



L'arbitre international face à la corruption

Daniel Goldenbaum*

La corruption est un fléau qui attaque de nombreuses relations d'affaires. L'arbitre international peut y être confronté lorsqu'il est saisi d'un litige, qui porte, soit sur un contrat d'intermédiation couvrant en réalité le versement d'un pot-de-vin, soit lorsqu'une personne verse directement une somme d'argent à l'individu qui prendra la décision d'accorder un contrat à une entreprise. L'arbitre fait alors face à des intérêts contradictoires qui soulèvent les questions de la preuve des faits de corruption et de leur dénonciation par l'arbitre aux autorités étatiques.

S'agissant de la preuve, le renversement du fardeau de la preuve ou l'utilisation d'un standard de preuve plus élevé qu'à l'ordinaire ne semblent pas être de bonnes solutions pour contrer les difficultés à prouver les faits de corruption.

S'agissant de la dénonciation de la corruption aux autorités étatiques, imposer cette obligation aux les arbitres internationaux serait injustifié et contre-productif.

Finalement, l'arbitre international doit lutter contre la corruption sans perdre ses spécificités. Les difficultés pour atteindre ces objectifs et les divergences d'opinion révèlent la nécessité de lignes directrices sur la question.

Corruption plagues business relations. The international arbitrator can be confronted by it when parties refer to him or her a dispute concerning either a brokerage agreement hiding the payment of a bribe or the direct payment of a sum of money to the person deciding to award a contract to a company. The arbitrator then faces conflicting interests, raising the issue of the factual proof of bribery and his or her duty to report the facts to state authorities .

Regarding proof, shifting the burden or using a higher standard of proof than usual do not seem to be appropriate solutions to address the difficulty to prove bribery.

Regarding the reporting of bribery to state authorities, imposing this obligation upon arbitrators would be unjustified and counter-productive.

Finally, the international arbitrator must fight bribery while not losing his or her particularities. The difficulties to achieve these goals and the divergent opinions highlight the necessity of guidelines on the issue.

*Daniel Goldenbaum, avocat au Barreau de Paris ; LLM (2014), Université McGill.

« [C]orruption is more odious than theft; but it does not depend upon any financial loss and it requires no immediate victim. Corruption of a state officer by bribery is synonymous with the most heinous crimes because it can cause huge economic damage; and its long-term victims can be legion¹ »

INTRODUCTION

Dans les années 1970, l'utilisation de pots-de-vin par les multinationales afin d'obtenir des contrats à l'étranger a entraîné une vague de protestation mondiale, suivie des premiers instruments juridiques pour combattre le phénomène². La corruption reste cependant fréquente dans les affaires. Le baromètre mondial de la corruption publié le 9 juillet 2013 par *Transparency International* indique ainsi qu'à l'échelle mondiale, plus d'une personne sur quatre a versé un pot-de-vin au cours des douze derniers mois³. Il existe un consensus pour combattre ce phénomène⁴, notamment par des conventions internationales et des législations nationales⁵.

Ces instruments nationaux et internationaux ne manquent d'ailleurs pas de définir la corruption sans toutefois en offrir une vision uniformisée. La notion telle qu'appliquée à l'arbitrage international englobe des comportements divers. Les Règles de la Chambre de Commerce Internationale pour combattre la corruption édictées en 2011, définissent sous l'article 1^{er} la corruption de manière large comme :

1 *World Duty Free Company c Republic of Kenya*, Sentence arbitrale, (4 Octobre 2006), au para 173, CIRDI, 46 ILM 339 [*World Duty Free*].

2 Voir Bernardo M. Cremades et David Cairns, « Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-Making : the Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud » dans Kristine Karsten et Andrew Berkeley, dir, *Arbitration : Money Laundering, Corruption and Fraud*, Paris, International Chamber of Commerce, 2003, 65 à la p 68 [Cremades et Cairns].

3 « Global Corruption Barometer » (2013) Transparency International, Document de travail à la p 3 <<https://www.transparency.org/gcb2013/report>>.

4 William Fox, « Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration » (2009) 27:1 *J Energy Nat Resources & Envtl L* 487 à la p 487 [Fox].

5 Il existe un certain nombre de conventions internationales, d'accords régionaux, ou de recommandations émanant d'organismes privés. Voir notamment : *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, 17 décembre 1997, 2802 RTNU (entrée en vigueur : 15 février 1999) [*Convention contre la corruption d'agents publics étrangers*]; *Convention des Nations Unies contre la corruption*, 31 Octobre 2003, 2349 RTNU 41 (entrée en vigueur : 14 décembre 2005) [*Convention des NU contre la corruption*]; Conseil de l'Europe, *Acte du Conseil du 26 mai 1997 établissant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne*, [1997] JO, C 195/1 [*Acte contre la corruption des fonctionnaires de la CEE*]; *Convention pénale sur la corruption*, Conseil de l'Europe, 27 janvier 1999, 2216 RTNU 242 (entrée en vigueur : 1 juillet 2002) ; *Convention civile sur la corruption*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1999, 2246 RTNU 6 (entrée en vigueur : 1 novembre 2003) ; *Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption*, 11 juillet 2003, 2860 RTNU (entrée en vigueur : 5 août 2006) ; Commission Anti-Corruption, « Combattre l'extorsion et la corruption : règles de conduite et recommandations de la CCI » (2005) Document de travail ; Commission sur la responsabilité sociale de l'entreprise et la lutte contre la corruption, « Règles CCI pour combattre la corruption » (2011) Document de travail. De même, les pays développés disposent tous d'une législation anti-corruption. Voir notamment : *Foreign Corrupt Practices Act*, 15 USC § 78dd-1 (1977) ; *Bribery Act 2010* (R-U), c. 23 ; *Loi concernant la lutte contre la corruption*, RLRQ Q 2016, c L-6.1 ; *Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption*, JO, 14 novembre 2007.

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 [...] 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.

L'article précité fournit également des exemples tels que le versement d'une rétro commission d'une partie du prix contractuel aux personnes ayant influées sur le processus d'octroi du contrat, ou encore le recours à des intermédiaires tels qu'agents ou sous-traitants afin d'effectuer des paiements. Cependant, certains auteurs retiennent une approche stricte, limitée aux agents publics et aux contrats publics⁶. Dans le cadre de la présente étude, il sera préféré une vision large de la corruption, incluant 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 commerciaux.⁷

Tout comme la corruption, l'arbitrage international est récurrent dans les relations internationales. Le Professeur Thomas Clay considère ainsi qu'« *aujourd'hui tous les litiges du commerce international se résolvent par l'arbitrage* »⁸. Il n'est donc pas surprenant que des faits de corruption soient révélés à cette occasion. À titre d'illustration, lors de l'arbitrage *World Duty Free Company Ltd. v. The Republic of Kenya*, le plaignant a dévoilé qu'aux fins d'obtenir un contrat, il avait fait une donation personnelle de 2 millions de dollars américains à l'attention du Président de la République du Kenya alors en fonction⁹.

Les enjeux sont majeurs. Il est certain que la corruption a un impact négatif sur le développement des affaires et nuit au développement économique et social des Etats. Les conséquences sur le contrat illicite sont également dramatiques puisque la nullité du contrat pourra empêcher le paiement des sommes restant dues ainsi que tout autre remède pour les parties¹⁰.

6 Abdulhay Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2004 à la p xxxiii [Sayed] (« actions of transfer of money or any thing of value to foreign public officials, either directly or indirectly, to obtain favorable public decisions in the course of international trades »).

7 Notons que s'il ne fait aucun doute que les pots-de-vin entrent dans cette définition, d'autres actes font débat au sein de la communauté internationale, tels les paiements de facilitation ou le trafic d'influence. Les paiements de facilitation ou paiements de faveur lesquels consistent en des paiements effectués dans le but de faciliter ou de hâter l'exécution d'un acte gouvernemental de nature courante. S'ils ne sont pas interdits par certains instruments (voir par ex la *Convention contre la corruption d'agents publics étrangers*, supra note 5), d'autres (tel que l'*Acte contre la corruption des fonctionnaires de la CEE*, supra note 5) ne tolèrent pas ces faits. Le trafic d'influence pose également des difficultés. Cette pratique consiste à commercialiser son influence auprès des pouvoirs publics afin de favoriser les intérêts d'une personne physique ou morale, ou bien à solliciter une telle influence afin d'obtenir un avantage indu. Bien que définissant le trafic d'influence en son article 18, la *Convention des NU contre la corruption* (supra note 5) n'impose pas son interdiction aux Etats signataires. Ainsi la France et le Canada le prohibent tandis que les États-Unis ne l'incluent pas dans le champ d'application de son dispositif anticorruption.

8 Thomas Clay, « Arbitrage : regards croisés d'un arbitre et d'un directeur juridique » (2011) 46 *Gazette du Palais* 6 [Clay, « Regards croisés »].

9 *World Duty Free*, supra note 1 aux para 62-66.

10 Les conséquences de la corruption sur le contrat sont en principe régis par le contrat, mais la loi du forum, la loi du lieu d'exécution du contrat et ou de la sentence et les règles transnationales impératives peuvent s'appliquer. Normalement, les contrats obtenus grâce à la corruption seront sanctionnés d'une nullité relative, autrement dit seule la partie innocente pourra l'invoquer. Les contrats qui cachent en réalité directement des faits de corruption sont affectés d'une nullité absolue pouvant être invoquée par toutes les parties intéressées. Voir Michael Hwang et Kevin

La présente étude se concentrera sur le rôle de l'arbitre *face* à la corruption ce qui inclut uniquement les situations dans lesquelles il est confronté, dans l'exercice de sa fonction, à des faits de corruption imputable à une ou des parties sans y être toutefois acteur. Dès lors, l'instrumentalisation, par les parties, de l'arbitrage en tant qu'outil à part entière du mécanisme de corruption, est exclue de notre champ d'analyse. Les parties peuvent en effet créer un litige fictif en vue de le soumettre à un arbitre qui de bonne foi ou non, rend une sentence légitimant le versement d'un pot-de-vin.

L'objectif est de s'interroger, d'une part, sur les règles relatives au fardeau et au standard de preuve applicables aux accusations de corruption dans l'arbitrage international et, d'autre part, sur la collaboration de l'arbitre avec les autorités étatiques quant aux faits de corruption. Ces deux problématiques sont centrales. Non seulement elles sont encore fortement débattues, mais elles déterminent directement le rôle que l'arbitre doit jouer dans la lutte contre la corruption. Elles sont également liées puisqu'une éventuelle dénonciation dépendra directement du caractère avéré ou non des faits, lequel est largement influencé par les règles applicables au fardeau et le standard de preuve.

Ce dernier se retrouve en effet face à une situation complexe. Il est en présence d'intérêts divergents et de principes parfois contradictoires. Juge privé, il est saisi d'une question d'intérêt public. S'il ne saurait se rendre complice de la fraude en ne la sanctionnant pas¹¹, il doit, devant la gravité des faits et leurs conséquences, s'assurer de leur exactitude au regard des preuves mises à sa disposition¹². Tenu par un devoir de confidentialité, il a toutefois connaissance de situations répréhensibles par le droit criminel.

