

ARBITRAGE ET SOUPÇONS DE BLANCHIMENT DE REVENUS ISSUS D'ACTIVITES ILLICITES

Olivier CACHARD¹

Le blanchiment de capitaux est un crime commis dans le but de dissimuler les revenus qui découlent d'autres crimes graves, appelés infractions principales. Par conséquent, afin de préserver les valeurs démocratiques de la société moderne du trafic de drogues, du crime organisé ou encore du terrorisme, les législateurs ont décidé de lutter contre la légalisation des revenus d'origine criminelle. L'article 3 (1) (b) de la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et substances psychotropes* de 1988 fut l'un des premiers textes internationaux ayant requis que soit conféré le caractère d'infraction pénale au blanchiment de capitaux.

« (...) La conversion ou le transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une des infractions établies conformément à l'alinéa a du présent paragraphe ou d'une participation à sa commission, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'une de ces infractions à échapper aux conséquences juridiques de ses actes. »

Aujourd'hui, les mécanismes de blanchiment de capitaux sont très sophistiqués : fiducies, sociétés, holding et banques écran, marchés financiers et chambres de compensation sont utilisés pour « laver et sécher » l'argent sale. C'est pour cette raison que les banques et autres établissements financiers, ainsi que les commissaires aux comptes et les conseillers financiers, ont été assignés à des tâches diverses par la directive européenne. Ils doivent connaître leurs clients (mesures de vigilance renforcées à l'égard de la clientèle), particulièrement les bénéficiaires effectifs ; ils doivent également signaler toutes opérations suspectes aux cellules de renseignements financiers (déclarations de soupçon) ; ils doivent enfin recueillir des données et conserver des archives.

Si l'on considère l'expansion du rôle de l'arbitrage d'une part, et l'importance de l'économie souterraine d'autre part, un tribunal arbitral pourrait se voir confier un cas dans lequel il aurait des raisons de suspecter la légalisation de revenus illicites. Tout d'abord, l'infraction principale au blanchiment de capitaux et le mécanisme de blanchiment de capitaux peuvent précéder l'existence d'un litige. Un exemple évident serait la transaction d'un navire fantôme ayant bénéficié d'une documentation nouvelle avec des documents falsifiés. Ou, par exemple, un blanchisseur d'argent qui, avec de l'argent sale, achèterait de la marchandise pour un prix plus élevé que le prix comptant relevé sur le marché. Il revendrait ensuite cette marchandise sur son marché domestique, ayant ainsi légitimé ses revenus initiaux. Il est vrai qu'un litige peut naître au cours de l'une de ses transactions. Un autre exemple serait un litige découlant du transfert d'actions d'un holding, ayant été organisé afin de

¹ Agrégé de droit privé, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Nancy, Institut François Gény

contourner différentes réglementations. Ensuite, les blanchisseurs d'argent peuvent essayer d'abuser les instances arbitrales et de les utiliser comme moyen de blanchiment de capitaux : ceci désigne la technique du « simulacre de procès » qui peut être utilisée à la fois devant les instances arbitrales et devant les tribunaux nationaux. Les deux parties tenteraient de légitimer un de leur transfert mutuel par une sentence arbitrale ou par une décision de justice. L'un d'eux présenterait de faibles arguments de défense et des témoignages peu convaincants afin d'être condamné. Par la suite, la partie victorieuse recevrait légalement une somme d'argent importante que sont les dommages et intérêts. Voici l'exemple le plus parlant² de la légalisation de revenus illégaux. Soit les parties simulent un litige au cours de l'ensemble de la procédure arbitrale ou ils parviennent soudainement à un accord qu'ils souhaiteraient transformer en une décision d'arbitrage par consentement des parties signée par l'instance arbitrale. Parfois, le mécanisme est encore plus sophistiqué puisque la sentence est utilisée pour frauder les droits et la priorité des créanciers en cas de faillite³.

Le risque de voir se développer des mécanismes de blanchiment de capitaux ne fait que croître à mesure que les infractions principales augmentent. *Le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)* a déjà suggéré une liste étendue de « catégories d'infractions désignées » aux États membres, incluant la criminalité environnementale, la piraterie, ou le délit d'initié et la manipulation boursière. Mais, comme le soulignent souvent les défenseurs des droits de l'homme, le spectre du crime peut également être utilisé à des fins politiques ou tactiques. Les États moins attractifs sur le plan fiscal peuvent chercher à criminaliser l'évasion fiscale.

Les soupçons de blanchiment de capitaux pouvant intervenir au cours de la procédure arbitrale génèrent des problèmes éthiques et légaux. Pour la communauté arbitrale, il va de soi que la procédure arbitrale ne doit pas servir à dissimuler les crimes : il est question d'éthique, à la fois pour l'individu et pour la communauté arbitrale tout entière. Comme ce fut observé dans les cas de corruption à l'intérieur de contrats internationaux, « The international arbitration community has a strong, though not untarnished, record of fighting bribery. A general consensus has emerged that contracts for bribery or procured through bribery are unenforceable in arbitration. Arbitrators have wrangled with complex issues about jurisdiction, choice of law, and standards of proof to develop an established body of arbitral procedure for how to deal with cases where bribery is suspected »⁴. Cette même préoccupation est partagée au sujet du blanchiment d'argent. Il est d'autant plus nécessaire que la communauté

² Pour une présentation pittoresque d'un « simulacre de procès » dans une opération de blanchiment d'argent, V. le film français intitulé *A. Zimmer* (2005), avec Sophie MARCEAU et Yvan ATTAL ; pour une étude académique, V. J. GAFNER, *Blanchiment de capitaux, financement du terrorisme et nouvelles technologies*, in M. BRAUN et al., *E-banking and e-trading, Les activités bancaires en ligne et le commerce des valeurs mobilières sur le Net*, CEDIDAC, Lausanne, 2008.

³ L. HEUMAN et G. MILLQVIST, *Swedish Supreme Court Refuses to Enforce an Arbitral Award Pursuant to the Public Policy Provision of the New York Convention* : *J. Int'l Arb.* 2003, vol. 20, p. 493.

⁴ C.-A. ROGERS, *Transparency in International Commercial Arbitration* : *U. Kan. L. Rev.* 2006, vol. 54, 1301.

arbitrale soutienne la démarche internationale à l'encontre du blanchiment de capitaux puisque cette dernière se doit de coopérer avec les tribunaux nationaux. Le professeur Ph. Fouchard a démontré qu'il y a plus de complémentarité que de compétition entre les instances arbitrales et les tribunaux nationaux.⁵ La question majeure est de déterminer comment soutenir les politiques internationales contre le blanchiment de capitaux tout en respectant les obligations contractuelles et légales des instances arbitrales.

