Journal du Droit Transnational

www.journaldudroittransnational.it

Directeurs:
Ilias Bantekas
Catherine Maia
Tarcisio Gazzini
Francesco Seatzu

Les enjeux de la preuve de la corruption dans l'arbitrage international et le rôle des *red flags*

Abdulhay Sayed[1]

Introduction

La lutte contre la corruption s'impose aujourd'hui comme un impératif incontournable de l'ordre juridique international. Elle s'inscrit dans une dynamique de responsabilisation croissante des acteurs économiques et institutionnels. Cet impératif se heurte néanmoins à des tensions politiques récentes, illustrées notamment par la décision controversée du président des États-Unis de suspendre, de facto, les poursuites visant les faits de corruption impliquant des agents publics étrangers. Ce recul apparent sur la scène internationale vient accentuer la responsabilité de l'arbitrage international, qui demeure l'un des principaux mécanismes de règlement des différends transnationaux, en particulier dans le champ des investissements.

Mais cette responsabilité se heurte à un obstacle de taille : la corruption, par nature dissimulée, résiste à la preuve. En l'absence de documents explicites ou d'aveux, les arbitres sont souvent contraints de fonder leur raisonnement sur des indices ou des présomptions. Ce déficit de preuve a conduit au développement de mécanismes alternatifs, parmi lesquels la méthode des *red flags* occupe une place de plus en plus importante. Initialement conçus comme instruments de prévention *ex ante*, ces indicateurs de risques de corruption sont désormais mobilisés à des fins probatoires, dans une logique *ex post*. Leur utilisation soulève non seulement des enjeux probatoires, mais également des implications procédurales significatives.

Le présent article se propose, dans un premier temps, de rappeler les règles applicables à la preuve de la corruption en arbitrage international (I). Il s'intéressera ensuite au rôle structurant que jouent les *red flags* dans l'administration de cette preuve, à la lumière d'un rapport récent publié par la Commission de l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (II). Enfin, il examinera les effets procéduraux que peut entraîner leur invocation, tant au cours de la procédure arbitrale que devant les juridictions chargées de l'exécution ou de l'annulation de la sentence (III).

I - Les cadres et règles gouvernant la preuve de la corruption en arbitrage international

A - Les hypothèses dans lesquelles la question se pose

La nécessité pour un tribunal arbitral d'examiner des allégations ou soupçons de corruption émerge principalement dans deux types de situations.

La première concerne les contrats eux-mêmes constitutifs d'un pacte de corruption – *contrats de corruption*. Il s'agit, par exemple, de conventions conclues avec des intermédiaires, consultants ou sociétés écran, dont l'objectif réel était de faciliter le versement de commissions occultes à des agents publics étrangers. Ces cas sont fréquents

[1] Arbitre indépendant.

en arbitrage commercial, où la validité du contrat et la licéité de sa cause deviennent des enjeux centraux.

La seconde hypothèse, plus courante en arbitrage d'investissement, concerne les contrats ou avantages économiques obtenus par des moyens corruptifs – *contrats obtenus par la corruption*. Le différend porte alors non pas sur le contrat lui-même, mais sur les circonstances dans lesquelles l'investisseur a acquis ses droits. La corruption, si elle est prouvée, peut conduire à l'inadmissibilité de la demande ou à l'exclusion de la protection juridique offerte par les traités.[2]

Dans ces deux hypothèses, les allégations de corruption peuvent être introduits de manière explicite par une partie, ou surgir de manière implicite, lorsque des faits ambigus sont soulevés sans qualification juridique claire.[3] Il n'est pas rare que le tribunal arbitral soulève lui-même la question *sua sponte*, en présence d'éléments troublants, bien qu'aucune des parties ne l'ait invoquée expressément.[4]

Dans tous les cas, l'examen des allégations ou soupçons de corruption implique une série d'interrogations sur la charge de la preuve, le standard probatoire applicable, et la méthode de raisonnement à adopter en l'absence de preuve directe.[5]

B - Charge de la preuve, standards probatoires et droit applicable

La règle générale en arbitrage veut que chaque partie supporte la charge de la preuve des faits qu'elle allègue.[6] Toutefois, cette règle connaît des tempéraments. Ainsi, lorsqu'un consultant réclame le paiement d'honoraires sans démontrer les services rendus, le tribunal peut transférer la charge de la preuve à ce dernier : c'est à lui de justifier de la légitimité de sa demande, à défaut de quoi une présomption de corruption pourrait s'en déduire.[7]

