



HAL
open science

L'arbitrage et la lutte contre la corruption

Nicolas Ligneul

► **To cite this version:**

Nicolas Ligneul. L'arbitrage et la lutte contre la corruption. Revue juridique de l'Océan Indien, 2017, 24, pp.65-74. hal-02550263

HAL Id: hal-02550263

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02550263>

Submitted on 22 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ARBITRAGE

L'arbitrage et la lutte contre la corruption

Me Nicolas LIGNEUL

Maître de conférences à la Faculté de droit de l'université Paris Est,

Avocat au barreau de Paris,

Praticien de l'arbitrage

La lutte contre la corruption et le développement de l'arbitrage constituent deux aspects majeurs de l'évolution du droit international économique moderne.

Au-delà des déclarations de principe, il est devenu nécessaire de reconnaître à la lutte contre la corruption une place plus opérationnelle. La situation de Madagascar en fournit un bon exemple. L'État malgache s'est lancé officiellement dans une lutte contre la corruption depuis 2004 au moyen d'un plan décennal. Les résultats de ce plan ont déçu, en particulier l'Organisation des Nations Unies. Les pouvoirs publics malgaches ont alors développé la lutte contre la corruption judiciaire. Notamment en améliorant la formation à la prévention de la corruption et l'échange de bonnes pratiques entre magistrats de l'ordre judiciaire. Il n'y a pas de raison de ne pas étendre cette formation à l'arbitrage.

Parallèlement, l'arbitrage commercial international s'est lui aussi développé parce qu'il répond à une nécessité pour les parties qui y voient un bon moyen de régler les litiges en dehors du cadre étatique, de façon professionnelle, confidentielle et rapide et parce qu'il correspond à une certaine idée de la fonction de juger.

Lorsque l'ordre public n'est pas en jeu, le monopole étatique de la fonction de juger ne se justifie pas. La paix sociale peut être maintenue par d'autres procédés de règlement alternatif des litiges. L'arbitrage permet alors de compléter « l'offre étatique » de règlement des litiges pour les justiciables. Le juge interne doit l'accepter d'autant plus volontiers qu'il ne perd pas tout contrôle sur le règlement des litiges en matière d'arbitrage. Il a parfois la possibilité d'être saisi lorsqu'exceptionnellement un appel est possible et il dispose de pouvoirs de contrôle limité de l'arbitrage au travers du recours en annulation ou de l'exequatur.

En réalité, si l'arbitrage en général et l'arbitrage commercial international en particulier se développent c'est parce qu'ils représentent des moyens opportuns et

efficaces de régler les litiges lorsque seul le règlement des intérêts privés est en cause. La place de l'arbitrage est devenue tellement prépondérante pour trancher les conflits en droit international des contrats, que la doctrine a été jusqu'à s'interroger depuis déjà quelques années sur la qualification de règlement alternatif des litiges.

Les deux institutions se développaient de façon autonome dans l'économie internationale. Il a donc bien fallu qu'elles se rencontrent !

Elles forment désormais un drôle de couple.

L'arbitrage appréhende la lutte contre la corruption, dont il est devenu un instrument (I) alors que la lutte contre la corruption appréhende l'arbitrage dont elle est devenue une garantie (II).

I.- L'arbitrage, instrument de la lutte contre la corruption

Les progrès de la lutte contre la corruption internationale ont conduit à ce que les parties invoquent régulièrement l'annulation de contrats internationaux en arguant de faits de corruption. Il arrive donc qu'à l'occasion d'une instance arbitrale, les parties se reprochent des faits de corruption.

L'arbitrage devient alors un instrument de la lutte contre la corruption. La corruption peut en effet être invoquée devant la juridiction arbitrale et devant l'autorité chargée de la contrôler. L'arbitrage est donc un acteur de la lutte contre la corruption, tant du point de vue du rôle de l'arbitre (A) que de celui de l'autorité ou du juge en charge du contrôle du contentieux arbitral (B).