À ce stade, il nous faut rappeler les règles fondamentales⁶ de l'arbitrage commercial international. Premièrement, la base contractuelle de la mission des instances arbitrales leur confère l'autorité nécessaire afin de statuer sur un litige défini ; elles n'ont ni la possibilité d'étendre la portée de leur mission, ni celle de dépasser les limites de leur mandat. Deuxièmement, une instance arbitrale, bien que siégeant dans un État donné, ne fait pas partie d'un système juridique national donné⁷. Troisièmement, le principe d'indépendance protège les arbitres de toute influence induite des parties. Les arbitres sont nommés en tenant compte de leurs compétences et de leur expérience professionnelle ; ils ne représentent ni n'assistent les parties. Par conséquent, à moins que des indices prouvant le contraire ne soient présentés, les arbitres ne doivent pas être considérés comme étant les complices des parties ayant commis les crimes. Quatrièmement, la confidentialité de la procédure arbitrale, ainsi que son fondement et sa portée,⁸ imposent aux arbitres le devoir de ne pas révéler d'éléments dont ils auraient pris connaissance au cours de la procédure arbitrale. La confidentialité est donc un obstacle aux déclarations d'activités suspectes. Cinquièmement, les arbitres doivent s'assurer de l'application régulière de la loi : un nombre croissant d'auteurs défend l'idée que la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* gouverne les procédures arbitrales. En présumant que les arbitres peuvent mener une enquête sur les mécanismes de blanchiment d'argent, ils doivent entendre les deux parties à ce sujet, ce qui serait incompatible avec l'interdiction de dénoncer ou de divulguer ce genre d'information. Enfin, le principe d'effectivité requiert que les arbitres mènent la procédure rapidement, sans retard excessif, en s'assurant que les coûts soient

5 Ph. FOUCARD, *Le juge et l'arbitre, rapport général* : *Rev. arb.* 1980, p. 415.

6 E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, La Hague, 2008.

7 Dans sa décision historique du 29 juin 2007, la Cour de cassation a estimé que « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ». Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007, pourvoi n° 05-18.053, *PT Putrabali Adyamulia c/ Rena Holding* : *Rev. arb.* 2007, p. 517, note E. GAILLARD.

8 F. DESSEMONTET, *Arbitration and Confidentiality* : *Am. Rev. Int. Arb.* 1996, vol. 7, 299 ; ■ En France, d'après le nouveau régime applicable à l'arbitrage (Décret n° 2011-48), la confidentialité est requise dans le cadre arbitral national et non pas dans l'arbitrage international car elle n'est pas largement reconnue en tant que principe. Les nouvelles règles de la CPI (2012) laissent aux parties le soin de préciser, dans les termes de références/dans le mandat, le champ d'application de la confidentialité. ■ V. Y. DERAÏNS, *Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté*, in Th. CLAY (ss dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenso, 2011, p. 91.

aussi réduits que possible⁹. On pourrait ainsi se demander s'il serait efficace, en terme de gestion des cas, pour les arbitres de mener des investigations approfondies qui ne seraient pas nécessaires à la solution du différend commercial.

Le but de cette étude est donc d'analyser les interactions entre la sphère du droit pénal national, impliquant le blanchiment d'argent, et la sphère de l'arbitrage commercial international. Les procédures arbitrales sont-elles affectées par la suspicion de présence d'un délit ? Réciproquement, la réponse donnée à cette suspicion de blanchiment d'argent, est-elle affectée par la nature du mandat des arbitres ? Deux étapes seront nécessaires afin de mesurer ces interactions et leurs effets. Dans une première partie, nous identifierons les règles de droit pénal pertinentes en la matière. Dans la seconde, nous essayerons de déterminer les réponses apportées par les instances arbitrales aux situations de blanchiment de capitaux.

I. – RÈGLES DE DROIT PÉNAL PERTINENTES RELATIVES À LA PÉNALISATION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

La « pénalisation » du droit commercial est à l'origine d'une superposition de règles juridiques ce qui tend à créer de l'incertitude. Du côté de l'instance arbitrale, il convient d'abord de déterminer les règles pénales pertinentes en la matière (A). En tenant compte des règles précitées, les infractions principales au blanchiment de capitaux doivent être identifiées (B). Si des doutes apparaissent, la question suivante est de déterminer qui a le devoir de le signaler selon les réglementations anti-blanchiment de capitaux : qui sont les personnes appropriées selon les réglementations anti-blanchiment de capitaux (C) ?

A. – Les règles pénales pertinentes

Dans le présent document, l'expression générale « réglementations anti-blanchiment de capitaux » désigne de nombreux textes juridiques qui criminalisent le blanchiment de capitaux provenant de délits graves.

1° Règles interdisant la légalisation de revenus illicites

Les conventions internationales se trouvent au sommet de la hiérarchie des normes juridiques. Elles imposent généralement des obligations aux États signataires qui doivent incorporer ses règles dans son ordre juridique national. Chronologiquement, nous mentionnerons la *Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*¹¹ (1988), la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à*

⁹ Voir l'article 22 du Règlement d'arbitrage CCI (2012)

¹¹ Entrée en vigueur le 11 novembre 1990, ratifiée par 183 États.

*l'explosif*¹² (1997), la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*¹³ (1999), la *Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée*¹⁴ (Palerme, 2000) et ses protocoles, la *Convention des Nations unies contre la corruption*¹⁵ (2000) et la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*¹⁶ (2005). Le Conseil de l'Europe a également adopté des conventions internationales régionales, principalement la *Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*¹⁷ (Strasbourg, 1990) et la *Convention sur le blanchiment, le dépistage, la saisie et la confiscation des produits du crime et sur le financement du terrorisme* (Varsovie, 2005). Ces conventions internationales, ratifiées par de nombreux États, peuvent être considérées comme étant le fondement d'une *truly international policy*¹⁸ qui doit être protégée par un groupe spécial arbitral quelle que soit la règle applicable au litige mais dans les limites de ses prérogatives et de ses pouvoirs.

Parmi les normes juridiques non contraignantes (*soft law*) et les principes d'orientation, Les *Quarante recommandations* et l'annexe élaborées par le *Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux* sont de la plus haute importance. Elles sont non seulement un modèle de norme juridique auquel peuvent se référer les parlements nationaux, mais elles contribuent aussi à la bonne orientation et application des mesures anti-blanchiment d'argent. En effet, « it is responsible for examining money laundering techniques and trends ; reviewing the action that has already been taken at national and international level ; and setting out the measures which still need to be taken to combat money laundering »¹⁹.

Enfin, on peut trouver les normes nationales mettant en œuvre les *Quarante recommandations* du GAFI, ainsi que les directives anti-blanchiment de capitaux au niveau de l'Union européenne. La directive n° 91/308/CEE, aussi appelée la première directive, reflète la version des *Quarante recommandations* du GAFI de 1990. Elle a été modifiée par la directive n° 2001/97/CE, appelée la deuxième directive, donnant lieu à des controverses car elle a élargi la définition de l'activité criminelle et les professions tombant dans le champ des obligations anti-blanchiment d'argent. La directive n° 2005/60/CE, aussi appelée la troisième directive, a abrogé la précédente ; elle fut adoptée à la suite des révisions apportées aux *Quarante recommandations* par le GAFI en 2003. La troisième directive est incorporée dans la législation nationale par le biais de normes internes. Au Royaume-Uni, les *Money Laundering Regulations 2007 (SI 2007/2157)* transposent la troisième directive dans le droit interne ; cette norme est complétée par d'autres textes, notamment le *Proceeds of Crime Act* (2002).

12 Entrée en vigueur le 23 mai 2001, ratifiée par 153 États.

13 Entrée en vigueur le 10 avril 2002, ratifiée par 160 États.

14 Entrée en vigueur le 29 septembre 2003.

15 Entrée en vigueur le 14 décembre 2005, ratifiée par 117 États.

16 Entrée en vigueur le 7 juillet 2007, ratifiée par 29 États.

17 Entrée en vigueur en septembre 1993, ratifiée par 47 États membres et l'Australie.

18 ■■V. *infra*, n° 36.■■

19 P. HYNES, R. FURLONG et N. RUDOLF, *International Money Laundering and Terrorist Financing : a UK Perspective*, London, Sweet & Maxwell, 2008, § n° 2-008, p. 7.

