

DEFINITION DES CONCEPTS FONDAMENTAUX

Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous allons d'abord nous attacher à définir les concepts fondamentaux, c'est-à-dire l'arbitrage commercial international et la corruption.

A.-L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

1) *Les sources de l'arbitrage commercial international*

Il n'existe pas, à proprement parler, d'instruments internationaux qui énonceraient des règles uniformes recouvrant l'ensemble de la matière arbitrale internationale et qui lieraient un grand nombre d'Etats⁸. Malgré cela, les sources de l'arbitrage commercial international sont nombreuses et leur importance est variable⁹. Nous allons énoncer brièvement quatre sources ; les droits nationaux, les conventions bilatérales, les traités multilatéraux et les sources d'origine privée.

Premièrement, les droits nationaux « ordonnent le déroulement de l'arbitrage international soit que les parties s'y soient expressément référées, soit qu'ils trouvent à s'appliquer à la suite du choix par les arbitres d'une règle de conflit »¹⁰. Ils n'organisent que très rarement l'arbitrage international, sauf en ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹¹. Ainsi, par exemple, le Code judiciaire belge, organise la procédure concernant la marche à suivre pour l'obtention de l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger (article 1719 du Code judiciaire) et énonce les cas dans lesquels cet exequatur doit être refusé par le juge belge (article 1723 du Code judiciaire)¹².

⁸ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien – Lextenso éditions, 2013, p. 63.

⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international – Tome II*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 675.

¹⁰ *Ibidem*, p. 677.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

Deuxièmement, les conventions bilatérales ne traitent que rarement de l'arbitrage international comme tel et se contentent la plupart du temps à fixer les conditions de reconnaissance et/ou d'exécution des sentences arbitrales dans des Etats contractants¹³.

Troisièmement, les conventions multilatérales reflètent particulièrement le développement de l'arbitrage commercial international¹⁴. Parmi ces conventions, nous pouvons citer la Convention de New York du 10 juin 1958 des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹⁵. Cette convention a réellement permis l'essor de l'arbitrage international¹⁶. Elle est un élément essentiel dans la circulation internationale des sentences arbitrales car elle permet d'obtenir plus facilement l'exécution dans un pays d'une sentence rendue dans un autre pays¹⁷. Grâce à la Convention de New York, la reconnaissance et/ou l'exécution d'une sentence arbitrale est soumise à un contrôle allégé qui ne porte que sur quelques points précis¹⁸. Malgré son caractère multilocalisé, une sentence bénéficie donc de plus grandes chances de reconnaissance internationale¹⁹. Il y a également la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de Genève du 21 avril 1961 qui est une convention propre au seul arbitrage commercial²⁰.

En outre, parmi les accords multilatéraux, nous pouvons également citer les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après CNUDCI) qui ont un impact certain sur la pratique de l'arbitrage international²¹, bien que ne répondant pas strictement à la qualification d'accords bilatéraux²². Nous pouvons nous attacher à deux textes élaborés par la CNUDCI. Le premier texte est le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI du 28 avril 1976, recommandé « pour le règlement des litiges nés des relations commerciales internationales » par une résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 décembre 1976 et révisée le 6 décembre 2010²³. Ce règlement propose des balises concernant les différentes phases de la procédure arbitrale²⁴. Le second texte est la Loi type sur l'arbitrage

¹³ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 682.

¹⁴ *Ibidem*, p. 684.

¹⁵ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 64.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 65-66.

²⁰ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 684.

²¹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 72.

²² G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 685.

²³ Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, version révisée de 2010, p. 2 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 73.

²⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), pp. 686-687.

commercial international du 21 juin 1985 de la CNUDCI, amendée en 2006²⁵. Il s'agit d'un ensemble de règles relatives à la procédure arbitrale qui constituent un modèle de législation proposé aux Etats voulant moderniser leur droit de l'arbitrage, elle n'a donc aucune valeur contraignante²⁶. Elle a vocation à régir seulement les arbitrages internationaux, mais chaque Etat a été libre en s'y inspirant, de réserver l'emprunt à l'arbitrage international ou de l'étendre à l'arbitrage interne²⁷.

Quatrièmement, parmi les sources d'origine privée, nous pouvons trouver des organismes permanents d'arbitrage²⁸. Les conventions-types de ces organismes ont une grande importance en pratique car elles favorisent une meilleure rédaction des clauses d'arbitrage insérées dans des contrats mais elles favorisent également une meilleure efficacité de ces clauses²⁹. La Chambre de commerce internationale (ci-après CCI) y joue un rôle très important. D'un côté, la CCI est importante en raison de l'apport jurisprudentiel provenant des sentences rendues dans le cadre de son règlement d'arbitrage³⁰. D'un autre côté, la CCI élabore des instruments juridiques pour faciliter la solution des litiges par la voie de l'arbitrage³¹. Au niveau international, nous pouvons mentionner l'œuvre d'organisations professionnelles ou d'associations de juristes qui diffusent des règles touchant à l'arbitrage dans le but de favoriser une harmonisation des pratiques³². Certaines d'entre elles, comme par exemple les règles élaborées par l'Union internationale des avocats et l'*International Bar Association* (ci-après IBA), revêtent une grande importance³³. Au plan national, nous avons le Centre belge d'arbitrage et de médiation qui est à l'origine de la réflexion en matière d'arbitrage national et international en Belgique³⁴.

²⁵ Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International sur l'arbitrage commercial international, 1985.

²⁶ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 73 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), pp. 685-686.

²⁷ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 73 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 686.

²⁸ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 688 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 73.

²⁹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 73.

³⁰ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 688.

³¹ *Idem.*

³² C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 74.

³³ *Idem.*; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), pp. 689-690.

³⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 691.

2) *L'arbitrage international*

En réponse à l'intensification des échanges au plan mondial à la suite de la globalisation de l'économie, il y a eu un développement important de l'arbitrage. Actuellement, il est devenu le mode habituel de règlement des conflits au niveau international.³⁵ Malgré sa popularité, le concept d'arbitrage international n'est pas défini uniformément³⁶.

Les critères de distinction entre l'arbitrage national et l'arbitrage international sont multiples³⁷. Par exemple, en droit français, c'est « l'objet du contrat ou de l'opération qui donne lieu à l'arbitrage qui en détermine le caractère national ou international, sans considération pour la nationalité, le domicile ou le siège des parties »³⁸. Certaines conventions font appel à des critères objectifs et subjectifs. C'est le cas par exemple de la Loi type de la CNUDCI qui, en son article 1^{er}, 3), a), b) et c), dispose qu'« un arbitrage est international si :

- Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents ; ou
- Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement : i) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; ou
- Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays »³⁹.

