

Les approches suisse et française du contrôle de la conformité à l'ordre public international

Andrea PINNA
Avocat au Barreau de Paris

DÉCISIONS COMMENTÉES

– Tribunal Fédéral Suisse, Arrêt 4A_136/2016 du 3 novembre 2016, *Alstom Transport SA et Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers LTD*
– Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, 10 avril 2018, N° RG 16/11182, *Alstom Transport SA et Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers LTD*

RÉSUMÉ

Rendus dans les procédures de recours en annulation et d'appel de l'ordonnance d'exequatur de la même sentence arbitrale, les deux arrêts commentés illustrent la différence des approches suisse et française de la conformité à l'ordre public international.

ABSTRACT

Rendered in the set aside proceedings and on the appeal against the leave for enforcement of the same arbitral award, the two annotated cases show the difference between the Swiss and the French approaches of the assessment of the conformity with public policy

Rendus dans la même affaire respectivement par le Tribunal fédéral suisse sur le recours en annulation¹ et par la Cour d'appel de Paris sur appel contre l'ordonnance d'exequatur en France², ces deux arrêts mettent parfaitement en évidence la différence d'approche dans le contrôle de la conformité à l'ordre public international.

Cela est d'autant plus intéressant que les décisions commentées ont été rendues dans un domaine, les soupçons de corruption et de versement de pots-de-vin, dont la prohibition fait sans aucun doute partie de l'ordre public international, ce qui d'ailleurs n'était pas contesté en l'espèce.

1. Bull. ASA 2017, 129.

2. Rev. arb. 2018, note à paraître E. Gaillard.

Le contexte est la réclamation du versement du solde de diverses commissions par un intermédiaire du commerce international ayant permis à des sociétés du groupe Alstom (ci-après « Alstom ») d'obtenir trois marchés publics de fourniture de matériel ferroviaire en République populaire de Chine.

Dans la procédure d'arbitrage CCI, Alstom n'a pas contesté le fait que c'était grâce aux efforts et services de l'intermédiaire que les marchés avaient été attribués, mais a refusé de verser le reliquat des commissions convenues au motif que l'intermédiaire n'avait pas fourni l'ensemble des preuves de ses prestations conformément aux engagements contractuels.

L'intermédiaire avait, après la conclusion et l'exécution des contrats, accepté de se soumettre à deux audits comptables réalisées par Alstom. Le premier avait révélé des erreurs et une carence de contrôle interne tandis qu'aucune information concernant le second audit n'avait été fournie au tribunal arbitral, ce dont celui-ci a déduit que ce second audit n'avait pas révélé de problème important.

Dans la sentence arbitrale du 19 janvier 2016, Alstom a été condamnée à verser une partie des commissions. Le siège de l'arbitrage étant Genève, Alstom a introduit un recours en annulation devant le Tribunal fédéral et a interjeté appel de l'ordonnance d'exequatur obtenue en France par l'intermédiaire le 30 mars 2016.

Dans les deux procédures, Alstom développait contre la sentence un grief fondé sur la violation de l'ordre public international matériel, non pas en alléguant que l'intermédiaire avait mis en œuvre des pratiques de corruption et de versement de pots-de-vin, mais en soutenant que « *la méconnaissance des stipulations contractuelles destinées à prévenir la corruption caractériserait par elle-même la violation de l'ordre public international* » (arrêt de la Cour d'appel de Paris) et que « *l'incompatibilité de la sentence attaquée avec l'ordre public matériel résiderait plutôt dans le fait que le Tribunal arbitral leur a ordonné d'effectuer en faveur de l'intimée des paiements qui ne sont pas conformes aux "règles de compliance (sic)" de [Alstom]* » (arrêt du Tribunal Fédéral, consid. 4.2.2).

Sans rentrer dans les subtilités d'argumentation et apprécier si le non-respect des procédures internes de prévention de la corruption constituerait par lui-même une violation de l'ordre public international³, les deux juridictions se sont placées sur le terrain de la corruption (et non de la « *compliance* ») en aboutissant à des conclusions différentes.

Le Tribunal fédéral suisse a rejeté le recours en annulation en se fondant sur la décision du tribunal arbitral selon laquelle la corruption n'était pas prouvée, sans vérifier l'exactitude de la conclusion du tribunal arbitral.

La Cour d'appel de Paris a au contraire manifesté la volonté de vérifier la conclusion à laquelle les arbitres étaient parvenus et, avant de statuer sur l'appel, a décidé de réouvrir les débats et ordonné, sous astreinte, la production de certains

3. On peut à ce sujet anticiper que la réponse soit négative en France, cf. le rejet de la violation de l'ordre public international en raison de l'attribution d'un marché public sans appel d'offres préalable, CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 16 mai 2017, *République Démocratique du Congo c/ Custom and Tax Consultancy*, N° RG 15/17442, JDI, 2017, 1361, note Gaillard E.; Rev. arb., 2018, 248, note Racine J.-B.; D. 2017, 2054, obs. Bollée S. : « *Considérant que si l'inobservation des règles de transparence dans la passation des marchés publics est un indice particulièrement significatif de telles infractions, elle ne saurait être sanctionnée pour elle-même, indépendamment d'une atteinte actuelle à l'objectif de lutte contre la corruption* ».

documents, en ce compris le rapport sur le second audit comptable qui n'avait pas été produit dans la procédure arbitrale.

Non seulement la conclusion est différente, mais la motivation des deux arrêts est aux antipodes.

D'une part, le Tribunal fédéral a considéré que « *le Tribunal arbitral, après avoir analysé les éléments probatoires que les recourantes lui avaient fournis afin d'étayer leur allégation implicite de corruption visant l'intimée, a estimé que cette allégation n'avait pas été prouvée (sentence, n. 277 à 280). Pareille conclusion découle d'une appréciation des preuves que la Cour de céans ne peut pas revoir* » (consid. 4.2.1). La raison de cette solution tient aux règles particulières du recours devant le Tribunal fédéral lequel est limité, en principe, aux questions de droit à l'exclusion des questions de fait. Le Tribunal Fédéral indique expressément qu'il « *statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF [Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005]). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF)* ». Ce sont des règles d'organisation judiciaire suisse qui limitent la possibilité pour le Tribunal fédéral, qui agit comme cour suprême, de contrôler les faits constatés par les arbitres⁴.

En revanche, l'appréciation par la Cour d'appel de Paris de la conformité de la sentence à l'ordre public international donne prise à un contrôle en fait et en droit : « *Considérant qu'il appartient à la cour, saisie sur le fondement des dispositions des articles 1525 et 1520, 5° du Code de procédure civile, de l'appel de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, de rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international ; qu'elle n'est liée, dans cet examen, ni par les appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties* ».

