

**ARTICOLE**

**LES RESTRICTIONS AU DOMAINE DE L'ARBITRAGE RELATIVES AU CONTRÔLE DE  
L'ÉTAT : QUESTION DE SOUVERAINETÉ OU D'ABUS ?**

---

**DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).4.8**

**Published Online: 2017-12-20**

**Published Print: 2017-12-30**

---

**Zouaghi CHAYMA\***

**Abstract:** *The opening of the national markets generated a diversification of the investment whose Provenance is exogenic. In other words, by opening the borders, the reception States receive on the other hand of the foreign funds, services and of the citizens who must respect the sovereignty of the State of reception to manage their territory. In this context, the arbitration played a significant role in the economic activity, to ensure that the referees' activity does not affect the rule of law, or the fundamental values of society. The host state oversees the application of the arbitration field by limiting its ruler ship through the State's sovereignty.*

**Keywords:** *the investment, foreign funds, sovereignty, the arbitration, rule of law*

## **Introduction**

L'ouverture des marchés nationaux a engendré une diversification des investissements dont la Provenance est exogène. Autrement dit, en ouvrant les frontières les Etats d'accueil reçoivent en contre partie des fonds étrangers, de services et aussi des citoyens qui doivent respecter la souveraineté de l'Etat d'accueil à gérer son territoire.

Dans ce contexte, l'arbitrage a joué un rôle important dans l'activité économique et afin de veiller à ce que l'activité des arbitres ne porte pas atteinte à l'état de droit, ou bien aux valeurs fondamentales de la société. L'Etat d'accueil encadre le champ d'application de l'arbitrage en limitant son pouvoir par le principe de la souveraineté de l'Etat.

En effet, selon Jacques Bon homme<sup>1</sup> « la souveraineté du peuple, la souveraineté de la loi, telles sont les deux bases sur le quelle on assoit la République ». Sur ce fondement historique, il semble a priori exclu que l'arbitrage domine la juridiction étatique, il reste limité par le concept de la souveraineté de l'Etat.

La souveraineté fiscale de l'Etat permettrait elle à un Etat d'accueil s'affrander des obligations relatives à l'exercice de ses pouvoirs fiscaux, qu'il a lui-même souscrites ?

La notion de souveraineté n'est pas inconnue en droit international. En contrepartie, en droit de l'arbitrage la notion de souveraineté est pratiquement liée à la notion d'ordre public.

La question se pose alors de savoir quelles sont les restrictions provenant de l'ordre public qui limite le pouvoir des arbitres ?

Pour répondre à cette question, il convient dès lors d'examiner dans quelle mesure l'ordre public encadre le champ d'application de l'arbitrage.

Afin de protéger les valeurs fondamentales de la société d'être atteinte par le pouvoir des arbitres. Les Etats d'accueil limitent le champ d'application de l'arbitrage et se réserve en outre le droit de restreindre les effets des sentences arbitrales. En fait, ces deux phénomènes sont étroitement liés.

Il convient dès lors d'examine dans quelle mesure « l'ordre public » de l'Etat d'accueil réagi au niveau d'application de l'arbitrage dans les différends relatifs à l'investissement (I) et, d'autre part, l'emprunte des sentences arbitrales rendues en la matière (II).

### **I- Les restrictions tenant à limiter le champ d'application de l'arbitrage international**

Si l'autonomie du système arbitral est absolue, on ne peut jamais parler des limites devant l'ordre public de l'Etat d'accueil ou des pratiques confirmant la supériorité de la souveraineté de l'Etat à celle du système arbitral.

En l'absence d'une véritable juridiction internationale compétente, l'arbitrage est apparu comme le mode normal de règlement des différends relatifs l'investissement.

Il est en effet, « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci.<sup>2</sup> ». En fait, le système international d'arbitrage se fonde essentiellement sur la volonté des parties à recourir à ce mode privé de règlement des différends d'où vient le principe de l'autonomie de l'arbitrage.

Les législateurs restreignent le champ d'application de l'arbitrage de façon implicite, ils restreignent d'autonomie de la convention d'arbitrage, en établissant des règles d'arbitralité<sup>3</sup>. En fait, tout litige qui ne peut pas être confiés aux arbitres c'est à dire rationne materiae, est considéré inarbitrable.<sup>4</sup>

En outre, il existe parfois une « inarbitrabilité subjective »<sup>5</sup> relative aux restrictions à la faculté de certaines personnes de compromettre. Seules les conventions d'arbitrage qui respect cette restriction au moment de la conclusion de la convention qui seront validées. On rencontre alors différents. La première c'est la rationne materiae qui dépend de la nature même d'un litige alors que l'inaptitude à compromettre ou bien « l'inarbitrabilité subjective » constitue ainsi une condition d'effet », selon le droit allemand, de la convention d'arbitrage.