Dans une première partie, il conviendra d'examiner la preuve des faits de corruption révélés à l'occasion de l'arbitrage international (I). À travers les questions du fardeau de la preuve et du standard de preuve applicable, nous remarquerons le rôle central occupé par la preuve dans la réflexion de l'arbitre. La seconde partie analysera l'étendue de la collaboration de l'arbitre avec les autorités étatiques (II). L'étude des solutions édictées par les législations nationales apportera un éclairage sur l'(in)opportunité de faire peser sur l'arbitre une obligation de dénonciation de la corruption.

I. LA PREUVE DES FAITS DE CORRUPTION

La question de la preuve du fait de corruption est assurément la plus délicate¹³. Les parties

Lim, « Corruption in Arbitration — Law and Reality » (2012) 8:1 Asian Int'l Arb J 1 aux pp 64-65 [Hwang et Lim]. Voir également Yasmine Lahlou et Marina Matousekova, « Le rôle de l'arbitre dans la lutte contre la corruption » (2012) 6 RDAI 621 à la p 638 [Lahlou et Matousekova].

11 Sur le devoir d'éviter toute complicité, voir Alexis Mourre, « Arbitration and Criminal Law Reflections on the Duties of the Arbitrator » (2006) 22:1 Arb Int'l 95 [Mourre, « Duties of the Arbitrator »]. Voir également art 121(7) C Pén (l'arbitre se rend complice par fourniture de moyen au sens du droit pénal français s'il donne effet au contrat de corruption alors même qu'il a connaissance de cette corruption).

12 À titre d'illustration voir *Himpurna California Energy Ltd. (Bermuda) c PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)* (1999), 25 YB Comm Arb 11 au para 118 (Ad Hoc, UNCITRAL) (« [The members of the Arbitral Tribunal] would rigorously oppose any attempt to use the arbitral process to give effect to contracts contaminated by corruption. But such grave accusations must be proven ») [*California Energy*].

13 Hwang et Lim, *supra* note 10 au para 27; Martin Timothy, « International Arbitration and Corruption: An Evolving

qui échouent à démontrer de telles allégations n'obtiendront que rarement un refus d'exécution de la sentence de la part des tribunaux nationaux¹⁴. Après avoir un temps considéré que les règles de preuve applicables étaient celles du lieu du siège du tribunal, il a été admis plus généralement qu'aucune règle particulière de preuve ne s'imposait à l'arbitre. Ainsi, à défaut de choix ou d'accord des parties, l'arbitre dispose d'une grande liberté et flexibilité dans le choix des modalités applicables¹⁵. Son pouvoir discrétionnaire d'évaluer et de pondérer chaque élément est alors déterminant face à la difficulté de la preuve des faits de corruption¹⁶ (A). A cet égard, la charge de la preuve (B) ainsi que le standard de la preuve (C) influent directement sur l'issue de l'arbitrage.

A. La difficulté de la preuve - *probatio diabolica*

La difficulté de la preuve s'explique par la singularité des cas de corruption. Le recours à des contrats en apparence légitimes participe grandement à cacher l'illicéité¹⁷. En pratique, excepté le cas de l'arbitre instrumentalisé par les parties, la corruption s'imisce dans l'arbitrage international de deux façons distinctes : soit lorsqu'un contrat d'intermédiation cache en réalité le versement d'un pot-de-vin, soit lorsqu'une personne verse directement une somme d'argent à l'individu qui prendra la décision d'accorder un contrat à une entreprise.

Dans la première situation, aux termes d'un contrat d'intermédiation, un agent ou intermédiaire assiste son client ou mandant dans l'obtention de contrats ou d'autorisations en contrepartie d'une rémunération, souvent proportionnelle au montant du contrat obtenu¹⁸. Ce mécanisme se retrouve dans le contrat de consultant. Le consultant apporte ses conseils, sans les définir dans l'accord, afin d'obtenir le gain d'un contrat ou une autorisation pour le client. L'intermédiaire ou le consultant a recours à l'arbitrage lorsque le mandant refuse de lui verser la commission contractuellement prévue. Le défendeur invoque alors le versement du pot-de-vin pour justifier son refus de le payer¹⁹. De même, le mandant qui n'aurait pas obtenu le contrat ou l'autorisation recherchée introduira une action afin d'obtenir le remboursement des sommes

Standard » (2004) 1:2 TDM 1 à la p 6 [Martin]; Mohamed Abdel Raouf, « How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues? » dans Miguel Ángel Fernández-Ballesteros et David Arias, dir, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010 à la p 1; Christian Albanesi et Emmanuel Jolivet, « Dealing with Corruption in Arbitration: a Review of ICC experience » (2013) 24 Bull CCI (Suppl) 27 à la p 31 [Albanesi et Jolivet]; Voir également Andrea Menaker, « Proving corruption in International Arbitration » dans Domitille Baizeau et Richard H Kreindler, dir, *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Paris, ICC Publishing, 2015 à la p. 77 [Menaker]; Vladimir Khvalei, « Standards of Proof of Allegations of Corruption in International Arbitration » dans Domitille Baizeau et Richard H Kreindler, dir, *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Paris, ICC Publishing, 2015 à la p 69.

14 Vladimir Khvalei, « Using Red Flags to Prevent Arbitration from Becoming a Safe Harbour for Contracts that Disguise Corruption » (2013) 24 Bull CCI (Suppl) 15 à la p 17 [Khvalei].

15 Andreas Reiner propose de s'inspirer des règles de preuves de la loi applicable au fond du litige. Voir Andreas Reiner, « Burden and General Standards of Proof » (1994) 10:3 Arb Int'l 328.

16 Matthias Scherer, « Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals » (2002) 5:2 Int'l Arb L Rev 29 à la p 31.

17 Pierre Mayer, « Loi applicable et respect des lois de police » dans Pierre Bellet, dir, *Les commission illicites : Définition, traitement juridique et fiscal*, Paris, Publication CCI, 1992, 49 à la p 51.

18 Lahlou et Matousekova, *supra* note 10 à la p 622.

19 Pour une illustration récente voir Tribunal Fédéral, Lausanne, 6 octobre 2009, *Thales c. Y & Z*, 4A.596/2008 (Suisse) [*Thales*].

versées. Il arrive également que le caractère frauduleux du contrat d'intermédiation ou du contrat de consultant soit invoqué afin de contester la validité du contrat principal obtenu par l'entremise de l'agent.

Dans la seconde situation, la corruption est directe, c'est-à-dire qu'il y a remise d'argent, ou de tout objet en nature, par une partie afin d'obtenir la signature d'un contrat, le plus souvent avec un Etat. Lorsque les relations se détériorent, l'une des parties soulève l'illicéité du contrat ainsi obtenu.

Lorsque des allégations de corruption sont avancées, la preuve est extrêmement difficile à rapporter. En général, les parties ont pris le soin de ne laisser aucune trace²⁰. Les principaux acteurs refusent de témoigner et, à supposer qu'il y ait un témoignage oral, la probabilité de le corroborer avec des éléments matériels est faible²¹. De même, il n'existe pas d'archives ou toutes autres données écrites, audios ou vidéos, attestant des faits²². Le tribunal arbitral dans l'affaire *EDF (Services) v. Romania* relève ainsi : « [i]n any case, however, corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence »²³.

Quand bien même des personnes acceptent de témoigner, leur crédibilité peut être questionnée. Dans l'affaire précitée, le plaignant, *EDF*, avait fait témoigner deux de ses employés, victimes d'une tentative de corruption, lesquels avaient révélé que le directeur de cabinet du Premier Ministre Roumain leur avait demandé, par deux fois, de payer 2.5 millions de dollars américains aux fins de réaliser la transaction²⁴. L'Etat Roumain avait nié les accusations lors des dépositions des personnes directement incriminées et le tribunal arbitral avait rejeté les allégations se fondant sur le manque de crédibilité des témoins de chaque partie.

Les situations sont donc opaques et les obstacles à franchir élevés. La preuve en devient presque diabolique²⁵. Initialement, le terme « diabolique » référerait à la preuve de la propriété par un titre translatif de propriété. Il convenait ainsi de montrer que le bénéficiaire du titre l'avait acquis d'une personne qui lui-même bénéficiait d'un titre lequel émanait du précédent détenteur et ainsi de suite jusqu'à l'origine²⁶. La preuve de la propriété était quasi-impossible tout comme l'est aujourd'hui celle de la corruption.

La difficulté de la preuve se vérifie en pratique puisque la majorité des sentences concluant

20 Kiera Gans et David Bigge, « The Potential for Arbitrators to Refer Suspicions of Corruption to Domestic Authorities » (2013) 3 TDM 1 à la p 2 [Gans et Bigge].

21 Voir Hwang et Lim, *supra* note 10 au para 35 ; Carolyn B. Lamm, Iansel T. Pham et Rahim Moloo, « Fraud and Corruption in International Arbitration » dans Miguel Ángel Fernández-Ballesteros et David Arias, dir, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010 aux pp 701-702 [Lamm].

22 Constantine Partasides, « Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World » (2010) 25:1 ICSID Rev 47 au para 22 [Partasides] (« Not only are admissions against interest unlikely, but in truth those that participate in bribery often exercise great ingenuity to conceal the illegality »).

23 *EDF (Services) Ltd. c Romania*, Sentence arbitrale (8 octobre 2009) p 63 au para 221, ICSID, Oxford Report on Investment Law (ORIL) IIC 392, [*EDF (Services) c Romania*].

24 *Ibid* aux pp 71-72.

25 François Vincke, « Recent Anti-Corruption Initiatives and Their Impact on Arbitration » (2013) 24 Bull CCI (Suppl) 5 à la p 14 [Vincke].

26 Voir sur la preuve diabolique, Jean Carbonnier, *Droit civil*, Paris, PUF, 2004 au para 180 ; Philippe Malaurie et Patrick Morvan, *Introduction générale*, 2. ed, Paris, Defrénois, 2005 au para 186.

à l'existence de la corruption résulte, soit de l'aveu du fraudeur, soit de la reconnaissance préalable des faits par un tribunal national²⁷. Afin de contrebalancer cette difficulté, le fardeau de la preuve constitue un levier à explorer (B).

B. Le fardeau de la preuve : la nécessité de maintenir la règle traditionnelle *actori incumbit probatio*

La règle *actori incumbit probatio*, considérée comme un principe d'ordre public transnational, est constante dans l'arbitrage international et plus généralement par l'ensemble des systèmes modernes de droit²⁸. Elle signifie que celui qui allègue un fait a le fardeau de le prouver. Charles A. Brower énonce ainsi : « it is axiomatic that the burden of proving a claim lies with the party presenting it »²⁹. Dans ce sens, l'article 27(1) du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), dans sa version révisée en 2010, dispose que « chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde ses chefs de demande ou ses moyens de défense »³⁰.

Toutefois, dans le cadre de la corruption, certains auteurs ont exprimé leur souhait de renverser la charge de la preuve. Karen Mills considère ainsi que dans l'hypothèse où une partie allègue des éléments de preuves suffisamment crédibles, l'arbitre devrait imposer à l'autre partie de produire des éléments témoignant de sa bonne foi. L'absence de preuve contraire permettrait de conclure à la corruption. Elle justifie sa position par la quasi-impossibilité de prouver les faits et la finalité de la mesure, à savoir établir la corruption³¹. En d'autres termes, la fin justifierait les moyens.