La question du *standard de preuve* est de prime abord d'ordre procédural. Elle est d'autant plus délicate qu'elle oscille entre deux pôles.[8] Certains tribunaux exigent une preuve *claire et convaincante*, sans atteindre toutefois le niveau du « doute raisonnable » propre

---

[2] La distinction entre les contrats de corruption et les contrats obtenus par la corruption a été particulièrement développée dans la sentence *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. vs. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex"), Bangladesh Oil Gas And Mineral Corporation ("Petrobangla")*, Affaire CIRDI No. ARB/10/11, 9 August 2013, par. 434, 440.

[3] Cf. *Alexander Brothers v. Alstom* [2020] EWHC 1584.

[4] Cf/ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Affaire CIRDI No. ARB/10/3, sentence de 4 octobre 2013, par. 86

[5] Sophie Lemaire, « La preuve de la corruption », *Revue de l'Arbitrage*, 2020, N. 1, pp. 185 – 205 ; Constantine Partasides, "Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 25, N. 1, 2010, pages 47–62.

[6] Andrea Menaker, "Proving Corruption in International Arbitration," in Domitille Baizeau, Richard Kreindler (eds), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 13 (The Hague, Paris: Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2015) pp. 77 – 1

[7] Cf. Affaire CCI N. 12990, *ICC Bulletin, Special Supplement – Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 24, 2013, p. 52, p. 54, par. 256.

[8] Vladimir Khalevi, "Standards of Proof for Allegations of Corruption in International Arbitration" in Domitille Baizeau and Richard H. Kreindler (eds), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration,* Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 13 (Paris, The Hague: Kluwer Law International; International Chamber of Commerce, (ICC) 2015), pp. 69 – 76.

au droit pénal américain.[9] D'autres adoptent un seuil plus souple, celui de la *prépondérance des probabilités*, où il suffit de démontrer que l'hypothèse de la corruption est plus vraisemblable que son absence.[10]

Le droit applicable au fond vient compléter ce cadre. C'est lui qui définit les éléments constitutifs de l'infraction de corruption,[11] tant dans sa dimension matérielle (acte corrupteur) qu'intentionnelle (volonté de corrompre ou d'en tirer avantage).[12] L'arbitre doit s'y référer pour déterminer si les faits allégués peuvent être qualifiés de corruptifs, au regard des exigences du droit national, international ou transnational pertinent.

Enfin, la gravité intrinsèque d'une allégation de corruption peut justifier un renforcement du standard de preuve.[13] Mais l'opinion inverse existe également : face à la difficulté structurelle de prouver la corruption, certains arbitres acceptent d'abaisser le seuil probatoire. Ce débat demeure ouvert dans la pratique arbitrale contemporaine.[14]

II - La méthode des red flags et son rôle dans l'administration de la prevue

A - Le recours croissant aux red flags comme preuve indirecte

La nature dissimulée des pactes de corruption fait que les preuves directes — témoignages ou documents explicites — sont extrêmement rares. L'affaire *World Duty Free c. Kenya* constitue une exception célèbre[15] : le dirigeant de l'investisseur y a reconnu avoir remis en mains propres une valise de 500 000 dollars au président kényan. Dans

---

[9] *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, Affaire CIRDI No. ARB/05/13, Sentence du 8 octovre 2009, par. 221; Affaire CCI 13384, *ICC Bulletin*, *Special Supplement – Tackling Corruption in Arbitration*, op. cit., p. 64, par 67.

[10] Cf. *The Republic of Croatia v. MOL Hungarian Oil and Gas Plc*, PCA Case 2014-15, Sentence finale 23 décembre 2016, par. 125: "*None of the ultimately residual conceptual difficulties, however, needs to be resolved in this case if the Tribunal finds that the allegations of corruption fail even under a traditional balance-of-probabilities*." *Tethyan Copper Company Pty Limited vs. Pakistan*, Affaire CIRDI No. Arb/12/1, Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (With Reasons), 10 Novembre 2017, par 304, 308.

