

IX.

LA CONVIVIALITÉ: LA LOYAUTÉ DES DÉBATS / L'ABUS  
DE PROCÉDURE / LES TEMPS ET CONTRETEMPS DE L'INSTANCE  
ARBITRALE / LES POUVOIRS DE L'ARBITRE FACE AU COMPORTEMENT  
INADÉQUAT D'UNE PARTIE OU DE SON CONSEIL

DE GEBRUIKSVRIENDELIJKHEID: DE EERLIJKHEID VAN  
DE DEBATTEN / HET PROCEDUREMISBRUIK / DE MEEVALLERS  
EN TEGENVALLERS VAN DE ARBITRALE BEHANDELING. / DE  
BEVOEGDHEDEN VAN DE ARBITER TEGENOVER HET ONGEPAST  
GEDRAG VAN EEN PARTIJ OF VAN HAAR RAADSMAN

Auteur de base / Basisauteur  
Benoît KOHL

Répondant / Respondent  
Piet TAEJMAN

Concluant / Concludent  
Marcel STORME

AUTEUR DE BASE  
BASISAUTEUR

Benoit KOHL

LA LOYAUTÉ DANS LES PROCÉDURES ARBITRALES

Benoît KOHL

Co-Président du CEPANI 40

Professeur à l'Université de Liège

Professeur invité à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Avocat au Barreau de Bruxelles

1. Dans une contribution rédigée à l'occasion du 50<sup>e</sup> anniversaire de la Commission Royale Droit et Vie des Affaires (C.R.D.V.A.), G. Keutgen identifiait les espaces de liberté dont disposent les parties dans le règlement des litiges par la voie de l'arbitrage. Cette liberté se manifeste notamment dans le cadre de la procédure arbitrale elle-même puisque, « [...] sous réserve du respect d'un certain nombre de garanties procédurales fondamentales, les parties peuvent arrêter comme elles l'entendent les règles de la procédure arbitrale »<sup>1090</sup>.

2. Si la plupart des législations en matière d'arbitrage, mais également des règlements de procédure des institutions nationales et internationales d'arbitrage reconnaissent aux arbitres un large pouvoir discrétionnaire pour la fixation de la manière selon laquelle l'arbitrage sera conduit, ce pouvoir s'exerce toujours sous réserve de l'accord des parties ainsi que des dispositions d'ordre public du droit applicable à la procédure arbitrale<sup>1091</sup>.

Cette liberté dont disposent, d'abord les parties, ensuite le tribunal arbitral est notamment énoncée à l'article 19 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international : « (1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral. (2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite ».

Les règles de procédures peuvent être convenues par les parties dans la convention d'arbitrage ou ultérieurement, par exemple dans l'acte de mission ou dans une ordonnance de procédure établie au moment où le tribunal arbitral est mis en place ou peu après l'installation du tribunal.

3. Si les parties disposent certes d'une large liberté à cet effet, l'usage qu'elles font de cette liberté pose parfois question. Cette interrogation

<sup>1090</sup> G. KEUTGEN, « Espaces de liberté dans le règlement des litiges. L'arbitrage, paradigme de l'autonomie de la volonté », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, coll. C.R.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 313.

<sup>1091</sup> Voy. H.M. HOLZMANN : « Planning efficient arbitration proceedings : the accomplishment of working Group 1 of the 1994 ICCA Vienna Congress », in A.J. VANDEMERE (éd.), *Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration*, ICCA Congress series n° 7 (1994), La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 13.

mérite que l'on s'y attarde quelque peu. De multiples perturbations émanent de l'une ou l'autre des parties – ou de toutes les parties – peuvent en effet ralentir voire, dans certains cas, bloquer la procédure arbitrale. Si aucun grief ne peut être fait à une partie ou à son conseil lorsque le comportement perturbateur est dicté par le nécessaire respect des droits de la défense, les parties méritent bien moins de considération lorsque leur comportement procède uniquement de la mauvaise foi ou présente un caractère illicite.

En effet, si l'arbitrage se caractérise par sa souplesse et par les espaces de liberté dont disposent assurément les parties, l'on pressent déjà qu'en cette matière comme en toute autre, « les abus de liberté tuent toujours la liberté »<sup>1082</sup>. Au risque de priver l'arbitrage de son efficacité, les arbitres et les institutions nationales et internationales d'arbitrage se doivent de réagir face aux comportements qui méprisent l'exigence de loyauté<sup>1083</sup>.

Les moyens d'actions des arbitres confrontés à de tels comportements constituent le sujet de la présente contribution. Il convient toutefois auparavant de s'interroger sur le concept même de « loyauté » dans la procédure arbitrale.

#### 1. – EXISTENCE D'UN PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE ?

4. La loyauté dans la procédure arbitrale constitue d'abord un principe relevant de l'ordre moral. « Faite de droits et d'obligations, [la loyauté] est un facteur de cohésion et d'harmonie sociale. Si le concept moral de loyauté a un caractère universel, chacun en appréciera la portée au niveau de sa conscience en vue d'assurer la perfection de son être et l'épanouissement de sa personne »<sup>1084</sup>.

5. Au-delà de sa vocation morale, la loyauté trouve de multiples expressions dans le domaine du droit. L'une de celles-ci consiste, en droit des obligations et des contrats, dans la notion de bonne foi dans la formation et l'exécution des conventions, consacrée à l'article 1134 du Code civil<sup>1085</sup>.

<sup>1082</sup> A. MADROIS, *Mémoires*, Paris, Flammarion, 1970.

<sup>1083</sup> L'exigence de loyauté constitue l'une des manifestations de l'éthique dans l'arbitrage. À ce propos, voy. récemment les actes du colloque de l'Association FRANÇAISE, sous la coordination de G. KEBURCAN, *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

<sup>1084</sup> E. CHERXHE, « La loyauté, concept moral ou juridique », in *Liber amicorum Henri-D. Esch*.

<sup>1085</sup> Sur le principe de bonne foi en droit des obligations et des contrats, voy. l'excellent thèse de doctorat de J.-F. ROMAN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

Ce détour par l'article 1134 du Code civil n'est pas sans conséquence en droit de l'arbitrage. En effet, au-delà des principes qui la gouvernent en application des dispositions de la sixième partie du Code judiciaire, la convention d'arbitrage – ou clause compromissoire – est une convention synallagmatique, soumise comme telle au droit des obligations et des contrats et, partant, à l'exigence de bonne foi énoncée à l'article 1134 du Code civil.

6. La question se pose dès lors si les parties à une convention d'arbitrage sont redevables l'une envers l'autre de devoirs particuliers, procédant de la bonne foi, en ce qui concerne la procédure arbitrale.

7. L'analyse de la jurisprudence laisse entrevoir une réponse affirmative.

Ainsi, comme le relèvent J.F. Poudret et S. Besson<sup>1086</sup>, le tribunal fédéral suisse a, dans un arrêt du 10 mai 1982, puisé dans une convention d'arbitrage l'existence d'un principe selon lequel les parties doivent agir de bonne foi dans le cadre de la procédure arbitrale. Le tribunal fédéral a précisé à cet égard que : « [...] l'un des buts de l'arbitrage est de permettre une solution rapide des litiges qui y sont soumis. Les parties qui compromettent sont dès lors tenues par les règles de la bonne foi d'éviter tout ce qui pourrait retarder sans nécessité absolue le déroulement normal de la procédure arbitrale. Il s'ensuit que les intérêts de la partie qui s'oppose à une demande de suspension doivent en principe l'emporter sur ceux du requérant, si ce dernier ne démontre avoir entrepris ce qui était en son pouvoir pour prévenir ou limiter les retards inhérents à sa démarche »<sup>1087</sup>.