En doctrine, la plupart des auteurs s'attachant à la distinction entre l'arbitralité objectif et celle subjective. Cette distinction est reliée essentiellement au champ d'application de la clause d'arbitrage qui se différence dans les modes d'arbitralité<sup>6</sup>.

Selon Marie-Noëlle : « Il est devenu habituel de distinguer en matière d'arbitralité les questions relatives à la qualité des sujets du débat arbitral (arbitralité subjective) des questions relatives à la matière des litiges susceptibles d'être traités par un arbitre (l'arbitralité objective)<sup>7</sup> ».

Ladite distinction a pour cause le fait que si l'arbitrage international est considéré comme un mode normal de résolution des différends relatifs à l'investissement à caractère international, il se trouve toujours des obstacles dans le recours à l'arbitrage. En effet, il se trouve par fois que l'Etat se réserve la possibilité de recourir à l'arbitrage en se basant à sa propre qualité c'est le cas de l'arbitralité subjective. Ainsi que la qualité de l'objet du litige lui-même peut faire le motif à l'exclusion de l'arbitrage et c'est le cas de l'arbitralité objective.

De ce fait, on dégage une distinction entre ces deux types d'arbitralité.

Pour cela et pour ne pas confondre ces deux notions, il convient nécessairement de définir ces arbitralité.

Concernant l'arbitralité subjective ou « *rationae personae* », elle dépend en fait de la réponse à la question : qui peut compromettre ?

C'est la qualité de l'une des parties à la convention d'arbitrage, qu'il soit Etat ou un organisme public qui force le législateur d'exiger par fois que le litige soit exclusivement soumis à la juridiction étatique.

Cette interdiction dite « subjective » a été tempérée au niveau international en premier lieu par la jurisprudence dans l'arrêt « Galakis »<sup>8</sup>, ensuite par une loi du 19 août 1986, qui dispose que « par dérogation à l'article 2060 code civil (français), l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats. »<sup>9</sup> .

Il n'en reste pas moins que la faculté des personnes morales de droit public de soumettre leurs litiges à l'arbitrage est restreinte. Pour une telle restriction, trois types de justifications sont envisageables<sup>10</sup> .

La première justification consisterait à assimiler les autorités publiques à des personnes dépourvues de capacité juridique.

Cette justification est en fait faible que l'on ne peut pas soutenir. Car même s'il existe au sein de l'Etat des structures « d'orientation » ou de « tutelle », elles ne pourraient pas réduire la capacité de l'administration à l'égard des tiers.

La seconde justification est liée essentiellement à la protection du domaine de l'activité publique par les arbitres. Selon cette proposition l'interdiction de compromettre dans ce cas serait nécessaire dans le souci de protéger les intérêts publics aux quels la mauvaise qualité des sentences arbitrales pourrait introduit des préjudices.

Cette conception constitue en effet un préjugé erroné ; il est nécessaire à ce niveau de rappeler que les intérêts publics sont déjà protégés par le contrôle à posteriori des sentences arbitrales et la qualité de sentences s'approche à celle du jugement étatique et il se trouve parfois que les arbitres demandent l'intervention d'une expertise afin de trouver une solution bien adoptée à la situation.

La dernière justification concerne, en effet l'article 2060 du code civil français où l'inaptitude des autorités publiques à compromettre est conçue comme outil de protection pour la partie faible (personne privée). Alors qu'il n'est pas logique qu'une partie puissante comme l'Etat ou bien l'administration puisse faire valoir l'incapacité de compromettre à l'égard d'une partie faible<sup>(11)</sup>. Pour ce raison l'arbitralité « rationae personae » est en cours de disparaître.

Pour l'arbitralité objective, il se trouve que la licéité d'une convention d'arbitrage peut être discutée en raison de son objet. D'une façon plus claire le recours à l'arbitrage n'est pas seulement lié au consentement de parties contractantes mais aussi à la licéité de l'objet de la clause compromissoire. Cela est justifié par le fait que le législateur interdit parfois de compromettre sur certains droits. A ce niveau il faut se poser la question sur quel droit peut-on compromettre ? La réponse est évidemment peut dessiner le destin de litige.

Pour résumé, il faut dire que malgré l'existence de deux types d'arbitralité qu'il existe d'autres argumentations qui considèrent que seul l'arbitralité objective est la véritable arbitralité au sens strict du terme.