[11] Aloysius Llamzon, "Chapter 14: Arbitrating Corruption", in Michael J. Moser and Chiann Bao (eds), in *Managing 'Belt and Road' Business Disputes: A Case Study of Legal Problems and Solutions*, (The Hague, Kluwer Law International 2021) pp. 285-314.

[12] La recherche d'une intention de corrompre, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un *quid pro quo* sous la forme d'un avantage effectivement accordé en contrepartie de l'acte de corruption, a constitué l'une des questions centrales dans l'affaire: *Worley International Services Inc. vs. The Republic of Ecuador*, Affaire CPA No. 2019-15, sentence finale du 23 décember 2023, par. 478.

[13] *Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic*, Affaire CIRDI No. ARB (AF)/12/6, Sentence de 6 août 2019, par. 110: "*In the Tribunal's view there need not be 'clear and convincing evidence' of every element of every allegation of corruption, but such 'clear and convincing evidence' as exists must point clearly to corruption. An assessment must therefore be made of which elements of the alleged act of corruption have been established by clear and convincing evidence, and which elements are left to reasonable inference, and on the whole whether the alleged act of corruption is established to a standard higher than the balance of probabilities but less than the criminal standard of beyond reasonable doubt, although of course proof beyond a reasonable doubt would be conclusive. This approach reflects the general proposition that the graver the charge, the more confidence there must be in the evidence relied on.*"

[14] Martin Hunter, "Modern Trends in the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration," *Ius Arbitale Internationale, Essays in Honor of Hans Smit*, *The American Review of International Arbitration*, 1992, Vol. III, pp. 204-213, p. 211.

[15] *World Duty Free Company v Republic of Kenya*, Affaire CIRDI No. Arb/00/7, sentence du 6 octobre 2006, par. 130.

l'immense majorité des cas, le tribunal arbitral devra se contenter de preuves indirectes, ou *circonstancielles*.

C'est dans ce contexte que la pratique arbitrale a introduit les *red flags*. Ces signaux d'alerte désignent des faits ou circonstances de nature à éveiller des soupçons quant à l'existence possible d'un acte de corruption. Leur utilisation a été structurée par les travaux du groupe de travail sur la corruption et l'arbitrage, institué au sein de la Commission d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI). Un premier sous-groupe a élaboré une méthodologie probatoire fondée sur les *red flags*, dont les conclusions ont été récemment publiées dans un rapport détaillé.[16] Parallèlement, un second sous-groupe, dont les travaux sont toujours en cours au moment de la rédaction du présent article, s'interroge sur l'apport potentiel de l'intelligence artificielle dans l'identification et la validation des *red flags*.

B - Une méthodologie en trois étapes : identification, validation, évaluation

Le rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI propose, dans un premier temps, une classification des *red flags*, qui servira de fondement à la méthodologie qu'il développe par la suite. Selon le rapport, ces indicateurs se répartissent en deux catégories.[17] Les *red flags* généraux renvoient à des facteurs contextuels permanents, tels qu'un pays à haut risque, une administration opaque ou un secteur d'activité particulièrement exposé à la corruption. Les *red flags* spécifiques, quant à eux, se rapportent aux faits propres à l'affaire : relation suspecte avec un agent public, versement de commissions excessives, ou encore absence de justification économique. Ces derniers sont généralement considérés comme plus probants que les premiers.

La méthodologie proposée par le rapport repose ensuite sur trois étapes successives.

La première est celle de *l'identification*.[18] Dès qu'un tribunal arbitral repère un élément suspect — une rémunération disproportionnée, l'intervention d'un intermédiaire sans qualification, des liens personnels avec un décideur — il le confronte aux éléments juridiques constitutifs de la corruption. Ces éléments comprennent un acte (promesse, offre, versement d'avantage indu) et une intention (objectif de fausser un processus décisionnel ou d'obtenir un avantage indu). Dans une perspective civile, la volonté de corrompre peut être analysée à travers l'objet ou la cause du contrat.

La deuxième étape est celle de la *validation*.[19] Le tribunal procède alors à une analyse critique des red flags identifiés. Il en confirme certains, en écarte d'autres. Par exemple, un soupçon basé sur une erreur factuelle, une exagération ou une confusion d'identité sera rejeté. À l'inverse, un red flag sera validé si l'enquête révèle un faisceau d'indices convergents : absence de justification de la prestation, rémunération excessive, relations douteuses.