De surcroît, dans sa mise en œuvre du contrôle, la Cour d'appel de Paris n'est pas limitée à l'examen des éléments du dossier qui avaient été soumis aux arbitres : d'autres éléments de preuve sont admissibles, comme l'a affirmé la Cour d'appel dans l'affaire *Belokon* : « *le contrôle exercé par le juge de l'annulation sur la sentence arbitrale en vertu de l'article 1520, 5° du Code de procédure civile [a pour objet] de s'assurer que l'exécution de la sentence n'est pas de nature à faire*

4. Art. 105, Faits déterminants.

(1) Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente.

(2) Il peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95.

Art. 77, Arbitrage

(1) Le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux :

– pour l'arbitrage international, aux conditions prévues aux art. 190 à 192 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ;

– pour l'arbitrage interne, aux conditions prévues aux art. 389 à 395 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008.

(2) Sont inapplicables dans ces cas les art. 48, al. 3, 90 à 98, 103, al. 2, 105, al. 2, et 106, al. 1, ainsi que l'art. 107, al. 2, dans la mesure où cette dernière disposition permet au Tribunal fédéral de statuer sur le fond de l'affaire.

bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses ; Considérant que cette recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci »⁵.

Dès lors que ce qui est appréciée est non pas la sentence dans l'abstrait, mais son exécution et sa reconnaissance dans l'ordonnement juridique français, les juridictions françaises ne se limitent pas au seul contrôle de la sentence rendue sur la base des éléments de preuve présentés aux arbitres, mais apprécient plus largement la situation juridique créée par la sentence.

Les règles de procédure devant le Tribunal fédéral, juge de cassation et non pas juge d'appel, aboutissent à une restriction considérable du contrôle de la conformité à l'ordre public international. Il s'agit d'un nouvel exemple de l'impact fondamental que les règles procédurales d'un système juridique peuvent avoir sur l'étendue et intensité du contrôle d'une sentence arbitrale ou de sa reconnaissance⁶. Le recours en révision contre la sentence arbitrale, recevable en droit suisse lorsque des éléments de fait non soumis aux arbitres sont découverts, permet certes un contrôle en fait⁷, mais il s'agit d'un remède dont l'application se limite aux sentences arbitrales surprises par fraude.

L'impossibilité de principe de contrôler l'appréciation des éléments de preuve effectuée par les arbitres est une règle tout à fait particulière à la Suisse⁸, parfois justifiée au titre de l'interdiction de révision de la sentence au fond par le juge du contrôle. Il est toutefois difficile d'admettre qu'il soit possible de se retrancher derrière ce principe afin de refuser de contrôler des situations juridiques qui pourraient avoir pour conséquence de heurter des valeurs les plus fondamentales de l'ordre juridique, comme la prohibition de la corruption, du blanchiment ou de la fraude fiscale. En nuanciant l'efficacité pratique de l'affirmation selon laquelle la prohibition de la corruption et des pots-de-vin fait partie de l'ordre public matériel au sens de l'article 190(2)(e) de la LDIP (Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé), des auteurs ont lucidement considéré : « *That said, it is submitted here that these clear principles could be of limited practical importance. Indeed, one must bear in mind that when applying Article 190(2)(e) of the PILA [LDIP] the Federal Tribunal does not review the findings of the facts or the application of the law by the arbitrators. Therefore, if one party argues before the arbitrators that a contract was tainted by corruption and if the arbitral tribunal disagrees (be it for lack of evidence, or on legal grounds, or both), this party cannot re-argue the case before the Federal Tribunal. In order to have the award set aside, a party would need to show that the arbitrators made a finding of corruption but nevertheless issues an award that, in practice, amounts to giving*

5. CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *République du Kirghizistan c/ Valeri Belokon*, Revue droit des contrats, 2017(2), 304, obs. Boucobza X., Serinet Y.-M. ; Rev. arb. 2017, 915, note Audit M., Bollée S. ; JDI 2017, 1361, note Gaillard E.

6. Pour un exemple tiré des règles judiciaires sur l'administration de la preuve, cf. Pinna A., Barrier A., « L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue. Approche critique du droit français à la lumière du droit comparé », Cahiers de l'arbitrage 2012, 295.

7. Cf. par exemple l'affaire des Frégates de Taiwan, Trib. féd., 6 oct. 2009, n° 4A_596/2008, Rev. arb. 2009, 869, obs. Tschanz P.-Y. et Fellrath I. ; D. 2009, 2959, obs. Clay Th. et plus récemment, Trib. féd., 21 nov. 2016, Rev. arb., 2017.1250, obs. Tschanz P.-Y. et Fellrath Gazzini I.

8. Poudret J.-F., Besson S., *Comparative law of international arbitration*, 2^e éd. 2007, n° 788.

a form of legal sanction to the contract (e.g. by ordering payments under the contract [...]) »⁹.

Il est désormais acquis en France que l'interdiction de se prononcer sur le bien-fondé des sentences arbitrales n'empêche pas les tribunaux de se livrer à un contrôle en droit et en fait de tous les éléments permettant d'établir l'existence d'un cas d'annulation¹⁰. Le principe de non-révision au fond n'est donc pas considéré comme un obstacle à un tel contrôle alors qu'est seulement sanctionnée une violation manifeste (auparavant flagrante), effective et concrète de la conception française de l'ordre public international.

Lorsque l'arrêt dans l'affaire *Thalès c/ Euromissiles*¹¹ avait été rendu, un auteur avait évoqué l'illicéité qui crève les yeux¹². C'est une question aujourd'hui discutée de savoir si l'approche des juridictions françaises et si l'intensité du contrôle ont depuis changé. Ce qui est indéniable est que celles-ci refusent de fermer les yeux, ce qui est désormais aussi l'approche des arbitres du commerce international¹³, lesquels se montrent curieux, y compris et peut-être surtout, lorsque les parties sont peu loquaces sur les questions de corruption alors que des « red flags » sont présents.

*
**

**Tribunal Fédéral Suisse, Arrêt 4A_136/2016 du 3 novembre 2016,
*Alstom Transport SA et Alstom Network UK LTD
c/ Alexander Brothers LTD***

1^{re} Cour de droit civil

Composition :

Mmes les Juges Kiss,

Présidente, Klett et Hohl

Greffier :

M. Carruzzo

Recours en matière civile contre la sentence finale rendue le 29 janvier 2016 par le Tribunal arbitral CCI.

Faits :

A.

Les 26 août 2004, 22 décembre 2004 et 2 décembre 2009, A.X. _____ SA, société de droit xxx, et B.X. _____ Ltd, société de droit yyy, d'une part (ci-après : les sociétés X. _____ ou les défenderesses), et la société de droit

9. Geisinger E., Mazuranic A., Challenge and Revision of the Award, in Geisinger E., Voser N. (dir.), *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, 2^e éd. 2013.

10. Chantebout V., *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse Université Paris II, 2007, dir. Jarrosson Ch.

11. Paris, 18 novembre 2004, Gaz. Pal., 22 octobre 2005, n° 295, p. 5, note Seraglini ; Rev. crit. DIP 2006, p. 104, note Bollée ; JDI 2005, p. 357, note Mourre.

12. Radicati di Brozolo L., « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international : à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris », Rev. arb. 2005, p. 527.