### ***L'ordre public : une limite à l'autonomie de l'arbitrage international***

Il y a peu de notions juridiques qui soient aussi difficiles à définir que celle d'ordre public. Tout d'abord, étymologique parlant, la notion « ordre public » est composée de deux mots : « l'ordre », qui se définit comme étant la disposition régulière des choses les unes par rapport aux autres, l'équilibre des rapports ou bien l'ensemble des valeurs juridiques que l'Etat viendra ensuite expliquer et garantir dans son droit positif<sup>(12)</sup>. Ensuite le mot « public » désigne en fait la publicité qui signifie que l'on parle d'un ordre public qui concerne la société toute entière par opposition à l'ordre privé.

On déduit qu'il n'existe pas en fait une définition exacte ou standard de « l'ordre public », il s'agit juste de l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation et aux droits et libertés essentielles de chaque individu.

L'arbitrage est évidemment une véritable institution internationale qui accomplit la tâche de juger une affaire lui étant soumise. et n'étant rattaché à aucun for, l'arbitre doit faire attention quant au droit applicable au litige afin de réaliser une sentence efficace évitant la possibilité d'annulation par le juge du contrôle. Par conséquent, il est important d'étudier le lien qui existe entre l'ordre public et l'arbitrage international d'investissement.

La solution au différend relatifs à l'investissement se manifeste dans la décision prise par les arbitres qui se présente sous forme d'une sentence. L'ordre public intervient dans toute étape pour protéger des valeurs intouchables. En effet, la sanction d'une méconnaissance par l'arbitre de l'ordre public entraîne l'annulation de la sentence arbitrale.

Il est varié donc que l'intervention de la notion de l'ordre public représente une place importante à la détermination de droit applicable sans remettre en cause l'autonomie de l'arbitrage international. Ainsi que l'ordre public et l'arbitrage international entretiennent des relations complexes. C'est la raison pour laquelle, à ce niveau, on va étudier cette relation aux moments de recours à l'arbitrage international et ensuite l'influence de cette notion sur la sentence arbitrale prise par les arbitres.

A la différence du juge, l'arbitre international n'est pas désigné compétent en vertu d'une loi, mais la loi invente des limites à l'accès à l'arbitrage. C'est alors aux parties du litige qu'appartient la détermination de la compétence et l'étendu du pouvoir de leur arbitre à travers la convention d'arbitrage. « L'ordre public joue ici un rôle important dans deux hypothèses. Dans la première hypothèse le droit de l'arbitrage moderne tend à reconnaître la compétence de l'arbitrage même dans les domaines touchant à l'ordre public. Cela conduit à dire que l'ordre public recule et la compétence de l'arbitre s'affirme en matière de l'arbitralité du litige. Dans la seconde hypothèse, (...) l'ordre public est en effet devenu la seule cause de nullité de la convention d'arbitrage en vertu des règles matérielles.<sup>(13)</sup>».

La question préliminaire obligatoire, permettant de pouvoir attribuer la compétence à un arbitre international est celle de l'arbitralité du litige. C'est le premier élément à préciser. En effet, selon M. Boucher, le terme d'arbitralité désigne « l'aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage.<sup>(14)</sup> ». En réalité, cette définition nous semble vague et elle ne correspond pas à notre problématique.

On s'attache surtout à la définition donnée par le professeur Jarrason qui dispose que « le fait d'être arbitrale et est arbitrale ce qui est susceptible d'être arbitré.<sup>(15)</sup> » La première condition qu'il faut respecter pour que l'arbitrage puisse fonctionner comme une véritable institution internationale est le respect accordé aux clauses compromissaires insérées dans les contrats internationaux<sup>(16)</sup>.

On reconnaît depuis longtemps l'autonomie de la clause d'arbitrage insérée dans le contrat principal. Cela explique à titre d'exemple que la convention d'arbitrage puisse être soumise à une loi différente de celle qui gouverne.

Le contrat principal. Ainsi que la nullité de ce dernier n'affecte pas nécessairement la validité de la clause arbitrale.<sup>(17)</sup> Le compromis est nul de façon autonome au motif de l'absence d'arbitralité du litige.

A l'issue du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, l'ordre public joue également un rôle important ou bien essentiel dans le principe de validité de ladite convention. En raison de la règle d'autonomie, il remplit, en fait une fonction originale. En effet, l'ordre public reçoit un contenu propre dans le domaine particulier de l'appréciation de la clause d'arbitrage international. Il s'agit, en fait, d'un ordre public propre à l'arbitrage international et répond à ses besoins.<sup>(18)</sup>

L'application de la norme traditionnelle de l'ordre public en droit international privé est que devant le juge, la loi étrangère fixée pour la règle de conflit peut être exclue lorsque son application frappe l'ordre public<sup>(19)</sup>.

