



Arbitrage commercial international et le *UK Bribery Act 2010*

Othmann Layati*

À l'instar du U.K. Bribery Act 2010, l'apparition de nouveaux standards répressifs internationaux caractérisés par leur sévérité accrue a engendré une jurisprudence nouvelle, relative à l'interférence entre arbitrages commerciaux internationaux et procédures pénales internationales. Si cette confrontation entre justice commerciale privée et justice pénale internationale n'est pas un phénomène naissant, les champs d'application matériel et territorial du U.K. Bribery Act 2010 ont par leur étendue, favorisé les points d'impact entre ces deux univers juridiques a priori hermétiques. Nombreuses et variées, les questions théoriques et pratiques qui découlent de cette cohabitation forcée sont par exemple celles de la prise en compte par les arbitres des décisions pénales passées en force de chose jugée, du sursis de l'instance arbitrale dans l'attente de l'issue de l'enquête pénale ou encore de l'exécution des sentences arbitrales lorsque la procédure pénale concurrente questionne l'ordre public international. Cet article propose une revue théorique de ces problématiques, qu'elles soient existantes ou à venir, et suggère des solutions concrètes et stratégiques à destination des praticiens de l'arbitrage commercial international, arbitres et conseils.

The appearance of new international enforcement standards against corruption, such as the U.K. Bribery Act 2010, characterized by increasing severity, has created new jurisprudence grappling with the intermingling between international commercial arbitration and criminal proceedings. Even though this interaction between private commercial justice and international criminal law is not nascent, the scope of the substantive and jurisdictional application of legislation like the U.K. Bribery Act has catalyzed increased interaction between these otherwise hermetic fields. Numerous and varied, the theoretical and practical implications of this forced cohabitation include, for instance, the consideration by arbitrators of penal decisions in force as chose jugée, delays in proceedings created by concurrent criminal investigations, and the enforcement of awards where concurrent criminal proceedings contain questions of international public order. This article undertakes a theoretical examination of these issues, whether already present or yet to come, and proposes concrete solutions and strategies for practitioners of international commercial arbitration, arbitrators, and counsel.

* LL.M., McGill University; Avocat inscrit aux barreaux de Paris et de Montréal; Clyde & Co Montréal.

INTRODUCTION

Vingt ans après la signature de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales¹, force est de constater que corruption et commerce international sont toujours indissociables². Si les causes de ce phénomène³ évoluent, ses méfaits sont en revanche constants et toujours aussi nombreux :

La corruption est un mal insidieux dont les effets sont aussi multiples que délétères. Elle sape la démocratie et l'état de droit, entraîne des violations des droits de l'homme, fausse le jeu des marchés, nuit à la qualité de la vie et crée un terrain propice à la criminalité organisée, au terrorisme et à d'autres phénomènes qui menacent l'humanité⁴.

Face à ce constat, de nombreux États ont adopté des normes anti-corruption⁵. L'une des illustrations les plus emblématiques de ces réponses législatives est le *Bribery Act 2010*⁶, adopté par le Parlement britannique le 8 avril 2010 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011. Réputée être la loi la plus draconienne au monde en matière de lutte contre la corruption⁷, le UKBA s'inscrit dans une tendance mondiale marquée par une sévérité accrue des instruments légaux de lutte contre la corruption⁸. L'un des corollaires de l'apparition de ces nouveaux standards internationaux de plus en plus stricts est la modification des règles, pratiques et usages du commerce international, avec comme conséquence l'apparition d'une jurisprudence nouvelle relative à l'interférence entre procédures arbitrales et procédures pénales internationales. Il est en effet aujourd'hui incontestable que l'arbitrage commercial international ne représente plus une alternative, mais bien le mode dédié de résolution des litiges du commerce international⁹. Dans un environnement transnational, l'arbitrage est ainsi le seul et unique recours¹⁰, plébiscité par 90% des acteurs du commerce international sondés¹¹.

Il était donc inévitable que la conjonction de la sévérité accrue des instruments internationaux de lutte contre la corruption tels que le UKBA d'une part, et la hausse constante du recours à l'arbitrage

¹ OCDE, *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, RT Can 1999 n° 23 (1997) [*Convention OCDE*].

² KPMG International, *Overseas Bribery and Corruption Survey, 2009* à la p 3, en ligne : < <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2015/09/anti-bribery-corruption-2015.pdf> >.

³ Transparency International définit la corruption comme étant « l'abus d'un pouvoir reçu en délégation à des fins privées » [notre traduction]. Transparency International, « How Do You Define Corruption? » (2016), Transparency International, en ligne : < www.transparency.org/what-is-corruption/#define >.

⁴ *Convention des Nations Unies contre la corruption*, 31 octobre 2003, 2349 UNTS 41 à la p iii (entrée en vigueur : 14 décembre 2005) [*UNCAC*].

⁵ Voir par ex Agence France-Presse, « Brésil : Dilma Rousseff annonce des mesures anti-corruption » (18 mars 2015), LaPresse.ca, en ligne : < www.lapresse.ca/international/amerique-latine/201503/18/01-4853401-bresil-dilma-rousseff-annonce-des-mesures-anti-corruption.php > ; Sipa Média, « La Chine dévoile son plan anti-corruption » (25 décembre 2013), l'Opinion, en ligne : < www.lopinion.fr/edition/international/chine-devoile-plan-anti-corruption-7535 >.

⁶ *Bribery Act 2010* (R-U), c 23 [*UKBA*].

⁷ Voir notamment Matt Atkins, « Introduction of the UK Bribery Act » (June 2011) *Financier Worldwide*, en ligne : < <http://documents.jdsupra.com/fe087409-a5f9-45ab-9591-c4edc33a3629.pdf> > [Atkins].

⁸ Voir notamment Catherine Yannaca-Small, « Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre » (1994) 40:1 *AFDI* 792 à la p 794.

⁹ Thomas Clay, « Arbitrage : regards croisés d'un arbitre et d'un directeur juridique » (2011) 46:6 *Gaz du Palais* [Clay].

¹⁰ Jan Paulson, « International Arbitration is Not Arbitration » (2008) 2 *Stockholm Intl Arbitration R* 1 [Paulson].

¹¹ Paul Friedland & Loukas Mistelis, « 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration » (2015) *Queen Mary University of London & White and Case LLP* à la p 2.

commercial international d'autre part, provoque des interférences entre procédures arbitrales et pénales lorsque les mêmes faits sont concernés¹². Les problématiques posées par cette cohabitation forcée soulèvent diverses questions telles que la prise en compte par les arbitres de la procédure pénale pendant fondée sur le UKBA, les moyens de défense dans le cadre d'un arbitrage fondés sur les spécificités du UKBA, ou encore l'exécution des sentences arbitrales lorsque la procédure pénale concurrente fondée sur le UKBA questionne l'ordre public international. En d'autres termes, cet article propose une étude des conséquences que peuvent avoir des faits ou allégations de faits de corruption fondés sur le UKBA sur une procédure arbitrale commerciale internationale.

La première partie est consacrée aux hypothèses d'interférences entre procédures arbitrales et procédures pénales internationales fondées sur le UKBA (I), et la seconde partie porte sur les incidences d'une procédure pénale fondée sur le UKBA sur la procédure arbitrale pendant (II).

CHAPITRE 1: LES HYPOTHÈSES D'INTERFÉRENCES ENTRE PROCÉDURES ARBITRALES ET PROCÉDURES PÉNALES INTERNATIONALES FONDÉES SUR LE UKBA

A. Les conséquences de l'entrée en vigueur du UKBA sur les pratiques et usages du commerce international

i. Présentation générale du UKBA

Le Bribery Act 2010 est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011. Cette loi est désormais considérée comme l'un des meilleurs standards au monde et, avec le US Foreign Corrupt Practice Act, comme l'un des deux modèles législatifs de lutte contre la corruption les plus importants¹³.