Un tel procédé avait déjà été utilisé dans l'affaire ICC No 6497. L'arbitre avait ainsi avancé :

The 'alleging Party' may bring some relevant evidence for its allegations, without these elements being really conclusive. In such case, the arbitral tribunal may exceptionally request the other party to bring some counter-evidence, if such task is possible and not too burdensome. If the other party does not bring such counter-evidence, the arbitral tribunal may conclude that the facts alleged are proven (Article 8 Swiss Civil Code)). However, such change in the burden of proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons³².

²⁷ Voir *World Duty Free*, *supra* note 1; *Thales*, *supra* note 19.

²⁸ Lotfi Chedly, « Arbitrage commercial international et ordre public transnational », Tunis, Centre de Publications Universitaires, 2002 aux pp 250, 254, tel que cité dans *Sayed*, *supra* note 6 à la p 92; Menaker, *supra* note 13 à la p 78.

²⁹ *Frederica Lincoln Riahi c Islamic Republic of Iran*, Opinion dissidente de Charles A. Brower (27 février 2003), 37 Iran-US CTR 158 à la p 18. Voir également Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals*, Boston, Kluwer Law International, 1996.

³⁰ Règlement d'arbitrage CNUDCI (2010), art 27(1).

³¹ Karen Mills, « Corruption and other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto » dans Albert van den Berg, dir, *ICCA Congress Series no. 11 – International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, 288 à la p 295. Voir également Albanesi et Jolivet, *supra* note 13 à la p 31.

³² Sentence arbitrale CCI No 6497, (1999) YB Comm Arb 72 (Chambre de Commerce Internationale). Voir également Stephan Wilske et Todd J. Fox, « Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence? » dans Stefan Michael Kröll *et al*, dir, *International Arbitration and*

Bien qu'admis par le tribunal arbitral, le renversement du fardeau de la preuve avait été fortement encadré. En effet, l'utilisation des termes « exceptionally », « if such task is possible and not too burdensome », « special circumstances » et « for very good reasons » démontreraient déjà la volonté de ne pas établir de règle générale en matière de corruption.

La proposition de renverser le fardeau de la preuve en présence d'un « commencement de preuve » a rencontré un succès mitigé³³. La démarche nous semble louable dans la mesure où elle procède d'une volonté de contrebalancer la difficulté de la preuve. Cependant, une telle pratique porterait atteinte au droit à un procès équitable car il est extrêmement difficile d'établir un fait négatif³⁴. S'il est déjà complexe de prouver le versement de pots-de-vin, démontrer son absence relève de l'impossible³⁵. De plus, il existerait un risque d'abus de droit. Une partie pourrait ainsi porter des accusations de corruption fondées uniquement sur la mauvaise réputation de son adversaire dans le seul but de ne pas acquitter ses obligations contractuelles.

Par ailleurs, l'arbitre dispose déjà de plusieurs mécanismes pour aider la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve. La possibilité, certes limitée, d'enquêter, ou encore celle de déduire des conséquences défavorables du refus de produire des éléments de preuve constituent des outils puissants. En effet, en présence de suspicions, il n'est pas interdit à l'arbitre de mener des investigations, que ce soit en réponse aux allégations d'une partie ou de sa propre initiative³⁶. Les articles 6(4) et 6(9) du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) de 2012 ne suggèrent d'ailleurs pas une telle prohibition³⁷. Au contraire, l'article 41 dudit Règlement dispose que :

Dans tous les cas non visés expressément au Règlement, la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant du Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence

International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, La Haye, Kluwer Law International, 2011, 489 à la p 501.

33 Partasides, *supra* note 22 au para 28; Hwang et Lim, *supra* note 10 au para 28.

34 Mourre, « Duties of the Arbitrator », *supra* note 11 à la p 102; Lahlou et Matousekova, *supra* note 10 à la p 635.

35 Voir cependant Lamm, *supra* note 21 à la p 701.

36 Voir Richard H. Kreindler, « Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts » dans Albert van den Berg, dir, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, La Haye, Kluwer Law International, 2009 aux pp 236-237 [Kreindler].

37 *Règlement d'arbitrage de la CCI 2012*, art 6(4) (« Dans tous les cas soumis à la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 3, la Cour décide si, et dans quelle mesure, l'arbitrage aura lieu. L'arbitrage aura lieu si et dans la mesure où, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement. Notamment : (i) lorsque l'arbitrage intéresse plus de deux parties, il aura lieu entre les parties, y compris les parties intervenant conformément à l'article 7, à l'égard desquelles, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage les liant toutes et visant le Règlement, et (ii) lorsque des demandes au titre de l'article 9 sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, l'arbitrage aura lieu relativement aux demandes pour lesquelles, *prima facie*, la Cour estime possible (a) que les conventions d'arbitrage en application desquelles elles sont formées sont compatibles et (b) que toutes les parties à l'arbitrage sont convenues de les faire trancher dans un arbitrage unique. La décision prise par la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 4, ne préjuge pas de la recevabilité ou du bien-fondé du ou des moyens des parties »). Voir également art 6(9) dudit règlement (« À moins qu'il n'en ait été convenu autrement, l'allégation de nullité ou d'inexistence du contrat n'entraîne pas l'incompétence du tribunal arbitral dès lors que ce dernier retient la validité de la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et moyens ») [*Règlement CCI*].

soit susceptible de sanction légale.³⁸

Autrement dit, l'arbitre doit s'assurer que la sentence respecte le ou les ordres publics intéressés s'il veut assurer sa reconnaissance et son exécution³⁹. Or, la corruption est contraire à l'ordre public de la plupart des Etats. Plus encore, elle relèverait de l'ordre public transnational. Dans la sentence *World Duty Free v. Kenya*, il est énoncé :

In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, *to transnational public policy*⁴⁰ (notre emphase).

Par conséquent, en présence d'éléments raisonnables permettant de croire à l'existence de la corruption, l'arbitre peut et doit enquêter⁴¹.

En outre, il a la possibilité de tirer des conclusions défavorables à l'égard d'une partie refusant de produire des éléments de preuve qu'il a ordonnés⁴². À titre d'illustration, dans l'affaire CCI No 8891, un intermédiaire demandait le paiement de sa commission à son client, lequel se défendait en invoquant l'illégalité du contrat pour corruption. Motivant sa décision par le refus délibéré de témoigner, le tribunal arbitral considéra que le contrat servait en réalité à cacher des faits de corruption⁴³.

À l'appui de ces éléments, le renversement du fardeau de la preuve apparaît comme une solution extrême. La lutte contre la corruption ne saurait justifier l'atteinte à des principes juridiques fondamentaux. Au contraire, ces principes sont garants de la justice et renforcent ainsi l'autorité des sentences. L'arbitre international doit s'assurer du strict respect du droit à un procès équitable sous peine de faillir à sa mission. Face à la corruption, la modulation du standard de preuve actuellement appliqué semble davantage appropriée (C).

38 *Ibid*, art 41.

39 Voir *Convention des Nations Unies sur l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 UNTS 38, 21 UST 2571 (art V(2)(b)) [*Convention de New York*] (la disposition permet en effet à un tribunal de refuser l'exécution de la sentence si celle-ci est contraire à l'ordre public : « La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : (b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays »). Voir également Vincke, *supra* note 25 aux pp 12-13 (il n'est plus discuté le fait que la corruption entre dans le champ d'application de l'article précité).

40 *World Duty Free*, *supra* note 1 para 157. Voir également : Sentence arbitrale CCI No 8891 (1998), JDI 2000 à la p 1076 (Chambre de Commerce Internationale) [*CCI No 8891*] (« L'illicéité du versement de pots-de-vins n'est pas seulement conforme à l'ordre public interne français, elle résulte également de la conception de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît »).

41 Richard H. Kreindler, « Is the Arbitrator Obligated to Denounce Money Laundering, Corruption of Officials, etc.? The Arbitrator as Accomplice – Sham Proceedings and the Trap of the Consent Award » dans Theodore H Moran, dir, *Combating Corrupt Payments in Foreign Investment Concessions: Closing the Loopholes, Extending the Tools*, Washington DC, Center for Global Development, 2008 aux pp 27-28.

42 Voir Jeremy K. Sharpe, « Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence » (2006) 22:4 Arb. Int'l 549. Voir également Lahlou et Matousekova, *supra* note 10 à la p 638.

43 *CCI No 8891*, *supra* note 40.

C. Le standard de preuve applicable, l'utilisation d'un standard élevé (in)justifié?

Le standard de preuve apparaît comme un outil influent dans la détermination de l'existence de faits de corruption. En effet, la qualification sera éventuellement retenue selon qu'un standard élevé ou normal est appliqué (1). Une telle incidence tend à militer pour la mise en œuvre d'un standard flexible (2).

i. Standard élevé versus standard normal

En principe, le standard de preuve retenu en arbitrage international est celui de la prépondérance des éléments de preuve, issu de la *common law*⁴⁴. L'arbitre s'attache à apprécier si la preuve rapportée par l'une des parties « is more likely true than not true »⁴⁵. Cette balance des probabilités l'amène à estimer selon sa propre conviction si le fait allégué est avéré⁴⁶. En ce sens, il est proche du standard de l'intime conviction appliqué en droit civil⁴⁷.

Néanmoins, dans la majorité des décisions impliquant des faits de corruption, un standard de preuve élevé a été requis. Dans l'affaire *Westinghouse*, le tribunal arbitral a estimé que si la prépondérance des éléments de preuve a vocation à être appliquée en arbitrage international, il convient d'établir les allégations de corruption par des éléments de preuve « nets et convaincants »⁴⁸. D'autres arbitres ont exigé une preuve « au-delà de tout doute »⁴⁹ ou encore « further and direct evidence »⁵⁰. Dans *EDF (Services) v. Romania*, il a été noté :

[t]he seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence. There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption⁵¹.

Cette position motivée par la gravité et les conséquences des accusations peut surprendre⁵². Comme expliqué précédemment, la démonstration de la corruption s'avère diabolique. Dès lors, pourquoi ajouter un degré supplémentaire en exigeant un standard de preuve élevé ?

44 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, New York, Kluwer Law, 2009 aux pp 1857-1858 [Born, *International Commercial Arbitration*].

45 *Westinghouse Int'l Projects Co., Westinghouse Elec. S.A. and Barns & Roe Enterprises, Inc. c Nat'l Power Corp. and The Republic of the Philippines*, Sentence arbitrale CCI No. 6401 (1991), 7 Arb Int'l 31 à la p 32 (Chambre de Commerce Internationale) [*Westinghouse*].

46 Remarquons ici la similarité de la prépondérance des éléments de preuve avec la notion d'*intime conviction* de droit civil. Voir Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues : A Study on Evidence Before International Tribunals*, La Haye, Kluwer Law International, 1996 à la p 347 ; Paolo M. Patocchi et Ian. L. Meakin, « Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration » (1996) 7 Int'l Bus LJ 884 à la p. 889.