De même, la House of Lords, dans sa décision de principe *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp.*, a confirmé que le devoir de coopération entre les parties quant à la conduite de l'arbitrage, en conformité aux règles d'arbitrage applicables, constituait un devoir implicite (« implied term ») de la convention d'arbitrage. La Cour expose ainsi : « *The obligation is, in my view, mutual : it obliges each party to cooperate with the other in taking appropriate steps to keep the procedure in the arbitration moving, whether it happens to be the Claimant or the Respondent in the particular dispute [...]. It is, in my view, a necessary implication from their having agreed that the arbitrator*

<sup>1086</sup> J. F. POUURET et S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., Londen, Sweet & Maxwell, 2007, p. 320, n° 375.

<sup>1087</sup> Arrêt de la première cour civile du 10 mai 1982 (*Edok S.A. et consorts c/ C. Hydromechanika S.A.R.L. et Espininos S.A.*), SGE, 108, p. 187 (consultable sur le site [www.beger.ch](http://www.beger.ch)).

*shall resolve their dispute that both parties, Respondent as well as Claimant, are under a mutual obligation to warn another to join in applying to the arbitrator for appropriate directions to put an end to the delay* »<sup>1009</sup>.

S. Plusieurs sentences arbitrales soulignent l'obligation pour les parties de se comporter de bonne foi dans le cadre de la procédure et de s'abstenir de manœuvres dilatoires<sup>1009</sup>. La doctrine partage également cette opinion<sup>1100</sup>.

9. Il résulte de ce qui précède que la loyauté joué assurément un rôle dans la procédure arbitrale, spécialement au travers du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, qui en constitue l'une de ses expressions<sup>1101</sup>.

Selon J.F. Poudret et S. Besson<sup>1102</sup>, l'étendue de cette obligation de bonne foi ne devrait toutefois pas être exagérée, la conclusion de la convention d'arbitrage ou l'insertion d'une clause compromissoire ne créant pas, en tant que telle, une relation particulière de confiance entre les parties. En d'autres termes, le simple fait que des parties soient liées par une convention d'arbitrage n'augmente pas, en soi, l'exigence de bonne foi applicable à toutes les parties dans les contrats du droit du commerce international et dans les procédures qui sont initiées en exécution de ceux-ci.

10. Il semble qu'une distinction puisse être faite entre deux types de comportements ou manœuvres accomplis au mépris de la loyauté entre les parties, à savoir, d'une part, les comportements dilatoires de l'une des parties, d'autre part, les agissements illicites ou frauduleux — qui peuvent aussi être dilatoires —. Ces deux types de comportements, ainsi que les différentes voies d'action pour y remédier, seront analysés brièvement dans les lignes qui suivent.

<sup>1009</sup> Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. [1981] A.C. p. 309, spéc. pp. 383 et 386.

<sup>1010</sup> Voy. par exemple : sentence dans l'affaire CCI n° 1434, J.D.I., 1978 p. 978 ; sentence particulière dans l'affaire CCI n° 2886, J.D.I., 1983 p. 914 (cette sentence énonce qu'il est bien établi par le droit de l'arbitrage international que les parties doivent : « [...] refrain from any action likely to widen or aggravate the dispute, or to complicate the task of the Tribunal or even to make it difficult, one way or another, the observance of the final arbitral award »).

<sup>1011</sup> Voy. entre autres G.B. Bonn, *International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2009, pp. 1005-1013 ; J.F. Poudret et S. Besson, op. cit., pp. 320-325, n° 375-376.

<sup>1012</sup> Voy. également en ce sens : J. LEVY-MONZELLE, « Dans le cadre de l'arbitrage, ces comportements déloyaux ont toutefois une connotation encore plus négative car ils révèlent non seulement un écart éthique mais, en plus, ils violent le principe d'exécution de bonne foi des conventions » (J. LEVY-MONZELLE, « L'éthique des parties », in G. KEUHOEN, *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 87).

<sup>1100</sup> Ibid.

2. — LES COMPORTEMENTS DILATOIRES

11. La rapidité constitue l'un des éléments contribuant à l'efficacité de l'arbitrage national et international. Les institutions d'arbitrage ne manquent jamais de le rappeler, notamment dans les courriers adressés aux arbitres désignés par ces institutions dès le début de la procédure.

Or, il n'est pas rare que l'une ou l'autre des parties, ou leurs conseils, usent de manœuvres dilatoires afin de retarder, tant que faire se peut, le déroulement de la procédure arbitrale, voire même de mener à l'arrêt de celle-ci, en décourageant par ces manœuvres l'autre partie de poursuivre la procédure ou, le cas échéant, en tentant d'amener celle-ci à conclure un accord transactionnel plus avantageux.

12. Ces manœuvres peuvent, par exemple, consister dans : le refus de procéder à la désignation des arbitres ; l'envoi au tribunal arbitral de mémoires non sollicités ou d'incidents de procédure ; le dépôt de requêtes aux fins d'obtenir la révision de certaines ordonnances de procédure ou le report des dates d'audiences ou de communication de mémoires ; le non-respect des ordonnances de procédure ; le défaut de se présenter à l'audience ; le refus de payer la provision sur les frais et honoraires d'arbitrage ; la contestation régulière de la nomination des arbitres ; l'introduction de procédures judiciaires devant les cours et tribunaux à l'encontre du tribunal arbitral ou de l'institution d'arbitrage...<sup>1103</sup>

De même, les arbitres sont régulièrement confrontés à des situations aussi simples que le retard dans la communication des mémoires ou des pièces ou la production de quantités de pièces inutiles. De tels agissements participent, certes à un moindre degré, à la même problématique.

14. Il n'est pas toujours évident d'apprécier si ces comportements participent au droit légitime de la défense de chacune des parties ou si, au contraire, ils témoignent d'un comportement déloyal de l'une des parties envers l'autre.

Ici également, le critère de la bonne foi paraît devoir s'imposer pour opérer le départ entre les différentes situations : « where a party is trying to avoid a fair and objective decision on the merits, where it seeks to prevent the establishment of facts through witness and documentary evidence, where it resists the orderly progress of the process ».

<sup>1103</sup> Pour une illustration plus complète, voy. W. PATER, « Derailment and delay tactics : some possible solutions », *Global Arb. Rev.*, 2003, vol. 3, n° 6, disponible sur <http://www.gobalarbtr.com/review.com/journal/article/15634/derailment-delay-tactics-possible-solutions/>.

*things and uses all available delay tactics to that end, then the limits of a proper use of procedural rights have been exceeded* » 1104.

Ces manœuvres doivent être combattues avec d'autant plus de vigueur lorsqu'elles émanent des conseils des parties, plus que des parties elles-mêmes ; par leurs attitudes et leur manque d'indépendance à l'égard de leurs clients, ces conseils porte atteinte à la dignité de la profession dans son ensemble. Ces comportements sont régulièrement stigmatisés. P. LALIVE écrit ainsi : « pareille attitude où se combinent manque d'indépendance et de courage, manque d'éthique et esprit de lucre, est encouragée par la concurrence accrue qui s'est développée dans le monde globalisé du commerce international, en particulier dans le secteur des services juridiques » 1105.