Nombreux sont les commentateurs qui n'ont pas hésité à qualifier le UKBA de « législation de lutte contre la corruption la plus stricte au monde » [notre traduction]¹⁴. Auparavant, la législation anti-corruption au Royaume-Uni était considérée comme inconsistante, anachronique et inadéquate par rapport aux obligations du Royaume-Uni de se conformer aux standards de lutte contre la corruption¹⁵. L'affaire *BAE Systems plc* illustre la faiblesse de l'arsenal législatif qui a précédé l'entrée en vigueur du UKBA¹⁶. Ce litige s'est soldé en février 2010 lorsque le constructeur militaire BAE a dû s'acquitter d'une amende

¹² Dans le cadre de cet article, il s'agira principalement de l'hypothèse dans laquelle les Parties à un arbitrage commercial international avancent des faits ou allégations de faits de corruption en lien direct avec la résolution du conflit qui a été confiée à un tribunal arbitral.

¹³ Royaume-Uni, Ministère de la justice, *Insight Into Awareness and Impact of the Bribery Act 2010*, Londres, mars 2011, à la p 2.

¹⁴ Atkins, *supra* note 8 à la p 1.

¹⁵ *Ibid* à la p 2.

¹⁶ The Telegraph « BAE Systems: Timeline of Bribery Allegations », The Telegraph (21 December 2010), en ligne : <www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/industry/defence/8216172/BAE-Systems-timeline-of-bribery-allegations.html>.

de 400 millions de dollars après avoir admis une fraude au préjudice des États-Unis concernant la vente d'avions de chasse en Arabie saoudite et en Europe de l'Est. À la même époque, BAE est parvenue à un règlement portant sur l'arrêt des poursuites engagées contre le versement de 30 millions de livres sterling avec le *Serious Fraud Office* (« SFO »), qui est l'organe chargé notamment des enquêtes fondées sur le UKBA¹⁷. Ainsi, de même que pour les États-Unis avec le FCPA, le Royaume-Uni n'a pas spontanément adopté le UKBA. L'influence de l'OCDE a aussi été déterminante dans la promulgation de cette loi. Le Royaume-Uni avait ainsi été critiqué dans le rapport de travail de l'OCDE sur la corruption « pour ne pas avoir mis en conformité ses lois anticorruption avec ses obligations internationales aux termes de la Convention anticorruption de l'OCDE »¹⁸. C'est seulement suite à ces critiques que la loi a été décidée.

ii. *Les champs d'application du UKBA*

1. Le champ d'application matériel : Le UKBA prévoit quatre infractions majeures : le fait de corrompre une tierce personne¹⁹ ; le fait de se laisser corrompre²⁰ ; le fait de corrompre des fonctionnaires,²¹ et le défaut de prévention d'un acte de corruption par une personne morale²².

Les sections 1 et 2 traitent des infractions équivalentes aux actes de corruption active et passive qui s'appliquent tant aux personnes physiques que morales, dans le secteur public et privé. La nouvelle infraction du défaut de prévention d'un acte de corruption est la mesure phare du UKBA et mérite à ce titre une attention toute particulière. Au sens de cette loi, toute entité à vocation commerciale se rend coupable de l'infraction de défaut de prévention de la corruption si une personne physique ou morale qui lui est associée commet l'infraction de corruption active, ou de corruption d'agent public étranger dans le but d'obtenir ou de conserver un marché pour cette entité, ou d'obtenir ou conserver un avantage pour cette entité dans le cadre de l'exercice de ses activités. Il suffira qu'une entreprise soit soumise aux dispositions du UKBA pour être susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée du fait des actes de corruption commis par une personne qui lui est associée, quel que soit le lieu où ces actes ont été commis.

Cette disposition a considérablement modifié les pratiques des acteurs du commerce international, puisque ceux-ci peuvent potentiellement être déclarés pénalement responsables du fait des actes de leurs partenaires. Ainsi, les contrôles et mesures de vérification imposés à ces partenaires, souvent intermédiaires et consultants locaux, ont été largement renforcés. D'une manière générale, les multinationales ont donc pris acte des conséquences pénales en lien avec le UKBA. Alors que la version 2016 du Code d'éthique et de conduite dans les affaires de SNC-Lavalin prohibe expressément les paiements de facilitation²³, Alstom « rejette toute forme de corruption dans ses transactions commerciales et s'engage à respecter

¹⁷ UKBA, *supra* note 7, s 10(2)b.

¹⁸ OCDE, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, United Kingdom, *Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*, Phase 2bis, Paris, OCDE, 2008 à la p 4.

¹⁹ UKBA, *supra* note 7, s 1.

²⁰ *Ibid*, s 2.

²¹ *Ibid*, s 6.

²² *Ibid*, s 7.

²³ SNC-Lavalin, *Code d'éthique et de conduite dans les affaires*, 2016, à la p 26, en ligne : <www.snclavalin.com/fr/files/documents/policies/1003_fr.pdf>.

les règles de la Convention de l'OCDE, du Code pénal français, de la loi américaine *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) et de la loi britannique UK Bribery Act 2010²⁴ » [notre emphase]. Ces modifications du comportement des acteurs du commerce international se sont produites avec d'autant plus de force que le UKBA a une portée extraterritoriale significative.

2. Le champ d'application territorial: L'extraterritorialité du UKBA est une autre des caractéristiques notables de cette loi. Ainsi, toutes les entreprises conduisant des affaires au Royaume-Uni ont l'obligation de mettre en place des procédures adéquates, car tout acte de corruption commis sur le territoire du Royaume-Uni, ou à l'étranger, par un citoyen britannique ou toute autre personne avec un lien étroit avec le Royaume-Uni peut être poursuivi²⁵. Les délits de corruption active, passive et de corruption d'agents publics étrangers peuvent être sanctionnés sur le fondement du UKBA si ces délits se sont produits sur le territoire du Royaume-Uni, ou s'ils sont le fait de personnes ayant une proche connexion avec le Royaume-Uni²⁶. À titre d'exemple, une entreprise canadienne disposant d'une succursale ou d'une filiale au Royaume-Uni pourrait être réputée conduire des affaires sur le sol britannique et soumise au UKBA, y compris pour ses activités menées dans le reste du monde²⁷. C'est par ce mécanisme que la plupart des entités ayant une réelle activité internationale peuvent potentiellement être poursuivies sur le fondement du UKBA.

Les effets extraterritoriaux du UKBA et son champ d'application matériel élargi ont incité les acteurs du commerce international à adapter leurs règles internes d'*Ethics & Compliance*. Les usages et pratiques du commerce international en ont été profondément modifiés, ce fut comme par exemple le cas des paiements de facilitation. Ces évolutions ont notamment engendré une méfiance accrue à l'égard des intermédiaires locaux auxquels les multinationales ont recours dans des Pays étrangers et bien souvent, un gel des rémunérations de ces intermédiaires dans l'attente, par exemple, de l'issue d'une procédure d'audit. Ce sont dans ces situations que les procédures pénales fondées sur le UKBA interfèrent avec les arbitrages commerciaux entre les multinationales et leurs intermédiaires locaux.

B. Les facteurs favorisant les interférences entre procédures arbitrales et procédures pénales internationales

i. L'arbitrage commercial international comme mode traditionnel de règlement des litiges du commerce international

Incontestablement, l'arbitrage est aujourd'hui la méthode principale de résolution des litiges internationaux impliquant des États, des personnes physiques et des personnes morales²⁸. La doctrine justifie classiquement cet état de fait par la mondialisation des échanges et des investissements qui a

²⁴ Alstom, *Notre code d'éthique*, 2016, à la p 12, en ligne: <www.alstom.com/Global/Group/Resources/Documents/Code%20of%20Ethics/Alstom_Code_Ethique_FR_2016-Interactif.pdf>.

²⁵ UKBA, *supra* note 7, s 12.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Alexandre Limbour et Matthias Guillou, « Le UK Bribery Act » (2011) 36 JCP La semaine du praticien 1575 à la p 1575.

²⁸ Nigel Blackaby et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2015 à 1.01 [Redfern & Hunter].

elle-même résulté en une harmonisation croissante des pratiques arbitrales, aboutissant finalement à une procédure quasi-uniformisée à travers le monde²⁹. L'adjectif « alternatif » n'est donc plus d'actualité et devrait être remplacé par le terme « extrajudiciaire » tant ce mode de résolution de litiges du commerce international est aujourd'hui la norme³⁰.