13. Cf. Gaillard E., « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », Rev. arb. 2017, 805 ; Schimmel D., Miranda A., Tewarie S., "Bridging the Cultural Gap in International Arbitrations arising from FCPA Investigations", 39, *Fordham International Law Journal*, 829 (2016).

zzz Z._____ Ltd (ci-après : Z._____ ou la demanderesse), d'autre part, ont conclu trois contrats de conseil (*Consultancy Agreements*; ci-après : les contrats, resp. le contrat n° 1, le contrat n° 2 et le contrat n° 3), soumis au droit suisse, par lesquels celles-là ont chargé celle-ci de les assister dans la préparation et la soumission d'offres en vue de l'attribution de marchés relatifs à des projets d'infrastructure (transport) initiés par la République U._____ et, le cas échéant, dans l'exécution de ces projets. Une clause arbitrale, insérée dans chacun des trois contrats, confiait à un tribunal arbitral de trois membres, constitué sous l'égide de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), le soin de régler les différends pouvant résulter de l'exécution de ces contrats. Le siège de l'arbitrage a été fixé à Genève.

Ces trois contrats faisaient suite à deux autres contrats de conseil conclus par les mêmes parties et entièrement exécutés.

Entre février 2006 et novembre 2008, les sociétés X._____ ont payé les factures émises par Z._____ au fur et à mesure de l'avancement des projets qu'elles s'étaient vues adjudger par le truchement de la société zzz. Elles ont versé à cette dernière des sommes correspondant au total à 55 % de la rémunération prévue dans le contrat n° 1 et à 80 % de la rémunération prévue dans le contrat n° 2. Depuis lors, elles se sont abstenues de tout paiement au titre de ces deux contrats et n'ont rien versé à Z._____ du chef du contrat n° 3. Selon elles, en effet, différentes enquêtes pénales portant sur des soupçons de corruption en lien avec des projets auxquels avait participé X._____ étaient en cours, notamment aux États-Unis d'Amérique, via le *Department of Justice* (DOJ), et au Royaume-Uni, via le *Serious Fraud Office* (SFO). Aussi n'avaient-elles pas d'autre choix que de suspendre le paiement des commissions, sauf à s'exposer à de lourdes sanctions pénales, dès lors que les vérifications faites avaient révélé l'existence de violations commises par Z._____ des règles, intégrées aux contrats, que X._____ avait établies pour ses consultants, dans le cadre de sa politique d'éthique et de conformité (*Ethic & Compliance Policy*), afin de prévenir la corruption.

B.

Le 20 décembre 2013, Z._____ a adressé à la CCI une requête d'arbitrage dirigée contre les sociétés X._____ en vue d'obtenir, notamment, le paiement du solde de ses commissions pour les contrats n^{os} 1 et 2, ainsi que le versement de la rémunération afférente au contrat n° 3. Les défenderesses ont conclu au rejet intégral de la demande.

Après avoir instruit la cause, le Tribunal arbitral, admettant partiellement la demande, a condamné les défenderesses, par sentence finale du 29 janvier 2016, à payer à la demanderesse la somme de 932 800 euros en rapport avec le contrat n° 1 et le montant de 624 440 euros relativement au contrat n° 2, le tout avec intérêts. Pour ce faire, et s'agissant des seuls motifs qui revêtent encore de l'importance à ce stade de la procédure, il a tout d'abord examiné les pièces versées au dossier de l'arbitrage, mais n'y a pas décelé la preuve – le fardeau en incombait aux défenderesses, selon lui – d'actes de corruption imputables à la demanderesse. Le Tribunal arbitral s'est penché, en second lieu, sur l'argument des défenderesses d'après lequel la demanderesse n'avait pas satisfait à son obligation contractuelle d'apporter la preuve des services rendus (*proof of services*), alors que chacun des trois contrats en faisait une condition nécessaire

au paiement des commissions stipulées. À cet égard, il a opéré une distinction entre les contrats n^{os} 1 et 2, d'une part, et le contrat n^o 3, d'autre part. En ce qui concerne les deux premiers, il a souligné que, si chacun d'eux contenait certes une clause particulière touchant la preuve des services rendus par le consultant, il convenait d'interpréter cette clause en fonction du comportement adopté par les parties postérieurement à sa conclusion. Or, celles-ci avaient manifesté, par leur comportement commun, qu'elles n'entendaient pas interpréter la clause en question à la lettre. Ainsi, pendant de nombreuses années, les défenderesses, nonobstant le texte de cette clause, s'étaient contentées des pièces que leur avait soumises la demanderesse pour verser à cette dernière les acomptes sur commissions stipulés dans les contrats, et ce sans formuler de réserves. Du reste, poursuit le Tribunal arbitral, à supposer même que la conduite adoptée par les parties quant à la preuve des services rendus n'ait plus été couverte par le texte de la clause topique des contrats n^{os} 1 et 2, force serait alors d'admettre que cette conduite commune a eu pour effet de modifier les obligations contractuelles de la demanderesse relatives à cette preuve-là. Le Tribunal arbitral s'est ensuite employé à démontrer pourquoi la même conclusion ne pouvait pas être tirée par rapport au contrat n^o 3. Outre le texte nettement plus détaillé et strict de la clause comparable figurant dans celui-ci, il a encore mis en évidence le fait que les défenderesses n'avaient rien versé à la demanderesse en exécution de ce dernier contrat et les divers engagements pris par la demanderesse, avant la conclusion de ce dernier, quant au respect du code d'éthique et de conformité édicté par X._____.

C.

Le 2 mars 2016, les défenderesses (ci-après : les recourantes) ont formé un recours en matière civile, assorti d'une requête d'effet suspensif, afin d'obtenir l'annulation de la sentence du 29 janvier 2016. Elles y reprochent au Tribunal arbitral d'avoir rendu une sentence incompatible avec l'ordre public et d'avoir violé leur droit d'être entendues.

Dans sa réponse du 12 avril 2016, la demanderesse (ci-après : l'intimée) a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, au rejet de celui-ci dans la mesure de sa recevabilité.

Les recourantes, dans leur réplique du 26 mai 2016, et l'intimée, dans sa duplique du 10 juin 2016, ont maintenu leurs conclusions, l'intimée précisant toutefois qu'elle s'en remet à justice en ce qui concerne la recevabilité du recours.

L'effet suspensif a été accordé au recours par ordonnance présidentielle du 28 juin 2016.

Considérant en droit :

1. D'après l'art. 54 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision a été rendue dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans les mémoires qu'elles ont adressés au Tribunal fédéral, elles ont employé le français, respectant ainsi l'art. 42 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 70 al. 1 Cst. (arrêt 4A_386/2015 du 7 septembre 2016, destiné à la publication, consid. 1). Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt en français.