47 Edward Eveleigh, « General Standards of Proof in Litigation and Arbitration Generally » (1994) 10:3 Arb Int'l 334, tel que cité dans Martin, *supra* note 13 à la p 7.

48 *Westinghouse*, *supra* note 45 aux pp 33-34.

49 Sentence arbitrale CCI No 5622 (1988), 19 YB Comm Arb 105 au para 34 (Chambre de Commerce Internationale) [notre traduction].

50 *SSA c ZSA* (1995), 13:4 ASA Bulletin 742 à la p 747 (Ad Hoc), (Arbitre : Claude Reymond).

51 *EDF (Services) c Romania*, *supra* note 23 au para 221.

52 Voir *Oil Field of Texas, Inc. v. the Government of the Islamic Republic of Iran & National Iranian Oil Company* (1987), 12 YB Comm Arb 288 (dans l'affaire, le tribunal est allé encore plus loin: il a estimé que les allégations de corruption ne pouvaient être retenues lorsqu'il y avait un doute raisonnable).

Généralement, le relatif consensus des arbitres sur l'application d'un standard de preuve élevé est justifié par le risque d'utilisation dilatoire de l'allégation de corruption. Sous couvert de dénoncer la pratique, une partie cherche en réalité à obtenir l'inefficacité du contrat afin de ne pas exécuter ses obligations⁵³.

Certaines présomptions appuient également cette position. Tant la présomption de validité du contrat notamment lorsque celui-ci a été largement exécuté⁵⁴, que la présomption de bonne foi dans les contrats commerciaux internationaux⁵⁵ sont invoquées⁵⁶.

La proximité avec le standard requis pour la fraude en Europe et aux États-Unis, (lesquels exigent une preuve « nette et convaincante »), et plus généralement avec le droit criminel, est également avancée⁵⁷. Cependant, si la corruption est de nature criminelle, l'arbitre rend une sentence statuant sur ses conséquences civiles. Il ne sanctionne pas le caractère criminel de l'infraction, mais son illicéité au sens large. L'arbitre n'exerce pas la justice au nom de l'État et n'a donc pas pour mission de faire respecter un quelconque intérêt général. A ce titre, il ne dispose ni des moyens ni des pouvoirs d'investigation réservés à la matière criminelle⁵⁸. Sur ces points, il est donc relativement indifférent au droit criminel⁵⁹. L'analyse des fondements juridiques de la sanction de la corruption reflète cette position. Il est fait référence à l'ordre public international⁶⁰ ou transnational⁶¹, ou selon la doctrine à la *lex mercatoria*⁶², ce qui donne une liberté d'appréciation à l'arbitre. Par conséquent, rien n'indique qu'il a vocation à utiliser les standards requis en matière criminelle.

En outre, un standard élevé ne sert pas la lutte contre la corruption. Empiriquement, il conduit fréquemment les arbitres à conclure à l'absence de fraude⁶³ ou à préférer d'autres fondements pour résoudre le cas⁶⁴.

Au contraire, un faible degré de preuve n'est pas davantage satisfaisant. Déjà appliquée afin de contrebalancer les difficultés de la preuve⁶⁵, cette solution est critiquée en raison de l'importance

53 Sayed, *supra* note 6 à la p 103. Voir également Jose Rosell et Harvey Prager, « Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof » (1999) 15:4 Arb Int'l 329 à la p 348 [Rosell].

54 Sentence arbitrale CCI No 13914 (2013), 24 Bull CCI 77 (Chambre de Commerce Internationale).

55 *Unidroit Principles of International Commercial Contract*, 2010, art 1(7).

56 *California Energy*, *supra* note 6 au para 116. Voir plus généralement en faveur de l'utilisation d'un standard de preuve élevé : *Martin*, *supra* note 13 à la p 7; *Rosell*, *supra* note 53. Néanmoins cette approche reste critiquée : voir Sophie Nappert, « Nailing Corruption: Thoughts for a Gardener - A Comment on World Duty Free Company Ltd v The Republic of Kenya » (2013) 3 TDM 1 à la p 12 [Nappert, « Nailing Corruption »].

57 *Martin*, *supra* note 13 à la p 7.

58 Theodore H. Moran, *Combating Corrupt Payments in Foreign Investment Concessions: Closing the Loopholes, Extending the Tools*, Washington DC, Center for Global Development, 2008 à la p 9.

59 David Chilstein, « Arbitrage et droit pénal » (2009) 1 Rev Arb 3 à la p 11 [Chilstein].

60 Sentence arbitrale CCI No 1110 (1963), 10(3) Arb Int 282 (Chambre de Commerce Internationale).

61 *World Duty Free*, *supra* note 1 au para 157.

62 Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 à la p 835.

63 Sayed, *supra* note 6 à la p 106.

64 Gans, *supra* note 20 à la p 6 (les auteurs citent l'exemple d'une importante sentence arbitrale). Voir notamment *Bayinder Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi c. Pakistan*, sentence sur la compétence No ARB/03/29 (2005), CIRDI.

65 *CCI No 8891*, *supra* note 40 à la p 1081. Dans une enquête, un seul des vingt-cinq cas étudiés a utilisé un degré de preuve faible, et quatorze ont requis un standard élevé de preuve. Voir Antonio Crivellaro, « Arbitration Case Law on

des faits reprochés et de ses conséquences néfastes tant financières que réputationnelles sur la partie incriminée.

Dans ces conditions, l'approche de Constantine Partasides⁶⁶, lequel estime inappropriée l'utilisation d'un standard élevé ou d'un standard faible, apparaît *a priori* comme la plus apte à assurer un équilibre entre la difficulté de la preuve et les conséquences de la corruption⁶⁷. Le critère de la prépondérance des éléments de preuve serait donc le plus adéquat en raison de sa flexibilité (2).

ii. Vers une approche flexible du standard de preuve

La méthode de la prépondérance des preuves semble suffisamment flexible pour être retenue puisque les arbitres sont libres d'accorder plus ou moins de poids à certaines preuves dans la balance des probabilités. L'utilisation de ce standard permet de prendre en considération non seulement le sérieux des allégations et les conséquences de la corruption sur le contrat, mais également la difficulté de la preuve⁶⁸, facilitant ainsi la démonstration de la corruption⁶⁹. Plusieurs arguments convergent dans cette direction.

Tout d'abord, l'analyse des circonstances et notamment de la disponibilité des preuves afin d'évaluer le standard applicable⁷⁰ est conforme avec le mécanisme des présomptions⁷¹. Les présomptions sont des outils à disposition de l'arbitre lorsque le contexte de l'affaire est propice à tirer des conclusions. À titre d'illustration, dans l'affaire CCI No 1110, l'arbitre Lagergren a tenu compte de l'obligation implicite de verser des pots-de-vin pour réaliser des transactions en Argentine sous le régime de Perón⁷².

Ensuite, une telle approche est également compatible avec l'argument selon lequel l'arbitre devrait avoir recours à une analyse globale des preuves pour établir s'il y a raisonnablement une possibilité de corruption⁷³. Le professeur Francisco Orrego Vicuña dans son opinion dissidente dans l'affaire *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*⁷⁴ va dans ce sens :

[I] have been persuaded and ultimately convinced that the evidence provided by the Respondent is enough to establish such impropriety. Whether this could be considered a

Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence » dans Kristine Karsten et Andrew Berkeley, dir, *Arbitration : Money Laundering, Corruption and Fraud*, Paris, ICC Publishing, 2003 aux pp 115-117; Partasides, *supra* note 22 aux paras 54-55 (l'auteur démontre que certains tribunaux, notamment la Cour Pénale Internationale, ont baissé le standard de preuve en prenant en considération les difficultés concernant la production de preuves).

66 Partasides, *supra* note 22 au para 50 ; Hwang et Lim, *supra* note 10 au para 36.

67 Voir par exemple Sentence arbitrale CCI No 6497, 24 YB Comm Arb 72 (Chambre de Commerce Internationale).

68 Hwang et Lim, *supra* note 10 au para 38.

69 Khvalei, *supra* note 14 à la p 17 (l'auteur attribue la forte présence de la corruption dans l'arbitrage à l'attitude des arbitres qui appliquent un standard de preuve élevé).

70 David D. Caron *et al*, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 570 (« The standard of proof... varies according to the circumstances ») ; Born, *supra* note 44 à la p 1857 (« In limited instances, a lower or higher standard of proof arguably applies »).

71 Voir généralement Sayed, *supra* note 6 aux pp 125-156.

72 CCI No 1110, *supra* note 60 à la p 281.

73 Nappert, « Nailing Corruption », *supra* note 56 à la p 13.

74 *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c The Arab Republic of Egypt*, affaire No ARB/05/15, CIRDI.

case of fraud, corruption, traffic of influence or some other form of impropriety, the fact is that money appears to have changed hands with a view to obtain an untrue certification⁷⁵.

Intimement convaincu de la corruption, il estime que la technique du faisceau d'indices aurait alors été plus adaptée à la situation⁷⁶. Cette approche consiste à examiner si les indices concordent vers le fait allégué. L'arbitre apprécie donc au regard des différents éléments circonstanciels l'existence de la corruption⁷⁷. Dans l'affaire ICC No 8891, le tribunal arbitral avait déjà considéré que :

L'objet illicite est généralement dissimulé derrière des dispositions contractuelles d'apparence anodine. C'est pourquoi les arbitres n'ont souvent d'autres choix que de se fonder sur des indices [...] sérieux⁷⁸.

Plus récemment, dans l'affaire ICC No 12990, il a été estimé que « l'exigence en matière de preuve [...] peut se limiter à une présomption reposant sur des indices »⁷⁹.

Bien que non explicitement retenue, l'utilisation de différents éléments afin d'établir la véracité des faits milite en faveur de la méthode du faisceau d'indices, étant précisé que ces derniers doivent être suffisamment sérieux. Dans ces deux affaires, cinq facteurs décisifs avaient notamment été retenus : l'incapacité de l'agent intermédiaire de produire des preuves de son activité, la courte période d'intervention de l'agent, sa rémunération déterminée par un pourcentage du contrat en question, le montant de la rémunération et sa disproportion par rapport aux prestations effectuées.

Enfin, et dans ce sens, Vladimir Khvalei dresse une liste de dix-huit indicateurs de corruption pertinents à utiliser par les arbitres comme signaux d'alarme⁸⁰. Ces éléments permettraient de tirer des présomptions suffisantes afin d'établir les faits de corruption. Il s'agit ici d'utiliser explicitement une grille d'analyse qui tient compte de la difficulté de la preuve afin de combattre la corruption plus efficacement⁸¹.

75 Opinion dissidente du Pr. Francisco Orrego Vicuña No ARB/05/15 (2009), CIRDI à la p 1.

76 *Ibid*, p 4. Voir également Sayed, *supra* note 6 aux pp 93-94.

77 Voir par exemple la Sentence arbitrale CCI No 3916 (1982), JDI 930 (Chambre de Commerce Internationale) (l'arbitre a notamment considéré la rapidité avec laquelle l'intermédiaire a obtenu des contrats pour ses clients afin de déterminer les faits de corruption).

78 *CCI No 8891*, *supra* note 40.