Ce postulat permet d'avancer raisonnablement que les contrats liant les multinationales et leurs intermédiaires locaux prévoient le plus souvent une clause compromissoire. Parfois, ces relations contractuelles ont été nouées avant les premières discussions concernant le UKBA, à une époque où l'infraction de défaut de prévention d'un acte de corruption n'était pas répertoriée par les multinationales comme un risque à prévenir. Ce n'est qu'à l'approche des années 2010 que ces multinationales ont intégré les risques de poursuites sur le fondement du UKBA et ont en conséquence, fait preuve de plus de sévérité dans leurs politiques d'éthique et de conformité³¹. L'un des moyens de défense contre l'infraction de défaut de prévention d'un acte de corruption est en effet la mise en œuvre de procédures adéquates³² selon des principes de proportionnalité, d'engagement des responsables les plus importants de l'entreprise, d'évaluation des risques, de diligence raisonnable, de communication, et de suivi et d'examen des risques en présence³³.

Dans les hypothèses qui nous intéressent, les litiges naissent lorsque les multinationales, inquiétées par des enquêtes pénales fondées sur le UKBA, qu'elles soient actuelles ou à venir, cessent toute relation avec leurs intermédiaires et *a fortiori* tout paiement en lien avec des services rendus par ces derniers. Cette attitude préventive ou défensive est justifiée par la mise en œuvre de ces procédures adéquates et la multiplication des audits à l'encontre des intermédiaires locaux. Afin d'obtenir le paiement correspondant à leurs missions, les intermédiaires n'ont alors guère d'autre choix que d'initier une procédure arbitrale conformément aux termes des contrats qui les lient aux multinationales.

Il y aura donc interférence entre procédure arbitrale et procédure pénale fondée sur le UKBA lorsqu'un arbitrage est initié par un intermédiaire local à l'encontre d'une multinationale cocontractante, qui elle-même est soumise à une procédure du SFO fondée sur le UKBA, ou à tout le moins, craint qu'une telle enquête ne soit déclenchée dans un futur proche. Ces interférences se produisent le plus souvent dans le cadre de marchés public internationaux.

ii. L'exemple des litiges en lien avec l'attribution de marchés publics

Du fait de la rencontre entre secteurs privés et publics, la passation de marchés publics a été identifiée comme une activité particulièrement exposée au risque de corruption internationale³⁴. Les contrats de travaux publics sont souvent des grands projets d'infrastructure (centrales électriques, lignes ferroviaires, routes) qui représentent dans les Pays de l'OCDE près de 15% du PIB, et souvent plus dans

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Clay, *supra* note 10.

³¹ Paulson, *supra* note 11 à la page 3.

³² UKBA *supra* note 7, s 13.

³³ Royaume-Uni, Ministère de la justice, The Bribery Act 2010 Quick Start Guide, à la p 4, en ligne: <www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance>.

³⁴ OCDE, L'intégrité dans les marchés publics : les bonnes pratiques de A à Z, 3e sess du comité de gouvernance publique, Paris, OCDE, 2007, à la p 3.

les Pays non membres³⁵. De plus, ces contrats représentent jusqu'à 80% des exportations mondiales de marchandises et de services³⁶.

Ces marchés sont donc synonymes d'opportunités lucratives et durables qui engendrent une forte concurrence tant au niveau local qu'international. Or, le processus de passation de marchés publics est long et par nature confidentiel, deux éléments qui favorisent la corruption³⁷. Dans ce cadre, la corruption vise à décrocher de nouveaux contrats, mais aussi à faciliter des passages douaniers, accélérer des chantiers ou obtenir des avantages indirects tels que la position géographique d'un site³⁸.

Par exemple, des centaines de compagnies américaines ont admis devant la *Security and Exchange Commission* des actes de corruption d'officiels étrangers dans les années 1970, ce qui justifiera l'adoption du FCPA³⁹, et dont l'illustration la plus célèbre est l'affaire « Lockheed »⁴⁰. Il existe par ailleurs des exemples d'affaires mêlant à la fois des problématiques de corruption dans le cadre de marchés publics et des problématiques de validité de la clause compromissoire contenue dans des contrats *a priori* obtenus par le biais d'actes de corruption⁴¹. Ce dernier exemple est particulièrement révélateur des liens ténus entre l'arbitrage commercial international et les problématiques liées à la corruption dans le cadre de passation de marchés publics internationaux.

CHAPITRE 2 : LES INCIDENCES D'UNE PROCÉDURE PÉNALE FONDÉE SUR LE UKBA INTÉRESSANT LA PROCÉDURE ARBITRALE PENDANTE

A. Les moyens de défense liés à la procédure pénale fondée sur le UKBA

i. La question de l'arbitrabilité du litige

Une fois qu'il a été désigné et qu'il a accepté sa mission, l'arbitre a le devoir, indépendamment de la volonté des parties, de se prononcer sur l'arbitrabilité du litige qui lui est soumis⁴². Seule l'arbitrabilité objective⁴³ selon laquelle des législations nationales empêchent que certaines matières ne soient soumises à l'arbitrage, sera ici traitée⁴⁴. L'hypothèse classique, qui constitue par ailleurs la trame de cet article,

³⁵ OCDE, *Corruption dans les marchés publics : Méthodes, acteurs et contre-mesures*, Paris, OCDE, 2007 à la p 3, DOI : <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264014817-fr>>.

³⁶ OCDE, Observateur OCDE, *Marchés publics : Repérer la corruption*, L'obs de l'OCDE n°260 (2007).

³⁷ *Supra* note 35 à la p 10.

³⁸ *Supra* note 37.

³⁹ Royaume-Uni, House of Representatives, « Unlawful Corporate Payments Act of 1977 » par Mr. Staggers dans *95th Congress Report*, n° 95-640 (1977).

⁴⁰ David Leigh, Rob Evans, « The Lockheed scandal », *The Guardian* (8 juin 2007) en ligne : <www.theguardian.com/world/2007/jun/08/bae35>.

⁴¹ *Westinghouse and Burns and Roe v National Power v Co and the Republic of Philippines* (1991) 7:1 Mealey's Intl Arb R, s B [Westinghouse].

⁴² Redfern & Hunter, *supra* note 29 à 2.124.

⁴³ L'arbitrabilité *rationae personae* relative à la capacité des Parties à l'arbitrage ne sera pas évoquée.

⁴⁴ Voir par ex Karl-Heinz Böckstiegel, « Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement » (2008) 2 J Disp Resol 123

est celle d'un arbitrage commercial international initié par un intermédiaire qui chercherait à obtenir le paiement des commissions qu'il estime lui être dues. La partie défenderesse sera alors son cocontractant : la société que cet intermédiaire a assistée afin qu'elle remporte un appel d'offres. En dépit des nombreuses divergences doctrinales quant aux effets de l'inarbitrabilité d'un litige⁴⁵, on retient principalement celui de l'incompétence de l'arbitre pour régler le litige⁴⁶. Cette question peut donc se révéler être une arme procédurale redoutable à la disposition du défendeur à l'arbitrage dans les hypothèses qui nous intéressent.

L'argument de l'inarbitrabilité fondée sur l'application du UKBA est dual. Dans un premier cas de figure, le litige commercial qui doit être résolu par la voie de l'arbitrage et les faits soumis à l'enquête du SFO seraient tellement similaires que les parties seraient confrontées à une situation confinant à la litispendance, ou à tout le moins, à la connexité. Dans cette hypothèse, le défendeur à l'arbitrage pourrait être tenté de faire valoir que l'existence préalable d'une enquête qui est fondée sur le UKBA et qui intéresse le contrat d'intermédiation empêcherait de soumettre le litige à l'arbitrage en raison de la compétence exclusive des juridictions britanniques en ce qui concerne l'application du UKBA⁴⁷. En revanche, dans l'hypothèse où les deux procédures ne concerneraient pas des faits quasi-identiques mais simplement liés, le défendeur pourrait tenter de démontrer le caractère d'ordre public du UKBA dont l'application s'imposerait alors. En tout état de cause, l'argument de l'inarbitrabilité fondée sur le UKBA s'inspirerait des hypothèses classiques et déjà connues d'inarbitrabilité des litiges.