Il convient de noter que les critères distinctifs entre un arbitrage national et un arbitrage international ne sont pas épargnés par les critiques, contestations et discussions⁴⁰. Cependant, ceci ne sera pas développé dans le cadre de ce travail.

³⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 671.

³⁶ *Ibidem*, p. 697.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 698.

³⁹ Article 1^{er} de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), pp. 699-670.

⁴⁰ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 701.

L'arbitrage est une justice privée mise en place par la volonté des parties et qui tente de se substituer à la justice publique étatique⁴¹. Par l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur litige au jugement de particuliers qu'elles choisissent elles-mêmes⁴². L'arbitrage est une institution conventionnelle car l'accord des parties est un élément central⁴³. Contrairement à l'arbitrage interne qui peut être forcé, en matière d'arbitrage international, l'absence de convention entre les parties fait qu'il ne sera pas question d'arbitrage forcé⁴⁴.

L'arbitrage international trouve donc sa source dans une convention d'arbitrage qui est le plus souvent insérée dans un contrat⁴⁵. La convention d'arbitrage manifeste la volonté des parties de soumettre leur litige à ce mode alternatif, elle fonde donc littéralement la compétence de l'arbitre⁴⁶ et fait en sorte que les parties renoncent effectivement à la compétence d'une juridiction étatique⁴⁷.

Le paragraphe premier de l'article 7 de la Loi-type de la CNUDCI définit la convention d'arbitrage comme « une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel »⁴⁸. Le fait que la convention soit écrite ou pas n'est plus une condition de validité de la convention d'arbitrage, mais en termes de preuve, il est préférable de la rédiger par écrit⁴⁹. Lorsque les parties ont recours à une institution d'arbitrage, une clause type d'arbitrage est insérée dans les contrats commerciaux et cela implique que les parties acceptent le règlement d'arbitrage de l'institution concernée⁵⁰.

Dans la convention d'arbitrage, chaque partie va alors nommer un arbitre, elles vont se mettre d'accord en ce qui concerne la nomination du président, ou elles vont déléguer cette

⁴¹ E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso éditions, 2015, p.1 ; *Ibidem*, p. 25.

⁴² *Ibidem*, p. 25.

⁴³ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 447 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 727.

⁴⁶ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 479.

⁴⁷ E. LOQUIN, *op. cit.*, (voir note 41), p.10 ; E. SCHÄFER, H. VERBIST et C. IMHOOS, *L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en pratique*, Berne, Stämpfli Editions SA Berne, 2002, p.1.

⁴⁸ Article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985 ; E. SCHÄFER, H. VERBIST et C. IMHOOS, *op. cit.*, (voir note 47), p. 211 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 731.

⁴⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 731.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 733 ; article 19 du Règlement d'arbitrage de la Chambre Commerciale Internationale, 2012.

tâche à une institution.⁵¹ Les parties vont également faire le choix d'un lieu du siège de l'arbitrage, le plus souvent, celui-ci sera un lieu neutre pour chacune des parties.⁵² Une fois cette étape clôturée, l'affaire sera plaidée dans une langue commune aux parties ou dans une langue neutre de leur choix.⁵³ Tout comme une juridiction étatique, l'arbitrage a comme objectif de parvenir à une décision définitive et obligatoire concernant le litige en question.⁵⁴ Une caractéristique de l'arbitrage international est son côté « anational ». En effet, la nationalité et le domicile des arbitres sont indifférents au lieu de l'arbitrage, à moins que les parties n'en aient expressément convenu.⁵⁵

3) *L'arbitrage commercial international*

Le recours à l'arbitrage est une constante dans les relations commerciales internationales⁵⁶, il s'agit même d'un mode central et normal de règlement des différends internationaux⁵⁷. En effet, une clause d'arbitrage est une pratique usuelle dans les contrats commerciaux internationaux et l'arbitrage commercial international est reconnu comme un instrument nécessaire au développement du commerce international⁵⁸.

Mais qu'entend-on par « commercial » ? Suivant divers instruments internationaux utilisant l'expression d'« d'arbitrage commercial international », il faut retenir une acceptation relativement souple du terme « commercial »⁵⁹. Deux exemples prouvent cela.

La Loi type sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 de la CNUDCI ne donne pas de définition stricte du terme « commercial » mais plutôt une définition large⁶⁰. Une note accompagnant le premier paragraphe de l'article premier de la loi énonce que le « terme commercial devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute

⁵¹ E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 1), p. 335.

⁵² E. SCHÄFER, H. VERBIST et C. IMHOOS, *op. cit.*, (voir note 47), p. 2.

⁵³ E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 1), p. 335.

⁵⁴ E. SCHÄFER, H. VERBIST et C. IMHOOS, *op. cit.*, (voir note 47), p. 1.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁶ E. LOQUIN, *op. cit.*, (voir note 41), p. 25.

⁵⁷ J. N. MOORE., « Preface », in *International Arbitration – Contemporary Issues and Innovations*, Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2013, p. viii. ; *Ibidem*, p. vii ; E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 1), p. 336.

⁵⁸ E. LOQUIN, *op. cit.*, (voir note 41), p. 25.

⁵⁹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 35.

⁶⁰ Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International sur l'arbitrage commercial international, 1985, p. 28 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 715.

relation à caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle »⁶¹. La note poursuit en affirmant que « les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services ; accord de distribution ; représentation commerciale ; affacturage ; crédit-bail ; construction d'usines ; services consultatifs ; ingénierie ; licences ; investissements ; financement ; transactions bancaires ; assurance ; accords d'exploitation ou concessions ; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale ; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière »⁶². Donc pour la Loi-type, toute opération économique ou tout échange de valeurs économiques doit être compris comme étant une opération à caractère commercial, peu importe leur affectation ultérieure (consommation, services publics, etc.)⁶³ et par conséquent, tout arbitrage ayant comme objet une telle opération sera considéré comme étant un arbitrage commercial⁶⁴. Cette liste est bien entendu indicative et non-exhaustive⁶⁵.

