

**DES HYPOTHESES PRATIQUES CONCERNANT LA
RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES SENTENCES
ARBITRALES ETRANGERES EN ROUMANIE EN RAPPORT
AVEC LES EXIGENCES DE L'ORDRE PUBLIC DE DROIT
INTERNATIONAL PRIVE ROUMAIN**

Sergiu DELEANU*

ABSTRACT: *The recognition and the execution of foreign arbitrary awards in Romania in relation to the public order exigencies of Romanian private international law can give rise in practice to several problems related to procedural and material law; the present analysis highlights the solutions given to these problems and makes reference to the pertinent jurisprudence of the ECHR and to that of European Court of Justice.*

KEYWORDS: *recognition and execution of foreign arbitrary awards, rules of public order*

JEL CLASSIFICATION: *K 33, K 40*

Au fil des années, les situations dans lesquelles les sentences arbitrales étrangères ont été vérifiées en fonction des exigences de l'ordre public de droit international privé roumain pour l'obtention de leur reconnaissance et exécution en Roumanie sont devenues de plus en plus nombreuses dans l'idée des parties contre lesquelles les sentences sont invoquées de provoquer devant les tribunaux étatiques compétents une nouvelle discussion sur le fond de la cause. Dans ces conditions, nous croyons que peuvent s'avérer utiles quelques précisions concernant les composantes de l'ordre public de droit international privé roumain (1) ; l'étendu du contrôle qui peut être exercé par les juges sur le fondement des règles d'ordre public (2) ; la possibilité d'invoquer l'ordre public de droit international privé roumain dans le cas où la loi applicable au fond du litige a été la loi roumaine (3) et sur la possibilité d'invoquer, pour la première fois devant les juges compétents, un moyen d'ordre public dans l'étape de l'exequatur.

1. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère signifie essentiellement selon les dispositions de la Convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et des dispositions de la Loi n° 105 de 1992 sur la réglementation des rapports de droit international privé, que la sentence aura dans le pays d'accueil autorité de chose jugée et que son exécution pourra impliquer le recours à des mesures de contrainte (l'article III de la Convention de New-York ; l'article 177 de la Loi n° 105 de 1992).

* Maître de conférences, docteur en droit, Faculté de Droit de l'Université „Babes-Bolyai” de Cluj-Napoca, Roumanie.

Dans ces circonstances, l'exigence qui vise le respect de l'ordre public de l'État ou la sentence arbitrale aura autorité de chose jugée et caractère exécutoire est aisément compréhensible. En qualité de titulaire de souveraineté, l'État d'accueil de la sentence a le droit d'établir les conditions dans lesquelles celle-là va produire des effets juridiques sur son territoire. Les dispositions de l'article V (2) lettre b de la Convention de New-York et celles de l'article 168 point 2 de la Loi n° 105 de 1992 sont explicites et impératives dans ce sens. Cette exigence correspond à la conception générale qui peut être mise en évidence, sous cet aspect, sur le plan du droit comparé.

L'ordre public assure, dans chaque État, le respect des principes fondamentaux du système juridique du pays en cause qui s'objectivent dans le temps et dans l'espace en fonction de l'évolution politique, économique et sociale du pays respectif. En conséquence, l'ordre public constitue un repère fondamental, complexe et dynamique.

En tenant compte aussi des dispositions de l'article 2564 alinéa 2 de la Loi n° 287 de 2009 sur la Code civil, qui ne sont pas encore en vigueur mais qui ont la signification d'un jugement de valeur dans ce problème, nous pouvons considérer que l'ordre public de droit international privé roumain comprend les principes fondamentaux du droit roumain, du droit communautaire, ainsi que les règles visant les droits fondamentaux de l'homme.

Le syntagme « ordre public » signifie que les autorités publiques, y compris les tribunaux étatiques du pays où la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère sont demandées, ont le devoir d'assurer la protection des intérêts représentés par l'ordre public, des principes qu'elle comporte et des valeurs desquelles l'ordre public s'inspire.

L'ordre public auquel fait référence l'article V(2) lettre b de la Convention de New-York ou l'ordre public de droit international privé roumain visé par les dispositions de l'article 168 point 2 de la Loi n° 105 de 1992 comprend tant des aspects de droit processuel, tant des aspects de droit matériel.