15. De manière générale, les manœuvres purement dilatoires peuvent être combattues avec un certain degré d'efficacité par le tribunal arbitral lui-même.

16. Ainsi, en ce qui concerne les objections soulevées par l'une des parties quant à la composition ou la compétence du tribunal arbitral (notamment en ce qui concerne le droit applicable au fond du litige ou à la procédure arbitrale, l'inapplicabilité de la clause arbitrale au différend soumis à l'arbitrage ou encore la non-validité du contrat contenant la clause compromissoire), le tribunal arbitral — ou l'institution d'arbitrage — disposera du pouvoir de traiter lui-même ces questions, et ce qu'elles cachent un comportement purement dilatoire ou qu'elles procèdent d'une contestation légitime de la compétence du tribunal arbitral (par exemple en cas de clause d'arbitrage pathologique).

Par exemple, lorsqu'une partie demeure en défaut de procéder à la nomination de son arbitre, bloquant ainsi la composition du tribunal arbitral, ou lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur l'identité de l'arbitre unique amené à trancher leur différend, les règlements de la plupart des institutions d'arbitrage nationales ou internationales prévoient généralement la possibilité pour celles-ci de pallier le défaut de la partie négligente, en procédant à la nomination de l'arbitre en lieu et place de celle-ci 1106. De même, le défaut de pro-

1104 *Ibid.*

1105 P. LALIVE, « Dévires arbitrales », *Bull. A.S.A.*, 2006/1, p. 5.

1106 Voy. par exemple l'article 9 (2), alinéa 2 du règlement d'arbitrage du CEPANI : « Faute d'accord entre les parties dans un délai d'un mois à partir de la notification de la demande d'arbitrage au défendeur ou dans tout autre délai accordé par le secrétariat, l'arbitre unique est nommé d'office par le Comité de désignation ou par le Président ». Voy. dans le même sens l'article 8(4) du règlement d'arbitrage de la CCI : « Si l'une des parties s'abstient, la nomination est faite par la Cour. Le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la

céder au paiement de l'avance sur les frais de l'arbitrage ne constitue souvent qu'un blocage temporaire de la procédure, l'autre partie étant fondée, dans ce cas, à suppléer à la carence du cocontractant en avançant pour elle les sommes nécessaires 1107. Quant aux objections formulées par une partie à propos de la compétence du tribunal arbitral, elles peuvent être directement tranchées par ce dernier, en application du principe « *compétence - compétence* » 1108.

17. Les manœuvres dilatoires qui apparaissent dans le cadre de l'instruction de la cause peuvent également être résolues par le tribunal arbitral lui-même.

Ainsi, il n'est pas rare que l'une des parties avance que les pièces faisant l'objet d'une demande de production de documents n'ont pu être retrouvées, que les témoins ne sont pas disponibles aux dates prévues pour leur audition ou que les lieux sont inaccessibles pour une visite de ceux-ci par le tribunal arbitral ou par l'expert désigné à cet effet. Afin d'éviter le recours à de telles manœuvres, les arbitres peuvent notamment décider, s'agissant des demandes de production de documents, de ne pas faire droit aux demandes des parties lorsque celles-ci sont rédigées de manière large ou que soit démontré le caractère pertinent des documents demandés au regard de la solution attendue au litige 1109. Plusieurs règlements de procédure des institutions d'arbitrage donnent ainsi aux arbitres un pouvoir discrétionnaire quand à

Cour, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre procédure, auquel cas la désignation est soumise à confirmation selon les dispositions de l'article 9. Si, à l'expiration du délai fixé par les parties ou imparté par la Cour, aucune désignation n'est intervenue, le troisième arbitre est nommé par la Cour ». Pour le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI (en vigueur au 1<sup>er</sup> décembre 2012), voy. la disposition similaire de l'article 12. Lorsque ces règlements d'arbitrage ne sont pas applicables en ce qui concerne la désignation de l'arbitre, les lois nationales d'arbitrage ne sont pas similaires. Voy. par exemple en Belgique l'article 1684 (2) du code judiciaire : « 1. Si la partie ou le tiers auquel a été faite la notification prévue à l'article 1683 n'a pas désigné, dans un délai d'un mois à partir de la notification, l'arbitre ou les arbitres qu'il lui appartenait de désigner, il est procédé à la nomination par le Président du Tribunal de première instance, statuant sur la requête présentée par la partie la plus diligente. 2. Si les parties sont convenues qu'il y aurait un arbitre unique et qu'elles ne l'ont pas désigné d'un commun accord dans un délai d'un mois à partir de la notification prévue à l'article 1683, il est procédé à sa nomination de la manière déterminée à l'article 1<sup>er</sup> ». Voy. à ce sujet G. KERVIN et G.-A. DAV., *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome I, *Le droit belge*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 243-248.

1107 Voy. p. ex. les règlements des institutions suivantes : CEPANI : article 26.3 ; CCI : article 30.3 (article 36.5 du nouveau règlement en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2012) ; LCIA : article 24.5 ; IAA : article 33.3 ; SCC : article 45.4 ; WIPO : article 70(6) ; TAS : article 104-2.

1108 Voy. par ex. E. GAILLARD et J. SAVAGE (éd.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer, *Law International*, 1999, pp. 384-401, n<sup>o</sup> 650-660 ; G.E. Bohn, *op. cit.*, pp. 851-1001.

1109 Ce faisant, l'arbitre contribue à réduire et à préciser l'objet de la demande de production de documents, ce qui donne moins de prise à la partie adverse pour soulever des objections entraînant un report dans la production de ceux-ci ; certaines demandes de production de documents peuvent en effet s'avérer très chronophages et coûteuses.

l'appréciation du caractère ou non pertinent pour la solution du litige des documents sollicités<sup>110</sup>.

En outre, à la condition que les parties en aient été préalablement informées, l'arbitre pourra, face au refus injustifié d'une partie de produire les documents demandés, en tirer toutes les conséquences nécessaires quant à la solution du litige. Cette sanction, connue sous le terme « *adverse inferences* », est largement reconnue en droit de l'arbitrage<sup>111</sup>, et expressément visée à l'article 9(6) des Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international : « Si une Partie, sans raison satisfaisante, ne fournit pas toute autre preuve pertinente demandée par une autre Partie, y compris un témoignage, alors que cette Partie ne s'est pas opposée à cette demande dans le délai imparti, ou ne fournit pas toute preuve, y compris un témoignage, dont la production a été ordonnée par le Tribunal Arbitral, le Tribunal Arbitral peut en déduire que cette preuve est contraire aux intérêts de cette Partie »<sup>112</sup>.

Lorsque les parties ne remettent pas à l'arbitre leurs mémoires ou leurs pièces dans les délais prévus à cet effet, l'une des sanctions efficaces consiste à prévoir dans l'acte de mission ou dans une ordonnance de procédure rendue au début du litige, que les arbitres pourront statuer sur la base des seuls documents et mémoires en leur possession<sup>113</sup>. L'absence injustifiée d'une partie lors de l'audience ne devrait pas non plus constituer un obstacle à la poursuite de l'arbitrage lorsque le règlement d'arbitrage ou les règles de procédure auront prévu que la procédure arbitrale peut se poursuivre en l'absence de l'une ou de l'autre des parties (à la condition que la par-

<sup>110</sup> Voy. p. ex. les règlements des institutions suivantes : LCIA : article 22.1 (c) ou (d) ; SCC : article 26 ; WIPO : article 45.