Par contre, devant l'arbitre international qui n'est attaché à aucun for, ce problème n'est pas posé. En effet, toutes les lois pour ce dernier sont étrangères.

Par conséquent, si l'arbitre n'est pas le gardien d'un ordre public particulier, il subit nécessairement les voies des ordres publics des pays où la sentence est désignée à être exécutée.

D'un autre côté, afin de répondre aux besoins de la vie économique et de l'investissement en général, l'arbitre doit rendre compte également de l'ordre public transnational qui est en fait un ordre public partagé par l'ensemble des nations et qui ne se contredisse pas avec l'ordre public étatique, au contraire, ils se complètent. Selon Algave, vouloir définir l'ordre

public à une notion variable, c'est vouloir « s'aventurer sur un sentier bordé d'épines qui vaut dans le même sens avec l'affirmation du professeur la Live que : « Les plus flous, [...] plus difficiles à saisir et [...] plus controversés. <sup>(20)</sup> ».

## II- Les restrictions aux effets des sentences arbitrales rendues

Etant donné que le tribunal arbitral ait rendu la sentence arbitrale, les parties peuvent alors l'exécuter spontanément. C'est l'hypothèse rêvée. Mais il arrive aussi que l'Etat appelé à exécuter une sentence arbitrale peut tout simplement refuser de lui donner effet. A cet égard il est nécessaire de rappeler la convention de New York qui dispose que « si la reconnaissance ou l'exécution [de ma sentence] serait contraire à l'ordre public de ce pays. <sup>(21)</sup> ». L'Etat refuse de lui donner effet.

La conclusion que, pour qu'elle soit susceptible d'exécution forcée, une sentence peut alors avoir à passer un « filtre » de contrôle à l'aune de l'ordre public.

Une telle exigence n'existe pas pour les sentences CIRDI <sup>(22)</sup>, dont l'article 54 (1) de la convention de Washington dispose que : « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire du dit Etat ».

A cet égard, il est nécessaire de se demander tout d'abord sur les effets produits par la sentence arbitrale, pour en finir ensuite par la manifestation des restrictions des effets de la sentence arbitrale par l'ordre public.

### *Les effets de la sentence arbitrale*

Il a été généralement reconnu que les décisions arbitrales internationales ne peuvent être pleinement assimilées aux décisions judiciaires internes quant à leurs effets. En fait, il existe entre les unes et les autres des différences fondamentales, surtout aux niveaux des effets de la sentence arbitrale. En effet, une sentence arbitrale produit essentiellement trois effets selon que l'on considère la sentence à l'égard des parties en litige ou à l'égard des arbitres et à l'égard des tiers.

Concernant le principe de l'autorité de la chose jugée il a été généralement reconnu que ce qui a été jugé par les arbitres, ne peut être rejugé par d'autres arbitres ou par d'autres juridictions. Ainsi, une fois rendue, la décision arbitrale est revêtue de l'autorité de la chose jugée, présomption de droit en vertu de laquelle les faits constatés et les droits reconnus par la décision ne peuvent être remis en cause. <sup>(23)</sup>

Au niveau procédural, la décision arbitrale n'a d'autorité qu'à l'endroit des parties à l'instance arbitrale.

Ce principe se traduit par le fait qu'une partie peut faire valoir le fait que la prétention de la partie adverse ayant été rejetée par une décision devenue définitive, il ne saurait être question de la discuter le nouveau sur le plan contentieux. Ce principe est, en effet, l'exécution de chose jugée.

Sur le plan international, pour certaines législations, l'autorité de la chose jugée suppose une sentence arbitrale définitive et homologuée<sup>(24)</sup>. C'est-à-dire reconnue exécutoire par un acte émanant d'une autorité publique<sup>(25)</sup>. D'une autre partie, ce n'est qu'à partir du moment où elle est revêtue de l'exequatur que la sentence arbitrale peut acquérir l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties.<sup>(26)</sup> Et cette dernière étant obligatoire pour les parties, elle s'impose à celles-ci. Mais la question qui se pose à ce niveau dans quelle mesure la sentence arbitrale est obligatoire à l'égard des parties ?