A.- L'arbitre, acteur de la lutte contre la corruption

Quelle que soit la forme de son intervention, l'arbitre est amené à examiner des contrats à propos desquels il est de plus en plus soutenu qu'ils permettent la participation à une opération de corruption internationale.

Or, les nombreux instruments internationaux de lutte contre la corruption rappellent régulièrement que cette lutte relève de l'ordre public international. L'état du droit a considérablement évolué ces dernières années. Jusqu'aux années 2010, le droit pénal et le droit fiscal d'importants systèmes juridiques révélaient de graves insuffisances quant à la lutte contre les pratiques de corruption. Par exemple, le droit français et le droit allemand permettaient la déductibilité fiscale des commissions versées à l'occasion d'opérations occultes du commerce international. De même, le droit pénal français n'incriminait pas la corruption d'agents publics étrangers. Les choses ont changé.

Le droit international a multiplié les instruments de lutte contre la corruption. Ils ont été adoptés dans le cadre du droit international général par des organisations internationales générales dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies¹ soit dans le cadre du Fonds monétaire international² ou de la Banque Mondiale³.

Ce dispositif a été complété par l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE)⁴, par le G20⁵ et par de nombreux dispositifs régionaux⁶ ou nationaux de lutte contre la corruption⁷.

¹ Ont ainsi été adoptés :

- la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale du 15 novembre 2000 mais surtout la convention des Nations Unies contre la corruption (convention de Mérida) du 31 octobre 2003 et l'office des Nations Unies contre le crime et la drogue chargé de les mettre en œuvre
- Le Pacte mondial des Nations Unies du 26 juillet 2000 (dont le principe n°10 prévoit la lutte contre la corruption sous toutes ses formes) et la commission sur le progrès (COP), instrument de soft law visant à certifier que les entreprises qui y adhèrent respectent des valeurs fondamentales contenues dans le pacte mondial.
- et la COP 21 (ensemble de principes complémentaires à ceux de la COP dont les principes 12, 13 et 14 prévoient la lutte contre la corruption).

² Le Fonds monétaire international (FMI) a adopté des codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques, en particulier dans le domaine de la transparence de la gouvernance économique, de la transparence des finances publiques ou du guide de la transparence pour la gestion des ressources naturelles.

³ La Banque mondiale a adopté des instruments de *soft law* analogues à ceux du FMI (codes de bonnes conduites et de bonnes pratiques de gouvernance).

⁴ L'OCDE a adopté la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales le 17 décembre 1997, des recommandations en 1996 (Cf. recommandation des 6 et 7 mai 1996 relative au financement de marchés internationaux et aux clauses anti-corruption), 2006 (Recommandation du Conseil du 14 décembre 2006 sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public) et 2009 (recommandation du Conseil du 25 mai 2009 portant interdiction de la déductibilité fiscale des pots-de-vin et recommandation du Conseil du 26 novembre 2009 renforçant le dispositif conventionnel de lutte contre la corruption) ainsi que des principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales qui ont été adoptés en outre par 12 pays non membres de l'OCDE.

⁵ Le G20 a adopté un plan anti-corruption en 2010 et a constitué un groupe de travail spécifique chargé de faciliter la lutte contre la corruption,

⁶ Par exemple, sur le continent européen, le conseil de l'Europe a adopté un arsenal conventionnel (une convention pénale adoptée le 27 janvier 1999 et complétée par un protocole additionnel du 15 mai 2003 et une convention civile du 4 novembre 1999) complété par des instruments de coopération (le GRECO, groupe d'Etat contre la corruption assure un suivi des conventions) ainsi qu'une recommandation sur les codes de conduite pour agents publics du 11 mai 2000).