<sup>111</sup> Voy. par exemple, l'arrêt rendu en 1949 par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du District de Corfu : « Ces moyens de preuve indirects sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale » (*Corfu Channel (Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) (Merits)*, 9 avril 1949, *Recueil C.I.J.*, 1949, p. 18).

<sup>112</sup> Voy. entre autres J. K. SHARP, « Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence », *Arbitration International*, 2006, p. 549 et s. L'auteur conclut que cinq conditions doivent être rencontrées pour que l'arbitre puisse tirer de l'absence de production de documents des conclusions quant au fond, contrairement à la partie se refusant à produire les documents : (1) *the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought*; (2) *the requested evidence must be accessible to the inference opponent*; (3) *the inference sought must be reasonable, consistent with facts in the record and logically related to the prima facie evidence*; and (4) *the party seeking the adverse inference must produce sufficient evidence to show that the inference opponent must know, or have reason to know, of its obligation to produce evidence rebutting the adverse inference sought*.

<sup>113</sup> Voy. en ce sens E. GAULLEAU, « Law and Court Decisions in Civil Law Countries », in A.J. VAN DEN BERG (éd.), *Preventing Delay and Disruption of Arbitration. Effective Proceedings in Construction Cases*, ICCA Congress series, 1990, vol. 5, La Haye, Kluwer Law International, 1991, pp. 204-206.

tie en défaut ait été dûment informée de la date d'audience et qu'elle n'ait pas fourni de motif valable pour justifier de son absence)<sup>114</sup>. De même, le recours par l'une ou l'autre des parties aux cours et tribunaux afin de retarder le cours de la procédure arbitrale peut également être surmonté : d'une part, les arbitres disposent d'un très large pouvoir pour statuer eux-mêmes sur leur compétence ; d'autre part, certaines législations interdisent le recours aux tribunaux durant le cours de la procédure arbitrale<sup>115</sup>, tandis que d'autres, autorisant sans délai le recours, permettent toutefois à l'arbitrage de se poursuivre alors même que l'action est pendante devant les cours et tribunaux<sup>116</sup>.

18. Même lorsque le mal est fait et que la procédure a subi de nombreux retards en raison du comportement déloyal de l'une ou l'autre des parties, le tribunal arbitral dispose encore de quelques ressources propres.

Ainsi, le tribunal arbitral, rendant sa décision sur la répartition entre les parties des coûts de l'arbitrage, peut tenir compte à cette occasion du comportement déloyal de l'une des parties ou de ses conseils. Ainsi, selon A. Clarke, les arbitres devraient dans ce cadre « [...] take much more account of the conduct of the parties and their attorneys and, if used properly, would focus the parties' mind on the time and cost they have incurred at each stage [...] Applicants that are designated to stall progress, or contain unmeritorious or frivolous points, should be easy for arbitrators to identify and the time and cost incurred by the arbitrators and the parties in processing these should be for the account of the party making such an application »<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> Voy. p. ex. les règlements des institutions suivantes : ICC : article 21(2) (article 26.2 du nouveau règlement en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2012) ; CEPAN : article 17.4 ; SCC : article 30.2 ; AAA : article 29.2.

<sup>115</sup> Certains États permettent également d'adopter des sanctions à l'obligation négative des parties de ne pas soumettre leur différend devant les cours et tribunaux. Ces sanctions frappent également la partie qui ne respecterait pas une « *arbitral injunction* ». Ces moyens de pression permettent d'ailleurs de limiter le risque de voir la procédure arbitrale retardée par l'introduction de procédures judiciaires notwithstanding la présence d'une convention d'arbitrage liant les parties. La validité des « *arbitral injunctions* » au regard du Règlement européen 44/2001 (Règlement du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, n° L.012 du 16 janvier 2001, p. 1) est remise en cause depuis l'arrêt *West Tankers* rendu le 10 février 2009 par la Cour de Justice des Communautés Européennes (Affaire C-185/07, *Allianz SpA, arrondissement Tribunale Adriaica et Sicurtaria Spa c.a.*).

<sup>116</sup> Voy. à ce sujet H.M. HOLZMANN, « How to Prevent Delay and Disruption of Arbitration. Lessons of the 1980 ICCA Stockholm Congress », in A.J. VAN DEN BERG (éd.), *Preventing Delay and Disruption of Arbitration. Effective Proceedings in Construction Cases*, op. cit., p. 22.

<sup>117</sup> A. CLARKE, « Arbitrage international : sujets de préoccupation actuels des entreprises », in S. WILKIN, « Arbitration Guerrillas at the Gate. Preserving the Civility of Arbitral Proceed-



S'agissant plus particulièrement du comportement déloyal dans l'administration de la preuve, cette sanction pécunière est d'ailleurs expressément prévue à l'article 9(7) des Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international : « Si le Tribunal arbitral estime qu'une Partie n'a pas agi de bonne foi dans l'administration de la preuve, il peut, sans préjudice de toute autre mesure prise par les présentes Règles, tenir compte de ce manquement dans l'allocation des coûts de l'arbitrage, y compris pour ce qui concerne les coûts engagés relativement à l'administration de la preuve ».

D'aucuns prônent même, face au comportement déloyal de l'un des conseils des parties, de reconnaître aux arbitres le pouvoir d'imposer dans la sentence une sanction financière à l'encontre de ce conseil, à l'image de la pratique développée par les cours et tribunaux aux États-Unis<sup>1115</sup>.

19. Enfin, l'on n'oubliera pas l'existence, en matière procédurale, de la sanction de l'estoppel. Également inspiré par les obligations de loyauté et de bonne foi dans la procédure arbitrale, le principe de l'estoppel tend à la « moralisation des comportements processuels »<sup>1116</sup> et, en droit de l'arbitrage, permet à l'arbitre – ou au juge saisi d'une demande en exécution ou en annulation de la sentence – de combattre la déloyauté procédurale, lorsqu'une des parties adopte un changement de position de nature à induire en erreur sur ses intentions. Comme Jarrisson reconnaît ainsi aux arbitres un « devoir de réaction » : « Il s'agit ici d'exiger d'une partie mécontente du traitement qui lui est réservé, qu'elle le fasse valoir immédiatement au tribunal arbitral, afin qu'il puisse, éventuellement, rétablir l'équilibre au profit de la partie qui s'est sentie brimée. Faute de le faire immédiatement, il sera trop tard, elle sera considérée comme y ayant renoncé et l'on ne peut admettre qu'une partie « garde dans sa manche » ce grief pour une utilisation ultérieure si la sentence lui est défavorable »<sup>1117</sup>.

<sup>1115</sup> *When the Going Gets (Extremely) Tough*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2011, Vienne, Manz, 2011, p. 328 et réf. citées.

<sup>1116</sup> Voy. S. WILSECK, *op. cit.*, p. 329. L'auteur reconnaît toutefois la difficulté théorique de punir la sanction, dans la mesure où il conviendrait au préalable d'examiner si le conseil d'une partie peut être tenu personnellement pour les décisions rendues par un tribunal arbitral. Pour un exemple d'application d'une telle sanction aux États-Unis, voy. T. TOMLINSON, « Texas Firm to Pay for Frustrating Arbitration », *Global Arb. Rev.* (19 mars 2010), disponible sur <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/27934>.