La sentence arbitrale n'est obligatoire pour les parties que dans la mesure où elle est conforme au compromis. Il est en fait le support de la relativité qui s'attache à la sentence arbitrale. On déduit alors que cette dernière ne peut valoir que dans les rapports des parties signataires du compromis. Alors le principe que la sentence arbitrale ne produit des effets qu'à l'égard des parties, alors qu'il arrive cependant que la sentence intéresse les tiers, généralement dans le cas où le litige porte sur l'interprétation d'un traité collectif dont les signataires ne sont pas seulement les parties en litige.

On peut dire, à cet égard, qu'il semble avantageux de considérer que la sentence arbitrale puisse être valable à l'égard de toutes les parties au traité<sup>(27)</sup>. La convention de la Haye de 1907, a restreint aux parties en litiges l'effet obligatoire de la sentence arbitrale, en élaborant un procédé plus au moins satisfaisant qui confère aux Etats parties à une convention collective la possibilité d'exercer la tierce intervention<sup>(28)</sup>.

D'une manière générale, les effets de la sentence arbitrale s'étendent à l'égard des arbitres aussi. Le principe qu'étant trancher les litiges, les arbitres ne peuvent plus statuer une nouvelle fois sur la sentence rendue.

Cependant, certaines législations reconnaissent aux arbitres la possibilité d'effectuer certaines opérations à titre exceptionnel, notamment, dans le cas d'une demande de rectification ou d'interprétation de la sentence<sup>(29)</sup>. Ou bien selon la loi-type de la C.N.U.D.C.I, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une des parties compléter sa sentence dans le contexte de statuer sur un ou plusieurs points du litige qui peuvent être dissociés des points sur lesquels il a déjà statué<sup>(30)</sup>.

La sentence arbitrale n'a, en principe, d'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties contractantes. Cependant, ce principe n'a pas une portée absolue. Il comporte un correctif selon lequel un Etat peut volontairement intervenir dans la procédure, chaque fois qu'il estime qu'un intérêt juridique est pour lui en cause.

Et étant donné qu'une sentence peut avoir indirectement une influence ou bien une incidence sur des personnes étrangères à la convention d'arbitrage. Un tiers peut être affecté par une sentence s'il est conjointement responsable avec une partie à l'arbitrage. A ce moment, la décision arbitrale n'aura pas l'autorité de chose jugée dans une action exercée postérieurement contre les tiers. Par exemple dans le cas où la sentence ordonne l'exécution d'une obligation telle que la délivrance d'une chose, qui se trouve à titre temporaire entre les mains d'un tiers en vertu d'un titre quelconque.

### **Manifestation des restrictions aux effets de la sentence arbitrale par l'ordre public**

Nul ne doute que dans l'exercice de son pouvoir souverain, l'Etat a le droit de régler l'entrée des capitaux étrangers sur son territoire. Cela veut dire que tout Etat détient la latitude d'introduire des exceptions d'ordre public, droit prévu par la plupart des accords internationaux sur l'investissement.

Bien qu'il soit de nos jours un concept bien établi dans de nombreuses juridictions, s'inscrit dans de nombreux instruments internationaux et a une histoire très particulière, l'ordre public, son contenu ou son champ d'application précis ne semble être défini dans aucun d'entre eux<sup>(31)</sup>.

En effet, à la recherche d'une définition à la notion d'ordre public, on se trouve devant une contradiction. D'une part, le dictionnaire de droit international public définit cette notion comme étant « l'ensemble de principes de l'ordre juridique interne d'un pays déterminé, jugés fondamentaux à un moment donné et auxquels il n'est pas permis de déroger<sup>(32)</sup>. »

La locution « à un moment donné » signifie que l'ordre public est « un concept congénitalement variable.<sup>(33)</sup> ». De l'autre part tel que cité précédemment selon Algave, vouloir définir l'ordre public à une notion variable ne se fait pas. Un tel ordre public est une notion définie par la doctrine comme constitutive d'une « norme qui serait supérieur au droit choisi par les parties et qui doit se trouver à travers l'ensemble des préoccupations des pays.<sup>(34)</sup> ».

A. Mezghani, situe la notion dans son contexte selon lui « l'ordre public est considéré comme le sauvegarde de l'originalité d'une civilisation d'une civilisation, la défense des intérêts vitaux et de la politique législative de l'Etat<sup>(35)</sup> » qui « suggère le rôle positif que le droit peut jouer dans le changement des mentalités et la prise en compte des mutations structurelles de la société ...<sup>(36)</sup> ».