L'Union européenne n'est pas en reste. Elle a adopté en particulier : la convention sur la Protection des Intérêts Financiers des communautés européennes (PIF) du 26 juillet 1995, la convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, une décision cadre n°2003/568/JAI du Conseil du 22 janvier 2003 relative à la lutte contre la corruption active et passive dans le secteur privé. Depuis 2014, les directives marchés publics prévoient l'exclusion des soumissionnaires et la résiliation des marchés publics en présence de corruption. Enfin, l'Union européenne a créé l'Office européen de Lutte Anti Fraude (l'OLAF) et des réseaux européens de lutte contre la corruption.

⁷ Par exemple, le droit américain, le droit anglais, le droit italien et le droit japonais prévoient l'application extraterritoriale de leurs lois anticorruption. Sans aller aussi loin, le droit français s'est engagé dans cette voie en organisant le statut juridique des lanceurs d'alerte (notamment par la loi n°

La reconnaissance de l'appartenance de la lutte contre la corruption à cet ordre public international a conduit, déjà depuis plusieurs années, à exclure l'arbitrabilité de la corruption. L'arbitre peut refuser de reconnaître l'exécution de la convention prévoyant la distribution de commissions illicites. En pareille hypothèse, il peut même annuler le contrat qui lui est déféré⁸. Il peut même arriver que l'arbitre se déclare incompétent en considérant que sa mission est contraire à l'impératif d'ordre public de lutte contre la corruption. L'inverse pourrait même conduire à le rendre complice de l'activité illicite... L'interprétation de l'ordre public de lutte contre la corruption a toutefois des contours différents en fonction des États. Certains vont ainsi jusqu'à interdire le recours à des intermédiaires pour la passation de marchés publics avec des ressortissants étrangers⁹ ou à en contrôler l'activité¹⁰.

Par ailleurs, le droit international a conduit à reconnaître un régime juridique d'annulation des contrats de « pots de vin » en droit de l'arbitrage. Le tribunal arbitral du CIRDI a même jugé que la corruption est une composante de l'ordre public de la plupart, pour ne pas dire tous les États concernés. Pour le tribunal arbitral, cela se justifie même si le secteur concerné ou l'État concerné connaît de fréquentes pratiques de corruption au point que la conclusion d'un contrat ne soit pratiquement pas possible sans corruption¹¹. Déjà en 2006, la décision du CIRDI faisait référence à la multiplication des instruments de lutte contre la corruption. Dix ans après cette décision, la lutte contre la corruption est encore plus ancrée dans le système juridique international au moins qu'elle est devenue une composante d'un ordre public encore plus universel, voire d'une règle de *jus cogens*... En tout état de cause, elle s'impose évidemment à l'arbitre. Par une sorte d'effet de contamination, elle va aussi s'imposer au juge chargé de contrôler ou d'assurer l'exécution de la sentence arbitrale.

B.- Le juge du contentieux de l'annulation ou de l'exécution de la sentence arbitrale, acteur de la lutte contre la corruption

Sauf si les parties y ont renoncé, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une action en annulation dans des cas limitativement énumérés. Le juge du contrôle du contentieux arbitral n'est alors pas un juge d'appel. Il n'est, en principe pas compétent pour connaître du fond du litige. Par exemple, l'article 52 de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre

2013-1117 du 6 décembre 2013 relative contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière) et en retenant la compétence du droit pénal français pour sanctionner la corruption des agents publics étrangers dès lors que l'entreprise qui en bénéficie est implantée sur le territoire français.

⁸ Cf. CA Paris 10 septembre 1993, citée in C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso, 2013, page 550.

⁹ C'est le cas, par exemple, de l'Algérie ou de la Chine.

¹⁰ C'est l'Etat du droit des Etats du golfe persique.

¹¹ CIRDI, 25 septembre 2006, aff. World Duty Free Company LTD, ARB/00/7

États et ressortissants d'autres États (CIRDI) prévoit une procédure d'annulation des sentences arbitrales pour l'un des motifs suivants : vice dans la constitution du tribunal, excès de pouvoir manifeste du tribunal, corruption d'un membre du tribunal, inobservation grave d'une règle fondamentale de la procédure ou défaut de motifs.