De son côté, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères des Nations Unies ne donne pas non plus une définition du terme « commercial ». Par ailleurs, cet instrument fondamental dans la matière de l'arbitrage international n'est pas limité par principe aux litiges commerciaux⁶⁶, elle ne fait pas de distinction selon la nature civile ou commerciale de l'arbitrage⁶⁷. En son article premier, paragraphe 3, elle dispose qu'« au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout Etat pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale »⁶⁸. La Convention donne la possibilité aux Etats contractants d'émettre une réserve

⁶¹ Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International sur l'arbitrage commercial international, 1985, p. 1.

⁶² Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International sur l'arbitrage commercial international, 1985, p. 1.

⁶³ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 35.

⁶⁴ E. LOQUIN, *op. cit.*, (voir note 41), p. 17.

⁶⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 716.

⁶⁶ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 35.

⁶⁷ E. LOQUIN, *op. cit.*, (voir note 41), p. 17.

⁶⁸ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New-York, 1958, p. 8.

limitant le champ d'application aux litiges entendus comme commerciaux selon le droit national de l'Etat concerné. Par cette réserve donc, la convention permet à l'Etat d'établir une distinction selon les arbitrages commerciaux et les arbitrages non commerciaux⁶⁹.

La Convention prévoit donc qu'en application de sa propre loi, chaque Etat détermine les cas où un litige présente ou pas un caractère commercial. Par contre, si les Etats maintiennent leurs définitions nationales de la commercialité, ils doivent avoir fait usage de la réserve prévue à cet effet⁷⁰.

L'avantage essentiel du recours à l'arbitrage commercial international est d'exclure la compétence de différentes juridictions nationales en donnant compétence à une seule juridiction, la juridiction arbitrale⁷¹. La place importante de l'arbitrage dans les relations commerciales internationales s'est traduite par l'établissement d'organismes permanents d'arbitrage et de juridictions propres ainsi que par la conclusion de différentes conventions d'arbitrage entre Etats⁷².

B.- LA CORRUPTION EN DROIT INTERNATIONAL

Les textes nationaux et internationaux définissent la corruption sans pour autant en donner une définition uniformisée⁷³. La notion de corruption telle qu'elle est appliquée à l'arbitrage international englobe des comportements divers⁷⁴.

La plupart des Etats considèrent que la corruption s'étend à toutes les personnes qui corrompent dans l'exercice de leurs fonctions, que ces personnes soient des personnes publiques ou privées. De ce fait, on parle de corruption lorsqu'une personne privée corrompt une personne publique, lorsqu'une personne publique corrompt une personne privée, lorsqu'une personne publique corrompt une personne publique et finalement, lorsqu'une personne privée corrompt une personne privée.⁷⁵

⁶⁹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 35.

⁷⁰ E. LOQUIN, *op. cit.*, (voir note 41), p. 17.

⁷¹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, (voir note 9), p. 721.

⁷² *Ibidem*, p. 723.

⁷³ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 83.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 74.

La *Transparency International* (ci-après *TI*) ne donne pas une définition stricte de la corruption. La *TI* est une organisation non-gouvernementale internationale présente dans plus de 100 pays luttant contre la corruption⁷⁶. Elle travaille main dans la main avec les gouvernements, les entreprises et les citoyens pour stopper les abus de pouvoirs ainsi que la corruption, et elle promeut la transparence, la responsabilité et l'intégrité à tous les niveaux et dans tous les secteurs de la société⁷⁷. En règle générale, la *TI* définit la corruption comme étant « un abus de confiance à des fins privées lucratives »⁷⁸. Elle peut être qualifiée de grande ou petite selon les sommes perçues et selon le secteur dans lequel elle agit.

La Convention civile sur la corruption du 4 novembre 2011 du Conseil de l'Europe définit, au niveau international, des règles communes dans le domaine du droit civil et de la corruption⁷⁹. En son article 2, la Convention définit la corruption comme étant « le fait de solliciter, d'offrir, de donner ou d'accepter, directement ou indirectement, une commission illicite, ou un autre avantage indu ou la promesse d'un tel avantage indu qui affecte l'exercice normal d'une fonction ou le comportement requis du bénéficiaire de la commission illicite, ou de l'avantage indu ou de la promesse d'un tel avantage indu »⁸⁰. Quant à elle, la Convention pénale sur la corruption du 1^{er} juillet 2002 du Conseil de l'Europe incrimine une panoplie de formes spécifiques de corruption⁸¹.

La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 envisage également la définition de la corruption. Tout d'abord, l'article 15 de la Convention s'applique uniquement aux agents publics nationaux. Cet article dispose que sont considérés comme de la corruption les actes qui « ont été commis intentionnellement : a) au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles ; b) au fait pour un agent public de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses

⁷⁶ <https://www.transparency.org> consulté le 15 juillet 2019.

⁷⁷ <https://www.transparency.org> consulté le 15 juillet 2019.

⁷⁸ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), pp. 73-74 ; Transparency International FAQs on Corruption, available at https://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_corruption

⁷⁹ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174?coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_languageId=fr_FR

⁸⁰ Article 2 de la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1^{er} novembre 2013.

⁸¹ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173?coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_languageId=fr_FR

fonctions officielles ». Ensuite, l'article 21 de la Convention traite de la corruption dans le secteur privé et dispose que sont considérés comme de la corruption les actes qui « ont été commis intentionnellement dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales : a) au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, pour elle-même ou pour une autre personne, afin que, en violation de ses devoirs, elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte ; b) au fait, pour toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour elle-même ou pour une autre personne, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte en violation de ses devoirs ».

La Commission de la Chambre de commerce international a rédigé des Règles pour combattre la corruption. Selon la CCI, il faut lutter pour plus d'intégrité dans les transactions commerciales « car seul un système exempt de corruption permet une pleine concurrence de tous les acteurs, à conditions égales »⁸². Il s'agit de la première organisation à avoir édicté des règles d'anti-corruption⁸³. Ces Règles sont de nature générale et sont considérées comme des bonnes pratiques commerciales⁸⁴. Le point a) de l'article premier (« pratiques interdites ») des Règles définit la corruption de manière large⁸⁵. En effet, on entend par « corruption, l'offre, la promesse, l'octroi, l'autorisation ou l'acceptation de tout avantage indu, pécuniaire ou autre, à l'intention, par ou pour toute personne visée ci-dessus (un agent public, un parti politique, un dirigeant, cadre ou employé d'une entreprise) ou toute autre personne en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou tout autre avantage improprie se rapportant par exemple à la passation de marchés publics ou privés, à des autorisations réglementaires, à la fiscalité, aux douanes ou à des procédures judiciaires ou législatives. La corruption inclut souvent (i) l'octroi d'une rétro commission d'une partie du prix contractuel à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou amis proches ou Partenaires Commerciaux, ou (ii) le recours à des intermédiaires tels qu'agents, sous-traitants, consultants

⁸² Règles d'ICC pour combattre la corruption, rédigé par la Commission d'ICC sur la responsabilité sociale de l'entreprise et la lutte contre la corruption, édition 2011, p. 3.