[16] Rapport de la Commission de l'arbitrage de la Chambre de Commerce International, *Red Flags or Other Indicators of Corruption in International Arbitration*, ICC Dispute Resolution Bulletin, 2024, N. 2, pp. 35-76. Il convient de préciser que le présent auteur a participé en tant que co-rapporteur à ce sous-groupe de travail, aux côtés de Lucinda Low, Patrick Baeten et Xavier Entrade.

[17] Id., p. 40.

[18] Id., p. 49.

[19] Id., p. 50.

Enfin, la troisième étape est celle de *l'évaluation globale*.[20] Le tribunal procède à une appréciation d'ensemble des signaux d'alerte validés, en les mettant en relation les uns avec les autres et en les confrontant aux éléments de preuve de sens contraire — les signaux positifs, ou *green flags,* à savoir des faits ou circonstances suggérant l'absence de corruption, tels que des efforts concrets de prévention ou de détection de pratiques corruptives.[21] Cette phase implique une contextualisation approfondie : analyse des chronologies, examen des garanties contractuelles, exploration des explications alternatives. Il ne s'agit jamais d'une simple addition mécanique des indices, mais d'une mise en perspective raisonnée. Certains tribunaux arbitraux ont d'ailleurs eu recours à la méthode dite du *connecting the dots*, qui permet d'articuler les indices entre eux de manière cohérente, afin de conclure si un contrat était de nature corruptive ou s'il avait été obtenu par des moyens corrompus.[22]

C- La valeur probatoire des red flags

En pratique, les *red flags* sont souvent confondus avec la preuve que des pratiques corrompues ont eu lieu. Les tribunaux ont tendance à cumuler un certain nombre de *red flags* pour aboutir à une conclusion générale de corruption. Le rapport de de la Commission de l'arbitrage de la CCI problématise quelque peu cette question et cherche plutôt à exposer un processus de réflexion qu'un tribunal arbitral peut utiliser avant d'en arriver au stade de l'établissement des preuves.

La question a souvent été posée de savoir s'il était vraiment utile d'apporter à l'arbitrage une nouvelle méthodologie parallèlement aux règles de preuve. En fait, on est même tenté d'affirmer que les règles de preuve sont suffisantes en elles-mêmes et qu'elles fournissent aux tribunaux les outils nécessaires pour établir des conclusions en matière de preuve.

Le rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI reconnaît que la méthodologie est distincte des concepts et outils ordinaires de la preuve, mais qu'elle les recoupe d'une manière ou d'une autre. Pour la Commission de l'arbitrage de la CCI, la méthodologie ne vise qu'à compléter les catégories et les outils juridiques généralement utilisés pour la décharge et l'évaluation des preuves.

Les *red flags* demeurent de simples indicateurs de risque identifiés, ou des « signes de danger à venir »[23] au cours d'une procédure d'arbitrage dans un contexte d'évaluation *ex*

[20] Id., p. 56.

[21] Id., p. 47.

[22] Cf. *Spentex Netherlands B.V. Vs. Republic of Uzbekistan*, Affaire CIRDI No. Arb/13/26, sentence non publiée, 27 décembre 2016: par. 864: "*The Tribunal is indeed highly concerned about the accumulation of "red flags" that have emerged from the evidentiary process and that can be seen as factors indicating corrupt practices. These factors include, inter alia, the general and non-descript characterization of the services to be provided by SIL's consultants, PSI, TDL and FFS, the very high success fees that SIL agreed to pay its consultants, and the lack of clearly discernible services rendered in exchange for the high fees. The Tribunal will scrutinize each of the "red flags" of corruption in the following sections…*"; par. 934: ""*Connecting the dots" of the individual pieces of evidence described above leads the Tribunal to conclude that the most compelling explanation of the events surrounding the tender process in June 2006 and the making of the investment is clearly that it involved corrupt activities on the part of the investor and of officials of the Respondent*."