79 Sentence arbitrale CCI No 12990 (2005), (2013) 24 Bull CCI 24 (Suppl) à la p 52 (Chambre de Commerce Internationale).

80 Ces indicateurs sont issus notamment de sentences arbitrales ou bien de lignes directrices. Voir par exemple International Chamber of Commerce, *ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties*, Paris, ICC Publishing, 2010.

81 Khvalei, *supra* note 14 aux pp 20-24. En sus de ceux énoncés voir les éléments mentionnés dans les affaires CCI citées (*CCI No 8891*, *supra* note 40 ; *CCI No 12990*, *supra* note 79). D'autres indicateurs peuvent être pris en compte : 1. Le contrat principal est lié à un Etat dont le taux de corruption est élevé, 2. Le payeur selon le contrat principal est un Etat ou une entité contrôlée par un Etat, ou une société cotée, 3. Le contrat principal concerne un secteur sujet à corruption tel que la défense, la santé ou la construction, 4. Il y a un contrat d'intermédiation avec un agent pour des service de consultant ou des services de facilitation ou les deux, 5. L'agent a été recommandé par des représentants d'une partie au contrat principal, 6. Il n'y a pas d'intervalle substantiel entre la date d'exécution du contrat d'intermédiaire et la date à laquelle le Contrat principal est obtenu par celui qui a eu recours à ses services, 13. L'absence de site internet, 14. L'enregistrement de l'agent dans un territoire à fiscalité avantageuse, 17. Le nombre insuffisant d'employés par l'agent nécessaire à la réalisation de la mission.

Néanmoins, il suggère également de renverser le fardeau de la preuve lorsque celui qui allègue l'illicéité démontre la présence d'un nombre suffisant de signaux d'alarme. Cette position se rapproche de celle exposée par Karen Mills, laquelle prône un renversement en cas d'indices crédibles apportés par l'une partie (voir ci-dessus). Vladimir Khvalei souhaite créer une présomption simple de corruption en présence de paramètres prédéfinis, à charge pour le défendeur de démontrer le contraire.

Cette mesure qui fait peser un fardeau *allégé* au demandeur nous apparaît risquée. Les présomptions doivent être utilisées au soutien d'autres éléments de preuve, car elles peuvent aboutir à un résultat incertain⁸². En effet, les questions de la pertinence des facteurs les uns envers les autres et du nombre d'indicateurs nécessaires pour déclencher le renversement du fardeau sont laissées en suspens. Certains indicateurs peuvent avoir plus de valeur que d'autres. Par exemple, la rémunération de l'agent au moyen d'un pourcentage élevé du contrat final renseigne d'avantage que l'absence de site internet de l'agent. Encore, il faut déterminer la quantité de signaux requis en fonction de leur portée pour arriver à une conclusion, et ce, afin d'avoir un minimum de prédictibilité et d'harmonisation. Dès lors, si l'utilisation d'indicateurs constitue une avancée dans la lutte contre la corruption par l'arbitre, elle ne devrait pas résulter en un renversement du fardeau de la preuve.

Le débat reste donc ouvert. Si un standard élevé a majoritairement été utilisé par les arbitres, la doctrine récente penche davantage pour l'utilisation d'un standard de preuve normal. À notre sens, ce dernier correspond au devoir fondamental de l'arbitre de rendre une décision raisonnée après avoir offert aux parties l'opportunité de présenter leurs arguments de manière équitable et complète⁸³. En tout état de cause, une certaine flexibilité de la part de l'arbitre et le recours à des signaux d'alarme peuvent permettre de prendre réellement en compte la difficulté de la preuve.

La place centrale de la preuve fait ressortir le rôle de l'arbitre dans la lutte contre la corruption. Le maintien du fardeau de la preuve sur le demandeur, ainsi qu'un rééquilibrage du standard de preuve vers une approche plus flexible, orienté vers la prépondérance des éléments, donnent à l'arbitre les moyens de combattre significativement la corruption. Son rôle est également questionné à travers la problématique de la collaboration avec les autorités étatiques (II).

II. L'ÉTENDUE DE LA COLLABORATION DE L'ARBITRE AVEC LES AUTORITÉS ÉTATIQUES POUR LES FAITS DE CORRUPTION

La corruption est un fléau combattu par de nombreux acteurs. Il est légitime de s'interroger sur la participation active de l'arbitre dans cette lutte. A-t-il une obligation et/ou une faculté de dénonciation des faits de corruption dont il a connaissance ? Quels fondements juridiques soutiennent un éventuel devoir de divulgation ?

82 Yves Derains, « Analyse de sentences arbitrales » dans *Les commissions illicites*, Paris, Publication CCI, 1992 à la p 66.

83 Karl-Heinz Böckstiegel, « The Role of the Arbitrators in Investment Treaty Arbitration » dans Albert van den Berg, dir, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions - ICCA Congress Series No 11*, La Haye, Kluwer Law International, 2003 à la p 371 (« The fundamental duty of the arbitrators is to come to a reasoned decision on the claims put before them after giving the parties an equal and full opportunity to present their case »).

Nous verrons que si les législations nationales peuvent faire peser sur l'arbitre une obligation de dénonciation, il n'existe pas de consensus international sur la question (A). L'absence de position unanime alimente le débat sur l'existence d'une obligation de dénonciation à la charge des arbitres internationaux (B).

A. La législation nationale comme fondement à une collaboration de l'arbitre

Contraindre un arbitre à dénoncer un fait de corruption à une autorité étatique requiert la mise en œuvre d'une règle de droit qui lui serait applicable. Si sur ce point les Etats n'ont pas adopté une position uniforme (1), la majorité des législations confèrent aux tribunaux nationaux la prérogative de solliciter la communication de pièces relatives à l'arbitrage (2).

i. La dénonciation de la corruption aux autorités étatiques - l'absence de consensus international

Face à des principes contradictoires, il existe une certitude : l'arbitre est tenu de divulguer une information confidentielle telle qu'un fait de corruption lorsqu'il y ait contraint par la législation nationale du siège du tribunal arbitral ou de l'un des arbitres⁸⁴. Bernardo Cremades et David Cairns relèvent ainsi :

Such duty [of disclosure] could only arise from express legislation in a jurisdiction to which the arbitral tribunal, or some of its members, were subject⁸⁵.

Au sein des législations nationales, l'existence d'un devoir de divulgation peut trouver sa source soit dans une loi visant spécifiquement les arbitres, soit dans un règlement à destination des avocats, ou encore résulter des dispositifs anticorruptions.

Un tour d'horizon des législations révèle l'absence d'uniformité sur le sujet. Par exemple, la loi israélienne sur l'arbitrage impose à l'arbitre qui soupçonne l'existence d'une situation délictueuse d'en informer l'*Attorney General* pour que l'arbitrage puisse continuer⁸⁶. Au contraire, en France, l'arbitre ne semble pas être assujéti à une obligation de divulgation. Si l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale français impose à toute *autorité constituée* d'informer le Procureur de la République de tout crime ou délit dont il a connaissance⁸⁷, seul le juge étatique, et non l'arbitre, est concerné⁸⁸. De plus, bien que l'article 434-1 du Code pénal français oblige *quiconque* ayant connaissance d'un crime dont les effets peuvent encore être limités d'en informer

84 Gary Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, La Haye, Kluwer Law International, 2011 à la p 535 [Born, *Cases and Materials*]. Sara Nadeau-Séguin, « Commercial Arbitration and Corrupt Practices: Should Arbitrators Be Bound By A Duty to Report Corrupt Practices? » (2013) 3 TDM 1 à la p 5 [Nadeau-Séguin].

85 Cremades et Cairns, *supra* note 2 aux pp 84-85.

86 Chilstein, *supra* note 59, à la p 28 note 60.

87 Voir art 40(2) C proc pén (« Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs »).

88 Mourre, « Duties of the Arbitrator », *supra* note 11 à la p 111; Chilstein, *supra* note 59, à la p 30. Voir cependant Alexandre Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Paris, Panthéon-Assas, 2004 à la p 351 [Court de Fontmichel].

les autorités judiciaires ou administratives⁸⁹, les arbitres sont exclus de cette disposition en tant que personnes soumises à une obligation de confidentialité⁹⁰. La solution semble identique aux États-Unis⁹¹.

Par ailleurs, il est fréquent que l'arbitre ait également le statut d'avocat en dehors de l'affaire dont il est saisi. Les codes de déontologie prévoient parfois explicitement cette possibilité⁹². Or, certaines législations nationales font peser une obligation légale de dénonciation à la charge de l'avocat. Par exemple, aux États-Unis, la Securities and Exchange Commission (SEC) requiert des avocats le report de toute preuve crédible⁹³. Dès lors, la question est de savoir si ces règles sont applicables à l'avocat investi d'une mission d'arbitre. L'arbitre, avocat de formation, doit-il respecter ses obligations déontologiques issues de cette fonction alors même qu'il agirait en qualité d'arbitre ?

Les devoirs de l'avocat n'ont pas vocation à s'appliquer à l'arbitre, quand bien même il serait désigné par une partie⁹⁴. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une partie à l'arbitrage investit un avocat en tant qu'arbitre, qu'une relation client-avocat s'établit. En effet, l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, ainsi que l'absence de mission de conseil font obstacle à l'établissement d'une relation client-avocat susceptible de déclencher l'obligation de divulgation.

Néanmoins, certains auteurs soutiennent que lorsque l'arbitrage se termine par une transaction et non une sentence, le rôle d'arbitre cesse de faire écran à celui d'avocat, entraînant alors une obligation de dénonciation⁹⁵. Dans cette hypothèse, les parties mettent fin au litige qui les oppose d'un commun accord. L'arbitre ne rend pas de sentence mais, reprenant sa toge d'avocat, délivrerait un conseil aux parties afin de faciliter leur accord. Cette vision connaît toutefois une limite pratique majeure. Lors de l'arbitrage, il est impossible de déterminer à l'avance son issue, une sentence ou une transaction. Or, un éventuel devoir de dénonciation existerait durant toute la durée de l'arbitrage. Sachant que l'élément déclencheur de l'obligation - la transaction - intervient uniquement à la fin de l'arbitrage, l'arbitre ne serait pas en mesure de respecter son obligation avant que celle-ci naisse. En outre, il est possible de douter de la mission de conseil de l'arbitre lors de la transaction puisque les parties sont essentiellement assistées par leurs avocats respectifs

89 Voir art 434(1) C pén (« Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans : 1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ; 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. Sont également exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 »).

90 Chilstein, *supra* note 59, à la p 32.

91 *Ibid*, à la p 28 citant Magnus Eriksson, « Arbitration and Contracts Involving Corrupt Practices: The Arbitrator's Dilemma » (1993) 4:4 ARIA 404; Gans, *supra* note 20 à la p 9.

92 Par exemple: New York State Bar Association, *Lawyers' Code of Professional Responsibility*, New York, NYSBA, 2007; Conseil National des Barreaux, *Règlement intérieur national de la profession d'avocat* (France), Paris, CNB, 2016 (art 6.2); Association du Barreau Canadien, *Code de déontologie*, Canada, ABC, 2009 (art 9).

93 *Rules and Regulations for the Securities and Exchange Commission*, 17 CFR §205.2 (b) (2011).