⁸³ Règles d'ICC pour combattre la corruption, rédigé par la Commission d'ICC sur la responsabilité sociale de l'entreprise et la lutte contre la corruption, édition 2011, p. 3.

⁸⁴ Règles d'ICC pour combattre la corruption, rédigé par la Commission d'ICC sur la responsabilité sociale de l'entreprise et la lutte contre la corruption, édition 2011, p. 5.

⁸⁵ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 83.

ou autres Tierces Parties afin d'effectuer des paiements à des agents publics ou à des responsables de partis politiques ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou, amis proches ou Partenaires Commerciaux »⁸⁶.

Dans le cadre de ce travail de fin d'études, nous allons retenir une vision large de la notion de corruption, c'est-à-dire tout versement sous forme monétaire ou en nature à des personnes de droit public ou privé, directement ou indirectement, en vue d'obtenir tout avantage dans le cadre d'échanges commerciaux⁸⁷.

III.- L'ARBITRABILITÉ D'UNE ALLEGATION DE CORRUPTION

L'arbitrabilité vise « la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres »⁸⁸.

Pendant longtemps, au niveau de l'arbitrabilité, des litiges impliquant des allégations de corruption ou une illégalité comparable ont posé problème. Les tribunaux arbitraux étaient très réticents lorsqu'il s'agissait d'arbitrer des allégations de corruption⁸⁹. *G. LAGERGREN*, dans sa sentence arbitrale de 1963, avait décliné sa compétence dans le cadre d'une affaire de corruption de représentants de gouvernements⁹⁰. Il se fondait sur des principes généraux qui refusaient aux arbitres de pouvoir connaître des différends de cette nature⁹¹. Des décisions arbitrales récentes ont rejeté l'interprétation de *G. LAGERGREN* et ont reconnu la compétence des arbitres pour connaître les allégations de corruption⁹². Désormais, des allégations de corruption peuvent faire l'objet d'une procédure arbitrale dans presque tous les systèmes juridiques développés⁹³.

⁸⁶ Article 1^{er}, a) des Règles d'ICC pour combattre la corruption, rédigé par la Commission d'ICC sur la responsabilité sociale de l'entreprise et la lutte contre la corruption, édition 2011, p. 3.

⁸⁷ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 84.

⁸⁸ O. CAPRASSE, « Arbitrage et ordre public européen », in *L'ordre public et l'arbitrage/actes du colloque du 15 et 16 mars 2013*, sous la direction de E. LOQUIN et S. MANCIAUX, Paris, Editions LexisNexis, 2014, p. 117.

⁸⁹ G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Volume I, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, p.804.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Sentence CCI n°1110, 1963, Lagergren, https://www.trans-lex.org/201110/mark_938000/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq/ (consulté le 3 juillet 2019).

⁹² G.B. BORN, *op. cit.*, (voir note 89), p.804.

⁹³ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 81.

Nous pouvons relever trois hypothèses dans lesquelles la corruption joue un rôle dans l'arbitrage⁹⁴ :

- La corruption par l'arbitrage : une des parties, ou les deux, concluent un accord d'arbitrage qui est en lui-même une fraude. L'arbitrage est instrumentalisé pour couvrir et réaliser la fraude ;
- La corruption dans l'arbitrage : une des parties, ou les deux, ont un comportement frauduleux, séparément ou de concert, dans la procédure d'arbitrage et veulent intentionnellement tromper l'arbitre pour fausser la décision ;
- La corruption objet de l'arbitrage : le tribunal arbitral se trouve confronté à des allégations de corruption d'une partie, ou fait face à des suspicions d'un comportement frauduleux dans le cadre des questions en litige. Ici donc, le litige porte sur une opération qui est construite pour contourner la loi, malgré ses apparences conformes au droit.⁹⁵ Cette troisième hypothèse est la plus fréquente et c'est celle-ci qui va nous intéresser dans le présent travail.

IV.- LE POUVOIR D'INVESTIGATION DU TRIBUNAL ARBITRAL SUR DES ALLÉGATIONS DE CORRUPTION

Nous nous concentrerons sur les droits et devoirs de l'arbitre face à la corruption. Nous nous baserons uniquement sur les situations dans lesquelles l'arbitre est confronté, dans l'exercice de ses fonctions, à des faits de corruption qui sont imputables à une ou à plusieurs parties⁹⁶. Par conséquent, nous n'envisagerons pas les situations dans lesquelles l'arbitre est acteur lui-même de faits de corruption.

Initialement, le recours à une instance arbitrale n'était pas envisagé pour trancher des faits de corruption. Lorsqu'un fait de corruption était soulevé devant un tribunal arbitral,

⁹⁴ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 224.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 224-225 ; O. CAPRASSE, *op. cit.*, (voir note 88), p. 117.

⁹⁶ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 85.

l'arbitre se déclarait systématiquement incompétent.⁹⁷ La sentence n°1110 de 1963 de la CCI⁹⁸ en était la référence. Dans cette affaire, « une société anglaise avait chargé un mandataire d'exercer une influence sur les membres du gouvernement argentin lorsque ce dernier soumissionnait pour des contrats de travaux publics. La société avait promis à l'agent une commission de 5% sur tout contrat remporté par le gouvernement. Il était entendu qu'une partie importante de la commission serait transmise à des fonctionnaires par des pots-de-vin »⁹⁹. Le juge *LAGERGEN* a analysé le contrat afin de savoir s'il était contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et s'il pouvait tout de même être soumis à l'arbitrage. Il en a conclu que les parties n'avaient plus le droit de demander une assistance judiciaire si elles s'étaient « alliées avec la corruption »¹⁰⁰, et il s'est donc déclaré incompétent. Cette sentence a beaucoup été critiquée car elle ignorait le principe de séparabilité de la convention d'arbitrage et du contrat sous-jacent¹⁰¹. Depuis, les tribunaux arbitraux ont adopté une autre position et se déclarent désormais compétents pour examiner des allégations de corruption¹⁰².

