

Collection of
ICC Arbitral Awards
Recueil des sentences
arbitrales de la CCI

1974-1985

Sigvard Jarvin & Yves Derains

Kluwer



Kluwer Law and Taxation Publishers

P.O. Box 23
7400 GA Deventer
The Netherlands

Tel: 31-5700-47261
Telex: 49295
Fax: 31-5700-22244

Library of Congress Cataloging-In-Publication Data

Collection of ICC arbitral awards, 1974-1985 = Recueil des
sentences arbitrales de la CCI.

I. Arbitration and award, International. I. Jarvin,
Sigvard. II. Derains, Yves, III. International Chamber
of Commerce. IV. Title: Recueil des sentences arbitrales
de la CCI.

K2400.C55 1989 341.5'22 89-24657
ISBN 92-842-00814
ISBN 90-6544-397-5 (Kluwer)

First reprint, 1998

ICC Publication 433

ISBN 92 842 0081 4 (ICC)

ISBN 90 6544 397 5 (Kluwer)

© 1990, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior permission of the publisher.

parties et le contrat avait prévu la possibilité de sa caducité, faute d'accord des parties sur un nouveau prix (même si cela était dans un cadre différent de la disparition du barème, voir la « clause anglaise »). Il semble alors que le choix des arbitres a été restreint, en raison de la position stricte du droit français sur la possibilité d'adaptation des contrats à, soit déclarer le contrat caduc, soit imposer une stabilité des prix. Cette dernière solution aurait certainement été contraire à la volonté d'origine des parties, qui avaient élaboré un mécanisme pour fluctuation des prix. (Cf. *Clunet* 1974, p. 897, « clause d'adaptation » et 1975, p. 925, « clause de réadaptation »).

II. — La sentence confirme, si nécessaire, que le tribunal arbitral investi des pouvoirs d'amiables compositeurs, n'est pas autorisé à procéder à une révision du contrat, à défaut d'accord exprès des parties. Elle confirme également que les arbitres ne sont pas des médiateurs. La sentence va dans un autre sens que celle rapportée en 1982, p. 971, dans laquelle les arbitres considèrent devoir résoudre les questions litigieuses dans un esprit transactionnel. Les arbitres ont raison de souligner l'importance de l'article 13.5 du Règlement de la CCI, pour ne pas porter atteinte aux stipulations contractuelles convenues. C'est pourquoi, on doit constater que le développement vers un laxisme permettant aux amiables compositeurs de se dégager non seulement des prescriptions dispositives de la loi, mais aussi des termes du contrat, comme il a été observé dans l'affaire 3327 (1982, p. 971), n'est pas chose acquise.

Plus récemment (*Financial Times*, August 31, 1984) M. A. H. Hermann a suggéré que les nouvelles formes en cours de développement aux Etats-Unis — les ADR (*alternative disputes resolutions*) — pour améliorer la procédure dans les litiges commerciaux, pourraient pallier les difficultés qui empêchent maintenant les arbitres, même amiables compositeurs, d'adapter des contrats. Cela peut être accompli dans les ADR avec la participation dans la procédure des dirigeants des entreprises eux-mêmes, avec pouvoir de régler le différend. Dans ce contexte, le juriste ne fait qu'aider les parties à présenter leur affaire, et ne tranche pas le litige comme arbitre ou juge. Mais on se trouve alors en dehors du cadre de l'arbitrage traditionnel, avec des conséquences quant à l'exécution de la décision qui s'ensuit.

S.J.

**Bonnes mœurs. — Corruption. — Moralité des affaires internationales.
— Nullité du contrat.**

Sentence rendue dans l'affaire 3916 en 1982.

L'arbitre unique, de nationalité autrichienne, siégeant à Paris, fut appelé à trancher un différend entre un demandeur iranien et une défenderesse grecque, concernant le paiement des commissions dues pour l'obtention des contrats avec l'Etat iranien. La défenderesse s'est opposée aux prétentions du demandeur en prétendant que la formation des contrats ne serait pas due à la diligence de la partie demanderesse et que, subsidiairement, l'accord entre les deux parties était, selon le droit de l'Iran et de la France (applicable en vertu de l'accord), illégal et atteint de nullité.