<sup>1117</sup> H. MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn. L'internationalisation du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 303.

<sup>1118</sup> C. JARRISSON, « Note sous Paris, 19 mai 1998 », *Rev. arb.*, 1999, p. 621 ; voy. également ce sens L. CAHIER, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1998, p. 3 et s.

Le principe de l'estoppel est reconnu de longue date en droit anglo-saxon<sup>1118</sup> et en tant que principe du droit du commerce international<sup>1119</sup>.

Il se trouve notamment consacré à l'article 1.8 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ; il s'y énonce comme suit : « une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage ».

Ce principe a progressivement trouvé sa place en droit continental, et notamment en droit français<sup>1120</sup>. En 1999, la Cour de cassation de France commençait par reconnaître que « le demandeur n'est pas recevable à soutenir devant la Cour de cassation un moyen incompatible avec la position qu'il avait adoptée devant les juges du fond »<sup>1121</sup>, avant du 5 juillet 2005<sup>1122</sup> et du 27 février 2009<sup>1123</sup>. Ses conditions en ont été précisées (*à contrario*) dans un arrêt du 3 février 2010<sup>1124</sup> : l'estoppel suppose, d'une part, un changement de position en droit d'une partie et, d'autre part, la prise en considération de ce comportement procédural par l'autre partie de nature à l'induire en erreur sur ses intentions. L'estoppel – ou plus précisément l'une de ses multiples manifestations – a par ailleurs trouvé écho dans le Nouveau Code de procédure française, tel que modifié par le décret n° 2011-48 du 18 janvier 2011<sup>1125</sup> : aux termes de l'article 1466, « la partie qui, en connaissance de cause, et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Une règle similaire est inscrite à l'article 1704 (4) du Code judiciaire belge<sup>1126</sup>, ainsi qu'à l'article 4 de la loi-type de la CNUDCI<sup>1127</sup>.

<sup>1118</sup> Pour un aperçu de droit anglo-saxon, voy. Ph. FINSOLE, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *J.D.I.*, 1998, p. 905 et s.

<sup>1119</sup> Voy. entre autres E. GALLAND, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui : quelques sentences arbitrales récentes », *Rev. Arb.*, 1985, p. 241 et s.

<sup>1120</sup> Voy. à ce sujet récemment : J.-P. ANCEL, « L'éthique dans l'arbitrage vue par un juge », in G. KERROEN, *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 146-148.

<sup>1121</sup> En droit allemand et en droit espagnol, voy. E. AGOSTINI, « Estoppel : runderis à César », in note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 juillet 2005, *D.*, 2006, p. 1424 et s.

<sup>1122</sup> Cass. fr., 2<sup>e</sup> ch. civ., 8 avril 1999, *Gez. Pél.*, 2000, Somm., p. 2555.

<sup>1123</sup> Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 juillet 2005, *D.*, 2006, p. 2174.

<sup>1124</sup> Cette affaire fut rendu en assemblée plénière : Cass. fr., plén., 27 février 2009, *D.*, 2009, AJ, p. 723, note X. DELPECH, *Jur.*, p. 1345, note D. HOUYCIERFF.

<sup>1125</sup> *J.O.R.F.*, n° 0111 du 14 janvier 2011, p. 777, texte n° 9.

<sup>1126</sup> « Ne sont pas retenus comme causes d'annulation de la sentence les cas prévus à l'alinéa 2, lettres c), d) et f), lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les a pas alors invoqués ».

<sup>1127</sup> « Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condi-

## 3. — LES COMPORTEMENTS FRAUDEUX OU ILLICITES

20. Les comportements frauduleux ou illicites de l'une ou l'autre des parties à l'arbitrage peuvent adopter des formes diverses. M. de Boissesson distingue ainsi trois manifestations de la fraude dans l'arbitrage : « la première serait la fraude par l'arbitrage, lorsque les parties, ou l'une des parties, concluent une convention d'arbitrage qui, à l'analyse, se révèle être consécutive d'une fraude. La fraude dans l'arbitrage, quant à elle, est la série de manœuvres qui pervertit le sens et les conditions du déroulement de l'instance arbitrale. Enfin, la fraude, objet de l'arbitrage, évoque la situation classique dans laquelle l'arbitre, au cours de l'exercice de sa mission juridictionnelle, est amené à apprécier, pour trancher le litige, des actes ou des comportements susceptibles d'être qualifiés de fraudes, comme par exemple la corruption »<sup>1122</sup>.

La « fraude dans l'arbitrage » constitue, plus que les deux autres, l'expression d'un comportement déloyal dans le cadre de la procédure. Seul ce type de fraude sera dès lors examiné ci-dessous<sup>1123</sup>.

<sup>1122</sup> L'arbitre dispose des pouvoirs nécessaires pour sanctionner les actes constitutifs de fraude et qui sont soumis à son appréciation par la convention d'arbitrage (spécialement la corruption). L'arbitre ne peut en effet se déclarer incompétent « [...] au seul motif que des règles d'ordre public doivent être appliquées ou que la contractualité du comportement d'une partie à l'ordre public est invoquée » (D. MARVAY et J.F. MOREAU, « Les voies de recours contre les sentences arbitrales », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Liège, Ed. Formation permanente CUP, 2002, p. 287). L'arbitre dispose ainsi du pouvoir d'apprécier la licéité du contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité (voy. Paris, 29 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. INOY). Comme l'explique P. DE BOURNOUVILLE, « [...] puisque la sentence doit être conforme à l'ordre public pour être revêtu de l'autorité de la chose jugée, l'arbitre, dans les limites de la convention d'arbitrage, a le devoir d'appliquer les règles d'ordre public, sous le contrôle de la juridiction étatique ; le principe de « compétence — compétence » confirme donc le point de vue selon lequel moyennant le respect de ces règles, l'arbitre est en mesure de rendre une sentence protégée des intrus de la société » (P. DE BOURNOUVILLE, *L'Arbitrage*, coll. Répertoire Notarial, Bruxelles, Larocq, 2000, pp. 194-195, n° 247).

<sup>1123</sup> La Cour de cassation de France, dans l'affaire des *Pyramides*, décide ainsi que le contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots de vins est contraire à « [...] l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale » et, partant, est contraire à l'ordre public international (Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 janvier 1987, *Rev. arb.*, 1987, p. 469, note Ph. LEMOULANCAER, *J.D.I.*, 1987, p. 265, note B. GOLDMAN). D. BUREAU relève cependant que cette affirmation doit être relativisée, le principe du droit positif relevant au contraire un serment général de tolérance envers ces pratiques (D. BUREAU, « Note sous Paris, 30 septembre 1983 (Société Européenne Gaz Turbines S.A. v. Société Westman International Lech) », *Rev. arb.*, 1984, p. 374) ; voy. également en ce sens B. ORZEMET, « La paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *J.D.I.*, 1987, p. 5.

21. Lorsqu'elle se manifeste dans la procédure arbitrale, « [...] la fraude se traduit par une manipulation ou une manœuvre, qui intègre la procédure elle-même dans une stratégie de rapports de forces, assez éloignée de la recherche de la justice, laquelle devrait être le souci des parties et des arbitres »<sup>1124</sup>.