La manière dont l'arbitre doit se comporter face à une illégalité, telle qu'un fait de corruption, dépend du fait que l'illégalité est suspectée par une partie, par une partie et également par le tribunal arbitral ou uniquement par le tribunal arbitral¹⁰³.

A.- ALLEGATION DE CORRUPTION SOULEVEE PAR UNE/DES PARTIE(S)

Lorsque les parties fondent leurs moyens sur des faits de corruption, soit séparément, soit conjointement, le tribunal arbitral est tenu d'investiguer sur ces allégations en vue de tirer des conclusions, cela faisant partie intégrante de l'objet de l'arbitrage et de la mission de l'arbitre¹⁰⁴. Il a été déclaré dans la sentence n°14920 de la CCI de 2009 que « tout arbitre est

⁹⁷ N.G. ZIADÉ, « Addressing Allegations and Findings of Corruption – The Arbitrator's Investigative and Reporting Rights and Duties », in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law : Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, 2015 ; C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

⁹⁸ Sentence CCI n°1110, 1963, Lagergren, https://www.trans-lex.org/201110/mark_938000/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq/ (consulté le 3 juillet 2019).

⁹⁹ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ J. FERNANDEZ-ARMESTO, « The Effects of a Positive Finding of Corruption », in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law : Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, 2015.

¹⁰² C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2) ; Sentence finale n°7047, CCI, 28 février 1994, https://www.trans-lex.org/207047/_icc-award-no-7047-asa-bull-1995-at-301-et-seq/ (consulté le 27 juin 2019).

¹⁰³ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 32.

¹⁰⁴ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), pp. 32, 317 ; C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

tenu de s'opposer fermement à la corruption ; par conséquent, si, au cours d'une procédure d'arbitrage, il est allégué une pratique de corruption, l'arbitre ne peut ignorer ces faits, mais doit plutôt enquêter, rassembler des preuves pour corroborer ou rejeter les allégations et en évaluer les conséquences »¹⁰⁵. L'arbitre ne peut, en aucun cas, légitimer ces faits. Il a toujours le devoir de statuer sur des faits de corruption qui seraient allégués par les parties elles-mêmes¹⁰⁶.

B.- SOUPÇON DE CORRUPTION PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL

Toutefois, dans le cas où aucune des parties ne prétend avoir été corrompue, mais qu'au vu des éléments de preuve dont le tribunal dispose, il en ressort des soupçons de corruption, on peut alors se demander si le tribunal arbitral peut ou doit avoir un rôle inquisitoire pour établir l'existence de corruption et statuer sur les conséquences de celle-ci¹⁰⁷. Cette question est controversée. D'une part, certains affirment qu'en l'absence d'allégations de corruption de l'une ou de l'autre partie, le tribunal arbitral ne doit pas envisager la possibilité d'un examen sur des éventuels faits de corruption. D'autre part, certains soutiennent que des allégations de corruption ne peuvent pas être ignorées et que ces faits doivent être examinés¹⁰⁸.

Quelle attitude l'arbitre doit-il avoir lorsqu'il se trouve confronté à une violation de l'ordre public. Dans notre cas, face à un fait de corruption, qui n'est pas soulevé par les parties elles-mêmes ? Le simple soupçon du tribunal arbitral est-il suffisant pour qu'il procède de sa propre initiative à une investigation sur l'éventuelle corruption¹⁰⁹? Doit-il respecter l'objet du litige tel que défini par les parties ? Est-ce qu'il dépasse le cadre de sa mission et statue *ultra petita* s'il décide d'investiguer de sa propre initiative sur des soupçons de corruption¹¹⁰ ?

Tout d'abord, si l'arbitre soulève de sa propre initiative un fait de corruption, sa sentence risque d'être annulée car il aura violé le principe de ne pas statuer *ultra petita* en examinant un

¹⁰⁵ N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97) ; C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹⁰⁶ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 317.

¹⁰⁷ T. SPRANGE, *op. cit.*, (voir note 3) ; C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 14.

¹⁰⁸ T. SPRANGE, *op. cit.*, (voir note 3)

¹⁰⁹ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 316.

¹¹⁰ N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97) ; C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 6.

fait qui ne relève pas de sa mission confiée par les parties¹¹¹. En effet, l'arbitre est tenu par la délimitation des prétentions des parties, c'est-à-dire l'objet du litige fixé par elles¹¹². Il ne peut pas aller au-delà de ces prétentions, sous peine de nullité de la sentence. L'investigation de l'arbitre constitue alors une intrusion dans une question non visée par les parties et cela dépasse le cadre de l'arbitrage, au sens de l'article 34, 2), a), iii) de la Loi type de la CNUDCI et de l'article V, 1), c) de la Convention de New York.¹¹³

Ensuite, si l'arbitre ferme les yeux sur l'éventuelle existence d'un fait de corruption et qu'il rend sa sentence sans investiguer, celle-ci risque d'être annulée ou de ne pas être exécutée par le tribunal du siège de l'arbitrage ou par un tribunal étranger pour des motifs d'ordre public¹¹⁴. Cette idée est reflétée dans l'article 34, 2), b), ii) de la Loi type de la CNUDCI, dans l'article V, 2), b) de la Convention de New York et dans l'article 41 du Règlement d'arbitrage de la CCI. Par conséquent, l'arbitre ne doit pas se contenter d'examiner ce que les parties lui ont présenté. Son absence d'investigation pourrait faire en sorte qu'on le considère comme complice d'un contrat contraire à l'ordre public¹¹⁵.

Les arbitres remplissent une fonction publique qui est de « rendre des décisions ayant la même force que des décisions rendues par des tribunaux étatiques et ne peuvent donc pas permettre à des activités illicites de contourner la loi »¹¹⁶. Dans ce contexte, l'arbitre a une mission générale de garantir la conduite de la procédure, d'instruire la cause et de rendre une sentence qui soit exécutoire en droit¹¹⁷. Les parties doivent donc s'attendre à ce que l'arbitre aborde des questions d'ordre public liées à la corruption, avec la même attention que le pouvoir judiciaire d'un Etat¹¹⁸.

¹¹¹ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 339 ; N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97) ; C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2) ; A. PHILIP, « Arbitration – Money Laundering, Corruption and Fraud : The Role of the Tribunals », in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law : Arbitration – Money Laundering, Corruption and Fraud*, 2003.