Selon le contrat, passé à Téhéran en deux versions originales, française et anglaise, le demandeur iranien devait assister la défenderesse « par ses informations, ses conseils et son action » pour obtenir des commandes de diverses administrations iraniennes. La société grecque devait rémunérer le demandeur « avec son groupe pour ses peines et soins en lui allouant une commission sur toutes les affaires traitées dans le cadre du contrat, au minimum de 2 % du montant de chaque contrat signé.

Le texte anglais était plus ou moins conforme à la version française, avec, toutefois, une exception : alors que cette dernière n'énonçait pas de droit applicable, la dernière phrase du texte anglais disait ceci :

« If the disagreement persist to call eventually on final arbitration to result in an award, according to French Law by the International Chamber of Commerce of Paris. »

La défenderesse obtint plusieurs contrats des administrations iraniennes mais la révolution iranienne de 1979 mit fin aux activités en Iran de la firme grecque en lui causant des pertes considérables. Elle ne paya à son partenaire iranien qu'une partie des commissions promises et correspondant aux paiements qu'elle avait reçus de l'Etat d'Iran.

Le demandeur était administrateur d'un département de l'Etat iranien. Avant de démissionner, il avait déployé des activités dans le secteur privé, entre autres, en ouvrant un cabinet de consultant. L'arbitre constata que le demandeur avait refusé de donner des détails sur ses démarches auprès des administrations iraniennes afin de provoquer l'adjudication de marchés en faveur de la société grecque.

L'arbitre devait d'abord décider si une loi matérielle applicable avait été convenue ou pas. Il constata à cet égard :

Le contrat, à cet égard, est doublement ambigu : la version française ne contient aucun choix, la version anglaise en contient un dont on ne sait pas s'il s'applique au droit de procédure, au droit matériel ou aux deux.

Si l'on n'interprétait pas le contrat dans le sens de la désignation d'un droit applicable au fond du litige, des liens pourraient être trouvés avec les droits suivants :

a) *Droit iranien : Le connexe avec ce droit est très fort car le contrat a été signé à Téhéran. Le demandeur devait déployer son activité rémunérée par la société grecque en Iran, ses commissions devaient être payées en Iran.*

b) *Droit grec : Le connexe est faible, le seul lien de l'affaire avec la Grèce étant le siège et la nationalité du défendeur.*

c) *Droit français : Le connexe — à part l'éventuel choix dont il est question ci-dessus — est faible et consiste en la rédaction en français d'une version du contrat ainsi que dans le siège de l'Organisation choisie pour trancher le litige, la CCI ; les parties ont dû toutefois savoir que le siège en France de la CCI n'impliquait ni un lieu d'arbitrage ni un arbitre français. Le choix de Paris comme lieu de l'arbitrage — la CCI avait initialement prévu Vienne — s'est opéré uniquement par convenance et indépendamment de toute intention des parties.*

d) *Droit autrichien : Le connexe est pratiquement nul, car le choix d'une personne de nationalité autrichienne et résidant en Autriche comme arbitre s'est opéré par la CCI uniquement par convenance et indépendamment de toute intention des parties.*

e) *Droit anglais ou droit d'un autre pays dont la langue serait l'anglais : Le connexe est pratiquement nul car les parties se sont sans aucun doute servi de la langue anglaise uniquement parce que cette langue est universellement employée.*

Restent donc « en compétition » le droit français comme éventuellement choisi par les parties, autrement le droit iranien.

Pour ce faire, l'arbitre a entrepris une comparaison des effets des actions des parties selon trois sources, le droit iranien, le droit français et — en dehors de toute loi nationale — selon la moralité des affaires internationales.

Il rappela les circonstances en Iran dans les termes suivants :

Il est notoire que, pendant les années au cours desquelles ont eu lieu les travaux de la société grecque en Iran, la corruption ou tout au moins la vente d'influence y étaient de pratique constante. Il était extrêmement difficile sinon impossible d'obtenir des contrats pour travaux publics sans recourir à ces moyens. Le Gouvernement iranien a, en vain, tenté de remédier à cet état de choses par de nombreuses lois. Citons ici la Loi punissant l'exercice d'influence de 1936, la Loi prohibant les interventions (Loi anticorruption) de 1958, la Loi punissant les conspirations concernant les transactions publiques de 1959, l'amendement de l'article 139 du Code pénal, également sur la corruption, de 1973. Toutes ces dispositions ordonnent des sanctions pénales assez graves pour les fonctionnaires publics ou employés au service d'organismes publics ou d'entreprises appartenant pour plus de la moitié à l'Etat ou à d'autres entités de droit public, lorsque ces personnes commettent des actes de corruption ou de trafic d'influence. L'accent, dans ces dispositions, est mis spécialement sur la conclusion de transactions entre l'Etat, l'entreprise étatique ou autre entité et un tiers, conclusion qui serait favorisée par les actes prohibés.