De telles manœuvres peuvent revêtir diverses formes. B. Hanotiau en relève quelques-unes : « [...] 1. l'exercice de pressions illégitimes sur le tribunal arbitral ou un des arbitres ou sur leur famille (en ce compris la tentative de corruption ou la menace d'atteinte à l'intégrité physique ou même les menaces de mort à un arbitre qui refuse d'être « acheté » ou les menaces de perte d'emploi) ; ou sur un témoin pour le convaincre de faire un faux témoignage<sup>1125</sup> ; 2. la soumission au tribunal arbitral de documents faux ou le fait de lui cacher délibérément l'existence de documents essentiels pour la solution du litige (en pré-tendant par exemple, après que la communication desdits documents a été ordonnée par le tribunal arbitral, qu'ils ont été détruits, alors que l'instruction ultérieure du litige prouvera le contraire) ; 3. un comportement scandaleux durant les audiences : insultes ou vociférations ou — fait réel — le port d'une arme par une partie pour tenter d'intimider le tribunal arbitral ; 4. la mise sous écoute de la salle d'audience de telle façon que les conversations entre les membres d'un team soient immédiatement portées à la connaissance des avocats de l'autre partie »<sup>1126</sup>.

Pareils comportements ou manœuvres sont, pour la plupart, commis en violation du droit pénal<sup>1127</sup>. S. Wilske n'hésite pas, lorsqu'ils causent ou menacent de causer un mal physique, à parler à ce sujet de « *arbitration Taliban methods* »<sup>1128</sup>.

<sup>1124</sup> M. DE BOISSESSON, *op. cit.*, p. 6.

<sup>1125</sup> Voy. également à ce sujet S. WILSKE, *op. cit.*, p. 313. L'auteur explique : « A particularly alarming example is if parties or even counsel try to pressure potentially antagonizing witnesses not to appear at evidentiary hearings. This pressure comes in all variations : from friendly reminder to the witness that his pension is currently paid by the party against whose interests he would need to testify and that testifying might be considered a violation of post-contractual duties, to the more robust warning not to return to his workplace if he decides to go to the witness hearing ».

<sup>1126</sup> B. HANOTIAU, « Quand l'arbitrage s'en va-t-en guerre : les perturbations par l'État de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 2003, p. 303.

<sup>1127</sup> Voy. par exemple récemment l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (Canada) dans l'affaire *Znamensky Selokation-Gibrdny Center LLC v. Donaldson International Livestock Ltd* (2010 ONCA 303) dans lequel la Cour refusa l'exécution de deux sentences arbitrales rendues en Russie contre une société canadienne, en raison des menaces de mort proférées contre un administrateur de celle-ci (voy. à ce sujet S. PERRY, « Pig Breeder Wins Appeal over Russian « Death Threats », *Global Arb. Rev.*, 12 mai 2010, disponible sur <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/283403> ; G.W. CHURUS et S. McLEACHMAN, « Court rules that alleged death threats evidence not precluded by issue estoppel », *International Law Office*, 24 juin 2010).

<sup>1128</sup> S. WILSKE, *op. cit.*, p. 518.

22. Face à de tels comportements illicites, différentes voies d'action sont envisageables. La plus efficace réside sans doute dans l'exercice judiciaire par le tribunal arbitral de ses propres prérogatives : « c'est dans une prise de position ferme de ce dernier — que ce soit par voie d'action, de commandement ou d'induction d'inférences négatives, selon les circonstances et les données particulières du cas d'espèce — que l'on va généralement trouver la solution la plus appropriée à l'urgence ou aux dangers que présente le cas d'espèce »<sup>1140</sup>.

Plusieurs initiatives peuvent être prises par le tribunal arbitral durant la procédure afin, tant que faire se peut, de mettre fin à ces comportements.

23. Ainsi, le tribunal arbitral auquel l'une des parties dénonce les actes illicites de l'autre ne devrait pas rester inactif et, au minimum, devrait en prendre acte de manière officielle et interroger cette dernière sur le contenu des allégations qui sont soulevées. Cette manière de procéder peut placer cette partie, ou son conseil, devant ses responsabilités et l'amener à reconsidérer son attitude.

Ce fut notamment le cas dans l'arbitrage CIRDI « *Libananco* »<sup>1141</sup>, dans lequel la partie demanderesse avait fait part au tribunal arbitral de ce que la partie défenderesse (la République de Turquie) avait intercepté des courriels confidentiels du conseil de la partie demanderesse, ce qui, selon cette dernière, rendait impossible la poursuite de la procédure arbitrale. Invité par le tribunal arbitral à s'expliquer, le conseil de la République de Turquie reconnut immédiatement qu'un tel comportement pouvait porter atteinte à l'éthique la profession et invita sa cliente à examiner sans tarder les allégations portées à son encontre<sup>1142</sup>. Peu de temps après, la République de Turquie reconnaitrait avoir eu accès aux courriels confidentiels.

Au-delà de la simple interpellation du conseil quant aux comportements de son client, le tribunal arbitral peut adopter, de manière plus formelle, des ordonnances de procédure ou des mesures provisoires

<sup>1140</sup> B. HANQUIN, *Op. cit.*, p. 509. L'auteur observe à cet égard que les lois nationales de procédure contiennent rarement des dispositions spécifiques concernant les agissements illicites et frauduleux pendant le cours de la procédure arbitrale : « la plupart du temps, elles n'abordent qu'indirectement la question, dans l'énoncé des motifs d'annulation ou de refus d'exécution. Les seules dispositions concernées dans les législations nationales relativement aux comportements illicites et abusifs concernent la recusal d'un arbitre pour manque d'impartialité ou d'indépendance ou la possibilité pour un tribunal de trancher lui-même un incident de faux en écriture ». Voy. à cet égard l'article 1056 § 5 du Code judiciaire belge.

<sup>1141</sup> *Libananco Holdings Co. Limited v. Turkey*, arbitrage CIRDI n° ARB/06/8 (disponible sur le site [icsid.worldbank.org](http://icsid.worldbank.org)).

<sup>1142</sup> Voy. la *Decision on Preliminary Issues* (rendue dans cette affaire le 23 juin 2008), § 74, citée par W. WILSKE, *op. cit.*, p. 323, note 31.

visant à combattre ceux-ci<sup>1143</sup> ou refuser les preuves apportées illégalement. L'article 9 des Règles de l'ITA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international précise ainsi que « Le Tribunal arbitral peut, à la demande d'une Partie ou d'office, exclure de la preuve tout témoignage, toute déclaration, tout Document ou toute constatation faite dans le cadre d'une inspection ou encore interdire leur production, pour l'une des raisons suivantes : [...] (g) existence de considérations d'économie de procédure, de proportionnalité, d'équité ou d'égalité des Parties que le Tribunal arbitral estime s'imposer avec une force particulière ».