D'une manière générale, les défenseurs de l'approche dite « répressive »⁴⁸ de l'évaluation de la corruption dans le cadre d'un arbitrage soutiennent qu'il serait possible d'arguer de l'inarbitrabilité du litige qui constitue notre hypothèse, nonobstant le fait que la loi applicable à l'arbitrage ne le prévoirait pas, ni même que l'objet du contrat soumis à l'arbitrage ne serait pas la passation du marché public, mais l'intermédiation dans le processus de candidature à ce marché⁴⁹. La justification principale de cette thèse est que la procédure arbitrale initiée par l'intermédiaire en paiement de ses commissions intéresserait aussi de manière indirecte une tierce partie, à savoir l'État ou l'entité publique ayant organisé le marché public⁵⁰. Pour cette raison, il n'est pas à exclure que le paiement de telles commissions soit analysé à l'aune de lois de police s'appliquant sur le territoire de l'État organisateur du marché, ou de dispositions d'ordre public relatives à la passation de marchés publics. De telles règles peuvent, par exemple, prohiber le recours à des agents dans le cadre d'un marché public au prétexte que cette pratique ferait indirectement augmenter les prix des soumissionnaires au détriment de l'État et du bénéficiaire final⁵¹. Il est aussi envisageable que le droit dudit État prohibe le recours à l'arbitrage pour les litiges en lien avec des passations de marchés publics, soit en raison de l'existence d'une juridiction ayant compétence exclusive, soit simplement car cette matière serait considérée comme inarbitrable.

Nous sommes donc potentiellement en présence d'un conflit de lois opposant d'une part, la loi

à la p 127.

⁴⁵ Selon les auteurs, l'inarbitrabilité engendrerait soit l'invalidité, soit l'illégalité de la clause d'arbitrage selon que l'on considère que l'arbitrabilité est une condition de formation ou d'admissibilité de cette clause. Voir par ex Abdulhay Sayed, *Corruption in International Commercial Arbitration*, 1^e éd, La Haye, Kluwer Law International, 2004, à la p 28 [Sayed].

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ UKBA *supra* note 7, s 10.

⁴⁸ Voir par ex Sayed, *supra* note 46 à la page 9.

⁴⁹ *Ibid* à la p 32.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

applicable au fond du litige et la loi du siège de l'arbitrage qui selon toute vraisemblance valident le principe du contrat d'intermédiation et d'autre part, la loi intéressant la passation de marchés publics de l'État organisateur du marché qui contient potentiellement des provisions impératives prohibant le recours à des agents dans le cadre d'un appel d'offres ou le recours à l'arbitrage pour les litiges en lien avec des marchés publics. Cette hypothèse correspond à l'affaire *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. v Hilmarton Ltd*⁵². Dans cette affaire, le second tribunal arbitral constitué en Suisse a rendu une sentence en date du 10 avril 1992 validant le contrat d'intermédiaire entre l'entreprise française OTV et son consultant, la société britannique Hilmarton⁵³. En l'espèce, Hilmarton avait pour mission de négocier avec le gouvernement algérien afin de permettre l'obtention par OTV d'un contrat de construction. Les parties avaient judicieusement fait le choix du droit suisse comme loi gouvernant le contrat qui les liait. En effet, le droit algérien qui était le droit de l'État du lieu de performance dudit contrat interdit l'intermédiation dans les passations de marchés publics, alors que le droit suisse était à cet égard bien plus permissif. De même, la clause d'arbitrage prévoyait la Suisse comme siège de l'arbitrage.

Notons que le premier tribunal arbitral constitué par les parties avait relevé dans une sentence datée du 19 avril 1988 que le recours à des intermédiaires dans le cadre d'une passation de marché public était illégal au regard du droit algérien⁵⁴. C'est sur ce fondement que ce tribunal a déclaré que le contrat d'agent entre OTV et Hilmarton était nul sous l'empire du droit suisse et rejeta ainsi les demandes d'Hilmarton. La référence à l'affaire *Hilmarton* doit toutefois être nuancée car le premier tribunal arbitral constitué n'a pas explicitement déclaré inarbitrable le litige qui lui était soumis, mais a simplement dénoncé l'objet du contrat comme étant contraire aux bonnes mœurs suisses. C'est toutefois par référence au droit de l'État de performance que l'arbitre a pu se fonder sur le droit choisi par les parties pour rejeter les demandes formulées par Hilmarton. Hilmarton a cependant pu obtenir l'annulation de la première sentence en Suisse et ainsi, les parties ont pu constituer un second tribunal qui s'est déclaré compétent pour rendre une sentence contraire, qui valide de fait le contrat d'intermédiation sous l'empire du droit suisse. L'application stricte du droit choisi par les parties sans référence au droit de l'État de performance du contrat va dans le sens l'analyse de Michael Hwang et Kevin Lim, selon laquelle si les lois de police du l'État de performance du contrat sont écartées par l'arbitre, alors c'est la loi désignée qui doit s'appliquer. L'arbitre n'aurait alors pas à se préoccuper des lois de police du pays de performance⁵⁵.

La première sentence rendue dans cette affaire devrait néanmoins inspirer des défendeurs qui pourraient invoquer l'argument de l'inarbitrabilité du litige en raison de l'application impérative de la loi de l'État organisant le marché. Posons que cette loi prohibe le recours à l'arbitrage en raison, par exemple, de l'existence d'une juridiction spécialisée avec compétence exclusive, ou encore, de la prohibition du recours à l'intermédiation dans le cadre d'une passation de marchés publics. C'est dans cette hypothèse que le litige pourrait être déclaré inarbitrable, soit à l'initiative du défendeur soit spontanément par le tribunal arbitral.

Il paraît peu probable que le UKBA soit la loi applicable de l'État de performance du contrat et encore moins celle choisie par les parties dans le cadre de l'arbitrage. Cependant, bien que cette loi ne

⁵² Il sera fait référence indifféremment à la première et à la deuxième sentence par le terme « Hilmarton ».

⁵³ *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. v Hilmarton Ltd*, Décision sur sentence arbitrale (10 Avril 1992) Chambre Internationale du Commerce (CCI).

⁵⁴ *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. v Hilmarton Ltd*, Décision sur sentence arbitrale (23 Février 1988) à la p 327, Chambre Internationale du Commerce (CCI) No 5622.

⁵⁵ Michael Hwang et Kevin Lim, « Corruption in arbitration – Law and reality » (2012) 8:1 Asian Intl Arb J à la p 37 [Hwang].

régisse pas les passations de marchés publics, elle produira ses effets sur ces procédures lorsque des cas de corruption sont suspectés. C'est donc le champ d'application territorial élargi du UKBA qui pourrait fournir au demandeur des arguments afin de voir reconnaître l'inarbitrabilité du litige. La multinationale attrait devant un tribunal arbitral et dans le même temps sous le coup d'une procédure fondée sur le UKBA pourrait être tentée de plaider l'inarbitrabilité du litige en raison de la compétence exclusive des juridictions britanniques ou encore de l'application du UKBA en raison de son caractère d'ordre public afin de démontrer l'existence de faits de corruption attestés par l'enquête du SFO. Dans le même esprit, il n'est pas impossible que le défendeur invoque l'invalidité de la clause compromissoire.

ii. La question de la validité de la clause compromissoire

Si le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage n'est plus remis en cause, le défendeur à l'arbitrage pourrait arguer de l'existence d'une procédure fondée sur le UKBA afin de démontrer que l'existence d'actes de corruption d'un degré de gravité élevé crée les circonstances exceptionnelles qui permettraient de débattre de la validité de la clause d'arbitrage. Si cet argument a peu de chance de prospérer tant l'autonomie de la clause compromissoire est un principe établi, il existe des précédents dont pourrait s'inspirer le défendeur à un arbitrage.

L'un des cas emblématiques en matière d'arbitrage et de corruption est l'affaire CCI n° 1110 de 1963⁵⁶. Dans cet arbitrage à juge unique, le demandeur était un agent argentin chargé d'user de son influence sur des officiels argentins pour le compte d'une société tierce. Classiquement, ce dernier a initié un arbitrage en paiement des commissions qu'il estimait lui être dues. Dans le cours de la procédure arbitrale, l'arbitre Lagergren a diligenté une enquête *sua sponte* et a conclu au caractère frauduleux desdites commissions. Ainsi, en dépit de la volonté des parties de ne pas soumettre à l'appréciation de l'arbitre la qualification de leur contrat et en particulier l'existence ou non d'actes de corruption, l'arbitre Lagergren s'est déclaré incompetent pour juger de ce litige car selon lui :

Un litige impliquant des actes de corruption ne saurait être analysé par aucun tribunal étatique, en Argentine ou en France ou dans aucun autre pays civilisé, ni même par un tribunal arbitral. Ainsi, ma compétence doit être déniée. Il s'ensuit que j'ai fondé mon incompetence plus sur les principes généraux contestant aux arbitres leur compétence pour juger de ce genre d'affaires que sur des lois nationales se référant à l'arbitrabilité des litiges⁵⁷ [notre traduction].