2. Le recours en matière civile est recevable contre les sentences touchant l'arbitrage international aux conditions fixées par les art. 190 à 192 LDIP (art. 77 al. 1 let. a LTF). Qu'il s'agisse de l'objet du recours, de la qualité pour recourir, du délai de recours, des conclusions prises par les recourantes ou encore des griefs soulevés dans le mémoire de recours, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Rien ne s'oppose donc à l'entrée en matière.

3.

3.1. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF). Aussi bien, sa mission, lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, ne consiste-t-elle pas à statuer avec une pleine cognition, à l'instar d'une juridiction d'appel, mais uniquement à examiner si les griefs recevables formulés à l'encontre de ladite sentence sont fondés ou non. Permettre aux parties d'alléguer d'autres faits que ceux qui ont été constatés par le tribunal arbitral, en dehors des cas exceptionnels réservés par la jurisprudence, ne serait plus compatible avec une telle mission, ces faits fussent-ils établis par les éléments de preuve figurant dans le dossier de l'arbitrage (arrêt 4A_386/2010 du 3 janvier 2011 consid. 3.2). Cependant, comme c'était déjà le cas sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire (cf. ATF 129 III 727 consid. 5.2.2 ; **128 III 50** consid. 2a et les arrêts cités), le Tribunal fédéral conserve la faculté de revoir l'état de fait à la base de la sentence attaquée si l'un des griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 LDIP est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure du recours en matière civile (**ATF 138 III 29** consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

3.2. Sous nos 42 à 44 de leur mémoire, les recourantes allèguent diverses circonstances concernant, d'une part, le risque d'être poursuivies pénalement par le DOJ et/ou le SFO auquel elles s'exposeraient en exécutant leurs obligations pécuniaires résiduelles vis-à-vis de l'intimée et, d'autre part, le fait que cette dernière aurait signé, entre autres documents, deux « déclarations de compliance (sic) de X._____ » à l'époque où elle leur avait envoyé ses dernières factures relatives aux contrats nos 1 et 2. Force est, toutefois, d'observer que, pour étayer ces allégations, elles ne se réfèrent qu'à des pièces versées au dossier de l'arbitrage et non pas à des constatations précises figurant dans la sentence attaquée, allant même jusqu'à reprocher aux arbitres de ne pas avoir tenu compte du second fait avancé par elles. Dès lors, la Cour de céans ne prendra pas en considération ces allégations-là, lesquelles sont incompatibles avec les principes jurisprudentiels précités.

4.

Dans un premier moyen, les recourantes font grief au Tribunal arbitral d'avoir rendu une sentence contraire à l'ordre public matériel au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.

4.1. Une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable

avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants ; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables (**ATF 132 III 389** consid. 2.2.1).

Les promesses de versement de pots-de-vin, d'après la conception juridique suisse, sont contraires aux mœurs et, partant, nulles en raison du vice affectant leur contenu. Selon un point de vue confirmé, elles contreviennent également à l'ordre public (**ATF 119 II 380** consid. 4b). Encore faut-il, pour que le grief correspondant puisse être admis, que la corruption soit établie, mais que le Tribunal arbitral ait refusé d'en tenir compte dans sa sentence (arrêt 4A_532 et 534/2014 du 29 janvier 2015 consid. 5.1 ; arrêt 4A_231/2014 du 23 septembre 2014 consid. 5.1 et les références).

4.2.

4.2.1. En l'espèce, le Tribunal arbitral, après avoir analysé les éléments probatoires que les recourantes lui avaient fournis afin d'étayer leur allégation implicite de corruption visant l'intimée, a estimé que cette allégation n'avait pas été prouvée (sentence, n. 277 à 280). Pareille conclusion découle d'une appréciation des preuves que la Cour de céans ne peut pas revoir (cf. consid. 3.1 ci-dessus) ; son bien-fondé est d'ailleurs confirmé par les recourantes, lesquelles précisent, sous n. 26 de leur réplique, « qu'elles ne prétendent pas avoir la preuve d'actes de corruption commis en relation avec les contrats litigieux ». Dans ces conditions, il est exclu de reprocher au Tribunal arbitral d'avoir méconnu l'ordre public en ordonnant le paiement de commissions relatives à des contrats de conseil qui seraient frappés de nullité pour cause de corruption.

4.2.2. À suivre les recourantes, l'incompatibilité de la sentence attaquée avec l'ordre public matériel résiderait plutôt dans le fait que le Tribunal arbitral leur a ordonné d'effectuer en faveur de l'intimée des paiements qui ne sont pas conformes aux « règles de compliance (*sic*) » de X._____ et qui les exposeraient, de ce fait, au risque de lourdes sanctions pénales (réplique, n. 27). Ces règles, ajoutent-elles, constituent la concrétisation, au niveau de l'entreprise et de ses cocontractants, des normes anti-corruption reconnues internationalement d'intérêt public majeur et, partant, d'un objectif ayant un caractère d'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP (réplique, n. 33).

Comme l'intimée le souligne à juste titre (duplicque, n. 16 à 21), les recourantes, en argumentant de la sorte, tentent d'élever au niveau normatif – autrement dit, à celui de la notion d'ordre public matériel que la jurisprudence du Tribunal fédéral a tirée de la disposition légale citée – des règles édictées par un sujet de droit privé et à laisser ainsi à un groupe de sociétés commerciales la faculté de définir cette notion-là. Effectivement, il n'est pas imaginable d'abandonner à un sujet de droit privé, n'ayant de surcroît pas son siège en Suisse, le soin de déterminer, pour reprendre la définition de la notion d'ordre public visée par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique (**ATF 132 III 389** consid. 2.2.3).

S'agissant de la disposition touchant la preuve des services fournis, que les parties ont insérée dans chacun des trois contrats litigieux et qui constitue l'une

des règles en question, le Tribunal arbitral, interprétant le comportement adopté par les cocontractantes après la conclusion des contrats n^{os} 1 et 2, en a déduit la volonté concordante des parties d'alléger la charge de la preuve imposée à l'intimée par cette disposition. Ce faisant, il a procédé à une interprétation subjective de la volonté des parties, dont il a tiré la conclusion que les intéressées s'étaient mises d'accord – par une interprétation réductrice de la disposition en cause, voire par une modification consensuelle de sa teneur – pour restreindre les formalités imposées à l'intimée quant à la preuve des services fournis par elle (sentence, n. 300 à 306). Puis il a constaté que l'intéressée avait satisfait à l'exigence de preuve ainsi réduite (sentence, n. 307). Or, l'interprétation subjective, fondée notamment sur l'attitude des parties après la conclusion du contrat, repose sur l'appréciation des preuves et relève du domaine des faits, si bien qu'elle lie le Tribunal fédéral (**ATF 142 III 239** consid. 5.2.1). Au demeurant, ressortirait-elle au droit que le Tribunal fédéral ne pourrait pas non plus la revoir dans le cadre de l'examen du grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Dans ces conditions, le moyen pris de la violation de l'ordre public matériel tombe à faux.

5.