Il est également possible, pour le tribunal arbitral, de tirer des « *adverse inferences* » lorsqu'une partie, après en avoir été dûment informée, persiste à adopter un comportement frauduleux ou illicite lors de l'administration de la preuve (s'agissant par exemple de la subordination de témoins)<sup>1144</sup>. Enfin, la possibilité pour un tribunal arbitral, par une sorte de « jugement sommaire », de faire droit aux prétentions de l'une des parties sans examiner les arguments et les dossiers des parties, et ce à titre de sanction du comportement illicite adopté par l'autre des parties, constitue une arme ultime, mais pose question,

<sup>1143</sup> Voy. par exemple les affaires CIRDI *Eurocor Cauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, n° ARB/05/22 (ordonnance de procédure rappelant l'exigence de loyauté, rendue suite à l'observation que les campagnes médiatiques adoptées par les deux parties ne pouvaient qu'aggraver leur différend) ; *City Oriente Limited v. Ecuador*, n° ARB/06/21 (mesures provisoires imposant à la défenderesse de s'abstenir de lancer des procédures à l'encontre des managers de la demandeuse visant au recouvrement de sommes relatives au différend fiscal faisant précisément l'objet de l'arbitrage) ; *EDF (Services) Limited v. Romania*, n° ARB/05/13 (mesures provisoires rappelant le respect de l'intégrité de la procédure arbitrale et prohibant toutes pressions sur les parties, témoins et experts, rendus après qu'une campagne de presse internationale ait été lancée faisant des liens entre le différend et la corruption existant en Roumanie) ; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplita v. Plurinational State of Bolivia*, n° ARB/06/2 (mesures provisoires imposant à la Bolivie de suspendre les poursuites pénales à l'encontre d'une certaine nombre des personnes présentant un lien direct avec le différend soumis au tribunal arbitral). Cette dernière décision démontre que si la Convention CIRDI et les traités bilatéraux ne peuvent empêcher l'introduction et la poursuite par un État souverain de procédures pénales, de telles poursuites peuvent porter atteinte à l'intégrité de la procédure arbitrale et, dès lors, l'État concerné peut faire l'objet de mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral. Comme l'explique le tribunal arbitral dans cette affaire *Quiborax*, « [...] although the Tribunal has every respect for Bolivia's sovereign right to prosecute crimes committed within its territory, the evidence in the record suggests that the criminal proceedings were initiated as a result of a corporate audit that targeted Claimants because they had initiated this arbitration » (décision du 28 février 2010 sur les mesures provisoires, § 121). L'effet de pareilles mesures provisoires nous paraît cependant fort relatif, le tribunal arbitral ne pouvant pas contraindre l'État à arrêter les poursuites pénales en cours. Sur les mesures provisoires en présence de comportements déloyaux, voy. également A. Koro, « Witness Intimidation, Tampering and Other Related Abuses of Process in Investment Arbitration : Possible Remedies Available to the Arbitral Tribunal », *Int. Arbitration*, 2010, vol. 26, n° 1, pp. 65-69.

<sup>1144</sup> Sur les « *adverse inferences* », voy. ci-dessus, n° 17. Voy. également en ce sens G.B. Born, *op. cit.*, p. 2315 : « An arbitral tribunal that detects fraud or perjury may take appropriate measures in its procedural decisions or final award against the parties responsible, such as drawing adverse inferences ».

dans la mesure où elle vient heurter le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense. Une telle sanction avait été sollicitée par le demandeur dans l'affaire *Libananco*<sup>1145</sup> : suite à la révocation de l'accès par la Turquie à la correspondance confidentielle, la partie demanderesse avait sollicité du Tribunal arbitral une décision immédiate en sa faveur sur le fondement de sa demande. Le tribunal arbitral se refusa toutefois à prendre pareilles « mesures exceptionnelles », en motivant sa décision au regard des circonstances particulières de l'affaire<sup>1146</sup>. Pareille sanction ne paraît toutefois plus totalement exclue ; elle est également défendue par plusieurs auteurs<sup>1147</sup>.

24. En présence d'un comportement illicite du conseil de l'une ou l'autre des parties, la doctrine considère habituellement, au-delà des sanctions que le tribunal arbitral peut adopter en présence de comportements dilatoires<sup>1148</sup>, que le pouvoir doit lui être reconnu d'exclure de l'arbitrage le conseil qui se rend coupable de tels agissements<sup>1149</sup>.

Bien entendu, ces sanctions – et notamment l'exclusion du conseil – n'empêchent pas que des actions disciplinaires ou pénales soient initiées à l'encontre de celui-ci. Ce fut ainsi le cas dans l'affaire *CIRDI Piero Foresti, Laura De Carli and others v. South Africa*<sup>1150</sup>, dans laquelle le conseil de l'Afrique du Sud s'était rendu coupable de tentative de corruption, proposant à l'une des parties demanderesse de transférer secrètement des sommes sur son compte bancaire personnel en échange de son intervention auprès de deux factions du gouvernement sud-africain en vue mettre fin à l'arbitrage par une transaction. Suite à la révélation du contenu de l'entretien téléphonique, une action disciplinaire avait initiée contre le conseil indélécat par le Barreau de Prétoria et de Johannesburg<sup>1151</sup>.

<sup>1145</sup> *Op. cit.*

<sup>1146</sup> Voy. sur cette décision, voy. X., « Libananco Tribunal Rules on Interception E-mails », *Global Arbitration Review*, vol. 3, n° 4, 2008, disponible sur <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/15812/libananco-tribunal-rules-intercepted-e-mails>.

<sup>1147</sup> Voy. dans ce sens A. KOLO, *op. cit.*, p. 84 ; S. WILSON, *op. cit.*, p. 323, note 52 ; B. HANOTIAU, « Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings », in A.J. VAN DEN BERG (éd.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Londres, Kluwer, 2002, p. 236.

<sup>1148</sup> Voy. ci-dessus, n° 15-19.

<sup>1149</sup> Voy. par exemple G.B. BORN, *op. cit.*, p. 2323 ; S. WILSON, *op. cit.*, pp. 325-326. Voy. par exemple les décisions rendues dans les arbitrages CIRDI *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. Republic of Slovenia*, n° AEB/05/24 (décision du 6 mai 2008 excluant la participation d'un conseil à la procédure arbitrale) et *Rompetrol Group N.V. v. Romania*, n° AEP/06/3 (décision du 14 janvier 2010 : confirmation du principe reconnu dans l'affaire *Hrvatska*, mais in casu décision du tribunal arbitral de ne pas exclure le conseil).

<sup>1150</sup> *Affaire Piero Foresti, Laura De Carli and others v. South Africa*, n° AEB/07/1.

<sup>1151</sup> Voy. T. TOULSON, « Penalty Recommended for Lawyer Accused of Bribery in IOSID Case », *Global Arb. Rev.* (30 avril 2010), disponible sur <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/25377>.

25. S'ils n'ont pas été redressés directement ou indirectement par le tribunal arbitral en cours de procédure – le cas échéant parce qu'ils ne sont parvenus à la connaissance de l'une des parties qu'une fois la sentence rendue –, les comportements illicites peuvent aussi constituer, dans la plupart des systèmes juridiques, le fondement d'une action en annulation de la sentence arbitrale.