¹¹² E. LOQUIN, *op. cit.*, (voir note 41), p. 363 ; A.-S. COURDIER-CUISINIER et S. GRAYOT-DIRX, « Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public », in *L'ordre public et l'arbitrage/actes du colloque du 15 et 16 mars 2013*, sous la direction de E. LOQUIN et S. MANCIAUX, Paris, Editions LexisNexis, 2014, p. 85-86.

¹¹³ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), pp. 344-345.

¹¹⁴ N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97) ; C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 18.

¹¹⁵ T. SPRANGE, *op. cit.*, (voir note 3) ; E. MARCENARO, *Arbitrators' Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption*, 2015.

¹¹⁶ N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97) ; C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), pp. 20-21.

¹¹⁷ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), pp. 342-343 ; T. SPRANGE, *op. cit.*, (voir note 3) ; E. MARCENARO, *op. cit.*, (voir note 115) ; A. PHILIP, *op. cit.*, (voir note 111).

¹¹⁸ C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), pp. 20-21.

L'article 17, 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI accorde un large pouvoir discrétionnaire à l'arbitre concernant la conduite de la procédure, il peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. L'article 22 §1 du Règlement d'arbitrage de la CCI dispose que l'arbitre a la possibilité de recourir à tous les moyens appropriés concernant la conduite de l'arbitrage. L'article 19, 2) de la Loi type de la CNUDCI dispose que « le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite ». L'arbitre dispose donc d'une large marge de manœuvre pour décider de comment il instruira la cause¹¹⁹ et ces articles pourraient lui donner une base pour mener une investigation *sua sponte* concernant des soupçons de corruption¹²⁰.

Sur cette base, nous pouvons constater que dans les cas où la corruption est sous-jacente au contrat, les arbitres ont le droit d'investiguer sur ce fait¹²¹. L'ordre public veut qu'un tribunal ne peut pas fermer les yeux sur des soupçons apparents de corruption¹²². La doctrine soutient qu'un arbitre ne sera pas considéré comme ayant outrepassé ses pouvoirs s'il décide d'investiguer, pour autant que les éléments invoqués dans sa sentence soient pertinents pour la résolution du litige¹²³. Dans l'affaire *PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank*¹²⁴, il a été décidé que lorsque des allégations de corruption n'ont pas de rapport avec l'objet du litige, le tribunal arbitral ne doit pas les examiner¹²⁵. Si l'investigation aboutit et que la constatation de corruption n'a aucune incidence, cela doit être mis de côté. Par contre, si cela peut avoir une incidence, alors le tribunal arbitral ne pourra pas passer à côté¹²⁶.

Par contre, les parties pourraient faire valoir qu'une investigation de l'arbitre a pour effet de créer une inégalité entre elles. En effet, une des parties sera soumise à des mesures inquisitoires, elle sera manifestement dans une position défavorable car elle devra fournir des preuves, des explications ou même parfois convoquer des témoins pour contrer toute suspicion

¹¹⁹ E. SCHÄFER, H. VERBIST et C. IMHOOS, *op. cit.*, (voir note 47), p.127.

¹²⁰ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 33.

¹²¹ *Ibidem*, p. 351.

¹²² C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 16.

¹²³ *Ibidem*, pp. 13, 16-17 ; T. SPRANGE, *op. cit.*, (voir note 3).

¹²⁴ Cour d'appel de Singapour, *PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank*, https://www.uncitral.org/clout/clout/data/sgp/clout_case_742_leg-2003.html (consulté le 28 juin 2019).

¹²⁵ T. SPRANGE, *op. cit.*, (voir note 3).

¹²⁶ *Idem*.

de corruption dans l'esprit du tribunal arbitral¹²⁷. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral serait alors en contradiction avec les droits des parties comme l'égalité de traitement, le respect de l'autonomie des parties, etc¹²⁸. C'est pourquoi l'investigation du tribunal arbitral ne doit pas être faite en vase clos, c'est-à-dire que les parties doivent pouvoir être informées de la procédure, doivent pouvoir faire valoir leurs prétentions, ont le droit d'être entendues, de présenter des observations, de produire des preuves et ont le droit de pouvoir répondre au tribunal arbitral¹²⁹. Il faut donc que les parties puissent réagir raisonnablement aux arguments du tribunal arbitral¹³⁰.

Nous pouvons constater qu'il y a un tiraillement entre la mission de l'arbitre confiée par les parties, le principe de ne pas statuer *ultra petita* et l'ordre public. Dans la mesure du possible, ce tiraillement devra être résolu en faveur de l'ordre public¹³¹ car, étant donné la gravité de la corruption, l'ordre public prime sur tous autres principes juridiques¹³², à la condition de ne pas mettre l'équité de la procédure en danger¹³³. Par conséquent, lorsqu'un arbitre soupçonne un fait de corruption, il a le droit et le devoir d'investiguer *sua sponte*¹³⁴, sans pour autant statuer *ultra petita*.

V.- LA CHARGE DE LA PREUVE CONCERNANT DES ALLÉGATIONS DE CORRUPTION

La façon dont un tribunal arbitral examine les preuves est décisive pour le règlement des affaires, particulièrement pour les affaires contenant des faits de corruption, qui dépendent énormément de la détermination factuelle¹³⁵. La preuve a un rôle central dans le cheminement de la décision de l'arbitre¹³⁶. Il est un fait que des allégations de corruption sont faciles à

¹²⁷ C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 17.

¹²⁸ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 28

¹²⁹ T. SPRANGE, *op. cit.*, (voir note 3).

¹³⁰ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 349.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 33-34, 339.

¹³² N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97).

¹³³ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹³⁴ R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 351.

¹³⁵ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹³⁶ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 85.

soulever mais il est plus difficile de les prouver¹³⁷. La plupart des règlements d'arbitrage n'établissent pas la charge de la preuve et les modes de preuve que les arbitres doivent appliquer¹³⁸. En matière de corruption, il n'y a même pas de volonté d'en établir¹³⁹.

Les parties peuvent régler la question de la preuve dans la convention d'arbitrage. A défaut, les arbitres peuvent avoir recours à des règles établies par des organisations ou des institutions d'arbitrage, comme par exemple les règles de l'*International Bar Association*¹⁴⁰.

Il n'empêche que la question de la preuve de corruption dans un arbitrage commercial international est une question qui est largement débattue. Le débat concerne à la fois la charge de la preuve et le standard de preuve¹⁴¹.