En ce qui concerne les aspects de droit processuel on peut d'ailleurs observer que selon les termes de l'article 168 point 2 de la Loi n° 105 de 1992, les règles de l'ordre public de droit international privé roumain sont enfreintes lorsque les dispositions de l'article 151 de la même loi sur la compétence exclusive de la juridiction roumaine ne sont pas respectées. La méconnaissance du droit de la défense est un autre motif mentionné expressément dans la cadre de l'article 167 de la Loi n° 105 de 1992 qui peut justifier le refus de la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère. Ces motifs de nature processuelle ne sont pas les seuls qui peuvent être pris en considération ; ils illustrent seulement la vocation et l'obligation de l'instance à vérifier, sous l'aspect des impératives processuelles, d'autres exigences significatives dans le contexte des déterminations de l'ordre public, comme le respect du principe de la contradiction et de « l'égalité des armes et des moyens processuelles », dans le but d'assurer la réalisation d'un procès équitable.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a constamment affirmé que « l'égalité des armes et des moyens processuels » est une dimension immanente de la prééminence du droit et du droit des parties à un procès équitable. Le principe d'égalité des armes est applicable pour toutes les procédures.¹

¹ L'arrêt du 7 juin 2001 de la CEDH, l'affaire Kress c. France, paragr. 73.

Même si, dans le sens de la jurisprudence de l'instance européenne et de la doctrine majoritaire, « l'égalité des armes » concerne l'égalité entre les parties, c'est à dire entre une partie au procès et son adversaire, nous croyons que les hypothèses d'inégalité et de désavantage net d'une partie en rapport avec le tribunal ne peuvent pas être totalement exclues ; elle dérivent de l'exigence d'impartialité de l'instance et de l'obligation de celle-ci d'être également active pour soutenir les parties en vue de la réalisation de leurs droits processuels et pour l'accomplissement de leurs obligations processuelles, conformément au statut processuel de celles-ci.

Dans un tel cadre, le tribunal étatique qui exerce le contrôle sur la sentence arbitrale va bien sûr apprécier si, en tenant compte des circonstances, dans la cause, a été respecté sous tous les aspects le droit de la partie à un procès équitable, notamment en ce qui concerne « l'égalité des armes et des moyens processuels » entre les parties au litige, l'administration et la valorisation des preuves, le caractère équitable des arrêts des juges qui exercent la contrôle – parce que « l'équité du procès » implique « l'équité de l'arrêt » – plus exactement s'il existe une réponse « spécifique et explicite » de l'instance aux moyens, objections, arguments et preuves des parties,² si par la motivation de l'arrêt a été assurée sa fonction explicative.³

Spécifiquement, dans le domaine de l'arbitrage international, l'article V(1) lettre d de la Convention de New-York permet aux parties d'établir librement les règles applicables à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure d'arbitrage.

À son tour, l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris prévoit que la procédure devant le tribunal arbitral est régie par le règlement et, dans le silence de ce dernier, par les règles que les parties, ou à défaut le tribunal arbitral, déterminent, en se référant ou non à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage.

La liberté reconnue aux parties en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral et la procédure applicable à l'arbitrage n'est pas absolue ; elle comporte des limites. Une telle limite est représentée par l'ordre public de l'État où sont demandées la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère.

Ceci étant, l'instance roumaine peut et doit analyser du point de vue des questions de droit processuel et de droit matériel une sentence étrangère pour laquelle la reconnaissance et l'exécution sont demandées en Roumanie, si un ou plusieurs problèmes liés à l'ordre public de droit international privé roumain sont invoqués. Dans ce sens l'article 169 de la Loi n° 105 de 1992 prévoit que l'instance roumaine ne peut pas examiner une décision étrangère sur le fond « sauf s'il s'agit de la vérification des conditions stipulées aux articles 167 et 168 ».

2. La vérification réalisée par l'instance roumaine lorsque des motifs d'ordre public sont invoqués n'est pas formelle ou simplement déclarative. Ce qui est essentiel est d'établir si la résultat obtenu par l'application de certaines règles de procédure ou de droit matériel par le tribunal arbitral est ou non contraire à l'ordre public de droit international privé. En

² L'arrêt du 16 janvier 2006 de la CEDH, l'affaire Dima c. Roumanie, paragr. 39-40 ; l'arrêt du 15 mars 2007 de la CEDH, l'affaire Gheorghe c. Roumanie, paragr. 43-44.