En France, la troisième directive est transposée dans le droit interne par le *Code monétaire et financier* depuis janvier 2009.

2° Règles incriminant les infractions principales

La réglementation anti-blanchiment de capitaux est le résultat d'une réorientation de la stratégie des législateurs qui ont ainsi substitué une approche cyclique à leur approche linéaire. Ils vont non seulement combattre l'infraction initiale (trafic de stupéfiants, crime organisé...), mais ils vont aussi essayer d'empêcher la réutilisation des fonds issus du crime, ce qui par la suite augmentera la difficulté de commettre de nouveaux crimes. De fait, la réglementation anti-blanchiment de capitaux requiert une analyse à deux niveaux : d'une part, quelle est l'infraction initiale ayant engendré les revenus issus de cette criminalité et d'autre part, quel comportements correspondent à du blanchiment de capitaux ?.

Concernant les infractions initiales, il n'est pas nécessaire de rappeler que rechercher et confirmer l'existence d'une infraction n'est pas du ressort du tribunal arbitral, qui n'est pas un organe de l'État, et qui est donc dépourvu d'*imperium* et de moyens d'investigation. Par conséquent, aucun droit pénal n'est directement applicable au cours de la procédure arbitrale. Le droit pénal national peut toutefois être considéré comme indirectement applicable ou pertinent²⁰ lorsque pris en compte en tant que *datum*. Ce qui signifie que le tribunal arbitral n'ignorera pas le fait que le litige commercial puisse avoir une dimension criminelle. Ceci peut avoir un impact sur l'exécution de la sentence si le droit pénal du pays où siège le tribunal arbitral ou le droit pénal du pays d'exécution est applicable devant les tribunaux nationaux.

B. – Élargissement de l'éventail des infractions principales au blanchiment de capitaux

Les mécanismes de blanchiment de capitaux ont pour but de dissimuler l'origine illicite des biens, en sachant que ces biens sont le produit d'« infractions graves ». La question est donc de déterminer comment le respect des réglementations anti-blanchiment de capitaux permet de lutter contre certaines infractions principales et quelles sont-elles. En d'autres termes, qu'est-ce qu'une infraction grave selon la directive n° 2005/60/CE ? L'article 3(5), alinéas (a) à (f) donne une définition plus large²¹ par le biais d'une liste d'infractions principales qui va au-delà du terrorisme et du trafic de stupéfiants.

1° Infractions prévues par un code pénal

La majorité des infractions énumérées dans l'article 3(5), alinéas (a) à (e) sont relatives à des activités criminelles évidentes, selon les catégories classiques du droit pénal comme par exemple le terrorisme (al. a), le trafic de

²⁰ M.-S. KURKELA, *Criminal Laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not* : Bull. ASA 2008, vol. 26, n° 2, p. 280-292 ; ■■ *V. infra*, n° 37. ■■

²¹ P. HYNES, R. FURLONG et N. RUDOLF, *International Money Laundering and Terrorist Financing : a UK Perspective*, London, Sweet & Maxwell, 2008, § n° 26-019, p. 368.

stupéfiants (al. *b*), ou encore les activités des organisations criminelles (al. *c*). La préparation de ces crimes requiert parfois l'inclusion d'un contrat formalisé, soit avec un complice, soit avec une partie contractante de bonne foi. Par exemple, des navires seront utilisés pour déplacer du personnel, des équipements, de la drogue et même des armes de destruction massive à travers le monde. Avant le bombardement des ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie en 1998, des fournitures avaient été livrées aux kamikazes par le port de Mombasa au Kenya. De la même façon, posséder des navires (lorsque les taux du marché sont élevés) comporte un fort potentiel de blanchiment d'argent. Néanmoins, il y a peu de chance qu'un tribunal détecte directement de telles infractions graves. Tout d'abord, la structure de la propriété de navires est souvent très sophistiquée. Ensuite, les États de pavillons de complaisance garantissent le plus grand secret afin d'attirer les propriétaires de navires. Enfin, lorsqu'une infraction est évidente suite à une lecture attentive des documents, les parties peuvent décider de ne pas intenter de poursuites.

La corruption et les pots-de-vin sont un autre exemple d'activité criminelle menaçant directement le système démocratique. Des soupçons de corruption (al. *a*) sont déjà apparus dans certaines instances arbitrales majeures, et ce depuis les années 1960.²² Par exemple, des faits ou documents peuvent donner lieu à des soupçons au cours d'un litige relatif à un contrat de *Build Operate Transfer*²³ ou à un contrat de construction de navires lorsque des navires de guerre doivent être livrés à un État souverain. La corruption active peut également apparaître au cours du transport de cargaisons vers certains ports de déchargements, où certains agents ou employés des douanes reçoivent des pots-de-vin pour qu'ils délivrent des certificats.

2° Violations des réglementations fiscales et des réglementations du marché

L'article 3(5), alinéa *f* de la directive n° 2005/60/CE dispose d'une définition large des infractions graves qui pourrait potentiellement contenir différentes infractions principales :

« toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois ».

De fait, le champ d'application de l'article 3(5), alinéa *f* dépend de la politique pénale de chaque État membre et du niveau de sanctions adopté par leurs parlements respectifs. Par exemple, en France, la fraude fiscale est passible de cinq ans d'emprisonnement. Ainsi, selon l'article L. 561-15-1 du *Code monétaire et financier*, il y a l'obligation de signaler le blanchiment de capitaux provenant de fraudes fiscales. La légalisation de revenus provenant de fraudes fiscales est une infraction passible de sanctions même si la fraude fiscale elle-

²² V. ICC Award n° 1110 (1963).

²³ B. GROSS et O. CACHARD, *Les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé* : JDI 2006, p. 459-476.

même n'avait pas été sanctionnée²⁴. En théorie, la moindre suspicion de fraude fiscale doit être signalée, ce qui aurait pour conséquence de surcharger la charge de travail de la cellule de renseignements financiers de l'État français. Par conséquent, les commentaires officiels de l'*ordonnance n° 2009-104* suggère que seules les fraudes fiscales les plus graves doivent être signalées selon les critères donnés²⁵. Une étude récente a démontré qu'en France, il n'y avait effectivement aucune augmentation des sanctions pénales pour fraude fiscale²⁶. En droit des sociétés, il s'agirait de déterminer si la création de sociétés de portefeuille (holdings) équivaut à une fraude fiscale au sens strict, ou à de l'évasion fiscale, c'est-à-dire, l'utilisation du régime fiscal à son propre avantage afin de réduire la part imposable par des moyens *infra legem*. De la même manière, dans le secteur du transport maritime, il s'agirait de savoir si l'utilisation de pavillons de complaisance par des propriétaires cachés, renforcés par des coentreprises et des sociétés écrans, équivaut à de l'évasion fiscale ou à de la fraude fiscale.