A.- LA CHARGE DE LA PREUVE

Très souvent en matière de corruption, la partie qui corrompt fera en sorte que toute opération sera masquée, dissimulée et cela compliquera le fardeau de la preuve. Les tribunaux arbitraux quant à eux sont limités au niveau de leurs pouvoirs d'investigations et de contrainte. Tenant compte de ces difficultés, la doctrine et les tribunaux arbitraux ont créé des approches différentes concernant l'évaluation de la preuve.¹⁴²

Généralement, selon le principe *actori incumbit probatio*, la partie qui se fonde sur la corruption dans sa demande ou sa défense supporte le fardeau de la preuve. Elle doit alors prouver les faits sur lesquels elle appuie ses réclamations ou ses moyens de défense¹⁴³. Cette règle est également contenue dans l'article 27, 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La partie qui est accusée de corruption ne doit pas prouver cette corruption, mais le tribunal arbitral

¹³⁷ C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 5 ; D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 87.

¹³⁸ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹³⁹ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 89.

¹⁴⁰ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (voir note 8), p. 770.

¹⁴¹ E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », in *Revue de l'Arbitrage*, Comité français de l'arbitrage, n°3, 2017, p. 833.

¹⁴² C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 24.

¹⁴³ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2) ; D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 88. ; E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 141), p. 833 ; J. FERNANDEZ-ARMESTO, *op. cit.*, (voir note 101) ; D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 88 ; A.J. MENAKER, « Proving Corruption in International Arbitration – Who Has the Burden and How Can it Be Met ? », in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law : Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, 2015 ; C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 24.

peut prendre en compte pour l'élaboration de sa sentence le fait que la partie en question ne produit pas de preuves qui pourraient être pertinentes¹⁴⁴.

Des auteurs ont récemment suggéré un « renversement pur et simple de la charge de la preuve dès lors qu'on se trouve en présence de circonstances suspectes »¹⁴⁵. La partie qui supporte le fardeau de la preuve ne se trouve pas dans une situation facile ; elle doit fournir des preuves qui ne sont pas faciles à fournir de par leur nature¹⁴⁶. Grâce au renversement de la preuve, il revient alors à la partie qui est accusée de corruption de prouver qu'elle est innocente et ce n'est donc plus à la partie qui allègue la corruption de prouver la culpabilité de l'autre.

Ce serait à la partie qui ignore l'existence de faits de corruption de le prouver, et pas à la partie qui revendique les faits de corruption¹⁴⁷. Effectivement, une partie a relativement plus facile à produire des preuves de son innocence¹⁴⁸. Dans la sentence n°12990 de la CCI¹⁴⁹, le tribunal arbitral a accepté le « principe général selon lequel la charge de la preuve incombe à la partie qui invoque le caractère illégal du contrat », en précisant que « le caractère illégal est souvent difficile à prouver » du fait du caractère caché, dissimulé de la corruption¹⁵⁰. Dans la sentence n°6497 de la CCI¹⁵¹, le tribunal arbitral a également jugé « que la charge de la preuve incombait à la partie qui alléguait la corruption mais cette charge peut être déplacée dans certaines circonstances [...]. Le tribunal arbitral peut exceptionnellement demander à l'autre partie de présenter des preuves contraires, si cette tâche est possible et pas trop lourde »¹⁵². Cependant, ce renversement de la charge de la preuve doit être une solution extrême et ne doit s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles¹⁵³. Certains tribunaux arbitraux ont contesté cette pratique, objectant que le renversement de la charge de la preuve n'est pas en adéquation avec le droit à un procès équitable¹⁵⁴.

¹⁴⁴ C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 24.

¹⁴⁵ E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 141), p. 833.

¹⁴⁶ C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 22.

¹⁴⁷ E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 141), p. 833.

¹⁴⁸ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹⁴⁹ Sentence CCI n°12990, 2005, https://www.trans-lex.org/212290/mark_938000/icc-award-no-12290-collection-of-icc-arbitral-awards-2008-2011-at-page-831-et-seq/ (consulté le 16 juillet 2019).

¹⁵⁰ A.J. MENAKER, *op. cit.*, (voir note 143) ; C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p. 24.

¹⁵¹ Sentence CCI n°6497, 1998, https://www.trans-lex.org/206497/mark_938000/icc-award-no-6497-yca-1999-at-71-et-seq/ (consulté le 16 juillet 2019).

¹⁵² A.J. MENAKER, *op. cit.*, (voir note 143).

¹⁵³ *Idem* ; D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 90.

¹⁵⁴ A.J. MENAKER, *op. cit.*, (voir note 143).

B.- LE STANDARD DE PREUVE

Il existe un grand débat entre les tribunaux concernant le standard de preuve approprié pour prouver des faits de corruption. Dans l'arbitrage commercial international, il n'existe pas de règles universelles concernant une norme de preuve¹⁵⁵. Certains affirment qu'il faut appliquer un standard de preuve faible (comme par exemple des vraisemblances), et d'autres estiment qu'il faut appliquer un standard de preuve élevé (comme par exemple des preuves claires et convaincantes)¹⁵⁶.

Pour certains auteurs, un standard de preuve élevé est requis en raison de la gravité des faits de corruption¹⁵⁷. Cette position a été suivie par le tribunal arbitral dans l'affaire *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, il a été jugé que « la gravité des accusations de corruption exige des preuves claires et convaincantes »¹⁵⁸. De plus, dans l'affaire *Westinghouse*¹⁵⁹, le tribunal a estimé que « si la prépondérance des éléments de preuve a vocation à être appliquée en arbitral international, il convient d'établir les allégations de corruption par des éléments de preuve nets et convaincants »¹⁶⁰. D'autres tribunaux arbitraux ont exigé une preuve « au-delà de tout doute »¹⁶¹.

D'autres tribunaux arbitraux ont appliqué des standards de preuve élevés ; leur justification étant que la corruption est une infraction pénale dans la plupart des pays. Nous pouvons retrouver cette approche dans plusieurs sentences de la CCI. Le premier cas est la sentence n°5622¹⁶² où le tribunal arbitral « a exigé une preuve au-delà de tout doute en ce qui concerne des allégations de corruption »¹⁶³. Le deuxième cas est la sentence n°6401¹⁶⁴ où « le tribunal arbitral « a décidé d'appliquer le principe de prépondérance de la preuve, mais a déclaré

¹⁵⁵ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2) ; R. KREINDLER, *op. cit.*, (voir note 4), p. 253 ; D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 86.

¹⁵⁶ N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97).

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, sentence n° ARB/05/13, CIRDI, 2009, §221. ; N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97). ; D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 91.