Dans un second moyen, les recourantes, invoquant l'art. 190 al. 2 let. d LDIP, reprochent au Tribunal arbitral d'avoir violé leur droit d'être entendues. Selon elles, les parties ne pouvaient pas s'attendre à ce que le Tribunal arbitral réduisît les exigences imposées à l'intimée, quant à la preuve des services fournis, par une interprétation subjective de leur volonté qui le conduirait à restreindre la portée de la clause topique des contrats n^{os} 1 et 2, voire à en modifier le contenu. Elles le pouvaient d'autant moins, à les en croire, que, dans son ordonnance de procédure n. 18 du 28 mai 2015, le Tribunal arbitral les avait invitées à se déterminer sur deux questions précises de droit suisse n'ayant aucun rapport avec les « théories » appliquées par lui. Toujours selon les recourantes, l'effet de surprise aurait été accentué en l'espèce du fait que les parties, toutes étrangères à la Suisse, n'étaient pas représentées par des avocats suisses dans la procédure arbitrale.

5.1. En Suisse, le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. Le droit des parties d'être interpellées sur des questions juridiques n'est reconnu que de manière restreinte. En règle générale, selon l'adage *jura novit curia*, les tribunaux étatiques ou arbitraux apprécient librement la portée juridique des faits et ils peuvent statuer aussi sur la base de règles de droit autres que celles invoquées par les parties. En conséquence, pour autant que la convention d'arbitrage ne restreigne pas la mission du tribunal arbitral aux seuls moyens juridiques soulevés par les parties, celles-ci n'ont pas à être entendues de façon spécifique sur la portée à reconnaître aux règles de droit. À titre exceptionnel, il convient de les interpellier lorsque le juge ou le tribunal arbitral envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence (**ATF 130 III 35** consid. 5 et les références). Au demeurant, savoir ce qui est imprévisible est une question d'appréciation. Aussi le Tribunal fédéral se montre-t-il restrictif dans l'application de ladite règle pour ce motif et parce qu'il convient d'avoir égard aux particularités de ce type de procédure en évitant que l'argument de la surprise ne soit utilisé en vue d'obtenir un examen matériel de la sentence par l'autorité de recours (arrêt 4A_202/2016 du 31 août 2016 consid. 3.1 et les arrêts cités).

5.2. Considéré à la lumière de ces principes, le grief soulevé apparaît dénué de tout fondement.

L'interprétation subjective constitue l'un des deux piliers sur lesquels repose l'interprétation des contrats en droit suisse (cf. art. 18 al. 1 CO), le second étant l'interprétation objective (**ATF 142 III 239** consid. 5.2.1 et les arrêts cités). Il est, par ailleurs, admis de longue date que le comportement concordant adopté par les cocontractants postérieurement à la conclusion du contrat sert principalement à déterminer leur réelle et commune intention, en ce qu'il constitue une interprétation subséquente authentique du contrat faite par les signataires mêmes de celui-ci, mais qu'il peut aussi être assimilé, suivant les circonstances, à une modification subséquente concluante du contrat, voire, le cas échéant, à une annulation de ce dernier (cf., parmi d'autres : Ernest A. Kramer, in « Commentaire bernois », *Das Obligationenrecht*, VI/1, 1986, n° 28 ad art. 18 CO et les références, auteur cité dans les notes de pied n. 250 et 253 de la sentence attaquée). Les recourantes ne sont donc pas crédibles lorsqu'elles plaident l'effet de surprise alors que l'un des principaux éléments du litige consistait à déterminer la portée de la clause des contrats relative à la preuve des services fournis par l'intimée en sa qualité de consultant. Peu importe, à cet égard, que le Tribunal arbitral ait invité les parties à répondre à deux questions spécifiques de droit suisse sans rapport avec cette problématique. À plus forte raison, l'argument tiré de la nationalité étrangère des conseils mandatés par les recourantes n'est-il pas recevable : d'une part, et d'une manière générale, l'application du principe rendu par l'adage *jura novit curiae* et les exceptions que souffre ce principe ne peuvent pas dépendre de la nationalité des avocats des parties ; d'autre part et qui plus est, s'agissant en l'espèce de contrats que les parties avaient soumis au droit suisse, le choix de renoncer à l'assistance de conseils suisses, si tant est que tel ait bien été le cas, pouvait comporter des risques dans ces circonstances.

Cela étant, le présent recours ne peut qu'être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

6.

Les recourantes, qui succombent, devront payer les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF) et verser des dépens à l'intimée (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

- 1.** Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- 2.** Les frais judiciaires, arrêtés à 17 500 francs, sont mis à la charge des recourantes, solidairement entre elles.
- 3.** Les recourantes sont condamnées solidairement à verser à l'intimée une indemnité de 19 500 francs à titre de dépens.
- 4.** Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à Me..., avocat à Zurich, pour le Tribunal arbitral CCI.

*
**

**Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, 10 avril 2018, N° RG
16/11182, Alstom Transport SA et Alstom Network UK LTD
c/ Alexander Brothers LTD**

Composition :

Mme Dominique GUIHAL, présidente

Mme Dominique SALVARY, conseillère

M. Jean LECAROS, conseiller

Décision déférée à la Cour : Ordonnance du 30 mars 2016 rendue par le président du TGI de PARIS qui a conféré l'exequatur à la sentence rendue le 29 janvier 2016 par le tribunal arbitral composé de MM A. et B., arbitres, et de M. C., président

La société de droit français Alstom Transport SA et la société de droit anglais Alstom Network U.K Ltd. ont conclu avec Alexander Brothers Ltd (ABL), société de droit de la région administrative de Hong Kong (République populaire de Chine), trois contrats de consultant pour les assister dans la soumission d'offres de fourniture de matériel ferroviaire en Chine. Les deux premiers contrats, datés des 26 août et 22 décembre 2004, étaient relatifs à des appels d'offres du ministère des transports pour la fourniture de locomotives électriques de fret lourd et de rames automotrices de transport de passagers à grande vitesse. Le troisième, conclu le 2 décembre 2009, concernait un appel d'offres de la Shanghai Shengton Holding Group pour la fourniture de matériel roulant destiné à l'extension du métro de Shanghai.

Alstom Transport SA a obtenu l'attribution de ces trois marchés. Elle a payé les premiers termes des contrats 1 et 2 en février 2006 et novembre 2008 mais n'a pas réglé le solde et n'a rien versé au titre du contrat n° 3.

Le 20 décembre 2013, ABL a déposé une requête d'arbitrage auprès de la Chambre de commerce internationale sur le fondement des clauses compromissoires stipulées par les trois contrats, qui prévoyaient un arbitrage à Genève avec application du droit suisse au fond du litige. ABL réclamait le solde de ses factures, soit 2 975 480 euros en principal, outre les intérêts, ainsi que 1 500 000 euros à titre de dommages-intérêts pour le préjudice causé par le comportement incorrect et les audits incessants d'Alstom et 1 000 000 euros à titre de dommages-intérêts punitifs.