La même question peut se poser quant aux législations protégeant l'environnement ou la sécurité des travailleurs. En effets, ces actes requièrent l'utilisation d'équipements modernes par les entreprises et le développement de processus sécurisés. Ainsi, lorsque des entreprises agissent en violation des législations mentionnées ci-dessus, on pourrait considérer qu'une partie de leurs profits sont directement le produit de l'infraction : l'entreprise économise de l'argent en employant des équipements de mauvaise qualité. Pris au sens large, l'article 3(5), alinéa *f* de la directive n° 2005/60/CE incriminerait le blanchiment de capitaux issus de profits illicites dérivés d'une violation des règles de sécurité. Par exemple, dans certains cas, l'exploitation de navires qui ne sont pas aux normes implique une violation de la *Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer* et du *Code ISM*. La même logique peut être développée concernant le manque de personnels sur un navire, ce qui est en infraction de la *Convention internationale sur les normes de formation, de délivrance des brevets et de veille des marins pour les bateaux de pêche*. Les principes de la détermination des effectifs en fonction de la sécurité adoptés par l'OMI dans sa résolution A.890 sont des directives pour déterminer les effectifs minimaux de sécurité d'un navire commercial. Même s'il n'y a pas d'accident, il peut quand même y avoir une violation *per se* qui répondrait au critère de l'infraction suivante : « mise en danger délibérée de la personne d'autrui »²⁷. Donc, afin de déterminer si une infraction principale tombe dans le champ d'application de la directive n° 2005/60/CE, il faut vérifier le niveau de sanction

24 Cass. crim., 20 févr. 2008, pourvoi n° 08-82.977 : *Dr. pén.* 2008, n° 5, comm. 67, M. VERON.

25 Ch. CUTAJAR, *Droit du blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire (Premières réflexions sur l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009)* : *D.* 2009, p. 821 et s.

26 D. GUTMAN, *La « pénalisation » du droit fiscal : mythe ou réalité ?* : *CDE* mars 2011, dossier 8.

27 C. pén., art. 121-3 : « Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

adopté dans le droit interne. Par exemple, selon l'article 223-1 du Code pénal français²⁸, la violation de l'obligation de sécurité sera sanctionnée lorsqu'il y a « un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ». Cette infraction, passible d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 €, peut être le résultat d'une violation de règles de sécurité maritime. De la même manière, au Royaume-Uni, la section 58 de la *Merchant Shipping Act* dispose qu'en cas de conduite dangereuse mettant en cause la sécurité de navires, de structures ou d'individus, l'armateur ou les marins seront passibles, sur déclaration de culpabilité par voie d'acte d'accusation, d'une amende ou d'une peine de détention pour une durée maximale de deux ans, ou de ces deux sanctions. Au contraire, la violation de la *Merchant Shipping (Load Lines) Regulations 1998* ne serait pas une infraction principale selon la directive n° 2005/60/CE car d'après la section 36, cette infraction est passible d'une peine de détention pour une durée maximale de six mois.

C. – Les personnes concernées

Les personnes soumises aux réglementations anti-blanchiment de capitaux doivent se conformer aux différentes obligations dépendant de leur mission et de leur situation : *inter alia* des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle, la tenue de registres, les déclarations d'activités suspectes et l'interdiction de divulgation. Ainsi, il est important de déterminer quelles personnes tombent sous la définition d'une personne concernée par la troisième directive. Selon l'article 2 de la directive n° 2005/60/CE, les établissements de crédit et les établissements financiers tombent naturellement dans le champ d'application des réglementations anti-blanchiment de capitaux. Le cas des avocats et des instances arbitrales fait plus grand débat.

Il est clair que selon le droit pénal général, les arbitres et les avocats ne doivent pas volontairement, intentionnellement, et en toute connaissance de cause, participer à une opération de blanchiment de capitaux²⁹. Ils seraient non seulement en violation de règles professionnelles et éthiques, mais ils risqueraient également d'être accusés de complicité selon le droit pénal national en vigueur. La responsabilité des avocats ou des arbitres ne sera mise en cause que si trois conditions sont remplies. En premier lieu, l'infraction principale au blanchiment de capitaux doit tomber dans le champ d'application du droit pénal national applicable de sorte que le principal accusé soit punissable. Ensuite, le comportement du principal accusé doit être en violation du droit pénal national anti-blanchiment de capitaux applicable. Puis, une fois qu'il a été établi que l'opération soumise à l'instance arbitrale est elle-même une infraction, le

²⁸ C. pén., art. 223-1 : « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

²⁹ A.-J. BELOHLAVEK, *Arbitration, Ordre public and Criminal Law*, Kiev, Taxon, 2009, t. II, 1184, p. 2065.

comportement des avocats et des arbitres doit être étroitement examiné afin de déterminer s'ils étaient complices, selon le droit pénal national applicable. Considérant le caractère territorial du droit pénal, la complicité des arbitres peut être recherchée dans le cas où le siège du tribunal arbitral se trouve sur le territoire national du législateur pénal ou encore dans le cas où l'infraction commise à l'étranger est passible de sanction selon le droit pénal national en vigueur³⁰. Cette triple vérification est fastidieuse.

Par conséquent, il n'est pas surprenant qu'il y ait eu des débats houleux quant à l'inclusion des membres de professions juridiques indépendantes dans la liste des personnes concernées par la deuxième directive. Les juristes, professeurs de droit et avocats se sont accordés pour souligner que la confidentialité entre avocats et clients³¹ serait mise en danger si les avocats devaient coopérer avec les cellules de renseignements financiers. Évidemment, ni la deuxième ni la troisième directive ne requièrent la coopération des avocats avec les cellules de renseignements financiers en ce qui concerne leurs activités judiciaires : dans ce domaine, la plus grande confidentialité est le fondement de la démocratie. Mais, il y avait bien plus d'incertitude en ce qui concerne les avis juridiques. En effet, le terme « avis juridique » peut être entendu au sens strict, dans le cadre de la préparation d'un futur litige, comme il peut l'être au sens large, comme comprenant tous conseils juridiques en entreprise ou en fiscalité accompagnant les activités commerciales. Le problème est le suivant : d'un point de vue pratique, il n'y a pas de distinction claire entre les conseils en entreprise, les conseils dispensés dans le cadre de la préparation d'un futur litige, et les activités judiciaires. Dans une relation avocat-client, il n'est pas inhabituel que ces trois aspects soient liés, bien que chronologiquement distincts.

C'est pour cela que les arrêts de la *Cour de justice des Communautés européennes* et des tribunaux nationaux concernant la deuxième directive ont été examinés avec la plus grande attention. Tout d'abord, la Cour³² a jugé que les avocats ne seront pas soumis à l'obligation de transmettre des déclarations d'activité suspecte aux cellules de renseignements financiers : ce fut une exigence du droit européen qui ne laissait d'autres choix aux États membres. Ensuite, concernant l'argument du barreau belge, la *Cour constitutionnelle belge*³³ estima que les avocats étaient complètement soumis à l'obligation de confidentialité, à la fois lorsqu'ils informent leurs clients sur le cadre juridique qui s'applique à leur projets et lorsqu'ils participent directement à un travail en lien avec le litige. Pareillement, concernant les arguments du barreau français, le *Conseil d'État*³⁴ a estimé que la confidentialité entre avocat et client doit être protégée par une définition large du terme « avis juridique ». Quelle est la

30 D. CHILSTEIN, *Droit pénal et arbitrage* : *Rev. arb.* 2009, p. 3-70, n° 19-20.

31 O. CACHARD, *Le secret de l'avocat en Europe*, congrès de la Confédération nationale des avocats, Vienne, 22 sept. 2006 : *JCP*, 11 oct. 2006, p. 1871-1873.