C'est ainsi que l'arbitre unique a refusé de se reconnaître compétent après avoir jugé que le contrat avait une cause illicite en raison des actes de corruption s'y rattachant⁵⁸. Les commentateurs ne sont pas unanimes sur le fait de déterminer si ce faisant, Lagergren avait méconnu le principe de l'autonomie de la clause compromissoire ou s'il avait simplement appliqué le principe de compétence-compétence⁵⁹. Il n'en reste pas moins qu'en invoquant l'existence d'une procédure pénale fondée sur le UKBA, le défendeur à l'arbitrage pourrait être tenté d'avancer que le contrat objet du litige a été obtenu grâce à des actes de

⁵⁶ *Buenos Aires v Company A*, Décision sur sentence arbitrale (1963) Chambre Internationale du Commerce (CCI) No 1110 [Sentence CCI No 1110].

⁵⁷ Sentence CCI No 1110, *supra* note 56.

⁵⁸ Voir notamment, *Translex*, en ligne: <www.trans-lex.org/212290/pdf/>.

⁵⁹ Voir par exemple J. Gillis Wetter, « Issues of Corruption before International Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110 » (1994) 10:4 *Arb Intl* 277.

corruption ce qui aurait pour conséquence de vicier la clause d'arbitrage.

A priori, l'invocation de l'invalidité de la clause compromissoire pour cause de contrariété à l'ordre public du contrat qui la contient se heurterait au principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage⁶⁰ qui est aujourd'hui un principe incontesté en droit de l'arbitrage commercial international⁶¹. Le rattachant par ailleurs au principe de compétence-compétence, la loi type CNUDI dispose en son article 16(1)⁶² :

Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat.

L'article 21(2) des Règles d'arbitrages CNUDCI ne dit pas autre chose⁶³. Confronté à ce principe bien établi, le défendeur n'aura que le choix de questionner directement la validité de la clause d'arbitrage et non celle du contrat qui la comprend.

Suite à l'affaire CCI n° 1110⁶⁴, Les principes de compétence-compétence et d'autonomie de la clause d'arbitrage n'ont jamais été remis en cause. Le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage est ainsi reconnu depuis longtemps, non seulement de manière générale, mais aussi spécifiquement au regard des contrats principaux déclarés nuls sur le fondement d'une violation des bonnes mœurs et de l'ordre public. L'affaire *Westinghouse* de 1991 est une autre illustration de l'application de ce principe⁶⁵. Dans cette affaire, alors que les demandeurs soutenaient que le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage devait s'appliquer, les défendeurs arguaient du contraire, considérant que le contrat principal avait été obtenu pas les effets de la corruption. En dépit d'une sentence préliminaire sur des aspects procéduraux qui confirmait le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage, le tribunal considéra toutefois l'application du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage dans les affaires de corruption. Le tribunal a aussi reconnu que dans certaines circonstances particulières, la validité du contrat principal peut aussi affecter la validité de la clause d'arbitrage sans pour autant se prononcer davantage sur cette question⁶⁶.

Ainsi, sans que le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage ne soit fondamentalement remis en cause, des défendeurs pourraient tenter d'utiliser une enquête fondée sur le UKBA démontrant que le contrat de consultant, objet de l'arbitrage, a été obtenu par des actes de corruption ou a donné lieu à de tels actes, créant ainsi des circonstances exceptionnelles dans lesquelles la question de la validité de la clause d'arbitrage pourrait se poser avec celle de la validité du contrat qui la comprend. L'invocation d'une procédure pénale fondée sur le UKBA est donc ici un avantage certain pour le défendeur qui économisera la nécessité d'établir la réalité des actes de corruption. Il n'en reste pas moins que cette manœuvre aura des chances toutes relatives d'aboutir tant le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage est ancré en droit de l'arbitrage commercial international. Dans d'autres circonstances, il n'est pas à exclure que les défendeurs invoquent des arguments relatifs à la question de la loi applicable à l'arbitrage.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Andrew Tweeddale et Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, New York, Oxford University Press, 2007 au par. 4.55.

⁶² *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, 7 juillet 2006, RTNU A/40/17 art 16(1).

⁶³ Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 6 décembre 2010, RTNU A/65/465 art 21(2).

⁶⁴ *Westinghouse*, *supra* note 42.

⁶⁵ *Sentence CCI No 1110*, *supra* note 57.

⁶⁶ *Ibid.*

iii. *La question de la loi applicable : lex contractus, lex arbitri, et lex delicti*

A l'instar des parties dans l'affaire *Hilmarton*, nous pouvons légitimement supposer que les cocontractants de notre hypothèse ont fait le choix d'une loi applicable à l'arbitrage qui valide le principe du contrat d'intermédiation dans le cadre d'une passation de marches public, ou à tout le moins qui ne contienne pas de dispositions anti-corruption rendant ce contrat invalide. En principe, l'arbitre devrait donc se plier au choix des parties et appliquer le droit désigné tel que le prévoit l'article 28 (1) de la Loi Type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, selon lequel « Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. (...) »⁶⁷.

Cependant, il est possible d'une part, que des lois de police ou des dispositions d'ordre public de l'État de performance du contrat trouvent à s'appliquer et que d'autre part, contrairement à la loi choisie, l'application de ces dispositions condamne les agissements des parties comme étant des actes de corruption. Le défendeur à un arbitrage soumis à une enquête du SFO pourra donc tenter de démontrer le caractère de loi de police du UKBA afin d'en obtenir l'application impérative dans le cadre de la procédure arbitrale.

Bien souvent, les parties et l'objet du litige ont bien plus de lien avec le pays de performance de l'obligation contractuelle qu'avec la loi choisie. Pour certains auteurs, ce seul fait suffirait à appliquer les lois de police de cet État⁶⁸. Il est alors possible que les parties aient délibérément choisi d'échapper à l'application de ces dispositions impératives. En droit français de l'arbitrage, ce choix pourra être sanctionné comme étant le produit d'une « fraude à la loi » s'il est établi qu'il est « le produit d'un stratagème frauduleux afin d'abuser du principe de libre choix de la loi applicable au litige aux seules fins de se soustraire à l'application de dispositions impératives » [notre traduction]⁶⁹. Précisons toutefois que cette théorie de la fraude à la loi est caractéristique du droit français et qu'elle se heurterait au principe du libre choix par les parties de la loi applicable sous l'empire de nombreux autres droits nationaux de l'arbitrage.

L'article 9(3) du Règlement Rome I nous livre un exemple d'un conflit de lois permettant l'application discrétionnaire des dispositions impératives⁷⁰ :

Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application.

Ainsi, le défendeur pourra invoquer l'application de lois de police afin de conclure à l'illégalité du contrat et ainsi tenter d'échapper à ses obligations contractuelles de paiement des sommes dues à l'intermédiaire. Ce raisonnement est aisément transposable au UKBA. Il existe un précédent relatif à l'application du FCPA. Dans une affaire CCI n° 9333, le tribunal a décidé de ne pas appliquer le FCPA en raison du

⁶⁷ *Loi type CNUDCI, supra* note 63 art 28(1).

⁶⁸ Sayed, *supra* note 46 à la p 260.

⁶⁹ Sayed, *supra* note 46 à la p 169.

⁷⁰ CE, *Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, [2008] JO, L 177/6.

choix du droit suisse comme loi applicable⁷¹. Selon le tribunal, même si le FCPA était considéré comme une loi de police et pourrait ainsi s'imposer face à la loi choisie par les parties, l'évaluation des intérêts en présence impacterait son application, car « le FCPA n'a pas pour objectif ultime de protéger l'ordre public mais de restaurer la confiance dans les entreprises américaines impliquées dans des scandales de corruption » [notre traduction]⁷². Cette décision n'empêche toutefois pas l'invocation de l'application du UKBA dans le cadre de la procédure arbitrale, charge à la partie qui s'en prévaut de démontrer que les allégations de corruption sont d'une importance telle qu'elles impactent fortement la résolution du litige *a priori* purement commercial, et qu'en conséquence une loi répressive telle que le UKBA pourrait trouver à s'appliquer. En somme, la seule allégation de l'existence d'une procédure pénale pendante n'est pas en soi suffisante pour interférer avec la procédure arbitrale et modifier son cours et son issue. La question de la preuve des faits allégués de corruption dans le cadre de la procédure arbitrale est donc fondamentale.