94 Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 44 à la p 1600; Chilstein, *supra* note 59 à la p 36.

95 Chilstein, *supra* note 59, à la p 36.

en charge de la négociation l'accord.

Par ailleurs, les dispositifs internationaux anti-corruption condamnent les pratiques illicites sans prévoir d'obligation de dénonciation. Seules des recommandations sont faites dans ce sens⁹⁶. À titre d'exemples, la Convention Merida se contente d'encourager les Etats signataires à prévoir des mesures de divulgation⁹⁷. En Europe, la directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme impose une obligation de dénonciation aux autorités des personnes dont ils soupçonnent ou connaissent des faits de blanchiment d'argent⁹⁸. Cependant, les arbitres ne sont pas visés par la directive, car ils ne peuvent être assimilés à des personnes qui réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations portant sur l'acquisition, la vente la cession ou la location de biens immobiliers⁹⁹.

Les législations nationales sur la corruption suivent la même tendance. En Allemagne, le dispositif de dénonciation ne concerne pas les arbitres¹⁰⁰. En Angleterre, le Money Laundering Regulations 2007 ne leur est pas applicable¹⁰¹. Il en est de même, au Canada, pour la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité¹⁰², qui dans sa section 328 impose un devoir de dénonciation pour certaines catégories de personnes ayant connaissance de faits de blanchiment d'argent, ne semble pas viser les professionnels du droit¹⁰³, notamment les arbitres. Néanmoins, si l'arbitre sait ou suspecte que l'objectif de l'arbitrage est de faciliter l'acquisition d'un bien illicite, alors il entrerait dans le champ d'application de la loi en question¹⁰⁴. À Singapour, le Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act, de par son article 39(1)¹⁰⁵, semble aller dans le sens d'une obligation de dénonciation reposant sur les arbitres en cas de suspicion. En pratique, toutefois, aucun cas n'a été dévoilé jusqu'à présent¹⁰⁶.

96 OCDE, Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption, *Recommandation de l'OCDE visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, (2009) (art III (iv), art IX (i)-(iii)).

97 *Convention des NU contre la corruption*, *supra* note 5 (art 39(2): « Chaque État Partie envisage d'encourager ses ressortissants et les autres personnes ayant leur résidence habituelle sur son territoire à signaler aux autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites la commission d'une infraction établie conformément à la présente Convention »).

98 CE, *Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, [2005] JO, L 309/15 (la directive fait suite à deux précédents textes relatifs à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux).

99 Mourre, « Duties of the Arbitrator », *supra* note 11 à la p 112; Chilstein, *supra* note 59, aux pp 36-37.

100 Gans, *supra* note 20 à la p 8.

101 Paula Hodges et Joanne Greenaway, « Duties of the Arbitrators » dans Julian D. M. Lew *et al*, dir, *Arbitration in England, including chapters on Scotland and the Republic of Ireland*, Londres, Kluwer Law International, 2013, 293 aux pp 302-304 [Hodges et Greenaway].

102 *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, LC 2000, c C-17.

103 *Bowman v Fels* [2005] EWCA Civ 226 ¶ 1.4 (« [section 328] was not intended to apply to legal professionals negotiating or implementing a consensual resolution of issues in a litigious context »).

104 Hodges & Greenaway, *supra* note 101 à la p 304.

105 *Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes Act* (2000 Rev ed Sing) [*Corruption Act*].

106 Voir Hwang et Lim, *supra* note 10 aux paras 102-103. Voir également *Corruption Act*, *supra* note 105 (« sec 39. Duty to disclose knowledge or suspicion (1) Where a person knows or has reasonable grounds to suspect that any property: (a) in whole or in part, directly or indirectly, represents the proceeds of; (b) was used in connection with; or (c) is intended to be used in connection with, any act which may constitute drug trafficking or criminal conduct, as the case may be, and the information or matter on which the knowledge or suspicion is based came to his attention

Au-delà de ces divergences, la majorité des Etats ne soumettent pas l'arbitre à une obligation de dénonciation¹⁰⁷. L'absence de consensus international sur le sujet ne trouve pas d'explication dans les différences de traditions entre la *common law* et le droit civil, mais semble davantage relever de considérations politiques. A l'opposé de ces divergences, la majorité des législations confèrent aux tribunaux nationaux le pouvoir de solliciter la communication de pièces relatives à l'arbitrage (2).

ii. Les sollicitations de l'arbitre par un tribunal étatique – l'obligation de communiquer les pièces

Si peu de législations imposent à l'arbitre de dénoncer spontanément la corruption, celui-ci peut être expressément sollicité par un tribunal étatique afin de communiquer des pièces relatives à l'arbitrage.

En Australie, l'article 23 D(8)–(9) de l'Australia International Arbitration Act de 1974 impose à l'arbitre de divulguer toute information confidentielle si la loi le permet ou le requiert ou si un tribunal national l'exige¹⁰⁸. Au Royaume-Uni, la division civile de la Cour d'appel a déjà demandé la divulgation, dans l'intérêt de la justice, de documents relatifs à une procédure arbitrale *ad hoc*¹⁰⁹. De même, en France, l'arbitre ne peut s'opposer à la demande de divulgation de pièces au juge d'instruction en vertu de l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale français¹¹⁰.

Les centres d'arbitrage qui sont sollicités recommandent d'abord aux parties de produire les documents requis, puis à défaut de réponses positives de leur part, communiquent eux-mêmes les pièces demandées¹¹¹. Notons à ce titre que la possibilité d'être sollicité est explicitement prévue par l'article 37 du Règlement de l'International Centre for Dispute Resolution (ICDR)¹¹².

L'arbitre international ne peut donc pas résister aux sollicitations des tribunaux nationaux. En revanche, il doit se tenir informé de la législation nationale du siège, et plus généralement de celle des personnes impliquées dans l'arbitrage, afin de déterminer s'il est de son devoir de dénoncer spontanément la fraude dont il a connaissance. En tout état de cause, l'opportunité d'une

in the course of his trade, profession, business or employment, he shall disclose the knowledge or suspicion or the information or other matter on which that knowledge or suspicion is based to a Suspicious Transaction Reporting Officer as soon as is reasonably practicable after it comes to his attention »).

107 International Chamber of Commerce, *ICC Report of Working Group on Criminal Law and Arbitration* (ICC Doc 420/492). Alexis Mourre, « Sed Quis Custodiet Ipsos Custodes? On Jurisdiction Upon Arbitrators » dans Yves Derains et Laurent Lévy, dir, *Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator?*, Paris, ICC Publishing, 2011 aux pp 110–114.

108 *Australia Arbitration Act 1974* (Cth), art 23 D, n (8)–(9) (« (8) The information may be disclosed if the disclosure is in accordance with an order made or a subpoena issued by a court. (9) The information may be disclosed if the disclosure is authorised or required by another relevant law, or required by a competent regulatory body, and the person making the disclosure gives written details of the disclosure including an explanation of reasons for the disclosure to: (a) if the person is a party to the arbitral proceedings—the other parties to the proceedings and the arbitral tribunal; and (b) if the arbitral tribunal is making the disclosure—all the parties to the proceedings »).

109 *John Forster Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd*, [2008] EWCA Civ 184.

110 Chilstein, *supra* note 59, aux pp 38-40.

111 *Ibid*, à la p 46.

112 *Règlement d'arbitrage ICDR 2014*, art 37 (« Except as provided in Article 30, unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award »).

telle obligation fait encore largement débat (B).

B. L'(in)opportunité d'un devoir de dénonciation aux autorités étatiques?

Dans le cadre de la résolution du litige, l'arbitre est soumis à des règles qui s'avèrent antinomiques face à la corruption. Ces dernières génèrent une situation paradoxale dans laquelle il est complexe de tirer des conclusions. Concrètement, les notions de juge privé, de juge étatique, d'intérêt public, d'intérêts privés, d'obligation de confidentialité, de complicité, de justice et de morale s'entremêlent, avec en toile de fond, le principe de justice et la volonté des parties.

La tâche n'est donc pas aisée. Les éléments évoqués pèsent dans la balance sans toutefois la faire pencher distinctement d'un côté ou de l'autre. Comment l'arbitre peut-il être un juge privé d'un sujet d'intérêt public (1) ? Dans quelle étendue doit-il rendre justice alors qu'il tire son autorité aussi bien de la confiance du client que de la communauté internationale des affaires (2) ? Le principe de confidentialité justifierait-il une interdiction de dénonciation (3) ?

i. L'arbitre, un juge privé de l'intérêt public ?

L'arbitre rend une justice dite privée par opposition aux juridictions étatiques, dites publiques. La lutte contre la corruption relève davantage de l'intérêt public des États de sorte qu'il est légitime de se demander s'il appartient à l'arbitre de garantir cet intérêt¹¹³.

En ce sens, les parties ont pu délimiter la mission de l'arbitre afin qu'il ne tranche qu'un seul aspect du litige, par exemple, le montant de la commission correspondant en réalité à un pot-de-vin¹¹⁴. Ici, l'arbitre qui condamne la corruption prend le risque de statuer *ultra petita* et/ou *ultra vires*¹¹⁵. Cette mission, qui revêt un caractère purement pécuniaire, et donc *a priori* purement privée, cache en réalité une question d'intérêt public.

L'arbitre se saisit partiellement de l'intérêt public puisque les problématiques de corruption sont arbitrables¹¹⁶ et que la nullité du contrat principal pour cause de corruption ne l'empêche pas de décider de cette nullité en vertu de la doctrine de la séparabilité¹¹⁷. Cependant, sa mission d'intérêt public se trouve limitée puisqu'il demeure que la sentence arbitrale tranche un différend entre des parties privées et ne touche pas le public. L'arbitre contrairement au magistrat, n'a pas vocation à protéger la société contre les atteintes dont elle pourrait être victime. Ainsi, il ne peut condamner un individu à une peine d'emprisonnement.

113 Sophie Nappert, « Public Interest in a Private Procedure - What Burden of Proof for Allegations of Corruption in International Arbitration? » (2013) 4 TDM 1 à la p 5. Voir toutefois Sayed, *supra* note 6 à la p xxvi (l'auteur note que dans certaines sociétés, des pratiques de corruption sont considérées comme normales : dès lors, il n'y aurait pas d'atteinte à l'intérêt public).

114 Voir par ex *CCI No 1110 (1963)*, *supra* note 60.

115 Pierre Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 379 à la p 401 [Mayer, « La règle morale »].

116 Voir toutefois *The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan* (2000), 15(7) Mealey's IAR Al.

117 La convention d'arbitrage reste valide malgré la nullité du contrat en vertu de la doctrine de la séparabilité. Voir Martin, *supra* note 13 à la p 4.

Au vu de ce qui précède, il incombe à l'arbitre d'effectuer sa mission en assurant un équilibre entre volonté des parties et sauvegarde de la justice¹¹⁸. Cette tâche supporte néanmoins les difficultés supplémentaires relatives d'une part à la dualité des sources de l'autorité de l'arbitre et d'autre part aux questionnements sur l'étendue de ses prérogatives (2).

ii. L'arbitre confronté aux sources et à l'étendue de son autorité

L'opportunité ou non de créer une obligation de divulgation aux autorités se cristallise sur le fondement de l'autorité de l'arbitre et sur une analogie entre ce dernier et le juge étatique, occultant par la même occasion la finalité d'une telle obligation, à savoir la lutte contre la corruption.