Par une sentence rendue le 29 janvier 2016, le tribunal arbitral composé de MM A. et B., arbitres, et de M. C., président, a condamné les deux sociétés Alstom à payer à ABL la somme principale de 932 800 euros au titre du contrat n° 1 et celle de 624 440 euros au titre du contrat n° 2, outre les intérêts, les frais d'arbitrage et les honoraires d'avocats de la partie adverse, et rejeté le surplus des demandes.

Les sociétés Alstom ont saisi le Tribunal fédéral de Lausanne d'un recours en annulation de la sentence, qui a été rejeté le 3 novembre 2016.

Le 18 mai 2016, elles ont interjeté appel de l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Paris du 30 mars 2016 qui avait conféré l'exequatur à la sentence.

Par des conclusions notifiées le 23 novembre 2017, elles demandent à la cour d'infirmier l'ordonnance entreprise et de condamner la partie adverse à leur

payer la somme de 30 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile. Elles invoquent la violation de l'ordre public international et la méconnaissance du principe de la contradiction.

Par des conclusions déposées le 12 décembre 2017, ABL sollicite la confirmation de l'ordonnance d'exequatur, le rejet des prétentions des sociétés Alstom et leur condamnation *in solidum* à payer une indemnité de 10 000 euros pour procédure abusive, outre 30 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile.

SUR QUOI :

Sur le moyen tiré de la violation de l'ordre public international (article 1520, 5° du Code de procédure civile) :

Alstom expose qu'à compter de 2001, elle a mis en place une politique d'éthique et de conformité – qu'elle n'a cessé de renforcer par la suite – qui vise notamment à prévenir les risques de corruption. À ce titre, elle a introduit dans les contrats de consultant des stipulations qui subordonnent tout paiement à la fourniture régulière de rapports détaillés sur les diligences du consultant, à la conservation par lui des éléments matérialisant ses activités et à la fourniture de factures assorties de documents justifiant de la nature et de la réalité des services rendus. Alstom soutient que suivant les standards internationaux exprimés, notamment, par la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, par le rapport de 2010 du Groupe de la Banque mondiale sur l'intégrité, ou encore par les règles pour combattre la corruption émises par la CCI en 2011, la mise en place d'un programme de conformité (« compliance ») relève des principes essentiels de lutte contre la corruption qui sont d'ordre public international. Alstom en déduit que la seule circonstance qu'ABL ait fourni des pièces insuffisantes à démontrer la réalité des services rendus établit que la sentence qui impose de lui verser une rémunération viole l'ordre public international, peu important qu'il ne soit pas prouvé, ni même allégué, que des faits de corruption aient été effectivement commis par le consultant. Alstom fait encore valoir qu'elle est visée par des poursuites pénales pour corruption aux États-Unis et au Royaume-Uni et qu'en versant des rémunérations à un consultant sans pièces justificatives, elle s'expose à des sanctions. Elle ajoute que le fait qu'elle ait versé les premières échéances des contrats 1 et 2 ne peut s'analyser en une modification des prévisions contractuelles relatives à la fourniture de justificatifs dans la mesure où une telle modification serait illicite et contraire à l'ordre public international.

Considérant que la sentence tient pour établis les faits suivants :

– des relations contractuelles ont été nouées entre les parties à compter de 2003 par un contact pris entre les dirigeants d'Alstom Transport et Mme Guo Qi, directrice d'ABL et ancienne salariée d'Alstom Group en Chine (sentence, § 180),

- ABL a été choisie, au terme d'une procédure d'audit décrite aux paragraphes 186 à 189 de la sentence, parce qu'Alstom a considéré « *qu'elle était proche des décideurs et qu'elle était au courant du processus de prise de décisions au sein du Ministère chinois des chemins de fer* » (sentence, § 181),
- le contrat de consultant n° 1 du 26 août 2004 (locomotives de fret lourd) fixait une rémunération représentant 1 % du montant total du marché, soit 3 731 200,00 euros, le contrat n° 2 du 22 décembre 2004 (rames de transport de passagers à grande vitesse) fixait une rémunération de 0,5 % du montant total du marché, soit 3 122 000 euros et le contrat n° 3 du 2 décembre 2009 (ligne 2 du métro de Shanghai) fixait une rémunération de 2 % du montant total du marché soit 672 000 euros,
- il n'est pas contesté que c'est grâce aux efforts et services d'ABL que les marchés ont été attribués à Alstom (sentence, § 191),
- les trois contrats prévoient un paiement en quatre versements : le premier à la date d'entrée en vigueur du marché et à réception de l'acompte payé par le client, le deuxième au moment du paiement par le client de 40 % du montant du marché, le troisième lorsque 70 % du montant du marché ont été payés et le quatrième et dernier versement lorsque le client a intégralement payé le prix du marché et déchargé Alstom de l'ensemble de ses obligations contractuelles (sentence, § 193),
- en deux versements faits le 10 février 2006 et le 17 novembre 2008, Alstom a payé 55 % du montant du contrat n°1 et 80 % du contrat n° 2. Elle a refusé de payer les factures suivantes et n'a rien réglé au titre du contrat n° 3 (sentence, § 195 à 199),
- les trois contrats imposent à ABL de fournir des preuves de ses prestations. Dans les contrats n° 1 et 2 cette obligation est prévue dans les termes suivants : « *Le CONSULTANT s'engage à communiquer régulièrement à la SOCIÉTÉ des rapports écrits détaillés sur ses activités dans le cadre des services qu'il doit exécuter ou de l'assistance qu'il doit apporter conformément à l'article 3 du présent Contrat. Il doit conserver une trace de ces activités et, si la SOCIÉTÉ lui en fait la demande, présenter des preuves matérielles de son intervention et des services exécutés pour la SOCIÉTÉ dans le cadre du Projet. Le respect par le CONSULTANT de cet engagement est essentiel pour que la SOCIÉTÉ puisse procéder aux paiements de la rémunération du CONSULTANT prévus à l'article 6 ci-dessous à leur échéance* » (contrats, article 4.1 (d)) ;
- dans ce cadre, ABL a fourni « *un grand nombre de lettres et de courriels adressés aux représentants d'Alstom auxquels sont joints des documents afférents aux projets. Dans ces correspondances, [ABL] a émis des recommandations sur la conduite à suivre à l'avenir en ce qui concerne les différentes soumissions d'offres et contreproposés envisagés, a rendu compte des réunions avec des représentants des clients potentiels ou avec des fonctionnaires du ministère chinois et a indiqué qu'elle allait tenir à l'avenir des réunions de ce type.* » (sentence, § 202) ;
- au titre du contrat n° 1, ABL a notamment produit un protocole d'accord devant être signé entre [Alstom Transport SA] et CNR Datong Electrical Locomotives Co (ci-après Datong), le futur associé local des Défenderesses, en expliquant que certaines dispositions de ce protocole n'étaient pas acceptables

pour Datong et en indiquant qu'elle allait poursuivre les négociations avec Datong, un document intitulé « *Rapport de réunion pour Datong E.L Ltd sur l'importation de la technologie et la coopération avec des sociétés étrangères, dans lequel [ABL] a indiqué ce qu'elle pensait de la suggestion de Datong de débiter la coopération par une petite commande, l'évaluation par le Ministère des chemins de fer des propositions présentées par Alstom, Siemens et Bombardier et une lettre adressée par M. Zhang Datong du Railway Locomotive Project Joint Office à Toshiba, Siemens et Alstom dans laquelle il est expliqué que chaque société doit nommer une personne responsable de la qualité des locomotives qui sera tenue de fournir un rapport hebdomadaire, une proposition de programme de travail émanant de Datong, un résumé de l'avis de Datong sur la liste des pièces des locomotives, la liste détaillée des prix fournie par Alstom et un document intitulé "Questions en suspens et réduction des coûts".* » (sentence, § 203) ;