B. La preuve des faits allégués dans le cadre de la procédure arbitrale et le rôle de l'arbitre

i. La preuve des faits de corruption dans le cadre de la procédure arbitrale

1. Les standards de preuve applicables aux allégations de corruption: La question de savoir s'il est justifié de ne pas appliquer les standards de preuve habituels en ce qui concerne les cas de corruption est cruciale. La problématique de la preuve des faits de corruption en arbitrage commercial international se fonde sur deux observations préliminaires : d'une part, ceux qui prennent part à une entreprise de corruption cherchent souvent à dissimuler le plus possible leurs activités, et d'autre part, les pouvoirs d'investigation des arbitres sont limités, notamment en raison de la nature contractuelle de leurs relations avec les parties⁷³.

Certains auteurs recommandent alors l'application de standards de preuve plus élevés aux allégations de corruption afin d'éviter que de tels arguments, non supportés par des preuves tangibles, ne permettent à ceux qui s'en prévalent d'échapper à leurs obligations contractuelles⁷⁴. À l'inverse, il a parfois été question du renversement du fardeau de la preuve, charge au demandeur à l'arbitrage d'apporter la preuve négative de la non commission des faits dont se prévautrait la partie adverse.

La question du standard de preuve fut prépondérante dans l'affaire *Westinghouse*⁷⁵. Il s'agissait alors pour le tribunal de déterminer si les contrats de construction obtenus par les demandesses l'avaient été par le biais d'actes de corruption sur la personne du Président philippin Marcos qui auraient été payés par un intermédiaire. Dans un premier temps, le tribunal décida que le standard applicable devait être celui en vigueur dans les législations nationales applicables au litige⁷⁶. Ayant déterminé que les standards de preuve étaient similaires aux États-Unis et aux Philippines, le tribunal estima que « la partie à qui incombe

⁷¹ Emina Mujic, *Corruption in International Commercial Arbitration: the right of the Arbitrator to Conduct Self-Initiated Investigation of Corruption*, thèse de maîtrise en droit, Université d'Uppsala, 2013 [non publiée], à la p 29.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Constantine Partasides, « Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World » (2010), 25:1 ICSID Rev GILJ 47 à la p 51.

⁷⁴ José Rosell et Harvey Prager, « Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof » (1999) 15:4 Arb Intl 329 à la p 348.

⁷⁵ *Westinghouse*, *supra* note 42.

⁷⁶ *Ibid* à la p 31.

le fardeau de la preuve doit établir les faits qu'elle allègue par la prépondérance de la preuve. En d'autres termes, cette partie doit démontrer une force probatoire supérieure de ces faits et établir que sa version des faits est plus vraie que fausse »⁷⁷ [notre traduction].

Cependant le tribunal nota aussi que la corruption nécessitait dans les deux Pays concernés par cette affaire un standard de preuve plus élevé et décida qu'au regard des allégations de corruption, le standard qui devait être appliqué ne serait pas celui de la prépondérance des probabilités mais celui d'une « preuve claire et convaincante » [notre traduction] mis à la charge des défenderesses à l'arbitrage⁷⁸. Ce standard élevé, aussi appliqué dans d'autres arbitrages⁷⁹, est selon nous une réponse adaptée afin de contrer les allégations légères qui n'ont d'autre objet que de discréditer la partie adverse aux yeux du tribunal.

Dans d'autres espèces, il a toutefois été fait application du standard normal voire d'un renversement du fardeau de la preuve le faisant peser sur la demanderesse accusée d'actes de la commission d'actes de corruption. Ainsi l'affaire ICC n° 6497 opposait très classiquement un intermédiaire à son cocontractant qui refusait au premier le paiement de commissions en raison d'actes supposés de corruption dans l'obtention d'un marché. Dans cette affaire, le tribunal a décidé qu'il pourrait considérer comme avérées les allégations de faits de corruption formulées à l'encontre de la demanderesse si dans des « circonstances exceptionnelles et pour de bonnes raisons » cette dernière ne parvenait pas à apporter la preuve contraire si tant est que cette preuve ne soit pas trop délicate à établir⁸⁰ :

“The [party alleging corruption] has the burden of proof... [Such 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 counterevidence, 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 of the Swiss Civil Code). However, such change in the burden of proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons.”

Ainsi, en dépit des précautions prises par le tribunal sur le caractère exceptionnel des circonstances dans lesquelles la demanderesse aurait à apporter une preuve négative, on constate que l'application du standard normal confinant en l'espèce au renversement du fardeau de la preuve ne peut convenir à des faits de corruption car cela reviendrait à attendre de l'une des parties l'établissement d'une « *probatio diabolica* »⁸¹.

2. Le secret de l'instruction pénale et la preuve dans le cadre de la procédure arbitrale: C'est le SFO, organisme en charge des enquêtes fondées sur le UKBA, qui reçoit des informations sur des possibles activités de corruption de la part de sources variées. Ces informations sont par la suite analysées par la *Intelligence Unit* qui regroupe juristes, enquêteurs et analystes financiers qui travaillent ensemble tout au long du processus⁸². La *Intelligence Unit* dispose de pouvoirs de pré-enquête qui lui permettent de déterminer l'opportunité de poursuivre une procédure. En définitive, c'est le Directeur du SFO qui acceptera

⁷⁷ *Ibid* à la p 33.

⁷⁸ *Ibid* à la p 35.

⁷⁹ Voir par ex *Himpurna California Energy Ltd. v Perusahaan Listrik Negara* (1999), sentence ad hoc, [2000] 25 Y.B.Com.Arb. à la p 109.

⁸⁰ Sentence CCI No 6497 (1999), [1999] 24 Y.B.Com.Arb. aux pp 71–79.

⁸¹ Voir généralement Alessandro Traversi, *Défense pénale: techniques de l'argumentation et de l'art oratoire*, 4e éd, Bruxelles, Bruylant, 2014.

⁸² en ligne : SFO/About us/What we do <www.sfo.gov.uk/about-us/>.

d'ouvrir une enquête en déterminant préalablement si ladite affaire satisfait à l'énoncé de principe du SFO⁸³. À cette fin, le Directeur du SFO cherchera notamment à savoir si les pertes financières potentielles sont particulièrement élevées, si le risque économique est important, s'il y a un élément particulier d'intérêt public, ou encore s'il s'agit d'un nouveau cas de fraude. Le SFO s'efforce de communiquer sur les cas qu'il a à traiter avec les limites liées à la présomption d'innocence, au droit à un procès équitable et au secret de l'instruction⁸⁴. En revanche, lorsque les résultats de l'enquête menée conduisent à entamer des poursuites, le SFO pourra divulguer sur son site internet les noms des entités visées par des procédures pénales.

A l'évidence, l'arbitre ne dispose ni par la loi, ni même par la nature contractuelle du lien qu'il a avec les parties des moyens de mener une enquête tel que peut le faire le SFO. Cela ne correspond d'ailleurs pas à sa mission qui est de résoudre un conflit commercial dans les termes et limites de l'Acte de mission agréé avec les parties. Pour autant, il serait tentant pour un défendeur à une procédure arbitrale dans le même temps, sous le coup de charges émanant du SFO, d'invoquer l'existence de cette procédure dans le cadre de la procédure arbitrale afin de démontrer des actes de corruption dans le but d'échapper à ses obligations contractuelles de paiement des commissions de son intermédiaire.

Nous trouvons plusieurs écueils à cette stratégie procédurale. D'abord, une partie à un arbitrage qui serait sous le coup d'une enquête du SFO, ou même visée par des charges précises, bénéficie toujours de la présomption d'innocence jusqu'à ce qu'un jugement définitif soit rendu à son encontre. Ensuite, les critères de poursuite des enquêtes du SFO fondées sur le UKBA sont très précis et peuvent ainsi ne pas concerner les faits de la procédure arbitrale. Enfin, les compétences du SFO dépassent largement le seul cadre du UKBA, autorisant ainsi que soient diligentées des procédures n'entrant pas dans le cadre de cette loi.