1. Les sources de l'autorité de l'arbitre : entre volonté des parties et reconnaissance par la communauté internationale

La mission de l'arbitre procède d'une double origine. D'une part, l'arbitre qui se saisit des questions de corruption est un juge privé¹¹⁹. « [M]andataire au service des parties qui l'ont nommé : il est un instrument de leur contrat »¹²⁰. Son autorité ne provient pas de l'Etat, mais de la loyauté des parties qui ont lui donné compétence et ont accepté de se soumettre à sa sentence¹²¹. Il serait donc contraire à la nature privée de l'arbitrage que de procéder à la dénonciation¹²². Dans la même veine, l'atteinte porterait non seulement sur la confiance des parties, mais également sur celle des témoins. Ces derniers, effrayés de voir leurs dépositions révélées, pourraient à l'avenir refuser d'apporter leur contribution à la recherche de la vérité. L'arbitrage perdrait alors en crédibilité et la difficulté de prouver la corruption en serait accentuée.

D'autre part, l'arbitre répond également de la communauté internationale des affaires. Le droit de la communauté internationale, lui impose le « respect des impératifs éthiques supérieurs et des exigences de solidarités minimales »¹²³. L'autorité de sa sentence repose d'ailleurs sur les lois de l'ensemble des Etats qui donnent effet à la Convention de New York¹²⁴. Ainsi, son pouvoir de rendre la justice impliquerait la dénonciation de la corruption¹²⁵.

2. L'étendue du pouvoir de l'arbitre, une analogie juge – arbitre fragile

« Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir

118 Mourre, « Duties of the Arbitrator », *supra* note 11 à la p 115 (« In order to understand the arbitrators' duty to guard against fraud in international trade, two concepts should be avoided. The first is to assimilate them to national judges and the second is to make them servants of the parties »). Voir également Nadeau-Séguin, *supra* note 84 à la p 19 (« Are arbitrators servants of the parties, guardians of justice, or both? »).

119 Mourre, « Duties of the Arbitrator », *supra* note 11 à la p 111.

120 Arfazadeh, Homayoon, « Considérations pragmatiques sur la compétence respective de l'Arbitre et du Juge en matière de contrats de corruption » (2001) 19:4 ASA Bulletin 672 à la p 676.

121 Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Comparative Law of International Commercial Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2007 à la p 3.

122 International Chamber of Commerce, *ICC Report of Working Group on Criminal Law and Arbitration* (ICC Doc 420/492) ; Nadeau-Séguin, *supra* note 84 à la p 8.

123 Pierre Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » (1986) 3 Rev Arb 329 à la p 369.

124 Cremades et Cairns, *supra* note 2 à la p 79 ; Martin, *supra* note 13 à la p 5.

125 Voir Kenneth D. Beale et Paolo Esposito, « Emergent International Attitudes Towards Bribery, Corruption and Money Laundering » (2009) 3 Int'l J of Arb Med 360 à la p 366.

d'arbitre »¹²⁶. En sus d'un sens lexical commun illustré par les mots d'Alexis de Tocqueville, le parallèle entre arbitre et juge étatique repose sur la mission commune de rendre la justice¹²⁷. La sentence s'apparente à un jugement en ce qu'elle est le fruit d'un tribunal indépendant et impartial appliquant des règles de droit¹²⁸. Or, les juges nationaux sont soumis à un devoir de dénonciation. L'arbitre devrait donc être attaché à la même règle¹²⁹. Un auteur particulièrement averti, Alexandre Court de Fontmichel énonce ainsi « on ne voit pas pourquoi un arbitre qui exerce les mêmes fonctions de dire le droit ne serait pas assujéti aux mêmes devoirs »¹³⁰.

La comparaison se comprend car le métier d'arbitre s'assimile d'avantage à celui de juge qu'à toute autre fonction¹³¹. Cependant, il convient de la nuancer. Certes, l'arbitre international se saisit à juste titre de l'illégalité puisqu'il a le devoir de condamner la corruption dans sa sentence. Ce faisant, il justifie sa charge de rendre la justice. Néanmoins, quelle que soit la tradition juridique de l'arbitre, il ne dispose pas de pouvoirs d'investigation équivalents à l'appareil judiciaire étatique. Il ne peut forcer une partie à produire des documents et ne peut contraindre un tiers, telle une banque, à communiquer des données¹³².

En outre, la corruption relève de la sphère criminelle. Le droit criminel est appliqué à des fins punitives et relève généralement d'un juge étatique spécialisé. De son côté, l'arbitre a pour fonction de résoudre un conflit en faveur de l'une ou de l'autre des parties. Il peut certes se fonder sur la loi criminelle mais ne possède pas de fonctions répressives.

Au demeurant, à supposer que la comparaison juge – arbitre se justifie, le second ne saurait être astreint à régime plus dur que le premier. Or, concernant les actes illicites commis à l'étranger, à défaut de traité international applicable, les tribunaux étatiques n'ont pas l'obligation d'appliquer le droit criminel d'un autre pays¹³³. Rien ne justifie donc que l'arbitre y soit contraint. Ici encore, l'analogie avec le juge étatique s'essouffle. Leurs missions ne peuvent être mises sur une ligne identique. L'arbitre doit garder son autonomie et sa spécificité.

La confrontation juge – arbitre pourrait trouver une explication dans les différences entre

126 Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Vol I, Paris, Michel Levy Frères, 1864, à la p 164.

127 Emmanuel Gaillard et John Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 1999 à la p 10; Thomas Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001 au para 57 [Clay, *L'arbitre*]; Pierre Mayer, « Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law », dans Loukas A Mistelis & Julian D. M. Lew, dir, *Arbitration Insights : Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, La Haye, 2007, 289 à la p 304.

128 Catherine A. Rogers, « The Vocation of International Arbitrators » (2005) 20 AmU Int'l L Rev 957 à la p 987 ; Clay, *supra* note 127 au para 57.

129 Loukas A Mistelis et Stavros L Brekoulas, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 2009 à la p 209 (« Arbitrators tend to be perceived as part of each jurisdiction's national judicial structure, and their duties assimilated to those of national judges »).

130 Court de Fontmichel, *supra* note 88 à la p 351.

131 Clay, *L'arbitre*, *supra* note 127 au para 63.

132 Khvalei, *supra* note 14 à la p 18. Voir cependant Fox, *supra* note 4 à la p 197 (relevant que certains tribunaux aux Etats-Unis ont autorisé l'arbitre à contraindre un tiers à communiquer des documents : « At least two US federal courts of appeals have held that an arbitrator, under the Federal Arbitration Act, has the power to issue a subpoena to non-parties. As might be expected in the United States, two other federal courts of appeals have held that an arbitrator does not have such authority »).

133 Kreindler, *supra* note 36 à la p 283.

common law et droit civil¹³⁴. La *common law* applique un système dit accusatoire (« adversarial ») qui confère une autonomie aux parties dans le déroulement du procès et empêche le juge de mener des investigations. Au contraire, le système civiliste, quant à lui inquisitoire, donne au juge la maîtrise du procès reléguant les parties à un rôle passif¹³⁵. En appliquant ces distinctions à l'arbitre, le civiliste voit en lui un juge investi d'une mission qui touche à l'intérêt public et dont l'objectif est de mettre en œuvre les politiques publiques étatiques¹³⁶. Pour le juriste de *common law*, en revanche, l'arbitre doit se limiter à son rôle premier, soit la résolution du conflit. Néanmoins, ces divergences sont aujourd'hui beaucoup moins prononcées. La conduite du litige dans les systèmes modernes de droit civil et de *common law* semble converger dans le même sens, notamment pour les procès commerciaux complexes. De manière générale, le juge est attentif, flexible et interagit avec les avocats¹³⁷.

Par ailleurs, les limites de la comparaison arbitre – juge étatique invitent à se recentrer sur la finalité d'un éventuel devoir de dénonciation : la lutte contre la corruption. Il semble que dans une certaine mesure, ce devoir pourrait au contraire favoriser la corruption. En effet, nous avons suggéré précédemment la nécessité de ne pas appliquer un standard de preuve élevé afin de palier à la difficulté de la preuve et appréhender activement la corruption. D'une part, l'arbitre a déjà conscience qu'il possède une connaissance de l'affaire circonscrite aux seuls éléments soumis par les parties¹³⁸. La perte de confiance engendrée par le devoir de dénonciation limiterait encore sa vision puisque les parties auront tendance à dissimuler davantage la fraude tout en invitant les témoins à se taire. D'autre part, durant sa mission, il aura à l'esprit son obligation de divulgation et ses conséquences criminelles pour la partie mise en cause. Dès lors, sa probité peut le forcer à s'assurer de la véracité des faits par le recours à un degré de probabilité qui se situe au-delà du raisonnable sinon proche de l'absolu. Par conséquent, en raison de l'obligation de dénonciation, rapporter la preuve de la corruption redeviendrait quasi-impossible. Le résultat final s'opposerait à la finalité même de la mesure.

De plus, l'obligation de dénonciation est susceptible d'influencer l'arbitre dans sa réflexion. Il a cependant le devoir d'être indépendant et impartial¹³⁹. Par exemple, le code éthique AAA/ABA énonce ainsi : « [a]n arbitrator should decide all matters justly, exercising independent judgment, and should not permit outside pressure to affect the decision »¹⁴⁰. Il semble légitime d'affirmer qu'un devoir de dénonciation constitue une forme de pression extérieure susceptible

134 Nadeau-Séguin, *supra* note 84 à la p 19.

135 Voir généralement Duncan Fairgrieve et Muir Watt Horatia, *Common law et tradition civiliste*, Paris, Presses universitaires de France, 2006.

136 Voir Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986.

137 Geoffrey C. Hazard et Angelo Dondi, « Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits » (2006) 39 *Cornell Int'l LJ* 59 aux pp 65-70.

138 L'arbitre peut certes ordonner aux parties de communiquer des preuves. Toutefois cette prérogative ne procure que peu d'aide ici. En effet, l'arbitre doit cibler sa demande sur une pièce précise. Or il n'existe quasiment pas de preuve matérielle dans les affaires de corruption.

139 Le devoir d'indépendance et d'impartialité est un principe fondamental de l'arbitrage. Voir par ex *American Arbitration Association/American Bar Association, Code of Ethics on Conflicts of Interest in International Arbitration* (2004), Canon 1 [*AAA/ABA Code of Ethics*].

140 *Ibid*, Canon V (B).

de porter atteinte à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre¹⁴¹. Par comparaison, il est vrai que l'obligation de dénonciation à la charge du juge étatique ne vient pas remettre en cause son indépendance et son impartialité. Ce contre-argument souffre toutefois de la faiblesse de l'analogie juge - arbitre. Le magistrat se différencie de l'arbitre en tenant son autorité de l'Etat pour lequel il remplit une mission de service publique. Au-delà du litige qu'il tranche, il veille, au nom de l'Etat, aux intérêts publics. Il dispose dès lors d'une certaine hauteur vis-à-vis des parties. Au contraire, comme nous l'avons examiné, l'arbitre tient son pouvoir du mandat des parties sans que cela ne le rende partial ou dépendant à l'égard de l'une d'entre elle. Néanmoins, le cumul de cette proximité avec une éventuelle obligation de dénonciation, tend à exercer, au moins en apparence, une influence sur l'arbitre.