Cette législation ne semble pas avoir atteint son but. Pour cette raison, l'Office du Premier Ministre a demandé, à partir de juin 1975, à toutes les entreprises étrangères qui entrent en relations commerciales avec le Gouvernement iranien ou des organisations dépendant de celui-ci de soumettre une déclaration dont les termes étaient pré-formulés et selon laquelle l'entreprise étrangère assurait qu'elle n'avait ni donné ni reçu et qu'elle n'allait ni donner ni recevoir à ou de quelqu'un de commission, gratification, libéralité ou autre avantage pour conclure un contrat déterminé.

Cette initiative se situe, quant au moment où elle était prise, après la conclusion du contrat entre les parties du présent litige. Toutefois, elle n'a pas été une nouvelle source de droit, mais uniquement une mesure pour tenter, devant la réalité non conforme aux ordres du législateur, que ceux-ci soient mieux observés et pour détecter plus facilement les infractions.

Le code civil iranien de 1935 qui était en vigueur en 1975 et l'est — formellement — encore aujourd'hui prévoit la nullité de tous les contrats contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public iranien (cela ressort notamment des articles 190, 219 et 1288 ; voir Aghababian, La législation iranienne, tome II, Paris 1951 ; Muša Sabi, The Civil Code of Iran, Téhéran 1973 ; Khadjavi-Gontard et Hausmann, Grundzüge des iranischen Vertragsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Leistungsstörungen, Recht der Internationalen Wirtschaft, Heidelberg, 1979, p. 675 s.).

Après avoir rappelé l'étonnante rapidité avec laquelle le demandeur avait pu obtenir des marchés pour la société grecque, que le demandeur avait refusé de donner des explications sur la nature de son intervention, ou la composition de « son groupe », l'arbitre conclut que l'action du demandeur n'avait pu être que l'exercice de son influence sur ceux qui décidaient avec qui l'Etat d'Iran allait contracter.

L'arbitre examina ensuite la situation en droit français.

En droit français, il y a une jurisprudence constante (Cf. Cass. Req. ; 5 février 1902, D.P. 1902-1-158, Cass. Civ. 3 avril 1912, D.P. 1915, 1, 71) pour dire que sont nulles, au sens des articles 6, 1131 et 1133 C.c., en raison de leur cause illicite, les conventions par lesquelles quelqu'un s'engage moyennant contrepartie, à user de son influence auprès d'une administration publique afin d'obtenir un marché au bénéfice de son co-contractant. Il en est ainsi de toute promesse rémunérée de s'entremettre pour obtenir de l'Administration ou du Gouvernement une commande, même si elle émane d'un non-fonctionnaire (Dalloz, Répertoire de droit civil, tome V, « Ordre public et bonnes mœurs », n° 37). La question de savoir si certaines nullités sont absolues, c'est-à-dire existent même sans intervention judiciaire ou arbitrale, ou relatives, c'est-à-dire que l'annulation n'intervient que par le jugement ou par la sentence, est fort discutée en jurisprudence française ; bien qu'elle soit sans grande importance pour notre cas, préférence doit être donnée au concept de la nullité absolue (Cf. Dalloz, Répertoire de droit civil, tome V, « Nullité », notamment n° 14) ».

L'arbitre rejeta ensuite l'argument du demandeur selon lequel l'illicéité en droit français ne visait que les actes de corruption ou de trafic d'influence commis en France, tandis que les prohibitions identiques du droit iranien y seraient sans effet. Il continua :

Dans notre cas, il ne s'agit pas d'appliquer le droit iranien à travers une règle de conflit française. Il s'agit soit d'appliquer le droit matériel de l'Iran, soit celui de la France. Ce dernier ne se limite pas de considérer comme illicite et/ou contrevenant aux bonnes mœurs la corruption des fonctionnaires français ou le trafic d'influence sur ceux-ci, mais la corruption ou le trafic d'influence tout court. L'argument du demandeur ne serait éventuellement à prendre en considération que s'il s'agissait de l'application d'une règle de conflit française qui renverrait au droit matériel iranien lequel a) contiendrait une nullité pour contravention à l'ordre public (de l'Iran) ou aux bonnes mœurs (d'après les conceptions iraniennes) et que cette nullité heurterait l'ordre public international français, ou b) affirmerait la conformité de l'accord entre les parties à l'ordre public et aux bonnes mœurs en Iran, alors que le droit français (interne) serait ce qu'il est.