[23] *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc vs. Republic of Croatia*, Affaire CIRDI ARB/13/32, sentence du 5 Juillet 2022, par. 545: "*signs of danger ahead*."

post.[24] La question de savoir s'ils se prêtent ou non à des constatations factuelles nécessite l'application des règles de preuve ordinaires. Le rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI tente de souligner que les *red flags* ne possèdent pas de force probante propre. En examinant les trois étapes, le rapport propose des nuances de force probante, lorsque l'on examine les *red flags* à la lumière des règles ordinaires en matière de preuve :

Lorsque des *red flags* sont identifiés, dans le cadre de la première étape, ils suggèrent simplement la possibilité ou la potentialité qu'un ou plusieurs éléments juridiques de la pratique de corruption en question soient impliqués sous une forme ou une autre.[25]

Lorsque les *red flags* sont validés, à la deuxième étape, ils commencent à indiquer la probabilité d'un ou de plusieurs éléments juridiques de la pratique de corruption en question.[26] Les *red flags* ne suggèrent plus une possibilité de corruption ; lorsqu'ils sont validés, ils deviennent des indicateurs d'une pratique de corruption probable en l'absence de faits ou de circonstances contraires ; en d'autres termes, ils rendent les éléments légaux de l'infraction probables dans les faits.

Lorsque les *red flags* sont évalués,[27] ils peuvent conduire à des conclusions factuelles, ce qui ne peut se faire qu'à l'aide d'une variété d'outils de preuve. Car, lorsqu'un tribunal arbitral évalue l'image composite, il doit opérer pleinement dans le cadre du droit de la preuve, notamment en appliquant les principes de la preuve circonstancielle.

Le raisonnement circonstanciel vise à prouver les circonstances entourant un fait particulier (qui est nécessaire pour prouver un élément juridique de l'acte de corruption en question), mais n'est pas en mesure d'établir ce fait sans une certaine déduction.

Le rapport aborde également les outils utilisés par les tribunaux français, à savoir les "indices précis, graves et concordants", qui sont en quelque sorte une variation sur le même thème de la preuve indirecte.[28]

Le rapport conclut en notant qu'un tribunal arbitral doit traiter les *red flags* avec un esprit impartial et en tenant compte de tous les faits et circonstances pertinents. Cela signifie que lorsque des *red flags*, après validation, évaluation et examen en termes de preuve, n'apparaissent pas comme des preuves d'une pratique de corruption spécifique, un arbitre doit être prêt à statuer que ces *red flags* se sont révélés être de "fausses alertes", c'est-à-dire qu'ils n'ont pas été pris en compte par l'arbitre.

III – Les effets procéduraux des *red flags*

L'usage des red flags dans l'arbitrage international ne produit pas seulement des effets sur le terrain probatoire ; il emporte également des conséquences procédurales notables tout au long de l'instance arbitrale, et parfois au-delà, dans le cadre des recours en annulation ou des procédures d'exequatur. L'apparition de ces signaux d'alerte – qu'ils soient soulevés par les parties ou détectés par les arbitres – impose en effet au tribunal

[24] Rapport de la Commission de la CCI, *Red Flags,* op. cit., p. 49.
[25] Id., p. 44.
[26] Id.
[27] Id.
[28] *Etat de Libye c. SORELEC*, Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1 Arrêt du 17 novembre 2020 ; La République Gabonaise c. Société Groupement Santullo Sericom Gabon, Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - Chambre 16, Arrêt du 5 Avril 2022, par. 112-II.

arbitral de s'interroger sur leur signification et d'en organiser l'examen. Cette dynamique affecte plusieurs aspects de la procédure : la recevabilité des allégations de corruption et des preuves associées (A), le régime applicable à la charge de la preuve (B), ainsi que le standard probatoire requis pour conclure à la corruption (C).