³ L'arrêt du 30 juin 1987 de la CEDH, l'affaire H. c. Belgique, paragr. 53.

conséquence, ce qui est significatif n'est pas le contenu abstrait de certaines règles, mais le fait que leur application a conduit à des résultats inacceptables du point de vue de l'instance qui a le devoir d'assurer le respect des principes d'ordre public de l'État auquel elle appartient. Seulement par cette voie peut être assuré un contrôle « effectif » en rapport avec les exigences de l'ordre public du pays d'accueil de la sentence. Dans ce sens, peuvent être suggestives aussi les dispositions de l'article 2564 alinéa 2 de la Loi n° 287 de 2009 sur le Code civil qui précisent que l'ordre public de droit international privé roumain est enfreint dans la situation dans laquelle le résultat obtenu est incompatible avec les principes fondamentaux du droit roumain ou du droit communautaire et avec les droits fondamentaux de l'homme.

En tenant compte de cette perspective, les juges du pays où la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale sont demandées sont compétents à réaliser un contrôle sur tous les éléments de droit et de fait présents dans le cadre de la sentence arbitrale et qui peuvent justifier l'invocation de l'ordre public.

La nature ou l'importance des éléments en discussion, la manière et la mesure dans laquelle les arbitres les ont abordés dans leurs sentences, les résultats auxquels on pourrait aboutir dans l'État sollicité en rapport avec les principes d'ordre public de celui-ci, constituent des facteurs qui peuvent orienter les juges au cours de leurs analyses.

L'article V(2) lettre b de la Convention de New-York et l'article 168 point 2 de la Loi n° 105 de 1992 indiquent indubitablement, dans des termes généraux, que la vérification d'une sentence étrangère doit se réaliser en fonction des règles d'ordre public. Même si l'instance considérerait qu'elle peut intervenir seulement dans l'hypothèse dans laquelle l'ordre public est enfreint de manière « manifeste » ou « flagrante », les facteurs énumérés ci-dessus restent pertinents pour décider si les règles d'ordre public de l'État d'accueil de la sentence ont été ou non respectées.

Par exemple, nous mentionnons que si l'arbitre ignore le droit communautaire de la concurrence, la sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation dans un État membre parce que, selon l'arrêt « Eco Swiss » de la Cour de justice des Communautés européennes, une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 81 du Traité C.E. dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure interne, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public.⁴ Nous croyons que cet arrêt de la Cour est significatif aussi pour l'étape de la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère.

La Cour de justice a décidé aussi, dans l'arrêt « Courage », que tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 81(1) du Traité C.E., même lorsqu'il est partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sens de cette disposition.⁵ Les objectifs liés à la sauvegarde de la concurrence à l'intérieur de la Communauté passent ainsi devant les considérations d'ordre moral !

Évidemment, l'instance qui exerce le contrôle de la sentence arbitrale étrangère ne pourrait pas la modifier ou la compléter.

⁴ L'arrêt de 1 juin 1999 de la C.J.C.E., Eco Swiss, aff. C-126/97, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1999, p. 3091-3093.

⁵ L'arrêt de 20 sept. 2001 de la C.J.C.E., Courage Ltd, aff. C-453/99, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 2001, p. 6297.

3. Dans l'arbitrage international, le contrôle de la sentence arbitrale est exercé, en principe, par les tribunaux étatiques dans le cadre du recours en annulation de la sentence et dans le cadre de l'action qui vise la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère.

La recours en annulation peut être introduit dans l'État du siège de l'arbitrage et, s'il est admis, la sentence arbitrale sera annulée. Conformément à l'article 364 lettre j du Code de procédure civile roumain, le recours en annulation peut être introduit dans le cas où la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public. Ce motif peut être invoqué lorsque l'arbitrage qui s'est déroulé en Roumanie a été un arbitrage international ou un arbitrage interne. En conséquence, dans le cadre du recours en annulation, les motifs liés à l'ordre public peuvent être invoqués même si la loi applicable par les arbitres a été la loi roumaine.

Un raisonnement similaire peut être développé dans le cas où la loi applicable a été la loi roumaine et il s'agit de la deuxième forme de contrôle de la sentence arbitrale – l'action introduite pour la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère.