Quand bien même une partie tenterait d'invoquer une enquête du SFO sur ses activités en lien avec l'intermédiaire qui l'a attirée devant un tribunal arbitral, encore faudrait-il apporter la preuve de l'existence de cette procédure et surtout de son objet précis. Cette tentative serait probablement vaine en raison d'une part, du secret de l'instruction des procédures du SFO et d'autre part, de l'absence de participation directe aux actes de l'enquête par la partie qui souhaiterait s'en prévaloir. Il serait par exemple impossible d'appeler dans le cadre de la procédure arbitrale un témoin de fait ou même à titre de témoin expert, un agent du SFO en charge de l'enquête.

ii. Le rôle de l'arbitre

1. Les pouvoirs d'enquête: De manière générale, il ne fait aucun doute que l'arbitre a la possibilité de d'ordonner spontanément aux parties la production de preuve. Selon l'article 3(10) des Règles IBA :

À tout moment avant la fin de l'arbitrage, le Tribunal Arbitral peut (i) demander à toute Partie de produire des Documents, (ii) demander à toute Partie de faire de son mieux pour prendre, ou (iii) prendre lui-même, toute mesure qu'il estime appropriée pour obtenir des Documents détenus par toute personne ou organisation (...)⁸⁵

⁸³ en ligne : SFO/Publications/Guidance, policy and protocols <www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/>.

⁸⁴ en ligne : SFO/Our cases <www.sfo.gov.uk/our-cases/>.

⁸⁵ International Bar Association, *Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international*, (2010) [Règles IBA].

Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI contient une provision similaire dans l'article 27(3) selon lequel : « À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet »⁸⁶. Les règlements d'institutions arbitrales confirment cette possibilité, c'est le cas de l'article 25(5) du Règlement de la CCI selon lequel « À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des éléments de preuve supplémentaires »⁸⁷ ou encore le Règlement LCIA : « to order any party to make any documents, goods, samples, property, site or thing under its control available for inspection by the Arbitral Tribunal, any other party, any expert to such party and any expert to the Tribunal »⁸⁸.

Néanmoins, l'arbitre n'est pas un juge étatique, notamment en ce qu'il tire son pouvoir de juger du contrat qui le lie avec les parties. Il serait alors tentant de nier la capacité d'investigation *sua sponte* de l'arbitre concernant des actes de corruption lorsque les parties n'ont pas souhaité soumettre à son appréciation de tels actes. Plusieurs auteurs balayent cette objection. C'est le cas de Alan Redfern et Martin Hunter selon lesquels lorsque le tribunal est « abusé dans un but criminel »⁸⁹, il doit soulever ces issues avec les parties et mener une enquête au besoin. D'autres y voient même là une obligation de l'arbitre quitte à outrepasser le mandat qui leur est confié⁹⁰. Ces positions font sens si l'on considère que outre l'obligation de respecter le mandat qui lui a été confié par les parties, pèse aussi sur l'arbitre l'obligation de rendre une sentence valide qui pourrait être exécutée et respectueuse des principes d'ordre public applicables en l'espèce⁹¹.

Il n'en reste pas moins que l'arbitre n'a ni les moyens d'enquête ni la mission d'un procureur. Il devrait ainsi éviter l'écueil inverse qui consisterait à diligenter des enquêtes fondées sur le plus infime des soupçons de corruption. Cet encadrement a été bien résumé par Alexis Mourre en ces termes :

Arbitrators should act with great caution when introducing in the arbitral debate elements, which were not included in the parties' submissions. Although there is no doubt that arbitrators should be sensitive to states' legitimate interests, they should not turn themselves into investigators, policemen or prosecutors. As opposed to state judges, the primary role of an arbitrator is to enforce the contract, and not to defend public policy. It is submitted, as a consequence, that an arbitrator has no duty to investigate possible breaches of criminal law of which there is no evidence at all and which were not raised by the parties in their submissions⁹².

2. La collaboration avec le SFO : D'emblée, il convient de préciser que la seule objection à la communication au SFO par l'arbitre d'actes répréhensibles au titre du UKBA est l'obligation de respecter la confidentialité de la procédure arbitrale, le cas échéant. Ainsi, la question qui nous préoccupe n'est pas tant de savoir si l'arbitre peut ou non alerter le SFO de tels faits mais bien s'il existe une obligation de communication de ces faits au SFO.

⁸⁶ Règlement CNUDCI, *supra* note 64, art 27(3).

⁸⁷ CCI, Cour internationale d'arbitrage, *Règlement d'arbitrage* (2012), art 25(5) [*Règlement CCI*].

⁸⁸ London Court of International Arbitration, *Arbitration Rules* (1998), art 22(1)(d).

⁸⁹ Redfern & Hunter, *supra* note 29, à 5.82.

⁹⁰ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2e éd, New York, Kluwer Law International, 2014, aux pp 1962–65.

⁹¹ Paul Friedland, « Fact-Finding by International Arbitrators – The Issue of Sua Sponte Calls for Evidence », ASA Conference, février 2015 à la p 4.

⁹² Alexis Mourre, «Part II Substantive Rules on Arbitrability, Chapter 11-Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal» dans Loukas A. Mistelis & Stavros L. Brekoulakis, ed, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009 à la 229.

Ce devoir d'information trouverait son origine que dans les législations nationales applicables à la procédure arbitrale⁹³. Dans cette hypothèse, ce devoir d'information prime sur l'obligation implicite de confidentialité⁹⁴. C'est ainsi que la loi du siège de l'arbitrage établit les droits et devoirs de l'arbitre, et par conséquent, le potentiel devoir de reporter des actes de corruption aux autorités étatiques⁹⁵. À tout le moins, deux raisons justifient que les arbitres respectent les prescriptions de la *lex arbitri* à ce sujet. D'une part, afin d'éviter le risque d'annulation de la sentence par les tribunaux étatiques du siège et d'autre part, afin de respecter la volonté des parties qui, en choisissant le siège, ont *a priori* aussi décidé de se soumettre au régime légal en vigueur dans l'État dudit siège⁹⁶.

Ceci étant posé, force est de constater qu'il n'existerait aucune législation nationale imposant clairement et spécifiquement aux arbitres un devoir de report des actes de corruption aux autorités étatiques compétentes⁹⁷. Les exemples se rapprochant le plus d'un tel devoir sont à chercher dans les législations imposant de manière générale le report d'actes criminels, en particuliers les instruments législatifs visant à la lutte contre le blanchiment d'argent. Par exemple, en vertu de l'article 40 al 2 du Code de procédure pénale français :

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 relatifs⁹⁸.

Quand bien même le droit français serait applicable, ce texte ne pourrait contraindre l'arbitre à dénoncer des actes de corruption d'abord et avant tout car l'arbitre n'est ni une autorité constituée, ni un officier public ou un fonctionnaire. Ainsi, sa responsabilité pénale ne pourrait pas être recherchée sur ce fondement s'il décidait de ne pas communiquer aux autorités françaises les faits de corruption dont il aurait eu connaissance au cours de la procédure arbitrale.

En réalité, la question de l'obligation de reporter des actes de corruption pesant sur l'arbitre divise les commentateurs car elle soulève des problématiques autrement plus complexes telles que celle de la définition de l'arbitrage commercial international et du rôle des arbitres⁹⁹. Alors que pour certains, il ne fait aucun doute que les arbitres n'auront d'autre choix que de « prendre les devants dans les cas appropriés afin de correspondre avec les autorités compétentes tant la confidentialité et le caractère privé de la procédure devra s'effacer face à l'intérêt supérieur de la lutte contre la corruption »¹⁰⁰ [notre traduction]. Pour d'autres, en revanche, il existe des « objections d'ordre public » [notre traduction] à un tel devoir¹⁰¹.

Cette divergence d'opinion peut s'expliquer par les différences culturelles concernant le rôle du juge entre les traditions civilistes et celles de *Common Law* et l'analogie même inconsciente qui peut

⁹³ Bernardo Cremades and David Cairns, "Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud" dans Kristine Karsten et Andrew Berkeley, *Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud*, 65 ICC Institute of World Business Law, 2003 à la p 85 [Cremades].

⁹⁴ Hwang, *supra* note 56 à la p 48.