– au titre du contrat n° 2, ABL produit notamment « *un document intitulé "Forum 2003 sur les systèmes de transport de Siemens", un protocole d'accord devant être signé entre [Alstom Transport SA] et CNR Sifang Locomotives and Rolling Stock Co., un document contenant des observations d'ABL sur les préoccupations émises par le Ministère des chemins de fer au cours d'une soi-disant réunion de clarification, un document intitulé "Clarifications sur des articles imprécis des dispositions contractuelles", un rapport sur une réunion avec M. Zhang Shugang et le procès-verbal d'une réunion entre le directeur général de Changchun Railla Vehicles et Alstom.* » (sentence, § 204) ;

– les sociétés Alstom « *n'ont à aucun moment demandé à [ABL] lorsqu'elle a fourni des preuves relatives à ses prestations de service de les compléter ou de fournir des éclaircissements sur la manière dont les documents sous-jacents ont été obtenus. Pendant environ cinq ans, [les sociétés Alstom] n'ont pas demandé d'explications supplémentaires ou de compléter les preuves relatives aux prestations de services* » (sentence, § 205 et 206) ;

– le 26 novembre 2010, elles ont annoncé qu'elles n'étaient pas actuellement en mesure de procéder à de nouveaux règlements, non pas parce qu'elles n'auraient pas été satisfaites des justificatifs produits mais parce qu'une enquête était en cours au Royaume-Uni et qu'un paiement les exposerait à des sanctions pénales (sentence § 208),

– les stipulations de conformité du contrat n° 3 sont plus rigoureuses que celles des deux contrats précédents. Elles prévoient :

« *Chaque facture du CONSULTANT pour ses prestations de services doit être accompagnée de preuves écrites (...). Elles se présenteront sous la forme de rapports, procès-verbaux de réunion, correspondances, faxes ou courriels clairs et lisibles et/ou sous toute forme écrite appropriée. Dans chaque cas, la source de la preuve écrite de ces prestations de service sera clairement identifiable par un en-tête, un cachet de société, une signature ou un autre moyen. Le respect par le CONSULTANT des conditions exigées ci-dessus constitue une condition suspensive avant que la SOCIÉTÉ paye la rémunération du CONSULTANT mentionnée à l'article 6 ci-dessous, lorsqu'elle sera due. Le CONSULTANT s'engage à fournir à la SOCIÉTÉ à tout autre moment lorsque celle-ci le lui demandera des rapports écrits détaillés et exacts de ses activités durant ses prestations de services.* » (contrat, art. 4.1 (d)) ;

– en ce qui concerne ce contrat, ABL « a produit divers courriels contenant des informations sur les principaux aspects techniques du projet, la position occupée par les différents décideurs au niveau de la municipalité, les attentes de co-soumissionnaires et la date limite de soumission des offres. Aucune pièce ou documentation plus détaillée n'était jointe à ces courriels. » (sentence, § 210) ;

– conformément à la charte de développement durable à laquelle elle avait dû souscrire en mai 2012, ABL a accepté de participer à deux audits comptables réalisés par Alstom en août 2012 et juin 2013. Le premier « a révélé plusieurs erreurs comptables et une carence dans le contrôle interne de la comptabilité [d'ABL], y compris le fait que "les justificatifs sont jugés insuffisants étant donné que la plupart des dépenses vérifiées ne sont étayées que par des reçus de cartes de crédit". Ce rapport d'audit indique cependant clairement qu'aucune transaction importante inhabituelle n'a été identifiée et qu'il y a eu un rapprochement des principales transactions au comptant ». En ce qui concerne le second audit, au cours duquel les comptes des exercices 2004 à 2009 ont été examinés, les sociétés Alstom « n'ont produit aucun document qui indique le résultat de cet audit. Le principal objectif de ce deuxième audit était d'examiner l'utilisation faite par [ABL] des commissions versées par les [sociétés Alstom] de 2004 à 2009. Les [sociétés Alstom] n'ont en outre présenté en tant que témoin pour attester de son résultat aucun de leurs responsables de cet audit ni aucune autre personne qui a participé à ce deuxième audit. Étant donné que les [sociétés Alstom] n'ont fourni aucun document permettant d'étayer ou de prouver les résultats de ce deuxième audit, le Tribunal arbitral en a conclu que les résultats de ce deuxième audit n'ont soulevé aucun problème important pour elles » (sentence, § 238).

Considérant que sur la base de ces éléments, le tribunal arbitral a développé le raisonnement suivant :

Considérant, en premier lieu, que sur l'allégation des sociétés Alstom selon laquelle un paiement serait susceptible d'être interprété par certaines autorités étatiques, comme une rémunération de pratiques de corruption, les arbitres relèvent que ABL « a été spécifiquement nommée en tant que consultant en raison de ses contacts avec des membres haut placés du gouvernement et les [sociétés Alstom] s'attendaient à ce qu'elle utilise ces contacts pour obtenir les projets. Alors que les contrats de ce type sont interdits en tant que tels dans certains pays dans lesquels il est estimé qu'ils sont généralement destinés à dissimuler des pratiques de corruption, d'autres pays comme la Suisse évitent d'interdire de manière générale de tels contrats mais exigent qu'il soit démontré que les parties avaient réellement l'intention que l'agent ou le consultant verse des pots-de-vin ou exerce par ailleurs une influence abusive sur des fonctionnaires » (sentence, § 258) ;

Que le tribunal arbitral relève que cette preuve pèse sur les sociétés Alstom ; qu'en l'occurrence, il n'est pas démontré que le Serious Fraud Office britannique ou toute autre autorité étatique ait enquêté sur les contrats en cause, ni même, sur les activités du groupe Alstom en Chine (sentence, § 265), que les arbitres ajoutent que si le niveau de preuve peut être abaissé en matière d'allégation de corruption, compte tenu de la difficulté d'établir de tels faits, il n'y avait pas lieu de faire bénéficier Alstom de ces facilités dans la mesure où ABL n'avait pas cherché à dissimuler ses activités et s'était prêtée aux deux audits qui auraient

permis à Alstom de trouver des preuves éventuelles de corruption ; que dans ces conditions, il n'y avait pas lieu d'alléger le fardeau de la preuve ; que du reste les sociétés Alstom n'avaient pas allégué qu'ABL aurait effectivement versé des pots-de-vin ; qu'elles s'étaient bornées à indiquer qu'elles ne comprenaient pas comment ABL était entrée en possession de documents contenant des informations potentiellement confidentielles, ni comment elle avait persuadé la municipalité de Shanghai de lui attribuer le marché de la ligne de métro n° 2 alors que son offre avait obtenu un score moindre que celle de ses concurrents ; que les arbitres concluent qu'« *il n'est cependant pas prétendu qu'il y ait eu des actes de corruption ou un autre comportement délictueux et [qu']il est encore moins prouvé de manière concluante l'existence d'une activité illicite.* » (sentence, § 266 à 275) ;