La réglementation de l'ordre public en qualité de motif qui justifie l'annulation de la sentence arbitrale ou le refus de sa reconnaissance et exécution signifie également, et pour les mêmes raisons, la nécessité et l'effectivité du maintien du contrôle des juges, sur le fondement de l'ordre public, en ce qui concerne les activités impliquées par l'arbitrage. Sans qu'une distinction soit faite entre les sentences rendues en Roumanie dans un arbitrage international ou interne et les sentences prononcées à l'étranger, le concours de la force de contrainte de l'État roumain pour l'exécution forcée de la sentence est ou peut être perdu sur la base des règles d'ordre public.

Les particularités de l'arbitrage, comme forme alternative de justice, de source conventionnelle, peuvent se manifester seulement dans les limites établies par les États où se déroule le jugement arbitral et où la sentence arbitrale est susceptible d'exécution forcée.

Par rapport à l'instance roumaine, l'arbitrage international qui se déroule, par exemple, sans l'égide de la Chambre de Commerce Internationale de Paris, présente une série de particularités qui a fortiori justifient le maintien d'un contrôle étatique sur le fondement de l'ordre public, dans l'étape de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale étrangère, même si la loi applicable a été la loi roumaine. Dans ce sens peuvent être retenus au moins les motifs suivants :

- Le tribunal arbitral n'ayant pas une loi du for, il n'applique pas les règles de droit international privé roumain, mais les règles de droit qu'il considère appropriées en l'espèce ;
- Pour le tribunal arbitral, la loi roumaine est une loi étrangère qui n'est pas nécessairement interprétée et appliquée selon les règles du système juridique roumain ;
- Le tribunal arbitral n'est pas obligé d'appliquer la loi roumaine lorsqu'elle vient en contradiction avec l'ordre public transnational.

4. Sur le plan procédural, l'exception d'ordre public est une exception de fond qui peut être invoquée, dans les limites du procès, par toute partie intéressée ou par l'instance d'office.

Dans le cadre de la Convention de New-York de 1958, les motifs prévus à l'article V(2) qui peuvent justifier le refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère peuvent être soulevés d'office par la juridiction compétente de l'État

d'accueil de la sentence, même si la partie intéressée ne les a pas invoqués au cours de la procédure arbitrale.

La Loi n° 105 de 1992 ne pose pas non plus la condition de soulever premièrement une exception liée à l'ordre public de droit international privé roumain devant le tribunal arbitral, sous peine de déchéance.

Autrement dit, la partie intéressée peut se prévaloir pour la première fois devant l'instance du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises des exceptions auxquelles les parties ne peuvent pas valablement renoncer.

Indépendamment du comportement des parties, les juges sont obligés d'assurer d'office le respect des règles d'ordre public du droit roumain lorsqu'il résulte des circonstances de fait et de droit de la cause qu'il existe des raisons pour le recours à cette exception.

Les règles d'ordre public sont par leur nature et leur but des règles intangibles. Ceci étant, sans égard à la juridiction compétente et à la phase du procès, à la demande d'une des parties ou d'office, le respect de ces règles s'impose pour que les fondements de l'ordre juridique et les exigences de l'État de droit ne soient pas compromis.

D'ailleurs, dans l'arbitrage international, le tribunal arbitral n'est pas obligé d'appliquer les règles d'ordre public de l'État où la sentence pourrait être reconnue et exécutée. Le tribunal arbitral n'est pas une juridiction appartenant à l'État roumain et il n'est pas obligé d'appliquer les règles de droit international privé roumain. En revanche, l'instance roumaine peut et doit vérifier la sentence arbitrale étrangère par rapport aux règles d'ordre public, c'est à dire par rapport aux principes fondamentaux du droit de l'État où le résultat de l'activité de la juridiction qui siège à l'étranger deviendra entièrement efficace, ce qui ouvrira la possibilité de recourir à des mesures de contrainte.

Indépendamment du fait de savoir si les règles d'ordre public de droit international privé roumain ont été ou non invoquées devant le tribunal arbitral, ce qui est essentiel est de s'assurer que le résultat auquel ont abouti les arbitres n'est pas contraire aux règles d'ordre public de notre pays. Dans le cas contraire, la procédure de contrôle de la sentence arbitrale par les juges serait dépourvue de sens et d'utilité.

*

Pour conclure, le contrôle des tribunaux étatiques sur le fondement de l'ordre public ne doit pas représenter un obstacle pour l'adoption par les États des dispositions légales libérales en matière d'arbitrage ; il doit être vue une comme un moyen utile et nécessaire pour que la crédibilité et le développement de l'arbitrage soient assurés.