32 CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones de Belgique*. O. CACHARD, *JCP* 2007, I, 10137.

33 C. const. Belgique, 23 janv. 2008, www.const-court.be.

34 O. CACHARD, Ch. CUTAJAR, P. EYDOUX et Th. WICKERS, *De la confidentialité de la consultation juridique* : *CDE* mars-avr. 2008, p. 9-15 (au sujet de CE, 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux et a. – Conseil des barreaux européens*).

situation actuelle avec l'entrée en vigueur de la troisième directive ? Il faut préciser que la troisième directive n'a pas encore été examinée par la *Cour européenne de justice* ; sa compatibilité avec l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* n'a pas encore été évaluée. De ce fait, il faut se référer aux dispositions de droit national qui transposent cette directive dans le droit interne, et examiner les différences. En France, l'article L. 561-3, II du Code monétaire et financier exempte les avocats des obligations de déclaration et des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle. Ainsi, par son *ordonnance n° 2009-104*, le droit français était l'un des plus protecteurs de la confidentialité entre avocats et clients. La conformité aux exigences du GAFI et de la troisième directive est le résultat d'un amendement au *Code de déontologie du barreau* français ayant valeur réglementaire. Selon l'article 1 (5) du *Règlement intérieur national de la profession d'avocat*, adopté le 18 juin 2011, un avocat doit faire preuve, à l'égard de ses clients, de diligence et de prudence. Il doit connaître précisément son client et le bénéficiaire effectif, et il doit apprécier l'impact et les conséquences possibles des conseils qu'il donnera³⁵. S'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique mènerait à la commission d'une infraction, l'avocat doit immédiatement s'efforcer d'en dissuader son client. À défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier. Il y a donc un équilibre parfait entre l'exigence d'une politique anti-criminalité et la protection du secret professionnel, qui sont les piliers de la démocratie.

Les personnes physiques acceptant la mission d'arbitre tombent-elles dans le champ d'application des personnes concernées par la troisième directive ? Même si les avocats sont fréquemment désignés en tant qu'arbitres, le statut des arbitres ne peut être établi en fonction de celui des avocats. Un avocat est tenu soit de donner des conseils, soit de participer dans des transactions alors qu'une personne désignée en qualité d'arbitre tranche un litige. Au départ, une des inquiétudes a été que les arbitres soient considérés en tant que professionnels du droit qui « assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions » au sens de l'article 2(5), alinéa (b) de la troisième directive. Si l'hésitation est permise pour un médiateur lorsqu'il aide les parties à rédiger le protocole de transaction³⁶, il y a peu de doutes que les arbitres sont hors de la portée de cette disposition : ceci fut la conclusion du Comité national français de la Chambre de commerce internationale³⁷.

De même, le statut des arbitres ne peut être établi par comparaison avec celui de n'importe quel prestataire de services. Bien qu'un contrat soit conclu entre les parties, d'une part, et les arbitres ou l'instance arbitrale, d'autre part, la procédure arbitrale ne peut être réduite à un simple contrat de services. C'est une mission juridictionnelle fondée sur le contrat. Puisque l'article 2 de la

35 Ch. CUTAJAR, *Le devoir de prudence des avocats et la lutte contre le blanchiment de capitaux* : D. 2011, p. 1960.

36 REDFERN et HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, n° 5-29 : « It is questionable whether the definition would include arbitrators or whether resolving a dispute could be said to be assisting a "client" in the implementation of a transaction. The position of mediators is clearly closer to this definition » ; D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n° 38.

37 Doc. CCI, n° 420/492.

troisième directive dispose d'une liste exhaustive des personnes concernées par ce dernier, ne faisant nullement référence à l'instance arbitrale, il nous paraît acquis que les arbitres ne relèvent pas du champ d'application de la directive n° 2005/60/CE. Les arbitres ne sont soumis d'aucune manière à l'obligation imposée par le droit de l'Union de transmettre des déclarations de soupçon aux cellules de renseignements financiers. Cette conclusion, tirée de la formulation de la troisième directive, est renforcée par d'autres arguments. Premièrement, les réglementations anti-blanchiment de capitaux requièrent une détection d'opérations suspectes en amont, or la procédure arbitrale n'intervient qu'en aval, au moment de l'exécution du contrat. Deuxièmement, les arbitres tranchent un litige sur la base de documents et de témoignages fournis par les parties : ces documents émis par des banques ou contrôlés par des auditeurs doivent déjà avoir donné lieu à des déclarations d'activité suspecte auparavant. Troisièmement, si la confidentialité de la procédure d'arbitrage devait être menacée en Europe avec des soupçons pour seul fondement (soupçons que les arbitres ne sont pas en mesure de vérifier), toutes les parties, honnêtes ou malhonnêtes, agiraient en conséquence et localiseraient ailleurs le siège de leurs arbitrages³⁸. Comme a pu le noter Paul Hynes, « an over rigorous system may simply result in migration to a more liberal jurisdiction, and possible collateral economic damages »³⁹.

En guise de conclusion intermédiaire, il faut bien souligner l'élargissement du champ d'application des réglementations anti-blanchiment de capitaux adoptées par l'Union européenne. Mais, lorsqu'ils tranchent des litiges dans le cadre de leur mission juridictionnelle, les arbitres ne relèvent pas du champ d'application de la troisième directive. Évidemment, ceci ne veut pas dire que les arbitres adopteront une attitude passive dans le cas où une opération de blanchiment de capitaux résulte des faits de l'espèce. Les arbitres feront face à cette situation dans le respect des obligations de sa mission et des bonnes mœurs généralement acceptées.

II. – RÉPONSES APPROPRIÉES AUX SOUPÇONS DE BLANCHIMENT DE CAPITAUX

Lorsqu'un tribunal arbitrale a des raisons de soupçonner que des revenus d'activités criminelles sont en passe d'être légalisés, une réponse appropriée doit être trouvée pour que l'infraction ne reste pas ignorée ou négligée en tant que

38 C. ROGERS, *Transparency in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 1301, démontrant que des réformes impératives de transparence dans l'arbitrage produiraient des effets indésirables : « Parties and individuals opposed to such reforms could easily avoid them by resorting to rogue institutions or *ad hoc* arbitrations that are less transparent than the current system. To deter development of this kind of gray market for arbitration services, states would have to refuse enforcement of arbitral awards that did not conform to the new transparency requirements. This new ground for refusing to enforce awards would require not only amendment to the New York Convention, but a fundamental restructuring of its essential balance ».

39 P. HYNES, R. FURLONG et N. RUDOLF, *International Money Laundering and Terrorist Financing : a UK Perspective*, London, Sweet & Maxwell, 2008, n° 4-004, p. 12.

conséquence inévitable de la mondialisation. Tout en respectant les limites de son mandat et l'essence même de ses obligations légales, l'arbitre devra participer à la réponse internationale au blanchiment de capitaux. Devra-t-il mener ses propres investigations sur les allégations ou soupçons de blanchiment de capitaux (A) ? Si le blanchiment de capitaux est avéré ou présumé, l'arbitre devra-t-il refuser la compétence ou obtenir des parties qu'elles se retirent du litige (B) ? Ou serait-il préférable de décider de l'invalidité ou de la nullité du contrat entaché par le blanchiment de capitaux (C) ? Enfin, qu'advient-il si l'arbitre ou l'instance arbitrale sont appelés à témoigner ou à divulguer des éléments à un tribunal national (D) ?