⁹⁵ S. Nadeau-Séguin, « Commercial Arbitration and Corrupt Practice: Should Arbitrators Be Bound By A Duty to Report » (2013) 10:3 TDM à la p 4 [Nadeau-Séguin].

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Art 40(2) C proc pén.

⁹⁹ Nadeau-Séguin, *supra* note 96 à la p 6.

¹⁰⁰ Arthur Marriott, "Corruption in Arbitration and Mediation Compared" (2006) 72:3 Arb (2006) à la p 234 [Marriott].

¹⁰¹ Cremades, *supra* note 94 à la p 84.

être faite entre juges et arbitres¹⁰². Alors que dans le système accusatoire, le juge ne serait qu'une figure passive, dans le système inquisitoire le juge porte la responsabilité de conduire le procès afin d'atteindre l'objectif ultime de recherche de la vérité. Ainsi, les arbitres issus d'États respectant le système inquisitoire pourraient avoir le sentiment qu'en leur qualité d'officiers de justice, ils ont la responsabilité de reporter des actes de corruption dont ils auraient eu connaissance afin de participer à l'objectif de sanction de la corruption que s'est fixé l'État en question. De plus, s'il est exact que les arbitres doivent d'abord assumer leurs obligations auprès des parties, ils ont aussi un rôle fonctionnel d'un point de vue systémique plus large¹⁰³.

L'analogie avec les juges étatiques trouve ses limites dès lors qu'il s'agit d'actes de corruption. En effet, les juges nationaux n'ont pas l'obligation de dénoncer des actes de corruption commis en dehors de leurs juridictions à des autorités étatiques étrangères en l'absence d'un traité le prévoyant. Il est alors délicat de faire supporter aux arbitres du commerce international une responsabilité qui ne pèse pas sur les juges étatiques. En définitive et en dépit des controverses doctrinales, nous retiendrons que la tendance vise à justifier le devoir de dénonciation des arbitres par le caractère d'ordre public qui caractérise la lutte contre la corruption¹⁰⁴.

Nous aurions donc pu légitimement nous attendre à ce que les rédacteurs du UKBA prévoient une telle obligation, or il n'en n'est rien. Le UKBA ne se démarque pas par une quelconque obligation de dénonciation pesant sur les arbitres lorsque cette loi trouverait à s'appliquer à un arbitrage. Il nous semble qu'il s'agit là d'une position sage car si la coopération entre arbitres et autorités étatiques de poursuite doit se renforcer aux fins de participer à la lutte mondiale contre la corruption dans le commerce international, l'arbitrage ne doit pas devenir le palliatif aux failles des systèmes de poursuites étatiques. Le filtre du contrôle de la sentence semble être un rempart efficace contre les rares sentences qui viseraient à avaliser un pacte de corruption. Dans le même temps, le système d'alerte du SFO quant à des potentiels actes de corruption répréhensibles sous l'empire du UKBA semble fonctionner sans le concours des arbitres. La confiance est un élément fondamental qui explique le succès incontesté de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits du commerce international. Imposer une obligation de dénonciation équivalente par exemple au devoir d'impartialité et d'indépendance reviendrait à briser la confiance que les acteurs du commerce international ont dans l'arbitrage. En fin de compte, cela pourrait conduire à un double effet négatif : le nombre d'arbitrages diminuerait, et avec lui, autant de chances d'évaluer les actes de corruption dans le commerce international. Laisser une certaine liberté de choix aux arbitres dans les limites du respect des règles d'ordre public semble alors être la voie la moins périlleuse à suivre.

CONCLUSION

Le UKBA, par son champ d'application matériel enrichi de nouvelles infractions et par son champ d'application territorial qui en fait une loi véritablement transnationale, a réussi le tour de force de modifier de manière substantielle le comportement des acteurs du commerce international. Les multinationales ont en effet adopté une attitude beaucoup plus vigilante en particulier à l'égard de leurs intermédiaires

¹⁰² Nadeau-Séguin, *supra note 96* à la p 9.

¹⁰³ *Ibid* à la p 10.

¹⁰⁴ Voir par ex Marriott, *supra note 101* à la p 234.

locaux. C'est précisément cette vigilance accrue, aboutissant parfois au gel des relations contractuelles avec ces consultants, qui engendre des procédures arbitrales à l'initiative de ces derniers. Les hypothèses d'interférences entre procédures arbitrales et procédures pénales fondées sur le UKBA surviennent donc lorsque des faits quasi-similaires et en tout état de cause liés, sont concernés par les deux procédures. Classiquement, dans le cadre d'une passation de marché public international, la multinationale attrait devant un tribunal arbitral par son consultant local aux fins d'obtenir le paiement des diligences effectuées par ce dernier, opposera à cette demande l'existence ou le risque de l'existence d'une enquête pénale fondée sur des soupçons d'actes de corruption imputables au consultant dans le cadre de ces marchés publics.

Ainsi, la procédure arbitrale relative au contrat d'intermédiation sera imprégnée de la procédure pénale fondée sur le UKBA, ce qui pourra avoir pour effet de modifier les pratiques arbitrales jusqu'alors connues. Il serait pour autant exagéré d'avancer que le UKBA a révolutionné la pratique arbitrale ayant trait aux actes de corruption. Par exemple, l'invocation d'une enquête du SFO ne saurait constituer un moyen de défense inédit et imparable dans le cadre de la procédure arbitrale. En revanche, l'invocation d'une poursuite pénale fondée sur l'infraction du défaut de prévention d'un acte de corruption par une personne morale permet de mettre en avant la possible commission d'actes de corruption par son adversaire tout en préservant sa réputation aux yeux de l'arbitre. Ceci peut être déterminant car la preuve d'actes de corruption commis par l'intermédiaire sans que le soumissionnaire n'en ait connaissance permettrait de rejeter les demandes du premier tout en faisant droit à celle du dernier.

A notre sens, les spécificités du UKBA ne devraient pas modifier les standards de preuves applicables et appliqués aux actes de corruption dans le cadre d'une procédure arbitrale. Si tel devait être le cas, il nous semble que faire peser sur la multinationale qui se prévaut d'actes de corruption à la charge de son intermédiaire, un standard plus élevé devrait être la solution. Ceci permettrait d'éviter que la multinationale qui a bénéficié des diligences de son intermédiaire en remportant des marchés publics échappe à ses obligations contractuelles de paiement de ces diligences. Au-delà de la différence de surface financière et économique entre ces multinationales et leurs intermédiaires, nous estimons que les premières avaient tous les moyens de découvrir les actes de corruption allégués de leurs intermédiaires et les dénoncer aux autorités compétentes.

En ce qui concerne l'investigation des actes de corruption, il est patent que l'arbitre n'a ni le mandat ni les moyens d'un organisme étatique de poursuite. En conséquence, il ne pourrait ni ne devrait se substituer au SFO dans l'enquête de faits de corruption susceptibles d'être sanctionnés par le UKBA. Sa mission est celle d'un juge privé du commerce international. La situation est bien différente lorsque l'arbitre soupçonne que la procédure arbitrale n'a d'autre objet que d'officialiser un pacte de corruption entre les parties. Dans cette hypothèse, il nous semble que l'arbitre à tous les moyens de diligenter une enquête *sua sponte* et d'en tirer les conséquences qui s'imposent.

Enfin, si une coopération plus étroite entre arbitres internationaux et autorités étatiques de poursuite des actes de corruption est souhaitable, il serait contre-productif de faire peser sur l'arbitre un devoir de dénonciation des actes de corruption dont il aurait connaissance dans le cadre de la procédure arbitrale. Outre les limites posées par la confidentialité du processus arbitral, imposer un devoir de dénonciation ébrécherait l'un des fondements de l'arbitrage commercial international : la confiance que ses usagers placent dans ce mode de résolution des litiges. Le risque serait de connaître une baisse du contentieux arbitral et paradoxalement autant d'occasion en moins de traiter de la problématique de la corruption dans le commerce international.

Le caractère relativement récent du UKBA laisse en suspens de nombreuses questions et les premières sentences se prononçant sur le caractère de loi de police du UKBA apporteront des éléments de réponse à ces problématiques. En tout état de cause, le UKBA aura soulevé de nombreuses problématiques nouvelles qui sont autant d'occasions de repenser le rôle de l'arbitre et de l'arbitrage commercial international dans la lutte contre la corruption au sein du commerce international.