En général « l'ordre public n'est pas une valeur en soi, mais une doctrine juridique selon laquelle les valeurs fondamentales qui existent dans un système juridique prévaudront sur les lois spécifiques qui mettent en jeu ces valeurs.<sup>(37)</sup> ».

Ce qui nous intéresse le plus à ce niveau est le concept de l'ordre public étatique étranger car on a déjà signalé que l'efficacité de la sentence dépend principalement de l'ordre public puisque l'arbitre international n'est rattaché à aucun for étatique. Cette liberté n'est pas totalement absolue, car l'arbitre avant de prononcer sur l'efficacité de la sentence doit vérifier son respect de l'ordre public international.

En effet, l'arbitre n'est pas le gardien d'un ordre public en particulier. Mais, il est appelé à respecter les ordres publics des pays où la sentence est destinée à être exécutée.<sup>(38)</sup> On est évidemment devant deux hypothèses si on s'interroge sur le prise en compte de l'ordre public interne étranger et est-ce que le juge l'annulation tout comme l'arbitre doit prendre en considération les principes fondamentaux qui constituent l'ordre public ?

En effet, la situation est que sentence est rendue à l'étranger en matière et touche à l'ordre public interne du droit étranger. Dans cette hypothèse, lorsque l'exequatur est demandé à l'Etat d'accueil, il faut, tout fois, procéder au contrôle au regard de l'ordre public international. Prenons par exemple la France Etat où l'exequatur est demandé, la solution est que « si la



sentence introduite en France ne touche qu'aux intérêts d'un seul pays étranger, on admettra que l'ordre public interne français n'a pas non plus à intervenir. Le Juge français ne considérera que l'ordre public international. <sup>(39)</sup>».

Dans une seconde hypothèse, si une sentence arbitrale rendue au niveau international porte atteinte à un ordre public étranger, comment se manifeste la solution.

La réponse était claire dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris 1996<sup>(40)</sup> qui disposait que la violation de l'ordre public étatique m'entraîne pas automatiquement une contrariété à l'ordre public international du for. Il faut noter à ce niveau que dans ce cas l'ordre public international du for est lui-même atteint.

Comme l'a énoncé la convention de New York dans l'hypothèse de la nation de l'ordre public, que la règle qui permet de faire jouer l'ordre public pour entraver la reconnaissance et l'exécution est en fait une règle d'exception qui s'oppose aux buts généraux de ladite convention.

Cette considération nous conduit, en fait, à privilégier une conception restrictive de l'ordre public d'exécution qui vise à permettre aux Etats de sauvegarder leur appréciation souveraine pour déterminer à quelles sentences étrangères souhaitent accorder l'accès aux outils internes d'exécution.

Cette considération, à donner lieu à un troisième type d'ordre public loin de la notion classique qui distingue deux types d'ordre public, qui sont l'interne et l'international. Alors un troisième appelé « Transnational ».

Ce dernier se situe cependant sur les différents « ordres publics » étatiques où il trouve sa source d'inspiration <sup>(41)</sup>. Et par conséquent le juge de l'exequatur va prendre en compte cet ordre public transnational.

Comme l'a énoncé l'Association de droit international dans sa résolution de 2002 : « (...) afin de déterminer si un principe faisant partie d'un système juridique doit être considéré comme suffisamment fondamental pour motiver un refus de reconnaître ou d'exécuter une sentence, la juridiction étatique devrait prendre en considération, d'une part, la nature internationale de l'espèce et ses liens avec les systèmes juridique du for, et d'autre part, l'existence ou non d'un consensus au sein de la communauté internationale sur le principe en question. Lorsqu'on tel consensus existe, le terme « ordre public transnational » peut être utilisé pour décrire de tels principes. <sup>(42)</sup>».

Il est ainsi admis qu'à la lumière de ces considérations, tout Etat signataires de la convention de New York est tenu de faire un usage modéré de l'exception d'ordre public. Cette méthode permet de détecter quelques règles de base sur lesquelles se réfèrent les tribunaux étatiques appelé à insérer leur droit interne dans le fond de la convention de New York.

Il convient de souligner deux exemples clairs. En premier lieu, il est admis que l'application aberrante des règles applicables ou les règle qui sont selon les lois de conflit inapplicables, ne permettent pas de faire bouger l'exception d'ordre public du for.

En second lieu, une partie de la jurisprudence dispose clairement qu'il s'agit du résultat concret de la reconnaissance et de l'exécution souhaitée qui doit s'opposer à l'ordre public et non pas la motivation sur laquelle se base la sentence <sup>(43)</sup>.