De même, le juge de l'exequatur dispose de compétences limitées et doit se borner à vérifier la compétence de l'arbitre, le respect de l'ordre public international et l'absence de fraude à la loi. Il n'est pas, en principe, un juge du fond de l'arbitrage et n'a donc ni la compétence d'un juge d'appel, ni celle d'un juge de cassation.

Ces principes reçoivent toutefois une inflexion en matière de lutte contre la corruption.

Ainsi, à l'occasion d'une instance en annulation de sentence arbitrale du CIRDI, le comité *ad hoc* laissait entendre que l'invocation de la corruption devant le juge de la validité de la sentence était susceptible d'être recevable au titre de l'ordre public international¹².

Le CIRDI considère donc que la corruption peut être invoquée à l'encontre non seulement du contrat qui la contient, mais aussi de la sentence qui a été rendue sur son fondement.

En l'espèce, la République arabe d'Égypte reproche au tribunal arbitral d'avoir excédé ses pouvoirs en permettant d'une part un conflit d'intérêts et, d'autre part, une opération de corruption. Ce que la demanderesse soutient, c'est que le contrat conclu entre Wena et un individu membre de l'administration égyptienne relevait du conflit d'intérêts et de la corruption. Dans un premier temps, la République arabe d'Égypte avait sollicité la mise en œuvre du droit égyptien devant le tribunal arbitral. Celui-ci ne lui ayant pas donné raison, la République arabe d'Égypte avait sollicité l'annulation de la sentence arbitrale qui n'avait, selon elle, pas appliqué le droit interne égyptien applicable au litige.

Le comité *ad hoc* ne déclare pas le moyen irrecevable. Il le rejette au motif que la République arabe d'Égypte ne rapporte pas la preuve de la corruption alléguée.

Ce mouvement a ensuite été amplifié sous la pression de la multiplication des instruments internationaux relatifs à la lutte contre la corruption.

Ainsi, plus récemment, en droit français, la cour d'appel de Paris a considéré en 2014 dans plusieurs espèces qu'en présence d'une allégation de corruption, le juge de l'annulation devait rechercher en fait et en droit si la

¹² Cf point n° 47 de la décision. Traduite et reproduite in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, pages 689 et suivantes (V° Wena / Egypte (annulation), décision du 5 février 2002).

corruption alléguée était établie¹³. Soucieuse de ne pas transformer l'instance d'annulation en appel de la sentence, la Cour de cassation a limité ce contrôle à la violation de l'ordre public international à condition que cette violation soit flagrante, effective et concrète¹⁴.

Or, la cour d'appel de Paris n'a pas infléchi sa jurisprudence. Au contraire, au moyen d'un revirement de sa propre jurisprudence¹⁵, elle s'est mise à appliquer une solution analogue à la procédure d'exequatur en considérant que lorsque des faits de corruption sont invoqués à l'occasion d'une instance en exequatur, la juridiction saisie doit rechercher tous les éléments en droit et en fait « *permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public* »¹⁶.

Parmi les composantes de l'ordre public international reconnu par le droit français, la place de la lutte contre la corruption est donc originale, puisqu'elle peut être invoquée comme moyen susceptible de justifier l'annulation de la sentence ou le refus de son exequatur.

L'explication de cette place particulière reconnue à la lutte contre la corruption divise la doctrine la plus autorisée. Certains considèrent que c'est la gravité du comportement qui justifie cette jurisprudence¹⁷. D'autres retiennent que c'est la notion même d'ordre public qui justifie la jurisprudence de la cour d'appel de Paris¹⁸. En conséquence, si la violation de l'ordre public est « effective et concrète », la sentence a violé l'ordre public et mérite elle-même d'être annulée, alors que lorsque c'est seulement le contrat qui est contraire à l'ordre public, sans que la sentence ne le contrarie, l'annulation n'est pas encourue et l'exequatur ne doit pas être refusé.