Considérant, en second lieu, que sur l'allégation de violation par ABL de ses obligations contractuelles, les arbitres ont relevé que les preuves des prestations de services d'ABL avaient toujours été présentées sous la même forme et contenu les mêmes détails et que les sociétés Alstom s'en étaient contentées et avaient réglé les échéances sans exiger d'éléments supplémentaires jusqu'à ce qu'elles aient été exposées à des poursuites pénales sans rapport avec les activités d'ABL (sentence, § 281 à 283) ; que le tribunal arbitral a exposé qu'en droit suisse, « *lorsque le comportement ultérieur des parties est contraire aux stipulations d'un contrat conclu entre elles, ce comportement doit être considéré comme une modification ultérieure implicite de ce contrat* » (sentence, § 305) ; que les sociétés Alstom ne se sont pas contentées de ne faire aucune remarque sur les preuves de prestations de services au titre des contrats 1 et 2 mais qu'elles ont fait des paiements sur la base de ces productions (sentence, § 306) ; que, par conséquent, les preuves fournies par le consultant doivent être regardées comme satisfaisant aux exigences des contrats 1 et 2, de sorte que les sociétés Alstom doivent être condamnées à régler le solde ; qu'en revanche, ABL ne pouvait présumer que les pratiques communes adoptées à l'égard des deux premiers contrats valaient également à l'égard du troisième, alors que ce dernier était rédigé en des termes beaucoup plus exigeants et qu'avant sa conclusion, il lui avait été demandé de fournir des rapports sur son activité au stade de la préparation de la soumission pour le projet en cause (sentence, § 308 et 309) ; que les arbitres relèvent que les documents produits à titre de preuves de services pour le projet de ligne 2 du métro de Shanghai se composent, en tout et pour tout de huit lettres et de cinq courriels adressés par Mme Guo Qi à Alstom, qu'aucun autre document, procès-verbal de réunion ou véritable rapport d'activité n'avait été joint (sentence, § 310) ; que le tribunal arbitral en a déduit qu'ABL n'avait pas rempli ses obligations au titre du contrat n° 3 et qu'il n'y avait donc pas lieu de faire droit à sa demande de ce chef ;

Considérant que devant le juge de l'exequatur, Alstom reproche à la sentence d'avoir décidé qu'elle devait régler les factures émises au titre des dernières échéances des contrats 1 et 2 au motif, d'une part, qu'elle ne démontrait pas des faits de corruption, d'autre part, que le fait qu'elle ait payé les premières factures sans véritable exigence de justification des services rendus s'analysait en une modification de la convention des parties, alors, selon Alstom, d'une part, que la méconnaissance des stipulations contractuelles destinées à prévenir la corruption caractériserait par elle-même la violation de l'ordre public international, d'autre part, que l'adoption par les parties d'un accord implicite

dérogeant aux règles de prévention de la corruption serait nulle et contraire à l'ordre public international ;

Considérant qu'il appartient à la cour, saisie sur le fondement des dispositions des articles 1525 et 1520, 5° du code de procédure civile, de l'appel de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, de rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international ; qu'elle n'est liée, dans cet examen, ni par les appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties ;

Considérant qu'une sentence arbitrale donnant effet à un contrat de trafic d'influence ou de pots-de-vin heurte l'ordre public international et ne saurait être revêtue de l'exequatur ; qu'à cet égard, l'éventuelle mauvaise foi de la partie débitrice est indifférente, dès lors qu'est seulement en cause le refus de l'ordre juridique français de prêter le secours des voies de droit à l'exécution d'un contrat illicite ;

Considérant que le contrôle du juge de l'exequatur n'a donc pas pour objet de vérifier que des stipulations contractuelles – y compris les règles de conformité (« compliance ») – ont été correctement exécutées, mais seulement de s'assurer que la reconnaissance et l'exécution de la sentence n'ont pas pour effet de donner force à un contrat de corruption ;

Considérant que la caractérisation d'un contrat de cette nature peut résulter d'un faisceau d'indices ; que sont susceptibles d'être regardés comme pertinents à cet égard :

- l'absence ou l'insuffisance de production de documents – tels que rapports, études techniques, projets de contrats ou d'amendements, traductions, correspondances, procès-verbaux de réunions, etc. – précis et probants et dont l'origine peut être établie avec certitude,
- l'insuffisance des moyens matériels et humains du consultant au regard de l'importance des diligences revendiquées,
- la disproportion entre les diligences ostensibles du consultant, telles qu'elles résultent des pièces produites par lui, et sa rémunération,
- la rémunération au pourcentage,
- une comptabilité lacunaire ou insincère du consultant,
- le caractère inexplicable de l'attribution d'un marché au client du consultant, alors que son offre était moins bien notée que celle de ses concurrents,
- le fait que le pays en cause ou certains secteurs d'activité de ce pays soient notoirement corrompus et que le client du consultant soit mis en cause pour des pratiques habituelles de corruption ;

Considérant que les parties n'ayant pas eu l'occasion de s'expliquer sur ces éléments, il convient de réouvrir les débats pour leur permettre de le faire et d'ordonner la production par les sociétés Alstom des pièces pertinentes.

PAR CES MOTIFS :

Rabat l'ordonnance de clôture.

Ordonne la réouverture des débats.

Invite les parties à conclure avant le 19 juin 2018 sur l'existence d'un contrat de corruption.

Ordonne aux sociétés Alstom Transport SA et Alstom Network UK Ltd de déposer au greffe de la chambre 1-1 de la cour avant le 19 juin 2018 et, passé ce délai, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard et par pièce manquante :

- les clés des contrats de consultants (pièces R-27 et R-28 de la procédure arbitrale),
- les dépositions écrites de Mme Guo Qi, de M. Thierry Best et de M. Gabillet,
- l'intégralité de la transcription des auditions de témoins et des débats devant le tribunal arbitral,
- l'intégralité des pièces justificatives des services rendus par ABL,
- le premier rapport établi à la suite de l'audit d'août 2012 et ses annexes,
- le second rapport établi à la suite de l'audit de juin 2013 et ses annexes.

Se réserve la liquidation éventuelle de l'astreinte.

Renvoie le dossier à l'audience de mise en état du 21 juin 2018.

Réserve le surplus des demandes ainsi que les dépens.