Finalement, la sanction civile de la corruption par l'arbitre, conjuguée à l'absence de devoir de dénonciation aux autorités étatiques, nous semble assurer un juste équilibre entre volonté des parties et garantie de la justice. L'arbitre ne doit pas être forcé d'agir « au-delà de sa mission »¹⁴². S'il n'en est pas contraint, dispose-t-il néanmoins d'une faculté de dénonciation (3) ?

iii. L'arbitre et la confidentialité, une faculté de dénonciation

S'il n'apparaît pas justifié de soumettre l'arbitre à une obligation de divulgation, il n'est pas plus pertinent de le lui interdire.

Contrairement à l'idée parfois véhiculée, l'arbitre n'est pas au service d'une justice dépourvue de morale¹⁴³. Sans prendre la place du juge national, il participe néanmoins à la sauvegarde de l'intérêt public. D'une part, son rôle central dans le commerce international lui confère une position privilégiée pour lutter contre la corruption. D'autre part, il est animé par la volonté, identique à celle des parties, d'obtenir une sentence exécutoire. Sensibilisé à ces questions, il doit lui être laissée la possibilité, à la lumière de considérations morales qui lui sont propres, de divulguer les faits de corruptions aux autorités étatiques.

La principale objection à une telle faculté serait le devoir de confidentialité auquel l'arbitre est tenu¹⁴⁴ et dont l'irrespect engage sa responsabilité¹⁴⁵. Le devoir de confidentialité, dans son acception la plus large, implique notamment la non-divulgation de l'existence même de l'arbitrage et de son contenu, incluant les éléments de preuves et la sentence¹⁴⁶. L'obligation peut

141 Cécilia A. S. Nasarre, « International Commercial Arbitration and Corruption: The Role and Duties of the Arbitrator » (2013) 3 TDM 1 à la p 20 ; Cremades et Cairns, *supra* note 2 à la p 85 (« The imposition of an obligation on arbitrators do disclose possible bribery, money laundering or fraud that comes to their notice in the course of an arbitration might compromise the right to a fair and independent determination of civil rights guaranteed by article 6 of the European Convention on Human Rights »).

142 Serge Lazareff, « Foreword » dans Kristine Karsten et Andrew Berkeley, dir, *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, Paris, ICC Publishing, 2003, 5 à la p 6 [notre traduction].

143 Voir Mayer, *La règle morale*, *supra* note 15 à la p 401.

144 Emmanuel Gaillard, « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international » (1987) D Chron 153; Voir également L. Yves Fortier, « The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality » (1999) 15:2 Arb Int 131 ; Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 44 à la p 1630 (cette obligation est affirmée dans plusieurs règlements d'arbitrage ; toutefois, le sujet reste controversé).

145 Eric Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage » (2006) 2 Rev Arb 323 à la p 337.

146 Loukas A. Mistelis, « Confidentiality and Third Party Participation : UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States » (2005) 21:2 Arb Int 211 à la p 213 (« Confidentiality, in its purest form means that the existence of the arbitration, the subject matter, the evidence, the documents that are prepared for and exchanged in the arbitration,

être explicite, résultant alors du contrat¹⁴⁷, ou implicite puisqu'elle s'applique même en dehors de stipulation contractuelle¹⁴⁸. Elle peut résulter des règlements institutionnels ou de la loi¹⁴⁹.

Toutefois, à moins de l'existence d'une législation assujettissant les arbitres au secret professionnel, il n'est pas expressément interdit de révéler la corruption¹⁵⁰. La limite naturelle de la confidentialité réside en effet dans la sauvegarde de l'intérêt public¹⁵¹. A ce titre, la majorité des législations nationales consacre cet intérêt en exception à la confidentialité¹⁵². Ainsi, en Australie, dans une affaire relative à la tarification des matières énergétiques dans l'Etat de Victoria, la Cour Suprême a estimé que l'intérêt public justifiait l'atteinte à la confidentialité :

Why should the consumer and the public of Victoria be denied knowledge of what happens in these arbitration, the outcome will affect in all probabilities the price chargeable to consumers by the Public utilities¹⁵³?

Cependant, la mise en œuvre d'une faculté de divulgation paraît compromise. En effet, les incertitudes sont nombreuses quant aux conséquences sur la lutte contre la corruption, l'arbitrage international, et l'arbitre. Le doute sur la réalité des faits résultant de la difficulté de la preuve incite à la prudence. La dénonciation peut, par ailleurs, ne pas aboutir à des poursuites par les autorités. Dès lors, la crédibilité de l'arbitrage international au regard de la confiance accordée par les parties serait exposée. Paradoxalement, notons que l'absence de dénonciation, lorsqu'*a posteriori* il apparaît que le tribunal arbitral a été utilisé pour valider un contrat illicite, porte tout autant atteinte à la légitimité de l'arbitrage¹⁵⁴. Quant à l'arbitre, il prend le risque de voir les parties s'accorder pour demander son remplacement comme le prévoient certains règlements institutionnels¹⁵⁵.

La problématique de la collaboration de l'arbitre avec les autorités étatiques reste un sujet majeur. Assurément, il demeure un acteur de la lutte contre la corruption. Cependant, l'astreindre à

and the arbitrators' awards and other decisions cannot be divulged to any third parties »).

147 Voir généralement Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 44 aux pp 2252-2270.

148 Michael Hwang et Karie Chung, « Protecting Confidentiality and its Exceptions – The Way Forward » dans *Confidentiality in International Arbitration: commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice*, Paris, ICC Publishing, 2009 à la p 40 ; Manuel Arroyo, *Arbitration in Switzerland : The Practitioner's Guide*, La Haye, Kluwer Law International, 2013 à la p 1426.

149 Voir par ex le Code de procédure civil Roumain à l'art 353 (l'arbitre qui divulgue une information sur l'arbitrage sans le consentement des parties engage sa responsabilité).

150 En France, l'arbitre semble soumis au secret professionnel en vertu de l'art 226(13) C pén (« 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 »). Voir Jean-Louis Delvolvé, « Vraies et fausses confidences ou les petits et grands secrets de l'arbitrage » (1996) 3 Rev Arb 373 à la p 378 (toutefois cet assujettissement reste discuté car il n'est pas explicite. En tout état de cause, il semble peu probable que des poursuites pour non respect du secret professionnel puissent aboutir).

151 Jean-Baptiste Racine, « L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international » (2010) 1 LPA 1 à la p 5.

152 Hwang et Lim, *supra* note 10 aux para 102-105.

153 *Esso Australia Resources Ltd. v Plowman (Minister for Energy and Minerals)* (1995), [1995] 128 ALR 391(High Court) à la p 403.

154 *Ibid* à la p 14.

155 *Règlement CCI*, *supra* note 37 à l'art 15(1) (« Il y a lieu à remplacement d'un arbitre en cas de décès, ou en cas de démission, récusation ou demande de toutes les parties acceptées par la Cour »).

une obligation générale de dénonciation reviendrait à oublier ses caractéristiques et sa spécificité.

CONCLUSION

La preuve dans la corruption, ainsi que la collaboration avec les autorités étatiques relancent le débat sur le rôle de l'arbitre international. La nécessité de lutter contre la corruption requiert assurément son implication. Néanmoins, instaurer une obligation de dénonciation aux autorités étatiques risque non seulement de discréditer l'arbitrage en tant que mode alternatif de règlement des litiges mais aussi de susciter une régression dans le combat contre la corruption.

Ces difficultés trouvent une exposition particulière dans un arrêt de la Cour de cassation française, *M Schneider Schaltgerätebau Und Elektroinstallationen - GmbH*¹⁵⁶. Des contrats auraient été signés, sous une fausse identité, par la fille du Président du Nigéria en vue de faciliter l'obtention de marchés publics grâce à ses liens familiaux. Le plaignant, la société *M Schneider*, demandait à la Cour de ne pas reconnaître la sentence, au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public. Il était notamment reproché à l'arbitre unique d'avoir conclu à l'insuffisance des preuves de corruption, et ce, sans avoir examiné tous les éléments de preuve qui lui avait été soumis. La Cour de cassation française a rejeté le pourvoi, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, estimant que le recours en annulation cherchait en réalité à obtenir une nouvelle instruction au fond de l'affaire.

Sans remettre en cause son bienfondé juridique, cette décision met en évidence la fragilité de l'arbitrage international lorsqu'il est confronté à des faits de corruption. Elle illustre la nécessité d'une approche harmonisée sur cette question par les tribunaux arbitraux. Les règles de l'International Bar Association (IBA) sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international ne traitent pas de la question de la preuve de la corruption. Les règlements d'arbitrage institutionnel, bien que fixant un nombre considérable de problématiques, ne fournissent pas de cadre général sur les obligations et devoirs des arbitres. Quant aux codes de bonne conduite ou codes de déontologie adoptés par ces institutions ou par des associations professionnelles, ils n'abordent pas le sujet de la collaboration avec les autorités étatiques, préférant mettre l'accent sur l'obligation de confidentialité¹⁵⁷.

L'uniformisation ne doit pas être préférée à l'harmonisation. Une standardisation à l'excès pourrait s'avérer trop rigide. Les motivations des uns et des autres diffèrent. Comme le relève Matthieu de Boissésou, « il est important de comprendre et de prendre en considération le fait que les parties prenantes peuvent avoir des styles et des approches différents, et d'essayer de respecter ces différences culturelles »¹⁵⁸.

Dès lors, le développement d'un guide des meilleures pratiques ou de lignes directrices constitue la méthode la plus appropriée. Les signaux d'alarme à destination des arbitres énoncés par Vladimir Khvalei sont, à cet égard, une première initiative. Dans tous les cas, ce nouvel

156 Cass civ 1^{re}, 12 février 2014, (2014) Bull civ II, 21, n. 10-17076.

157 Voir par ex *AAA/ABA Code of Ethics*, supra note 139 (Canon VI (B)).

158 « Open Discussion : Quo Vadis Arbitration? » dans Albert van den Berg, dir, *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference - ICCA Congress Series 2009*, La Haye, Kluwer Law International, 2009, 635 à la p 641 [notre traduction].

outil doit permettre à l'arbitre de combattre activement la corruption. Le défi est ardu. Il faut intégrer les approches des différents systèmes juridiques tout en assurant un degré raisonnable de prédictibilité. L'arbitrage international possède les capacités pour le relever. En effet, pour reprendre les termes de Pierre Tercier, la « force de l'arbitrage réside avant tout dans sa capacité à s'adapter aux circonstances »¹⁵⁹.

159 Pierre Tercier, « Propos introductifs » dans *La production de documents dans l'arbitrage international*, Paris, Publication CCI, 2006, tel que cité dans Lara Unfer, *L'administration de la preuve en arbitrage international*, mémoire de maîtrise en droit, Université Panthéon-Assas, 2013 à la p 1 [non publié].