A. – Enquêtes sur les allégations ou soupçons de blanchiment de capitaux

Lorsqu'il y a des soupçons de blanchiment de capitaux qui résultent des faits ou des allégations présentés par l'une des parties, dans quelle mesure l'arbitre doit-il mener une enquête ? Certains sont d'avis qu'il n'est ni utile ni opportun que de telles investigations soient menées. Ce ne serait pas utile car, selon les réglementations anti-blanchiment de capitaux, le simple soupçon (et non pas le caractère de l'infraction) devrait faire l'objet d'une déclaration d'activité suspecte. Mais, rappelons ici que les arbitres ne relèvent pas du champ d'application de la troisième directive : par conséquent, ils ne signaleront rien aux cellules de renseignements financiers. Ce ne serait pas opportun car le tribunal arbitral n'est pas doté de suffisamment de pouvoir d'investigation, ni de garantie de l'application régulière de la loi⁴⁰. De fait, nous devons distinguer deux hypothèses : lorsque les soupçons émanent d'allégations faites par l'une des parties, et lorsque les soupçons émanent de faits et de documents. C'est une manière pratique d'aborder la question complexe de la *norme de preuve* pour établir le blanchiment de capitaux.

1° Allégations de blanchiment de capitaux

Des allégations de blanchiment de capitaux par l'une des parties peuvent être une manœuvre tactique afin de détourner l'attention des arbitres de la non-exécution du contrat ou pour ralentir la procédure. De telles manœuvres ont déjà été utilisées dans les tribunaux d'arbitrage des différends liés aux investissements⁴¹ et même dans les tribunaux d'arbitrage commercial international, où l'une des parties a allégué qu'il y avait corruption afin d'éviter de payer un agent. Donc les arbitres doivent faire attention de ne pas faire porter la charge de la preuve sur le « blanchisseur présumé » : toutes allégations doivent être fondées sur des preuves solides apportées par la partie ayant fait ces allégations. L'accusé doit avoir le bénéfice du doute. De même, les arbitres devront faire attention à éviter de tourner toutes allégations de blanchiment

40 S. KURKELA, *Criminal Laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not* : *Bull. ASA* 2008, vol. 26, n° 2, p. 286 : « Arbitration proceedings would neither meet the basic criteria of due process in this respect ».

41 Aff. CIRDI n° Arb/00/7, *World Duty Free Company Ltd. c/ Kenya*.

d'argent en une requête qui pourrait être qualifiée « d'expédition de pêche ». Lorsque l'instance arbitrale requiert que des documents soient fournis, les arbitres peuvent s'attendre à ce que les parties s'y opposent. « In certain circumstances, a negative inference might be drawn from a refusal to disclose information, but given the seriousness of the allegations, such inferences must be drawn with care »⁴².

2° Soupçons de blanchiment de capitaux

La situation opposée, où aucune des parties n'allègue le blanchiment de capitaux, est probablement plus difficile pour les arbitres à gérer, alors même que la probabilité de présence de blanchiment de capitaux n'est pas moins élevée. Les soupçons sont éveillés par l'information qui est disponible aux arbitres. Des voyants rouges peuvent s'allumer lorsque l'arbitre constate l'utilisation de sociétés offshore ou la participation de « politically exposed persons ». Mais ces voyants rouges peuvent aussi révéler des comportements non punissables, tels que l'évasion fiscale. Dans tous les cas, la situation sera difficile à élucider lorsqu'il y a de nombreuses sociétés écran. Par conséquent, il s'agit de savoir si les arbitres doivent adopter une approche inquisitoire. De notre point de vue, les arbitres ne doivent pas jouer le rôle d'un procureur général. Bien que les arbitres soient en mesure d'émettre des injonctions, ils ne sont pas dotés de l'*imperium* qui appartient à l'État. Mais l'idée clé est que les arbitres disposent d'un mandat pour trancher un litige particulier, sur la base d'un nombre limité de contrats et de faits. Les arbitres ne doivent pas dépasser les limites de leur mission. Ainsi, « The tribunal should not investigate, or allow the other party to adduce evidence relating to, other contracts, transactions or activities of one of the parties or their representatives »⁴³. Ce qui ne veut pas dire que les arbitres resteront passifs : ils doivent seulement enquêter dans le cadre de la résolution du litige et des faits qui s'y rattachent. De cette manière, les arbitres assureront l'application régulière de la loi. Les parties seront entendues concernant le soupçon de blanchiment de capitaux et un délai leur sera accordé pour répondre et fournir des documents si toutefois elles le jugent nécessaire. Ce qui signifie qu'il convient d'accorder une fiabilité limitée aux critères ou indices utilisés par les établissements financiers car ces critères sont seulement ■■utilisés à des fins de déclaration de soupçons■■ alors que les arbitres peuvent être dans une position plus favorable pour tirer des conséquences des preuves de blanchiment de capitaux.

B. – Déclaration d'incompétence ou rejet de l'affaire

Une première réponse à une tentative d'abus de l'instance arbitrale serait soit le refus de compétence (1°) pour inarbitrabilité, soit une démarche qui mènerait à inciter les parties à abandonner les poursuites (2°).

42 B.-M. CREMADES et D.-J. CAIRNS, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators* : *JAN Disp. Resol. J.*, 2003, vol. 58, p. 76.

43 B.-M. CREMADES et D. J. CAIRNS, *op. cit.*

1° Déclaration d'incompétence

Lorsque le groupe spécial arbitral soupçonne une opération de blanchiment de capitaux, qu'il s'agisse d'un « simulacre de procès » ou d'un contrat prévoyant le « lavage » d'argent sale, doit-il refuser la compétence sur la base de l'inarbitrabilité des poursuites ? Puisque les arbitres n'ont ni l'autorité d'enquêter ni celle d'imposer des sanctions pénales, il leur serait tentant de décliner la compétence afin d'éviter d'être un instrument, ou du moins, un simple spectateur passif d'une infraction. Les parties demandant l'exécution du contrat entaché d'illégalité par le blanchiment d'argent auront perdu le *right to ask for assistance of the machinery of justice*. Ce fut le raisonnement du juge Gunnar Lagergren, nommé seul arbitre, dans un litige où il y avait des allégations et des preuves de corruption passive⁴⁴. Cette approche au problème de la criminalité a certains inconvénients. En premier lieu, elle produit un déni de justice si l'on venait à suivre le raisonnement du juge Lagergren qui voudrait que les tribunaux nationaux devraient aussi refuser la compétence. Ou tout du moins, ce serait en violation des règles institutionnelles des institutions arbitrales qui imposent une obligation de rendre une sentence ayant force exécutoire⁴⁵. Dans un deuxième temps, elle donnerait aux parties cherchant à éviter l'arbitrage du litige les moyens de le faire simplement en soutenant que le litige est assujéti à des règles du droit pénal ou du droit public⁴⁶. Enfin, cette approche paraît démodée à une époque où le champ d'application de l'arbitrage s'est élargi. Non seulement les tribunaux arbitraux considèrent qu'un litige entaché d'illégalité par la corruption est arbitral, mais les tribunaux nationaux estiment aussi que les sentences arbitrales rendues dans ce contexte ont force exécutoire tant que les arbitres n'ont pas prouvé que les allégations de corruption sont avérées⁴⁷ ou qu'ils ont refusé de faire exécuter le contrat dans le cas contraire.