A – Les red flags à l'appui d'une allégation explicite ou implicite de corruption : effets sur la recevabilité

Lorsqu'une allégation explicite de corruption est formulée en arbitrage, sa recevabilité ne soulève en principe aucune difficulté : le tribunal arbitral est alors tenu d'offrir aux parties la possibilité de présenter leurs arguments. En revanche, le moment auquel cette allégation est introduite peut en affecter la crédibilité. Une invocation tardive, non étayée par des justifications sérieuses, peut en effet légitimement susciter la prudence du tribunal. À l'inverse, lorsque l'allégation s'appuie sur des éléments nouvellement découverts, présentés sous la forme de *red flags* apparus au cours de la procédure, les tribunaux tendent à autoriser l'ouverture du débat sur ces éléments, même à un stade avancé de l'instance. Le rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI souligne néanmoins que le tribunal doit exercer avec discernement son pouvoir d'appréciation, en évaluant le sérieux des *red flags* invoqués, afin de prévenir les abus procéduraux résultant d'invocations frivoles des *red flags.*[29]

Le rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI rappelle que le traitement des *red flags* devient plus complexe lorsqu'ils sont évoqués pour la première fois devant le juge de l'annulation ou de l'exécution. L'affaire *Alstom*, emblématique à cet égard, montre la divergence des approches : tandis que la Commercial Court de Londres a refusé de rouvrir le dossier malgré l'existence de *red flags* sérieux,[30] la Cour d'appel de Paris a accueilli l'allégation nouvelle et ordonné une mesure d'instruction complémentaire.[31] La position française repose sur la conception extensive de l'ordre public international, qui permet de réexaminer les faits à la lumière de nouveaux indices de corruption, même après le prononcé de la sentence.[32]

En procédure arbitrale, la recevabilité des *red flags* ne fait pas en elle-même difficulté lorsqu'ils appuient une allégation articulée. En revanche, leur invocation isolée, sans rattachement à une hypothèse corruptive précise, est peu opérante. Leur efficacité procédurale suppose qu'ils soient liés à au moins un élément juridique constitutif d'une pratique corruptive. Lorsque c'est le cas, même à un stade avancé de l'instance, ils peuvent justifier des mesures d'instruction ou une réouverture de procédure – comme dans

[29] Id., p. 60.

[30] *The Federal Republic of Nigeria vs. Process & Industrial Developments Limited* [2023] EWHC 2638 (Comm), par. 550.

[31] *Alstom Transport SA, Alstom Network UK Limited* vs. *Alexander Brothers Limited (Hong Kong S.A.R.),* Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1, Arrêt du 28 mai 2019. L'affaire a continué à défrayer la chronique judiciaire suite à un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Par un arrêt en date du 29 septembre 2021, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu le 28 mai 2019 et a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Versailles. Celle-ci, contrairement à l'arrêt du 28 mai 2019, a confirmé l'exequatur de la sentence arbitrale par un arrêt en date du 14 mars 2023, ordonnant à Alstom de verser la commission réclamée par Alexander Brothers.

[32] Pour un aperçu critique voir : Charles JARROSSON, « La jurisprudence Belokon-Sorelec, ou l'avènement d'un contrôle illimité des sentences, » *Revue de l'arbitrage,* 2022, pp. 1251-1286.

l'affaire *Metal-Tech c. Ouzbékistan*.[33] Toutefois, une telle réouverture reste une mesure exceptionnelle, justifiée seulement par des *red flags* spécifiques révélant un schéma crédible de corruption, tel un *quid pro quo* manifeste.
À cet égard, le rapport de la Commission de l'arbitrage souligne que, sur le plan contentieux, une présentation précoce et contradictoire des *red flags* au cours de la procédure arbitrale permet bien souvent d'éviter une effervescence contentieuse postérieure à la sentence devant les juridictions étatiques. En effet, lorsque le tribunal arbitral refuse de les examiner avec le sérieux requis, ces *red flags* sont susceptibles de resurgir devant le juge de l'exécution ou de l'annulation, avec des issues incertaines, tributaires de l'étendue du contrôle exercé au titre de l'ordre public.[34]