## Conclusion

Il a pu être observé qu'aucune raison n'existe qui justifierait une exclusion totale de l'arbitrage en domaine d'investissement international. Pour ce qui concerne le droit interne actuel notamment le droit tunisien plusieurs restrictions s'imposent aux arbitres lorsqu'ils sont appelés à trancher des questions touchant à la souveraineté de l'Etat hôte. Ces limitations tiennent cependant au consentement à l'arbitrage ainsi qu'à la limite de l'arbitrage en matière fiscale.

Rien ne devrait en revanche s'opposer en principe à ce qu'un Etat et un particulier conviennent qu'un arbitre doive trancher leur contentieux fiscal. Sur le plan théorique, cette hypothèse est rarement opportune et en faisant une simple comparaison des systèmes juridiques, on constate que le droit tunisien ainsi que le français ne semblent pas être plus restrictif que d'autres systèmes de droit, comme par exemple le droit Américain.

Quoi qu'il en soit des éventuelles restrictions à l'arbitralité du droit fiscal ne saurait avoir d'incidence sur l'activité d'un tribunal arbitral international.

Autrement dit quel que soit les restrictions on constate que l'ordre public joue le rôle le plus important dans la relation entre l'arbitrage et le droit de police. Particulièrement dans le cadre de la notion de la souveraineté de l'Etat sur ses ressources naturelles l'ordre public devienne à l'épreuve de mondialisation, le seul garant de la régularité de l'arbitrage international. Bref l'ordre public est l'arme efficace devant les abus.

---

\* Etudiante en doctorat, Faculté de droit UBB Cluj-Napoca ; czouaghi@yahoo.fr.

<sup>1</sup> J. BONHOMME, « Entretiens de politique primaire, 1870, Editorial de l'Action, 9 avril 1871.

<sup>2</sup> Ch. JARROSSAN, « La notion d'arbitrage », Paris 1987, P 372, N°785.

<sup>3</sup> P. MAYER, « le contact illicite » Rev. Arb. 1984 P206, spec. P231, Pascal Ancel, article précité note 170, spéc. p.273.

<sup>4</sup> Ph. FOUCHARD /E. GAILLARD /B. GOLDMAN « Traité de l'arbitrage commercial international » Paris 1996, p. 11 s.

<sup>5</sup> Ch. JARROSON, « l'arbitralité : présentation méthodologique », Rev Jurisper .comm 1996, p1 : « En réalité la seule et véritable arbitralité et celle dite objective (...). L'arbitralité subjective est un abus de langage et recouvre une autre notion, qui peut résider soit en une réglé de capacité ; soit en une réglé matérielle relative à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre »

<sup>6</sup> B. HANOTIAU ; « L'arbitralité des litiges en matière de droit de société, Mélanges offerts à Claude Reymond, Litec, 2004.p. 101.

<sup>7</sup> M-N JOBARD – BACHELLIER, « Ordre public international », Fasc . 534-2, J -CL éditions techniques 1992.P 14.

<sup>8</sup> L'arrêt « Galakis » (Cass. 1 ér civ. Du 2 Mai 1996), Rev .crit .d.l.p 1967, p. 553, spèc .p 557.