¹⁵⁹ Sentence CCI n°6401, *Westinghouse et Burns & Roe c. National Power Company et la République de Philippines*, 1992.

¹⁶⁰ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 91.

¹⁶¹ Sentence CCI n°5622, *Hilmarton Ltd c. Omnium de Traitement et de Valorisation*, 1988, https://www.trans-lex.org/205622/mark_938000/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq/ (consulté le 27 juin 2019).

¹⁶² Sentence CCI n°5622, *Hilmarton Ltd c. Omnium de Traitement et de Valorisation*, 1988, https://www.trans-lex.org/205622/mark_938000/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq/ (consulté le 27 juin 2019).

¹⁶³ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹⁶⁴ Sentence CCI n°6401, *Westinghouse et Burns & Roe c. National Power Company et la République de Philippines*, 1992.

que des normes plus élevées devaient être appliquées aux allégations de corruption »¹⁶⁵. Le troisième cas est la sentence n°13384¹⁶⁶, l'arbitre a conclu « que les moyens de défense contre la corruption exigent, de par leur nature, une attention toute particulière aux faits, conformément à un principe qui impose leur interprétation restrictive et doivent être vérifiés selon un niveau de preuve élevé »¹⁶⁷. Le quatrième cas est la sentence n°13515¹⁶⁸ où le tribunal a estimé qu'« il est important que tout arbitre fasse preuve de la plus grande prudence et rejette les allégations d'illégalité qui ne sont pas établies avec un fort degré de certitude »¹⁶⁹. Dans une sentence plus récente¹⁷⁰, le tribunal arbitral a déclaré que « le critère à appliquer était généralement plus rigoureux dans un cas d'allégations de corruption, qui nécessitaient des preuves claires et convaincantes »¹⁷¹.

Pour les auteurs qui revendiquent un standard de preuve faible, les arbitrages ne sont pas des procédures pénales mais bien des procédures civiles ; les tribunaux arbitraux n'ont pas les mêmes pouvoirs d'exécution qu'un tribunal pénal pour obliger une partie à produire des éléments de preuve ou pour encore imposer des sanctions pénales¹⁷². Aussi, il peut être difficile de prouver un fait de corruption. Lorsqu'ils recourent à ce standard, les tribunaux arbitraux se basent sur des preuves indirectes et circonstanciées ou sur des faisceaux d'indices¹⁷³. Parfois même, les tribunaux arbitraux utilisent des déductions défavorables pour appuyer un soupçon de corruption¹⁷⁴, par exemple lorsqu'une partie refuse de produire certains documents.

Actuellement, les tribunaux arbitraux semblent avoir abandonné le standard de preuve élevé¹⁷⁵. Il ne serait pas un bon moyen pour contrer les difficultés à prouver la corruption¹⁷⁶ et il peut même amener le tribunal arbitral à conclure à une inexistence de corruption¹⁷⁷. D'un autre côté, un standard de preuve faible n'est pas non plus très satisfaisant compte tenu de

¹⁶⁵ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹⁶⁶ Sentence CCI n°13384.

¹⁶⁷ A.J. MENAKER, *op. cit.*, (voir note 143).

¹⁶⁸ Sentence CCI, n°13515, 2006.

¹⁶⁹ A.J. MENAKER, *op. cit.*, (voir note 143).

¹⁷⁰ Sentence CCI n°13914, 2008.

¹⁷¹ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹⁷² N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97) ; D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 92 ; V. KHVALEI, « Standards of Proof for Allegations of Corruption in International Arbitration », in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law : Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, 2015.

¹⁷³ C. ALBANESI et E. JOLIVET, *op. cit.*, (voir note 2).

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 141), pp. 834-835.

¹⁷⁶ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 82.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 92.

l'importance de la corruption et des conséquences qu'elle peut avoir¹⁷⁸. L'un ou l'autre standard se révèle inapproprié. La doctrine actuelle a plus souvent recours à l'utilisation d'un standard normal de preuve¹⁷⁹. Le critère de la prépondérance des éléments de preuve apparaît alors comme étant le plus adéquat et le plus flexible à assurer un équilibre entre les difficultés de preuve et les conséquences de la corruption¹⁸⁰. Les tribunaux arbitraux se retrouvent alors plus libres pour donner plus ou moins de poids à certaines preuves, facilitant de la sorte la démonstration de la corruption¹⁸¹.

C.- LES MODES DE PREUVE

Dans les arbitrages commerciaux internationaux impliquant des allégations de corruption, il a été établi que des preuves indirectes et ou circonstancielle peuvent constituer des indices ou « *red flags* » indiquant l'existence d'un fait de corruption¹⁸². Les tribunaux arbitraux recourent sans hésitation à cette technique¹⁸³. Ces indices permettent de tirer des présomptions pour établir la corruption¹⁸⁴. Par exemple, nous pouvons y retrouver une rémunération trop élevée pour l'objet du contrat, un contrat en lien avec un Etat réputé pour ses faits de corruption, un contrat concernant des secteurs sujets à la corruption, un intermédiaire recommandé par une partie contractante, des paiements sur des comptes off-shore, etc.¹⁸⁵ Ils constituent donc des signes avant-coureurs que le tribunal arbitral doit prendre au sérieux et qui nécessitent une enquête de la part du tribunal arbitral¹⁸⁶. Si une présence considérable de « *red flags* » apparaît pendant la procédure arbitrale, les arbitres peuvent inviter les parties à donner des explications et à produire des éléments de preuve. Si les éléments de preuve sont insuffisants, les tribunaux arbitraux en tireront des déductions défavorables¹⁸⁷. Les tribunaux arbitraux doivent avertir les parties qu'ils risquent de tirer des déductions défavorables si des

¹⁷⁸ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), pp. 92-93.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 95.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 93 ; A.J. MENAKER, *op. cit.*, (voir note 143).

¹⁸¹ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 93.

¹⁸² N.G. ZIADÉ, *op. cit.*, (voir note 97) ; E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 141), pp. 836 ; A.J. MENAKER, *op. cit.*, (voir note 143).

¹⁸³ E. GAILLARD, *op. cit.*, (voir note 141), pp. 835-836.

¹⁸⁴ D. GOLDENBAUM, *op. cit.*, (voir note 5), p. 94.

¹⁸⁵ C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), pp. 7-8.

¹⁸⁶ A.J. MENAKER, *op. cit.*, (voir note 143).

¹⁸⁷ C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI, *op. cit.*, (voir note 4), p.33.