Une autre explication pourrait être trouvée dans l'évolution du droit international de la lutte contre la corruption. En multipliant les instruments internationaux de lutte contre la corruption, le droit moderne a peut-être fait passer la lutte contre la corruption dans une catégorie spécifique de l'ordre public international. Cette catégorie spécifique est parfois qualifiée d'ordre public

¹³ Cf. T. CLAY « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », Dalloz, 2014 page 2541.

¹⁴ Cf. Cass Civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, aff. n° 10-17.076, *M. Schneider*, D. 2014. 490, et 1967, obs. S. BOLLÉE ; *Dalloz actualité*, 19 févr. 2014, obs. X. DELPECH ; *JCP* 2014. 474, note D. MOURALIS ; *Journ. Intern. Arb.* 2014. 585, note L.-C. DELANNOY ; *Rev. arb.* 2014. 389, note D. VIDAL ; *Procédures* 2014. 107, note L. WEILLER ; *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2014, p. 15, obs. D. BENSUAUDE.

¹⁵ CA Paris, Paris, 18 nov. 2004, citée in E. Loquin *RTD Com* 2005, page 263.

¹⁶ CA Paris, pôle 1, Ch. 1, 4 novembre 2014, *SAS MAN DIESEL et Turbo France / Société Al Maimana Trading General Company Ltd*, commenté in E. LOQUIN, « Le contrôle en fait et en droit par le juge de l'annulation de la sentence dont il est prétendu qu'elle donne effet à un contrat obtenu par corruption, *RTD com.* 2015, p. 67.

¹⁷ Cf. T. CLAY, *Arbitrage et mode alternatif de règlement des litiges*, Dalloz 2014, page 2555.

¹⁸ Cf. E. LOQUIN, article précité à la *RTD Com* 2015

« transnational »¹⁹, « universel »²⁰, « réellement international »²¹ ou « véritablement international »²². Quelle qu'en soit l'explication, cette reconnaissance de la lutte contre la corruption comme un élément d'un ordre public international renforcé a comme conséquence de l'abstraire des contingences de l'ordre public des États pour la faire entrer dans les principes « les principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard aux liens du litige avec un pays déterminé »²³.

À la lumière de cette dernière interprétation, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris pourrait se comprendre comme une reconnaissance de la lutte contre la corruption comme relevante d'un ordre public international universel s'imposant non seulement aux arbitres, mais aussi aux juges. Même si cette conception peut être critiquée, elle a le mérite de rendre compte de l'évolution du droit international dans le domaine de la lutte contre la corruption.

Toutefois, cette évolution ne se limite pas à transformer les arbitres et leurs juges en instruments de la lutte contre la corruption. Elle s'impose aussi à eux dans leur activité. Comme le juge, l'arbitre est aujourd'hui un objet de la lutte contre la corruption.

II.- L'arbitrage objet de la lutte contre la corruption

L'expérience montre que les arbitres sont exposés à la corruption. La lutte contre la corruption doit donc être mise en œuvre à l'occasion de la procédure arbitrale. Cette lutte suppose que la preuve de la corruption soit rapportée (A) pour que la sanction de la corruption puisse intervenir (B).

¹⁹ P. LALIVE « Ordre public transnational [ou réellement international] et arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 329 et (du même auteur) « Ordre public transnational et arbitrage », *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, new instruments of private international law, nouveaux instruments de droit international privé*, Liber fausto Pocar, Giuffrè Editore, p. 599.

²⁰ L'expression a été retenue par le tribunal fédéral suisse le 19 avril 1994 dans l'affaire *Emirats arabes Unis / Westland Helicopters* (citée in E. GAILLARD, *L'ordre juridique arbitral*, *Mc Gill Law Journal*, 2010 (vol. 55), p. 903.

²¹ Cf. (entre autres) A. S. El Kosheri et P. Leboulanger « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Revue de l'arbitrage*, 1984, page 3 ou I. Fadlallah, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *RCADI*, Tome 371, (1994).