2° Retrait de l'affaire

Si le défaut d'arbitrabilité du litige n'est pas une base suffisante pour décliner la compétence, y a-t-il d'autres possibilités ne pas rendre de sentence arbitrale servant ensuite de support à l'opération de blanchiment ? L'obligation qu'a le tribunal arbitral de rendre une sentence tendrait techniquement à exclure un tel renvoi. Toutefois, cela ne veut pas dire que ce résultat est uniquement entre les mains des parties. Les arbitres peuvent fortement inciter les parties à se désister de leurs demandes. Supposons que, « par chance », les parties à un « simulacre de procès » parviennent à un règlement amiable après seulement quelques

44 J. GILES WETTER, *Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals : The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110 : Arbitration Int'l* 1994, vol. 10, 277-294 (1994).

45 M.-S. KURKELA, *Criminal Laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not* : *Bull. ASA* 2008, vol. 26, 283.

46 FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, 1999, Kluwer Law.

47 Tribunal fédéral, 2 sept. 1993, *National Power Corporation c/ Westinghouse* : *Bull. ASA* 1994, vol. 12, 244. – *Westacre Investments Inc. c/ Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd.*, [1998] 2 *Lloyd's Rep.* 111, 114 (Q.B.).

étapes procédurales. Les parties demanderaient ensuite au tribunal arbitral d'homologuer leur accord en rendant une sentence dite « d'accord parties », signée par les membres du tribunal arbitral, afin de lui donner une plus grande crédibilité de profiter de la Convention de New York. Sauf disposition contraire dans les règles institutionnelles de l'arbitrage, les arbitres ont le droit de refuser de signer la sentence dite « d'accord parties » s'ils pensent que cette décision est appropriée : comme le dit Alexander J. Behlolavek, « In fact, it is valid that an arbitrator is obliged to issue an arbitration award, however under no circumstances are they obliged to issue an arbitration award pursuant to a concluded agreement on release »⁴⁸. La procédure arbitrale serait alors dans une impasse : les seules issues pour les parties seraient donc, soit d'accepter une sentence sur le fond, à l'issue imprévisible, soit de tenter de remplacer les arbitres, ou enfin de se désister de l'affaire.

Si le tribunal arbitral sait qu'une procédure pénale est parallèlement en cours, particulièrement dans le pays du siège de l'arbitrage, la suspension de la procédure arbitrale peut être considérée comme un moyen de pression sur des parties malhonnêtes, par peur des conséquences d'un jugement qui établirait l'infraction commise. Mais la suspension doit être utilisée avec précaution. En effet, contrairement à l'adage « le criminel tient le civil en l'état », il n'y a pas de priorité de la procédure pénale sur la procédure civile ou commerciale⁴⁹. De plus, les arbitres doivent rendre leur sentence rapidement, dans les délais prévus par la loi ou modifiés par les règles institutionnelles arbitrales. Les arbitres doivent donc être attentifs à ne pas rendre leur sentence après l'expiration du délai légal ou contractuel.

C. – Invalidité du contrat entaché d'illégalité par le blanchiment de capitaux

Une deuxième réponse à la soumission d'un litige lié à un contrat entaché d'illégalité par le blanchiment de capitaux à l'arbitrage serait de rendre une sentence sur le fond, en tenant compte de l'existence d'une infraction pour fonder des sanctions civiles telles que l'invalidité ou la nullité d'un contrat. Le tribunal arbitral a l'autorité nécessaire pour imposer des sanctions civiles ; elles neutralisent l'opération de blanchiment d'argent. Si, selon la loi qui s'applique, la *lex causae*, le contrat est valide et a force exécutoire, le tribunal arbitral fondera ensuite l'invalidité dudit contrat sur des règles de politique purement internationales (1^o) ou sur des règles impératives (2^o).

1^o Invalidité reposant sur les règles d'ordre public international

48 A.-J. BELOHLAVEK, *Arbitration, Ordre public and Criminal Law*, t. II, Kiev, Taxon, 2009, 1202, p. 2085.

49 Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, n° 02-13.252 : *D.* 2005, inf. rap. p. 2822 ; *Rev. arb.* 2006, note J.-B. RACINE, « la demande de sursis à statuer ne peut être accueillie que si les faits dénoncés comme constituant l'infraction ont une incidence directe sur la cause d'annulation de la sentence et si la décision pénale à intervenir est susceptible d'influer sur la décision civile ». – Cass. crim., 30 juin 2004, n° 03-85.019 : *Bull. crim.* 2004, n° 178.

Les règles d'ordre public véritablement international sont des règles qui s'imposent à tout tribunal arbitral lorsqu'il doit rendre une sentence à force exécutoire. Quel que soit le lieu de son siège, un tribunal arbitral doit se conformer à l'ordre public international, que la décision soit prise selon une règle matérielle ou de manière *ex aequo et bono*. En d'autres termes, le tribunal arbitral anticipera ainsi un contrôle fréquemment exercé en droit comparé lorsque des tribunaux nationaux doivent reconnaître et exécuter une sentence arbitrale. Ayant pris en considération l'ordre public international, le tribunal arbitral peut donc s'écarter du droit applicable choisi par les parties. La question est donc de savoir si les réglementations anti-blanchiment de capitaux appartiennent au nombre limité de règles d'ordre public véritablement international,⁵⁰ au même titre que les règles anticorruption. Si tel était le cas, un tribunal arbitral pourrait décider qu'un contrat ne peut être exécuté même si le droit applicable adopte le point de vue inverse. L'apparente convergence de plusieurs conventions internationales, de normes juridiques non contraignantes (*soft law*) et de législations nationales renforcerait l'idée que la prohibition du blanchiment de capitaux fait partie des règles de l'ordre public véritablement international. Mais il ne faut pas être induit en erreur par cette avalanche de normes. Les *Quarante recommandations* du GAFI ne sont pas directement applicables : elles doivent être transposées dans le droit interne par des dispositions de droit national ou régional pour prendre une force exécutoire. Et certaines différences majeures demeurent dans les législations nationales quant à la définition d'infractions principales au blanchiment de capitaux. « In light of the large number of countries (over 170) that have ratified the Vienna Convention, it would appear that the laundering of the proceeds from drug trafficking is contrary to a widely accepted norm of international public policy. But what about white-collar crime, the illegitimate diversion of corporate assets, and certain tax offences ? »⁵¹. L'exemple des infractions fiscales illustre ces différences de point de vue : alors que la France sanctionne le blanchiment de capitaux provenant d'une fraude fiscale⁵², allant plus loin que requis par la troisième directive et par les *Quarante recommandations* du GAFI, d'autres Etats, comme le Liban⁵³, ne le font pas. Par conséquent, les juridictions de pays faisant face à une demande de reconnaissance et d'exécution de sentence peuvent adopter des points de vue différents sur les règles d'ordre public international.