B – Les red flags et la dynamique de la charge de la preuve

Comme rappelé précédemment, la charge de la preuve incombe à la partie qui allègue l'existence d'un acte de corruption. À cet égard, le rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI s'est interrogé sur la question de savoir si l'invocation de *red flags* ne conduit pas, de manière automatique, à une modification de ce principe. Le rapport montre que, lorsque les *red flags* révèlent une anomalie objective — par exemple, une rémunération manifestement disproportionnée ou l'absence totale de justificatif quant aux services prétendument rendus —, ils peuvent faire naître une obligation d'explication à la charge de la partie concernée.
Ce mécanisme de renversement ou de transfert ponctuel de la charge de la preuve n'est pas en soi nouveau, mais il revêt une importance particulière dans le contexte des *red flags*, en ce qu'il permet d'exiger une réponse substantielle de la part de la partie mise en cause — qu'il s'agisse de fournir des informations pertinentes ou d'apporter une preuve contraire, telle que la démonstration de services substantiels effectivement déployés par un intermédiaire.[35] Le rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI évoque ce phénomène comme une évolution naturelle de la méthodologie probatoire. Il ne s'agit pas d'inverser de manière abstraite la charge de la preuve, mais d'attendre d'une partie qu'elle produise les éléments dont elle a seule la maîtrise, sous peine de voir le tribunal tirer une inférence défavorable. Il appartient dès lors au tribunal arbitral de déterminer si les circonstances justifient une telle redistribution des obligations probatoires. Selon le rapport, en présence de *red flags* robustes, cette logique devient quasi inévitable.[36]

C – Les red flags et le standard de preuve applicable

Comme évoqué précédemment, la question du standard de preuve applicable en matière de corruption demeure l'un des débats les plus délicats en arbitrage international. Rappelons que la pratique oscille principalement entre deux seuils : celui de la preuve « claire et convaincante» et celui de la « prépondérance des probabilités ». Le rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI s'est notamment intéressé aux effets que peut avoir l'invocation des *red flags* sur la détermination du standard de preuve approprié.[37]

[33] *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Affaire CIRDI No. ARB/10/3, sentence de 4 octobre 2013, par. 86.
[34] Rapport de la Commission de la CCI, *Red Flags,* op. cit., p. 60.
[35] Id., p. 62.
[36] Id., p. 63.
[37] Id., p. 63.

Le rapport de la Commission de l'arbitrage identifie deux approches possibles. La première consiste à considérer que la présence de *red flags* multiples, spécifiques et cohérents pourrait justifier un assouplissement des exigences probatoires. La seconde revient à affirmer que, si ces indicateurs ne permettent pas de satisfaire au standard probatoire le plus faible, ils ne sauraient, a fortiori, satisfaire au plus exigeant. Le degré d'exigence dépend alors de la force probante cumulée des *red flags* ainsi que des conséquences juridiques attachées à leur reconnaissance.

Le rapport souligne que ce débat est d'autant plus vif que l'application d'un standard trop élevé risque de neutraliser toute tentative de révélation de la corruption, tandis qu'un standard trop faible pourrait encourager un usage opportuniste des *red flags*. Selon le rapport, une solution de compromis résiderait dans une modulation du standard en fonction de la nature et de la densité des *red flags* invoqués : leur aptitude à former un faisceau d'indices graves, précis et concordants, leur capacité à révéler un échange corruptif sous-jacent, ou encore leur compatibilité – ou au contraire leur incompatibilité – avec des pratiques commerciales habituelles.[38]

Conclusion

L'arbitrage international se trouve aujourd'hui à la croisée des chemins entre la nécessité de préserver l'intégrité du commerce international et celle de garantir un procès équitable, respectueux des standards probatoires. La preuve de la corruption, par sa nature dissimulée et complexe, met à l'épreuve les principes fondamentaux du droit de la preuve. Elle appelle à une ingénierie juridique souple mais rigoureuse, où les instruments traditionnels – charge de la preuve, standards probatoires, faisceaux d'indices – doivent s'articuler avec des outils plus contemporains, tels que les *red flags*.

Ces derniers ne sauraient être érigés en preuve autonome ni en présomption automatique de culpabilité. Leur valeur réside dans leur capacité à orienter l'attention du tribunal arbitral, à susciter un devoir de vigilance, et à déclencher des mécanismes procéduraux adaptés. En cela, ils participent à une rationalisation de l'analyse probatoire, sans pour autant en court-circuiter les garanties.

L'enjeu central demeure de trouver un équilibre entre l'impératif de lutte contre la corruption et le respect du contradictoire. À cette fin, les *red flags* ne doivent pas être considérés comme un raccourci vers la vérité, mais comme des balises méthodologiques, destinées à structurer le raisonnement sans en préempter l'issue. C'est dans cette tension féconde que se joue, en dernière analyse, la crédibilité de l'arbitrage international comme forum de justice face aux dérives corruptives du commerce mondial.

[38] Id., p. 64.