²² Cf. C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso, 2013, p. 896.

²³ L'expression n'est pas sans liens avec la définition des principes généraux comme source du droit par l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice, voire au droit naturel.

A.- Les difficultés de la preuve de la corruption intervenue à l'occasion d'un arbitrage

Les hypothèses avérées de corruption d'arbitres sont extrêmement rares²⁴. Cela peut s'expliquer par deux paramètres opposés. Les mécanismes de prévention de la corruption sont efficaces, les hypothèses de corruption des arbitres sont donc rares. En outre, la corruption est très difficile à établir. Cela permet donc à des comportements illicites d'échapper à la sanction.

Pour établir qu'un arbitre est corrompu, il faut établir qu'il s'est vu proposer un avantage pour favoriser l'une des parties à l'arbitrage ou qu'il a sollicité cet arbitrage. Cette preuve est très difficile à rapporter : les formes de la corruption sont très variées. De nombreux contrats peuvent être utilisés pour la cacher (contrat de commission, d'agence, de courtage, de conseil...). Il est donc souvent difficile d'établir l'existence d'une opération de corruption ou d'un contrat de « pots-de-vin ».

Or, les arbitres ont une obligation d'indépendance et d'impartialité. Ils doivent se montrer dignes de la confiance qui leur est témoignée par les parties. L'indépendance et l'impartialité reconnues à l'arbitre ont un caractère absolu. Évidemment, dans l'hypothèse où l'arbitre serait corrompu, il ne serait ni indépendant, ni impartial. Au surplus, le principe fondamental d'égalité des parties à l'occasion de l'instance arbitrale serait bafoué.

Le droit de l'arbitrage prévoit deux moyens d'assurer l'efficacité de ces obligations : l'obligation de révélation et le recours en annulation contre la sentence arbitrale.

À le supposer corrompu, l'arbitre aurait un jugement qui serait au moins susceptible de dépendance et de partialité à l'égard de celui qui l'a corrompu. Le fait de corruption étant susceptible d'affecter le jugement de l'arbitre devrait donc être déclaré aux parties dès la constitution de la juridiction arbitrale. Il est en revanche évidemment illusoire d'imaginer qu'un arbitre déclare qu'il est corrompu. De même s'il s'avère *a posteriori* que l'arbitre a été corrompu, l'annulation de la sentence ne sera probablement pas prononcée pour violation de l'obligation de révélation.

La violation de l'obligation de révélation n'est, pourtant pas dépourvue d'intérêt pour établir la corruption. Elle peut prendre de nombreuses formes et intervenir dans des contextes très variables. Dans certaines hypothèses, l'obligation de révélation de l'arbitre peut révéler un contexte révélant une limite à son indépendance ou des risques d'impartialité. Même si la victime n'arrive pas prouver l'existence de faits de corruption, la violation de l'obligation de révélation sera alors un instrument efficace pour faire annuler la sentence.

²⁴ Sur cette question, voir T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, Dalloz, 2001, p. 712 et suivantes.

De même, l'existence d'une inégalité de traitement entre les parties, une absence d'indépendance, une absence d'impartialité de l'arbitre ou une violation grave des droits de la défense qui sont les conséquences de la corruption, pourraient suffire à faire annuler la sentence, même si les faits de corruption ne sont pas établis dans tous leurs aspects.

En revanche, si la corruption est établie, c'est sur le fondement de la violation de l'ordre public que la sentence pourra être annulée. Il faudra alors prouver le fait matériel de corruption, qui constitue une violation de l'ordre public international. Les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'égard de l'arbitre seront alors plus importantes.

B.- La sanction de la corruption intervenue à l'occasion d'un arbitrage

La corruption intervenue à l'occasion d'une procédure arbitrale peut donner lieu à des sanctions pénales ou civiles.