26. L'article 34(2)(b) de loi-type de la CNUDCI permet ainsi l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public. Sont visées aussi bien les violations de l'ordre public procédural que les violations de l'ordre public à propos de questions relevant du fond du litige<sup>1152</sup>. Les législations nationales contiennent des dispositions similaires. Par exemple, le droit judiciaire belge prévoit, à côté de la règle générale contenue à l'article 1704 (2) (h) (contrariété à l'ordre public de la sentence)<sup>1153</sup>, des motifs d'annulation visant spécifiquement les comportements frauduleux ou illicites. L'article 1704 (3) du Code judiciaire énonce en effet que la sentence peut également être annulée : « a. si elle a été obtenue par la fraude ; b. si elle est fondée sur une preuve déclarée fautive par une décision judiciaire passée en force de chose jugée ou sur une preuve reconnue fautive ; c. si, depuis qu'elle a été rendue, il a été découvert un document ou un autre élément de preuve qui aurait eu une influence décisive sur la sentence et qui aurait été retenu par le fait de la partie adverse »<sup>1154</sup>. Au-delà de la contrariété à l'ordre public, la sentence pourra donc être annulée si elle a été obtenue par la fraude<sup>1155</sup>, ce qui, selon les travaux préparatoires du Code judiciaire, implique nécessairement un dol<sup>1156</sup>. En

<sup>1152</sup> Voy. J. F. FOURNIER et S. BASSON, *op. cit.*, p. 756, n° 316. Les auteurs relèvent que la question si l'article 34(2)(b) avait également vocation à s'appliquer à l'ordre public procédural fut débattue lors des travaux préparatoires de la loi-type : « in response to England's concern to remedy serious procedural injustices, it was confirmed that public policy included the fundamental procedural principles as well as the substantive issues ». Voy. également sur cette question A. REMYEN et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1<sup>er</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2004, p. 412, n° 9-19. Les auteurs confirment que « The travaux préparatoires of the Model Law made it clear that the public policy provision is intended to cover the possibility of setting aside an award if the arbitral tribunal has been corrupted in some way, or if it has been misled by corrupt evidence. This was considered necessary because doubts were raised as to whether the other provisions adequately covered all the circumstances in which awards might be set aside ».

<sup>1153</sup> Voy. à ce sujet en droit français, les articles 1492, 5<sup>o</sup> (arbitrage national) et 1620, 5<sup>o</sup> (arbitrage international) du Nouveau Code de Procédure civile ; en droit anglais, l'article 68(2) de l'*Arbitration Act 1996* ; ou encore l'article 190 de la loi suisse de droit international privé.

<sup>1154</sup> Voy. sur cette disposition entre autres D. MARINAY et J. F. MOREAU, *op. cit.*, pp. 302-304 ; G. KOURTOS et G.-A. DAL, *op. cit.*, pp. 484-485.

<sup>1155</sup> La nullité de la sentence peut notamment être prononcée lorsqu'elle se fonde sur de faux témoignages. Sur la sanction des preuves fausses un droit de l'arbitrage, voy. entre autres G.-A. DAL, *op. cit.*, pp. 302-304 ; D. MARINAY, « L'éthique des conseils », in G. KOURTOS, *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 68-70.

<sup>1156</sup> *Doc. parl.*, Chambers, 1970-1971, n° 588/1, pp. 26-27.

d'autres termes, la démonstration de la fraude nécessite la preuve des manœuvres qui auront été la cause déterminante de l'acte 1167.

En outre, la partie victime de la fraude pourra encore s'opposer à l'exécution de la sentence arbitrale lorsqu'elle viole l'ordre public international. En droit belge, l'article 1723 (2) du Code judiciaire précise par exemple que le juge refuse l'exécution : [...] (2°) si la sentence ou son exécution est contraire à l'ordre public [...] 1168.

Ces différentes dispositions constituent l'expression du principe général de droit « *fraus omnia corrumpit* », désormais bien ancré dans le système juridique belge 1169.

27. En sens inverse, une sanction efficace de la fraude peut consister à faire échec à l'action en annulation de la sentence introduite par l'initiateur de la fraude. Dans ce cas également, le principe « *fraus omnia corrumpit* » permet de soutenir la décision de rejet du juge étatique. Cette sanction fut notamment employée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Orri v. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* : la partie condamnée par le tribunal arbitral avait introduit un recours en annulation contre la sentence, au motif qu'elle n'était pas partie ni n'avait été valablement représentée à l'accord comprenant la clause compromissoire, de sorte que le tribunal arbitral aurait statué à son égard sans convention d'arbitrage. Par son arrêt du 11 janvier 1990, la Cour d'appel de Paris rejeta le recours, en établissant que « [...] ce n'est que par un subterfuge que le véritable contractant d'Elf s'est effacé pour laisser place à un comparse [...] (et) que cette manoeuvre est constitutive d'une fraude manifeste, destinée à occulter le véritable contractant qui est M. Orri personnellement » 1170. La fraude commise par le demandeur pour tenter, par une interposition de personne, d'échapper à l'arbitrage, ne lui permettait donc pas d'obtenir l'annulation de la sentence prononcée sur la base d'une convention d'arbitrage qu'il n'avait pourtant pas signée.

1167 Voy. D. MARIAT et J.-P. MOREAU, op. cit., p. 303 ; G. KEUROPEN et G.A. DAL, op. cit., p. 481. Lorsqu'elle est fondée sur l'article 1704, 3° du Code judiciaire, la demande en annulation de la sentence doit être intentée dans un délai de trois mois à partir de la découverte de la fraude, pour autant qu'un délai de cinq ans à compter du jour où la sentence a été notifiée aux parties, ne soit pas écoulé (article 1707, 3° du Code judiciaire belge).

1168 Voy. également l'article 31(1)(b) 2° de la loi-type de la CNUDCI, l'article 103(3) de l'Arbitration Act 1996 (Angleterre) ou l'article 1514 du Code français de procédure civile.

1169 Voy. à ce sujet récemment P. VAN OMSSELACHE, « Un principe général de droit : *fraus omnia corrumpit* », in *Liberal Arbitration. Paul Méronès. L'hommage dans la résolution des conflits*, Ugeux et réédité à Bruxelles, Larcier, 2007, p. 591 et s.

1170 Paris, 11 janvier 1990, *Écu. arb.*, 1992, p. 95, note E. COHEN, *J.D.I.*, 1991, p. 141, note B. AUBRY.

\* \* \*

28. En matière d'arbitrage, « *Time is of the essence* ». Les comportements purement dilatoires, au mépris des exigences de loyauté, doivent être fermement condamnés, à plus forte raison lorsqu'ils présentent un caractère frauduleux. Les arbitres ne sont à cet égard pas totalement démunis pour y mettre fin.

Toutefois, l'arbitrage ne doit pas non plus devenir « une course vers la résolution du litige ». Dès lors, comme l'observe A. Frecon, « *while efficiency must remain a priority of the arbitrator, it should not become an obsession. Some arbitration proceedings will take more time than others, whether or not the parties engage in delaying tactics* » 1171. Dès lors, ce n'est pas parce que l'arbitrage prend un temps plus long que la normale ou que l'une des parties adopte un train de sénateur afin de répondre à certaines requêtes, que l'arbitrage se déroule nécessairement de manière déloyale.

En d'autres termes, ce n'est qu'en présence d'objections motivées soulevées par une des parties quant au comportement déloyal, voire frauduleux, de l'autre, que l'arbitre prendra position. En effet, en droit de l'arbitrage comme ailleurs, « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver » 1172. Lorsqu'une telle preuve est rapportée, l'arbitre interrogera sans délai la partie dont le comportement est critiqué sur les causes du retard ou dudit comportement et, le cas échéant, entreprendra l'une ou l'autre des actions à sa disposition pour tenter d'y remédier.

1171 A. FRECON, « Delaying tactics in arbitration », *Dispute resolution journal*, Novembre 2004 - Janvier 2005, p. 9.

1172 Article 2263 du Code civil belge.