- <sup>9</sup> Rappelons à cet égard l'article 2060 du code civil français qui dispose que « on peut compromettre les questions d'Etat (...) sur les contestation intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre. »
- <sup>10</sup> A. E Gildemeister « l'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements » LGDJ, l'extenso éditions, p .49 -52
- <sup>11</sup> P. ANCEL, « Litiges arbitrales » (1986) in J .C1. Procédure civile, Fasc. 1024/J. Commercial, Fasc. 212.
- <sup>12</sup> M. EL BAAJ, « Est-il possible de définir l'ordre public ? », article publié le 28 octobre 2009, village de la justice, URL : [www.village-justice.com/articles/possible\\_d%C3%A9finir\\_-\\_ordre\\_-\\_public,6894.html](http://www.village-justice.com/articles/possible_d%C3%A9finir_-_ordre_-_public,6894.html)
- <sup>13</sup> R. THARA, « ordre public et Arbitrage international en droit du commerce international », université lumière Lyon 2 – Master 1 droit des entreprises en difficulté 2005.
- <sup>14</sup> H. KENFACK, « Droit des commerce international, » Dalloz, Mémentos, 2002.p .42.
- <sup>15</sup> Ch. JARROSON, « Arbitralité : Présentation méthodologique » RJ .com .1996 nr 2 et 4, p 1 et 2
- <sup>16</sup> H. ARFAZADEH, « l'ordre public et arbitrage à l'épreuve de mondialisation », LGDJ, 2005. P.38
- <sup>17</sup> H. ARFAZADEH, « Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de mondialisation, LGDJ, 2005, P45.
- <sup>18</sup> N. NORD, « ordre public et lois de police en droit international privé », thèse pour le doctorat en droit, 2003. P132.
- <sup>19</sup> D. GUTMANN, le droit international privé, Dalloz, 4<sup>ème</sup> Edition, P2004, P113.
- <sup>20</sup> Algave, définition de l'ordre public en matière civile, Revue pratique de droit administratif. P44.
- <sup>21</sup> Voir l'article V (2) (b) de la convention de New York pour la reconnaissance t l'exécution des sentences arbitrales du 10 Juin 1958
- <sup>22</sup> Voir l'arrêt de la cour, de cassation dans l'affaire « société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Sénégal », du 11 juin 1991 (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. ILM vol.30 (1991), P.1167.
- <sup>23</sup> C. ROUSSEAU, les rapports conflictuels, t-V, Paris, Sirey, 1983, P. 355
- <sup>24</sup> N. KAMARIYAGWE, Portée d'une sentence arbitrale en droit international, Université du Burundi, Licence 2011.
- <sup>25</sup> Art 365 du code de procédure civile burundais. Voir aussi Art 1456 N.C.P.C français et Art .24 code judiciaire Belge
- <sup>26</sup> A. BERNARD, l'arbitrage volontaire en droit privé, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant, 1937, P307.
- <sup>27</sup> L. CAVARE, Droit international public positif, T II, 3eme Edition, Paris, Librairie de la cour d'Appel et de l'ordre des Avocats, 1969, p. 309
- <sup>28</sup> voir Art 84 de la convention de la Haye de 1907 <http://www.annales.org>
- <sup>29</sup> Art 1455 al. 2N.C.P.C français et Art. 794 codes judiciaires Belges
- <sup>30</sup> voir Art. 33 de la loi – type de la C.N.U.D.C.I
- <sup>31</sup> Nations Unie : « Le droits de l'homme et les accords commerciaux internationaux – Utilisation des clauses d'exception générale pour la protection des droits de l'homme » - New York et Genève, 2005. P15.
- <sup>32</sup> Dictionnaire de droit international public, Université Francophone – Bruylan- Bruxelles 2001. P.786
- <sup>33</sup> M. Ben Jemia, « ordre public, constitution et exequatur », in Mélanges en l'honneur de Habib AYADI. Centre de publication universitaire 2000. Tunisie. P271.

- <sup>34</sup> L. CHEDLY, *ordre public transnational et investissement* », in où va le droit d'investissement ? Désordre normatif et recherche de l'équilibre. Actes du colloque organisé à Tunis les 3et 4 mars 2006. Edition A. Pedone. Laboratoire des relations internationales, des marchés et des négociations. Faculté de droit et des sciences Politiques de Tunis. P295.
- <sup>35</sup> M. Ben JEMIA: Op.cit. P 291.
- <sup>36</sup> A. MEZGHANI, « Droit international privé, Etats nouveaux et relations privées internationales : système de droit applicable et droit judiciaire », CERES – CERP, 1991, P337 et s, N° 870 et s.
- <sup>37</sup> Ch. MCCRUDDEN, «International economic law and the pursuit of human rights: A framework for discussion of the legality of "selective purchasing" land "under the WTO – Government Procurement Agreement" Journal of international Economic Law (1999), 3-48. P40. Voir Nations Unie "Les droit de l'homme et les accords commerciaux internationaux " P.16
- <sup>38</sup> M – N. JOBARD – Bachelier ? 3ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ? Fasc. 534-2, J-CL éditions technique 1992. P10.
- <sup>39</sup> J. BAPTISTE RACINE, *l'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999. P447
- <sup>40</sup> C. A Paris, 20 Juin 1996 : Rev. Arb. 1996. 657, note D. Bureau.
- <sup>41</sup> C. KESSEDJIAN «transnational Public Policy», in Albert Jan Van den berg edition, «International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congres séries n°18», La Haye 2007, p. 871 et s
- <sup>42</sup> Voir l'article 2(b) de la résolution de l'association de droit international conférence tenue à New – Delhi du 2 au 6 avril 2002, rapportée par Pierre Mayer, Recommandations de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance au d'exécution des sentences arbitrales internationales, Rev arb. 2002, P.1061.
- <sup>43</sup> Voir *Adviso NV (Netherlonds Antilles) C. Korea Overseas Construction Corp.*, décision de la cour suprême de la Corée du sud du 14 février 1995.