En pratique, jusqu'à une époque récente, le risque de sanction pénale était très réduit pour la corruption commise à l'occasion d'un arbitrage international. Souvent seuls les juges étaient cités par les textes d'incrimination. Les arbitres et les experts ne pouvaient donc pas être poursuivis, faute d'élément légal. Au surplus, l'application de la loi pénale était le plus souvent écartée pour la corruption d'agents étrangers, en raison de leur fort rattachement à l'État dont ils étaient ressortissants.

La situation s'est inversée.

D'une part de nombreux États reconnaissent une application extraterritoriale des lois anticorruptions. Or ces textes ont une très large portée. Ils permettent donc de condamner des arbitres, dans des hypothèses où des faits de corruption seraient établis.

Par exemple, le droit américain, au travers des lois Sarbanes Oxley²⁵ complétées en particulier par le *Dodd-Frank Act*²⁶, le droit anglais²⁷, le droit japonais²⁸ ou le droit italien²⁹ appliquent des sanctions aux pratiques de corruption par les arbitres. Dans ces premiers cas, c'est le caractère général des sanctions de la corruption qui rejaillit sur la responsabilité pénale de l'arbitre.

Les autres États occidentaux n'ont pas retenu d'application extraterritoriale de leur droit. Ils ont toutefois été incités par l'OCDE pour modifier les textes d'incriminations liées à la corruption ou au trafic d'influence pour définir des

²⁵ Du 31 juillet 2002.

²⁶ Du 21 juillet 2010.

²⁷ Cf *UK Bribery Act* en date du 8 avril 2010

²⁸ Cf *Financial Instrument and Exchange Act* souvent qualifié de Japanese SOX, du 6 juin 2006.

²⁹ Loi n° 190 du 6 novembre 2012.

infractions spécifiquement appliquées aux arbitres. Ainsi, le droit français a par exemple incriminé comme acte de corruption passive le fait, notamment pour tout arbitre de solliciter ou d'agréer sans droit à tout moment directement ou indirectement des offres, promesses ou avantages quelconques pour lui-même ou pour autrui, en vue de l'accomplissement ou de l'abstention d'un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction³⁰. De même, la corruption active est elle aussi incriminée par le droit français lorsqu'elle vise un arbitre. Elle concerne le fait pour toute personne de solliciter ou céder, pour lui-même ou pour autrui, des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques pour que cette personne accomplisse ou s'abstienne d'accomplir des actes permis ou facilités par sa fonction³¹.

À titre complémentaire, le droit pénal français incrimine le trafic d'influence international en particulier lorsqu'il est commis à l'encontre d'un arbitre. Le trafic d'influence passif est constitué par le fait de solliciter ou d'agréer à tout moment des offres des promesses, des présents, des dons ou des avantages quelconques pour abuser ou avoir abusé de l'influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir une décision favorable. Quant au trafic d'influence actif, il est constitué par l'acceptation par une personne d'offres, promesses, présents ou avantages quelconques en vue d'abuser de son influence réelle ou supposée afin d'obtenir une décision de justice favorable³².

Outre les sanctions pénales, le droit de l'arbitrage n'exclut pas que des sanctions civiles puissent être prononcées pour des faits de corruption.

Dans l'hypothèse où l'infraction pénale est établie et poursuivie, la qualité d'arbitre ne permet aucune immunité. La responsabilité civile de l'arbitre peut donc être engagée pour des faits de corruption. Elle peut même l'être si la corruption n'est pas établie dès lors qu'un défaut d'indépendance ou d'impartialité est révélé. En dehors de ces hypothèses, elle ne peut pas être engagée. Les arbitres disposent, en effet d'une immunité pour leur activité juridictionnelle. Cette immunité est le gage de leur indépendance. Elle est d'autant plus légitime que, sauf dans des cas très exceptionnels, ils ne sont pas corrompus !

³⁰ Article 435-7 du code pénal.

³¹ Cf. article 435-9 du code pénal

³² Article 435-8 du code pénal.