C'est encore à tort que le demandeur invoque, pour s'opposer de son côté au refus de paiement de la société grecque, la règle « Nemo auditur turpitudinem suam allegans ». En réalité, cette maxime est, tour à tour, utilisée à deux fins. Elle peut, sans doute, paralyser, en accord avec l'art. 1131 C.c., l'application d'une convention immorale. Mais, si cette convention a été exécutée, elle peut aussi paralyser les restitutions que devrait en entraîner la nullité.

Il est, par contre, unanimement admis que « Nemo auditur... » ne peut pas être utilisé afin de pouvoir réclamer le prix d'une transaction illicite ou immorale (citons parmi la littérature abondante la monographie de Le Tourneau sur La Règle « Nemo auditur », Pichon & Durand-Auzias, 1970).

Ayant ainsi apprécié l'affaire selon les lois matérielles iranienne et française, l'arbitre entreprit une étude en dehors de toute loi nationale — « d'après ce qui est considéré être la moralité dans les affaires internationales ». Il le fit dans les termes suivants :

Un précédent est constitué, à cet égard, par la sentence de la CCI rendue par l'arbitre Gunnar Lagergren et relatée par J. D. M. Lew dans Le contrat économique international, Stabilité et évolution, Travaux des VII^{es} journées d'études juridiques J. Dabín, les 22 et 23 novembre 1973, Bruxelles, Bruylant, et Paris, Pedone, 1975. Après avoir constaté que l'accord sur la base duquel un ex-fonctionnaire exigeait une commission pour son appui afin d'obtenir un contrat avec un Gouvernement était

contraire à deux législations ; l'arbitre s'est référé à un principe de droit généralement reconnu par les nations civilisées selon lequel des ententes violant sérieusement les bonnes mœurs ou l'ordre public international sont nulles ou tout au moins ne peuvent pas donner lieu à exécution. Même 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 ni 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.

La présente sentence ne peut se dissocier de cet avis.

L'arbitre déboute le demandeur et mit à la charge de celui-ci les frais de l'arbitrage (à l'exception des frais de défense de la partie défenderesse selon un accord entre les parties).

OBSERVATIONS . — Dans cette affaire, comme dans l'affaire 2730 rapportée *supra*, p. 914, le tribunal arbitral confirme la validité du dogme de nullité de contrats ou ententes violant les bonnes mœurs ou l'ordre public. Il le fait dans des termes fermes et nets qui ne laissent aucun doute sur le bien-fondé de cette thèse universellement reconnue « par les nations civilisées » (3916) « dans tous les pays et par toutes les législations » (2730). En tranchant le litige au fond, contrairement à ce qu'a fait le juge Lagergren dans une affaire semblable (Julian Lew, *Applicable Law in international commercial arbitration*, 1978, Oceana Publications Inc. New York, page 553), le tribunal arbitral contribue à donner effet aux arguments d'ordre public et de soutien de la moralité dans les affaires internationales. Si l'arbitre avait décliné sa compétence, il aurait risqué de laisser les parties dans l'impossibilité d'obtenir un jugement, ce qui aurait équivalu à un déni de justice. Il est d'autant plus satisfaisant que les arbitres acceptent leur compétence dans de tels cas, qu'il est souhaitable d'éviter que l'arbitrage ne devienne un échappatoire pour des contrats qui ne passeraient pas l'examen d'un tribunal étatique. Aussi peut-on considérer que les arbitres internationaux sont mieux placés que les juges nationaux pour connaître les pratiques et les normes des affaires internationales et sont en mesure, par conséquent, de contribuer à la création d'un véritable ordre public international.

S.J.

I. — Garantie bancaire. — Appel abusif de cautions bancaires (non). — Règlement d'arbitrage de la CCI, article 8.5. — Mesures conservatoires. — *Non bis in idem.*

II. — Principe général de l'arbitrage international. — Egalité des parties devant l'arbitre.

Sentence partielle rendue dans l'affaire 4126 en 1984.