outils supplémentaires dans la lutte contre la corruption.



La deuxième partie de ce travail se concentre sur le rôle de l'arbitrage international comme nouvel élément dans la lutte contre la corruption. Nous explorons comment le droit international de l'investissement peut être utilisé pour combattre la corruption, en mettant l'accent sur la protection des investissements internationaux et l'interaction entre l'arbitrage international des investissements et la lutte contre la corruption. Nous examinons également comment l'arbitrage peut être utilisé pour lutter contre la corruption à l'échelle internationale, en se concentrant sur l'émergence d'un ordre public transnational et la conformité des sentences arbitrales avec l'ordre public international.