2° Invalidité reposant sur les lois de police

Lorsque, malgré la présence d'éléments témoignant de la présence de blanchiment de capitaux, un contrat est valide et à force exécutoire selon la loi

50 H. ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation. Une théorie critique des sources du droit des relations internationales*, Bruylant, 2007. – J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999.

51 A. DE LOTBINIÈRE MCDUGALL, *International Arbitration and Money Laundering : Am. U. Int'l L. Rev.* 2005, vol. 20, n° 5, 1021.

52 ■■V. *supra*. n° 13.■■

53 F. Nammour, *Droit bancaire*, Beyrouth, 2012, 377 p. § n° 186.

choisie par les parties, l'arbitre peut se référer à une loi de police afin d'annuler le contrat. Les lois de police sont définies par l'article 9(1) du règlement (CE) n° 593/2008⁵⁴ comme étant une « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. » En terminologie juridique française, on parle donc de *lois de police*, alors qu'en allemand le terme est celui d' *Eingriffsnormen*. Mais quelles lois de police doivent être utilisées par l'arbitre afin d'évincer la *lex contractus* choisie par les parties ? Le tribunal arbitral pourrait prendre en considération la loi du lieu d'exécution du contrat, la loi des pays ordonnant l'exécution de la sentence arbitrale et la loi du siège de l'arbitrage. La loi du lieu d'exécution du contrat présente les liens les plus étroits avec l'affaire⁵⁵. Si les parties avaient essayé d'échapper à la loi de manière frauduleuse, le tribunal arbitral en rétablirait simplement les effets. Le tribunal arbitral donnerait ainsi effet à la loi choisie par les parties, mais en tenant compte de la violation d'une loi de police, il déciderait de la nullité du contrat selon la *lex contractus*. Voilà la possibilité unique formulée par l'article 9(3) de manière plus restrictive que celle contenue dans l'article 7 de la Convention de Rome. Le règlement (CE) n° 593/2008 dispose qu'« il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ». Le choix de la loi de police des pays dans lesquels les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées ne reposerait pas sur le règlement (CE) n° 593/2008 ; il reposerait plutôt sur l'obligation de l'arbitre de rendre une sentence arbitrale ayant force exécutoire. Le choix de la loi du siège de l'arbitrage remplirait cette même obligation, ce qui permettrait ensuite d'éviter toute contestation de la sentence auprès du tribunal national. De plus, si les arbitres donnaient effet à un contrat entaché d'illégalité par le blanchiment de capitaux, ils risqueraient d'être accusés de complicité par le tribunal national local.

D. – Limite à la confidentialité dans le cas de procédures pénales

Si l'objet principal de cet article porte sur l'arbitrage, il ne faut pas oublier qu'une transaction peut déjà avoir attiré l'attention des autorités de surveillance,

⁵⁴ Règl. (EC) n° 593/2008 du Parlement et du Conseil, 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : JO n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6. – V., en français, O. CACHARD, *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 2011. – F. MARELLA, *Les nouveautés du règlement européen (Rome I) relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles* : *Bull. Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI* 2008, n° 19-1, p. 91-111. – V., en anglais, L.-A. MISTELIS, *Mandatory Rules in International Arbitration : Too Much Too Early or Too Little Too Late ?* : *Am. Rev. Int'l Arb.* 2007, vol. 18, 217.

⁵⁵ Cf. House of Lords, *Regazzoni cl K.C. Sethia Ltd* [1957] 3 *All E.R.* 286.

ayant pour mission d'enquêter, d'appliquer des sanctions civiles (ou administratives) et d'engager des poursuites ou sanctions pénales. En amont de l'arbitrage, une déclaration de soupçons peut déjà avoir été envoyée à la cellule de renseignements financiers par une personne compétente selon la troisième directive, comme par exemple une institution financière. La question suivante est de savoir ce qui devrait se produire lorsqu'un agent de l'autorité concernée, dans l'exercice de ses fonctions, ou un tribunal, ordonne la présentation des dossiers et autres documents rédigés par les arbitres. Les informations recueillies par les arbitres au cours de la procédure arbitrale sont-elles couvertes par le *legal privilege* dans les pays de la *Common Law* ou le secret professionnel dans les pays de droit civil ? Une réponse précise et complète exigerait une analyse comparative qui sort du cadre de la présente étude. Un premier élément est le fait que l'obligation contractuelle de confidentialité est imposée aux arbitres ainsi qu'aux membres des instances arbitrales pour toute l'information recueillie au cours de la procédure⁵⁶. Un second élément est le fait que certaines législations nationales imposent une obligation légale de ne pas divulguer de renseignements recueillis dans le cadre d'une relation de confiance. Il s'agit du « secret professionnel » établi par l'article 226-3 du Code pénal français. La rédaction de l'article comprend sans aucun doute les arbitres et les instances arbitrales⁵⁷.

« **Art. 226-13** (Ord. n° 2000-916, 19 sept. 2000, art. 3 (V) : JO 22 sept. 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002). – La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Néanmoins, le secret professionnel a des limites légales. D'une part, une personne liée par le secret professionnel peut utiliser des éléments couverts par le secret professionnel pour le bien de sa propre défense : ainsi, un arbitre pourrait utiliser des éléments de la procédure arbitrale pour établir qu'il n'est pas complice dans l'opération de blanchiment de capitaux. Ensuite, lorsque la communication de documents est requise par un tribunal ou par la police au cours de leur enquête, il semble que les instances arbitrales devraient se conformer à cette requête. Mais, selon le droit français, les arbitres ont le droit de refuser de témoigner⁵⁸.

Conclusion

Une réponse adéquate au blanchiment de capitaux dépend du statut et des obligations qui s'imposent aux personnes ou aux institutions qui pourraient y être confrontées. Puisque les établissements financiers sont les mieux placés pour appliquer les mesures de vigilance renforcées à l'égard de la clientèle, les

56 J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, Zürich, Schulthess, 2002.

57 É. LOQUIN, *Les obligations de confidentialité de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2006, p. 323.

58 CPP français, art. 109 ; Cf. D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n° 38.

conseillers fiscaux et les experts comptables sont certainement bien placés pour analyser *de fond en comble* la structure juridique des entreprises et pour identifier leurs bénéficiaires effectifs. C'est la raison pour laquelle ces opérateurs tombent directement dans le champ d'application des obligations de prévention de la troisième directive. Il est dans l'intérêt de la communauté arbitrale, et tout particulièrement des instances arbitrales connues, d'adopter une politique proactive pour lutter contre le blanchiment de capitaux. Cette politique doit être mise en application dans le respect des particularités de l'arbitrage, c'est-à-dire, en tenant compte de la mission des arbitres qui leur est confiée par les parties, de résoudre un litige en rendant une sentence ayant force exécutoire à l'issue d'une procédure confidentielle reposant sur l'application régulière de la loi. Puisque l'exécution d'une sentence arbitrale requiert la conformité préalable aux règles d'ordre public véritablement international et aux lois de police du pays d'exécution, les règles du droit pénal seront forcément prises en considération par le tribunal arbitral. Si les arbitres ne signalent pas de contrats suspects aux cellules de renseignements financiers, ils ont toutefois compétence pour les annuler, ce qui est un puissant moyen de dissuasion. En cas de soupçons, la bonne réponse arbitrale sera trouvée par les arbitres avec le soutien de l'institution arbitrale, conformément aux ressources procédurales du Règlement d'arbitrage applicable.